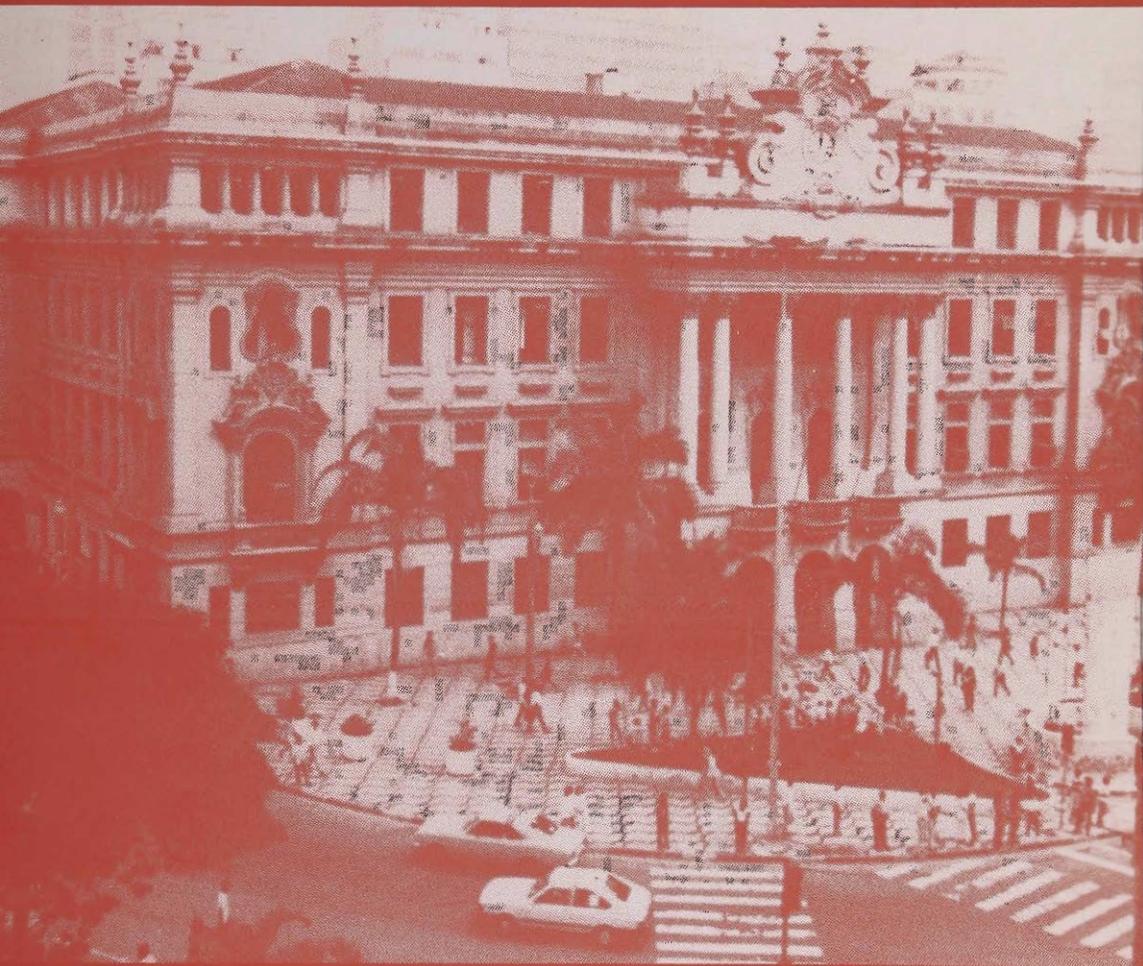


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 84/85

1989/90

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

Em seu octagésimo quarto e octagésimo quinto volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade ao preço de Cr\$ 4.000,00

"Revista da Faculdade de Direito"

Endereço para venda e permuta:

CEP 01005-Largo São Francisco, 95, 2º andar. Fone: 239-3077, ramal 43

CEP 01000-São Paulo, SP, BRASIL.

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, VOL. 84/85, 1989/90

SOMMAIRE

DOCTRINE

I - ETIQUÉ JURIDIQUE

01. Conception Neo-Thomiste du Droit Naturel..... 12
Antonio Carlos de Campos Pedroso

II - DOGMATIQUE JURIDIQUE

02. La Constitution de 1988 et le Plan Collor 31
José Eduardo Faria
03. Les Contrôles Internes de l'Administration 39
Odete Medauar
04. Récidive Criminelle: Études de Quelques Caractéristiques 56
José Maria Marlet/Issao Kameyama
05. Les Contrats Réels et le Principe du Consensualisme..... 79
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
06. Le Droit Constitutionnel comme Proces 92
Alfredo Attié Júnior
07. FDUSP (Faculté de Droit de l'Université de São Paulo),
la Maîtrise, le Doctorat et le Droit Administratif..... 109
Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
08. La Protection de l'Environnement dans le Droit Brésilien..... 115
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
09. Négociation et Formation de Contrats Internationaux en Droit
Français et Anglais..... 124
Paulo Borba Casella
10. Le Principe de l'Égalité entre les Conjoints..... 172
Maria Regina Pagetti Moran

III - POLITIQUE LEGISLATIVE

11. La Nouvelle Politique Économique ou la Responsabilité dans la
Fonction de Consultation Économique..... 190
Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo
12. La Réserve de Marché au Brésil pour la Production de Biens
d'Informatique..... 204
Eros Roberto Grau

IV - HISTOIRE DU DROIT

| | |
|--|-----|
| 13. Le Mariage dans le Pentateuque | 218 |
| Antonio Cláudio da Costa Machado | |

THESES ET DISSERTATIONS

| | |
|--|-----|
| Theses et dissertations défendues par les candidats pendant les années 1989-1990 dans les cours de Maîtrise et Doctorat (CPG) de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo..... | 261 |
|--|-----|

CONTRIBUTION POUR LES MÉMOIRES ACADÉMIQUES

| | |
|--|-----|
| 01. Discours de prise de possession du Professeur Antonio Junqueira de Azevedo comme Directeur de la Faculté de Droit dans le Rectorat de l'Université de São Paulo..... | 285 |
| 02. Discours du Professeur Celso Lafer à l'occasion de la prise de possession comme Titulaire du Département de Philosophie et Théorie Générale du Droit..... | 289 |
| 03. Discours du Professeur Goffredo da Silva Telles Jr. comme Parrain de la Classe de 1989. ("Au Nom de la Décence") | 296 |

TRAVAUX ACADÉMIQUES

| | |
|---|-----|
| 01. En Défense de le "Nascituro" | 303 |
| Renato Luís Bueloni Ferreira | |
| 02. Code du Droit Privé: Seulement Trois Arguments..... | 310 |
| Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo | |
| 03. La Fin de l'État | 320 |
| Alessandro Diaféria | |

COURS

L'Immigrant et le Droit

| | |
|--|-----|
| 01. Aspects Legislatifs Actuels de l'Immigration Étrangère: l'Immigration Irrégulière; les Frontières du Territoire National et l'Importance de l'Intégration de l'Amérique Latine | 333 |
| Georgette Nacarato Nazo | |
| 02. Immigration Japonaise: le Statut de l'Étranger et Éventuels Accords Bilatéraux pour l'Avenir | 341 |
| Masato Ninomiya | |
| 03. Aspects de l'Investissement Étranger au Brésil et les Restrictions Légales: Perspectives Futures..... | 344 |
| Fábio Nusdeo | |

SUMMARY

DOCTRINE

I - LEGAL ETHICS

01. Neo-Thomistic Conception of Natural Law 12
Antonio Carlos de Campos Pedroso

II - LEGAL DOGMATIC

02. The 1988 Constitution and the Collor Plan 31
José Eduardo Faria
03. Internal Controls of Administration 39
Odete Medauar
04. Criminal Reincidence: Studies about Some Characteristics 56
José Maria Marlet/Issao Kameyama
05. The Real Contracts and the Consensualism's Principle 79
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
06. The Constitutional Law as Process 92
Alfredo Attié Júnior
07. FDUSP, Postgraduation and Administrative Law (University of São Paulo Law School) 109
Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
08. Environmental Protection in the Brazilian Law 115
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
09. Negotiation and Formation of International Contracts in English and French Law 124
Paulo Borba Casella
10. The Equality Principle among the Consorts 172
Maria Regina Pagetti Moran

III - LEGISLATIVE POLICY

11. The New Economic Policy and the Responsibility in the Economic Advisory 190
Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo
12. The Brazilian Market Supply for the Production of Computer Goods 204
Eros Roberto Grau

IV - LAW HISTORY

| | |
|---|-----|
| 13. The Wedding in the Pentateuch..... | 218 |
| Antonio Cláudio da Costa Machado | |

THESIS AND ESSAYS

| | |
|--|-----|
| Thesis and essays maintained by candidates for the years 1989-1990, in the University of São Paulo Law School's postgraduation courses..... | 261 |
|--|-----|

CONTRIBUTION TO ACADEMIC MEMORIES

| | |
|--|-----|
| 01. Prof. Antonio Junqueira de Azevedo's Speech in the Rectorry, when being seated as Director of FDUSP..... | 285 |
| 02. Prof. Celso Lafer's Speech when being seated as Professor of the Philosophy and General Law Theory Department | 289 |
| 03. Prof. Goffredo da Silva Telles Jr.'s Speech as Paronymph of the Class of 1989. (In the Name of Decency)..... | 296 |

ACADEMIC WORKS

| | |
|---|-----|
| 01. Protection of the Unborn..... | 303 |
| Renato Luís Bueloni Ferreira | |
| 02. Private Law Code: Only Three Arguments..... | 310 |
| Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo | |
| 03. The Termination of the State..... | 320 |
| Alessandro Diaféria | |

COURSES

The Immigrant and the Law

| | |
|---|-----|
| 01. Present Foreign Immigration Legislative Aspects: the Irregular Immigration; the Borders, and the Importance of the Latin American Integration | 333 |
| Georgette Nacarato Nazo | |
| 02. Japanese Immigration: the Foreigner Statute and the Casual Bilateral Agreement to Become..... | 341 |
| Masato Ninomiya | |
| 03. Aspects of the Foreign Investments in Brazil and the Legal Restrictions: Future Perspectives..... | 344 |
| Fábio Nusdeo | |

DOCTRINA

I - ÉTICA JURÍDICA

CONCEPÇÃO NEOTOMISTA DO DIREITO NATURAL

Antonio Carlos de Campos Pedroso

Professor Doutor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: A Filosofia do Direito considera, no seu estudo, diversas doutrinas sobre o Direito Natural. No presente trabalho pretendemos realçar alguns aspectos de uma doutrina que é apresentada como "a herança do pensamento grego e do pensamento cristão", segundo a expressão de Jacques Maritain. Esta doutrina é a de Santo Tomás. Não pretendemos cuidar da sistematização das possibilidades do Direito Natural, segundo diferentes perspectivas metafísicas. O ponto de vista tomista apresenta o Direito Natural como um dado preexistente, na medida em que ele corresponde às exigências da natureza humana. Assim sendo, ele assinala o caminho do Direito Positivo, do qual ele é o paradigma. O sistema de Direito Positivo está necessariamente ligado aos valores que derivam dos princípios do Direito Natural. De acordo com a doutrina tomista, existe um encadeamento entre o Direito Natural e o Direito Positivo. O conjunto dos dados que deriva do Direito Natural condiciona o Direito Positivo. Toda sociedade supõe um sistema jurídico. Por outro lado, todo sistema jurídico supõe o paradigma do Direito Natural. Entretanto, é importante reconhecer que a natureza humana se submete às vicissitudes da história. Ela não é "acabada". O homem é um "ser histórico". Referido elemento tem um papel indiscutível nas dimensões da pessoa humana, segundo estudos da Antropologia Filosófica. A matéria do Direito Natural deve abarcar todos os dados da natureza humana, considerada em sentido histórico. Para atender a estas indicações, o estudo põe em questão o problema do dinamismo do Direito Natural, segundo a perspectiva moderna.

Résumé: La Philosophie du Droit envisage, dans son étude, diverses doctrines sur le Droit Naturel. Dans le présent travail, nous aimerions souligner quelques aspects d'une doctrine qui se présente comme "l'héritage de la pensée grecque et de la pensée chrétienne", selon l'expression de Jacques Maritain. Cette doctrine est celle de Saint Thomas d'Aquin. Nous n'allons pas nous occuper de la systématisation des possibilités du Droit Naturel sous les différentes perspectives métaphysiques. La pensée thomiste, retenue ici, présente le Droit Naturel comme une donnée préexistante, dans la mesure où il correspond aux exigences de la nature humaine. Ainsi, il montre le chemin du Droit Positif dont il est le modèle. Le système du Droit Positif est nécessairement lié aux valeurs qui dérivent des principes du Droit Naturel.

Donc, selon cette doctrine, il existe des liens entre le Droit Naturel et le Droit Positif. L'ensemble des données dérivant du Droit Naturel conditionne le Droit Positif. Toute société est censée avoir un système juridique. D'autre part, tout système juridique présuppose le modèle du Droit Naturel. Toutefois, il est important de reconnaître que la nature humaine se plie aux vicissitudes de l'Histoire. Celle-là n'est pas "achevée". L'homme est un "être historique". Cette considération a un rôle indéniable dans les dimensions de l'être humain, selon des études de l'Anthropologie philosophique. Le Droit Naturel doit prendre en compte toutes les données de la nature humaine envisagée dans un sens historique. Pour répondre à toutes ces considérations, dans une perspective moderne, la présente étude met en question le problème du dynamisme du Droit Naturel.

Unitermos: Sociabilidade; Historicidade; Consciência Histórica; Lei Natural; Conaturalidade.

SUMÁRIO

1. **INTRODUÇÃO.** O renascimento do Direito Natural.
2. **PLANO.** Análise histórica. Análise do conceito. Caracteres do Direito Natural. Seu conteúdo. Apreciação final.
3. **ANÁLISE HISTÓRICA.** A. A antiguidade grega. Heráclito. Os sofistas. Platão. Aristóteles. Céticos. Estóicos. O Direito Romano. B. A antiguidade cristã e a tradição medieval. Santo Agostinho. Santo Tomás de Aquino. C. A época moderna. A Escola do Direito Natural. Transformações havidas. D. A época contemporânea. As correntes racionalistas e positivistas. Apreciação geral nas perspectivas do presente trabalho.
4. **ANÁLISE DO CONCEITO.** - A. As inclinações naturais do ser humano. B. O reconhecimento de tais inclinações. C. A proposta da razão. Conceito resultante.
5. **CARACTERES DO DIREITO NATURAL.** A universalidade. A imutabilidade. Direito Natural Absoluto. Direito Natural Relativo. Os primeiros princípios. As conclusões e determinações destes. Problemas surgidos.
6. **CONTEÚDO DO DIREITO NATURAL.** Concepção restritiva e concepção extensiva. A. O pensamento de Francesco Olgiatti. B. O pensamento de Jean Dabin. C. O pensamento de Jacques Leclerq. D. O pensamento de George Renard.
7. **CONCLUSÕES.**

I. INTRODUÇÃO. O renascimento do Direito Natural.

A questão do Direito Natural tem sido objeto de acentuadas divergências. De início, indaga-se se existe um Direito Natural; em seguida, costuma-se discutir não só o problema relativo à sua fundamentação, mas, também, o que se refere ao seu conteúdo.

Tal desacordo se protraí no tempo. Em certas épocas, a noção do Direito Natural adquire importância primordial; em outros períodos, não menos marcantes, o conceito é relegado ao esquecimento, sendo apenas considerado como uma herança ultrapassada.

Isto é convenientemente denunciado por Heinrich A. Rommen que, focalizando o fenômeno, convencionou chamá-lo de "retorno cíclico da idéia da lei natural". Desse mesmo entender participa Francesco Olgiatti, ao assinalar que o Direito Natural, já considerado como uma teoria superada, passou a merecer, novamente, a atenção, graças ao seu retorno ou renascimento. O certo é que a idéia, que vem dos gregos, sobrevive. Como relembra o citado professor do Sacro Cuore de Milão, o modo de sentir e a tradição grega, perpetuada nos períodos subseqüentes da história, por sua íntima razão e força, sempre ressurgem e jamais pode ser destruída.

Não há, assim, ruptura com o passado.

Escolhendo o assunto como tema da presente pesquisa não nos move a pretensão de traçar um quadro completo das possibilidades do Direito Natural ou sintetizar as doutrinas jusnaturalistas. Visamos apenas verificar a repercussão do pensamento grego no contexto da filosofia cristã que será estudada na pessoa de seu máximo expoente, que é Santo Tomás de Aquino. Veremos também alguns reflexos do pensamento na corrente neotomista atual.

2. PLANO. Análise histórica. Análise do conceito. Caracteres do Direito Natural. Seu conteúdo. Apreciação final.

Para melhor fixar nosso ponto de vista, convém abordar, num momento inicial, o evoluir histórico da noção de Direito Natural. Cumpre indicar suas fases e transformações ao longo do pensamento filosófico, para que o tema, no enfoque pretendido, seja apreciado em função de suas origens. Tal apanhado visa apresentar o curso da noção de Direito Natural e os diversos prismas mediante os quais a mesma tem sido focalizada, projetando, desta forma, os momentos decisivos e realçando as divergências de índole doutrinária.

Com inspiração nessas bases históricas, faremos o exame do conceito, num esforço de pesquisa de sua explicação fundamental. Desta decorrerá, por via de consequência, o estudo dos caracteres e conteúdo, questões estas igualmente discutidas.

Por fim, apresentaremos, como conclusão, os enunciados finais, que a exposição da matéria melhor aconselhar.

3. ANÁLISE HISTÓRICA. - A. A antiguidade grega. Heráclito. Os sofistas. Platão. Aristóteles. Céticos. Estóicos. O Direito Romano. B. A antiguidade cristã e a tradição medieval. Santo Agostinho. Santo Tomás de Aquino. C. A época moderna. A Escola do Direito Natural. Transformações havidas. D. A época contemporânea. As correntes racionalista e positivista. Apreciação geral nas perspectivas do presente trabalho.

A noção do Direito Natural desenvolveu-se no tempo, seguindo seu curso irreversível, coincidindo este com o do desenvolvimento histórico da vida filosófica. Uma visão panorâmica na história da filosofia revela que esta se inicia na antiguidade grega, repercutindo na civilização da idade média e da época moderna. Esse evoluir histórico deu-se principalmente na Europa. O mesmo ocorreu com o Direito Natural, cuja evolução, nos momentos mais decisivos, pode ser desdobrada nestas fases: a) a da antiguidade greco-romana; b) a da antiguidade cristã-patristica e tradição medieval-escolástica; c) a da época moderna, coincidindo com a da Escola do Direito Natural; d) a da época moderna e contemporânea.

Vamos esquematizá-las.

A. A antiguidade grega. Da antiguidade, pode-se dizer que foi no século VI antes de nossa era que a filosofia grega se manifestou. Dois séculos mais tarde, atingiu seu máximo apogeu, com Platão e Aristóteles, suas figuras exponenciais. Pois bem, desde essa época, o problema do Direito Natural tem sido abordado como objeto de certa preocupação filosófica.

Alguns historiadores fazem remontar a noção de Direito Natural a Heráclito, pré-socrático do século VI antes de Cristo. Dizem que esse filósofo reconhecia a existência da ordem universal (o devir não é anárquico, mas está dominado por uma medida, um logos, um sentido) e considerava ter o homem de harmonizar sua atividade, seu agir, com esta medida, surgindo, daí, alguns princípios de conduta, ou normas sociais (naturais). Trata-se, porém, de um ponto de vista metafísico, não havendo uma doutrina a respeito do Direito Natural.

Merece também ser assinada a posição dos sofistas, os quais salientavam a relatividade das normas jurídicas (positivas) provenientes das convenções humanas. Apesar disso, não havia o Direito Natural: por natureza, nada é verdadeiro, tudo derivando do homem, sentido de todas as coisas, na expressão de Protágoras. Como se percebe, a posição, agora, já é diversa da posição de Heráclito, em que preponderava a mencionada linha do pensamento pré-socrático.

Mas, os pré-socráticos não chegaram a apresentar um corpo de leis e doutrinas sobre a questão, apesar de suas cogitações.

Nosso pensamento deve voltar-se para a cultura grega do momento em que surgiram as figuras máximas de Platão e de Aristóteles. É aqui que a preocupação começa a tomar relevo: tanto aquele quanto este pensaram em colocar a lei natural como um fundamento de suma importância no estudo e na interpretação do universo.

Para Platão, o fundamento ontológico da lei natural encontra-se no arquétipo, ao qual todas as coisas deveriam se conformar, daí surgindo a noção de normalidade. A idéia de justiça deriva da idéia de bem, a qual se submete à idéia divina da ordem jurídica universal, como bem anota Verdruss. Trata-se de um

direito natural ideal, proveniente da contemplação das idéias. As idéias eternas estão preordenadas pela mente divina vinculando-se a elas todo conhecimento do justo e do injusto. Já para Aristóteles, em quem as noções de universal e de normalidades persistem, é sobre a essência imutável dos seres que se coloca a idéia da lei natural. As idéias não são transcendentais, como pretendia Platão. São imanentes aos seres. Todos os seres se compõem de matéria e forma, sendo esta última o princípio que determina o modo de ser, a forma é a idéia ou fim a que todos os seres tendem. É a essência de todas as coisas. Ora, a essência sendo percebida como universal e pertencente a todos os indivíduos que constituem uma categoria de seres, exige um comportamento definido, expresso em imperativos naturais. É o conceito teleológico de natureza. Logo, um direito existe ligado às exigências naturais do homem, ao lado de um direito de cada cidade. Aquele é de caráter necessário, universal e imutável; este de caráter contingente e variável. Um é justo por natureza e outro por convenção. Veremos depois como esta concepção foi retomada e aprofundada por Santo Tomás de Aquino.

A este pensamento sucedeu o dos céticos, já no período da filosofia helenístico-romana.

Isto se deu nos séculos II e III antes de Cristo. Preocuparam-se estes em abalar a noção, contestando-a. O mesmo, aliás, fizeram os positivistas, na época atual, com relação ao pensamento racionalista.

Contra os céticos, e com insistência, levantaram-se os estoicos, reafirmando, com tenacidade, o vigor da noção de Direito Natural. Insistiram eles na idéia de que os homens têm direitos e deveres independentemente das leis positivas e na de que, estas, para serem justas, devem obrigar as consciências. É o pensamento brilhantemente defendido por Cícero, em páginas memoráveis. Para o citado pensador, que também era jurista, estamos imbuídos da lei natural desde o nascimento, de modo que ninguém pode derogá-la ou anulá-la. A ela se recorre contra o evento injusto, donde quer que ele proceda. Em suma: embora em tom retórico, Cícero vulgarizou e defendeu a *non scripta sed nata lex*. Da mesma intuição é o pensamento de Sêneca. Segundo seu entendimento, deve o homem conformar-se à lei universal (*commune jus generis humani*).

Esta idéia, saliente-se, integrou-se no Direito Romano justinianeu, onde a lei natural é a norma constituída pela natureza e não criação arbitrária do homem. Para os romanos, ao lado do *jus civile* e do *jus gentium*, existia uma ordem que não era simples criação arbitrária do homem, mas preconstituída pela natureza, direito este sempre *aequum ac bonum*, justo e benéfico, de todo o tempo e de todo o lugar, consoante expressivos dizeres de Biondo Biondi Salvatore di Marzo e Vicenzio Arangio Ruiz. Assim se expressa Juan Iglesias: "na época de Justiniano, uma precisa visão teológica situa o reino ideal dos valores puros, não sujeitos a mudança ou variação, sobre o reino natural do ser. O *ius naturae*, que não se identifica com o *ius gentium*, é um direito de origem divina. A mesma concepção campeia num texto do Digesto que o define como o que *semper nequum ac bonum est* (*Derecho Romano*, 6. ed., Ed. Ariel, p. 104/105).

Tais noções romanísticas foram retomadas por Santo Tomás para a elaboração do conceito de lei natural.

Nos termos expostos, uma primeira conclusão se impõe: a de que a noção de Direito Natural é uma herança da antiguidade grega. Sabe-se, com efeito, que a antiguidade parece ter sido dominada pelo pensamento de que a vida social se baseia numa lei natural. É a idéia que parece surgir em toda a plenitude. O texto da *Antígona* de Sófocles, segundo o qual existem leis não escritas e imutáveis, leis que não são de ontem e nem de hoje, desconhecendo-se seu remoto passado, é a comprovação eficiente e expressiva da referida herança.

Este, de modo sumário, o pensamento inicial, em que pesem certas atitudes, como a dos sofistas e dos céticos; este o modo de sentir da antiguidade grega; esta a tradição grega. Tradição que, seguida nos períodos subseqüentes, por sua íntima razão, sempre ressurgiu, jamais sendo destruída, consoante expressivo dizer do citado mestre da Universidade Católica do Sacro Cuore. Tradição que inspirou toda a patrística e a escolástica, não deixando de repercutir, também, no pensamento contemporâneo.

B. A antiguidade cristã e a tradição medieval. A antiguidade cristã e a tradição medieval também se preocuparam com o tema. Da primeira a figura básica é Santo Agostinho, e da segunda, Santo Tomás de Aquino.

Santo Agostinho refere-se às idéias eternas da mente de Deus, as quais, como para os platônicos, constituem o fundamento do conhecer, do ser e do bem. O homem é bom, tendo impressa no seu ser, gravada no seu coração, a lei eterna. Esta é o plano segundo o qual Deus dirige, ordena e conserva o universo. Ela é imutável e eterna. A lei natural constitui uma gravação dessa lei na consciência dos homens. Apesar da fragilidade humana, sempre persistem, na consciência dos homens, os contornos da lei natural. A corrupção da natureza humana, pelo pecado original, não abalou a essência da natureza humana, de modo que a lei natural continua a iluminar a ação humana. Nas suas *Confissões*, S. Agostinho se refere a lei natural, como lei inscrita no coração humano: *Furtum certe punit lex tua, Domine, et lex scripta in cordibus hominum, quam ne ipsa quidem delet iniquitas* (*Obras de S. Agostinho VII, Las Confesiones, BAC, 1958, p. 118*).

Já Santo Tomás de Aquino, integrando no pensamento cristão a concepção aristotélica, formulou sua exposição de Filosofia Moral. Para a filosofia tomista, o homem procura o bem, mediante as inclinações espontâneas do seu ser: o que está de acordo com as inclinações naturais, o que tende a nosso fim, é bom; o que se opõe a essas inclinações, o que é inconciliável com nossa natureza racional, é mau. Sobre esses princípios, repousam as bases da lei natural, os ditames morais. Seu conhecimento forma-se da seguinte maneira: de início, há o grupo das tendências a que convencionamos chamar de tendências naturais; depois, à luz da razão, o homem reconhece tais inclinações; e, assim, se origina o mandato ou ditado do entendimento: *bonum est faciendum et malum vitandum*. A regra de conduta, deduzida e extraída da natureza humana, tal como esta se revela em suas inclinações fundamentadas, é a lei, o direito natural (termos equivalentes em Santo Tomás). Tal direito, a modo de determinação, fundamenta o Direito Positivo.

Em suas linhas gerais, é esta a convicção dominante neste período da vida filosófica. Pode-se dizer, num confronto entre o pensamento antigo e o medieval, que o Direito Natural é a herança daquele e deste, do pensamento clássico e do pensamento cristão.

É o que vislumbra Jacques Maritain, *in verbis*: "A idéia autêntica da lei natural é uma herança do pensamento greco-cristão. Não se reporta apenas a Grotius que, na realidade, começou a deformá-la, mas antes dele a Suarez e a Francisco Vitória e, antes deles ainda, a Santo Tomás de Aquino. Só este inclui a matéria dentro de uma doutrina totalmente consistente, mas expressa infelizmente num vocabulário pouco claro, de modo que suas qualidades mais profundas foram logo desconsideradas e omitidas. Podemos ainda reportar-nos a um passado mais antigo, até Santo Agostinho, aos Padres da Igreja e à São Paulo. Lembremo-nos daquela asserção de São Paulo: 'quando os gentios, que não possuem a Lei, praticam por natureza as coisas contidas na Lei, esses gentios, não tendo a Lei, são uma lei para si mesmos...'. Podemos ir mais além até Cícero, até os Estóicos, até os grandes moralistas da antiguidade, os seus grandes poetas, até particularmente Sófocles" (Maritain, Jacques, *L' Homme et L' État*, Presses Universitaires de France, 1965, p. 77/78).

Então, uma segunda conclusão deve ser estabelecida: a de que a antiguidade cristã e a tradição medieval persistem nas mesmas linhas diretivas do pensamento clássico e a de que, assim ocorrendo, permanece o Direito Natural enlaçado à Moral, e, especialmente, à Moral Social, que cuida dos direitos e deveres do homem na vida social.

Vejamos, para confronto, as épocas subseqüentes, a saber, época moderna e a época contemporânea.

C. A época moderna. A Escola do Direito Natural. Por sua extraordinária importância e pelo que representa de inovador no tema em questão, cabe referir, nesta altura, à fase subseqüente, oriunda de um movimento de idéias que surgiu no Renascimento. Referimo-nos à época da Escola do Direito Natural, que atraiu especialmente a atenção dos jusfilósofos. Esse pensamento trilha caminho diverso na conceituação do Direito Natural, separando-o da Moral e distinguindo-o, nitidamente, da concepção chamada tradicional, de base aristotélica-tomista.

Segundo seus máximos representantes (Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Rousseau e Kant) o Direito Natural tem base racionalista e abstrata. Desligado da Moral, é produto da razão, apta a regulamentar todas as coisas. Os diversos sistemas surgidos, todos eles apresentados com o máximo rigor lógico, servem de modelo ao Direito Positivo, modelo que o Direito Positivo tem que copiar. Trata-se da idealização de uma ordem jurídica plena e perfeita, em que o Direito Natural, que a desenvolve, sustem-se por si mesmo.

Enorme é, como se vê, a divergência que separa a doutrina clássica da concepção jusnaturalista moderna, muito bem esclarecida por Miguel Reale, *in verbis*: "A Escola do Direito Natural, ou do jusnaturalismo, distingue-se da concepção clássica do Direito Natural aristotélico tomista por este principal motivo: enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a lei, para depois se pôr o problema de agir segundo a lei, para aquela corrente põe-se primeiro o indivíduo com o seu poder de agir, para depois se pôr a lei. Para o homem do Renascimento, o dado primordial é o indivíduo, capaz de pensar e de agir. Em primeiro lugar está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. É da autoconsciência do indivíduo que vai resultar a lei" (Reale, Miguel, *Filosofia do Direito*, 9. ed., Saraiva, 1982, p. 642/643).

Tal linha de pensamento vê no Direito Natural (ou ideal ou racional) um fundamento de razão: é justa a lei por ser expressão de um ditame da razão. Não mais se faz referência a um sistema ético, subordinado a uma ordem transcendente. O universo jurídico é fruto da razão; o Direito Natural está, assim, desligado da Metafísica, tendo vida independente. O próprio Estado não é sociedade necessária, resultante da natureza humana (telos do homem), mas nasce de um contrato celebrado por seres portadores de liberdade originária.

De fato, substancial transformação se operou: a noção de Direito Natural que, segundo a concepção antiga e clássica (greco-cristão) evoluía no plano geral da moralidade, encontra-se, agora, no plano especificamente jurídico. Passa a ser o Direito Natural um modelo racional para as instituições jurídicas positivas. Os primeiros princípios da regulamentação moral foram substituídos por um sistema completo, lógico e coerente, de um direito superior. Operou-se enfim o abandono do Direito Natural clássico, como era concebido pela filosofia grega, adotado pelo Direito Romano e planejado pela doutrina da filosofia cristã.

D. A época contemporânea. Nesta época (fins do século XIX e século XX), a concepção racionalista, do Direito Natural é combatida pela corrente positivista. Para esta última, não se pode falar em Direito Natural, porque o Direito nasce dos fatos e é unicamente existente em função dos fatos, do meio. Todo o Direito é natural. Não se funda na lei natural, que inexistente. Não reconhecendo normas de conduta válidas a priori, a reação positivista combate toda a idéia do Direito Natural. O positivismo sustenta que inexistente outro direito além do Direito Positivo. Direito é um termo que deve ser reservado ao Direito Positivo.

Mas, as concepções de índole racionalista, de um lado, e, moralistas, de outro, ressurgem: aquelas continuando a sustentar que acima e ao lado do direito empírico existe um direito ideal ou racional; e estas insistindo em dizer que o Direito não pode prescindir de princípios orientadores, derivados da Moral Social. Para a escola racionalista, deve o Direito Positivo se orientar pelo modelo ideal do Direito Natural, cujo conteúdo é válido para toda e qualquer sociedade humana, já que se encontra fundado unicamente na razão humana; para a escola clássica, o Direito Natural tem fundamento ético: decorre do estatuto ontológico da pessoa do qual promanam indicações necessárias para o autodesenvolvimento do ser no âmbito da comunhão humana.

Nestas condições, a exata compreensão do problema a que nos propusemos, deve remontar ao presente relance histórico. Na apreciação desta, podemos divisar, consoante ensinamento de Francesco Olgiatti, três momentos marcantes: no primeiro momento, o Direito Natural decorre da ordem moral, a qual se enlaça à ordem do ser. O Direito Natural se restringe às questões existenciais, a tudo o que diz respeito ao bem do homem, dependendo, logicamente, da Antropologia Filosófica (concepção clássica); no segundo momento, o Direito Natural se situa em plano diverso, não se acha integrado numa concepção metafísica e numa ordem moral (concepção da Escola do Direito Natural); no terceiro momento, é considerado mera ficção sendo terminantemente negado (concepção positivista).

O quadro da evolução permite reter, como conclusão final, estes enunciados: a) a concepção cristã coloca-se sob o ponto de vista da união: os princípios do Direito Natural são princípios morais, são os princípios primeiros da

moralidade que regem a conduta humana; b) tais princípios estão integrados na concepção metafísica (a da atividade do ser) e numa concepção de ordem moral (problema do bem e do valor) que da primeira depende; c) a concepção cristã pode reivindicar para si a tradição antiga e clássica que, em parte, a inspira; d) referida concepção se afasta do movimento de idéias surgidas no Renascimento (Escola do Direito Natural) e das concepções que se lhe seguiram (racionalismo e positivismo).

4. ANÁLISE DO CONCEITO. A. As inclinações naturais do ser humano. B. O reconhecimento de tais inclinações. C. A proposta da razão. Conceito resultante.

O ser humano, por sua natureza, é um ser racional, uma vez que a razão deve presidir suas atividades; é um ser social, para quem a existência da sociedade é necessária ao aperfeiçoamento de suas tendências: e, enfim, é um ser contingente, que deve reconhecer sua dependência para com o Ser Supremo.

Não são apenas tendências racionais, sociais ou espirituais que definem a natureza humana; ao contrário, todas elas unidas integram a unidade natural da pessoa humana.

Para melhor indicar estas potencialidades, costumam os filósofos apontar as dimensões básicas. A descrição fenomenológica revela a presença de certos traços característicos que Batista Mondin enumerou como segue: homo somaticus, vivens, sapiens, volens, loquens, socialis, culturalis, faber, ludus e religiosus (Batista Mondin, *O Homem, Que é ele? Elementos de Antropologia Filosófica*, Paulinas, 1977). Portanto, o ser essencial está necessariamente condicionado às peculiaridades do lugar histórico, da linguagem, da sociabilidade, etc. Mas é a consciência espiritual e a liberdade de vontade, que dizem respeito ao elemento espiritual da realização existencial, que completam as explorações fenomenológicas revelando a essência metafísica do homem.

Pois bem, a lei natural, regra suprema e guia dos atos humanos provém da natureza humana assim conceituada; ela brota das inclinações fundamentais da natureza humana sob o controle da razão. Esta extrai daquela os princípios superiores, universais e necessários, declarando-os e propondo-os como normas de conduta.

Assim é que o Direito Natural se funda na natureza humana, no ser do homem, dotado de razão e consciência; funda-se na sua essência, na sua realidade profunda, no seu estatuto ontológico.

Esta síntese inicial deve ser desdobrada, através de ligeiro exame de seus elementos componentes.

A lei natural decorre de três princípios básicos: primeiramente, temos o grupo de tendências a que convencionamos chamar de inclinações naturais; em segundo lugar, encontra-se no homem a luz da razão mediante a qual ele reconhece as inclinações do seu ser; e, enfim, defrontam-nos com o ditado da razão que propõe ao homem o princípio fundamental, sinderético: é necessário fazer o bem e evitar o mal.

A. As inclinações naturais. De fato, no homem suas tendências e inclinações o impulsionam a um fim: o bem. Na acepção psicológica, bem é o que agrada *bonum est quod omnia appetunt*. Constitui neste caso o objeto do desejo ou da vontade; mas este aspecto nem sempre coincide com o bem sob o prisma moral. Moralmente, uma coisa é boa se a ação se executa sob o controle e direção da razão. O princípio dirigente de nossas ações passa a ser o racional.

Por isso, o bem, no aspecto moral, não varia ao sabor da vontade de cada um. A direção provém da parte racional: o que contraria a razão contraria a natureza humana; portanto, o bem é de conformidade com a razão humana e o mal, em desacordo. A razão é a regra da moralidade; a lei, uma ordenação da razão.

B. O conhecimento das nossas inclinações. Então, devemos considerar como se processa o conhecimento dessas inclinações e tendências ao bem. Conhece-as o homem porque possui a luz da razão. Realmente, da mesma forma como o intelecto apreende a noção de ser enquanto verdade, também apreende a noção de ser enquanto bem. Dotado do poder de reflexão, pode o homem captar o sentido dos motivos do seu agir e, conseqüentemente, regular sua vida. Cada homem, portanto, distingue entre as ações boas e as más, sentindo a obrigação de escolher as primeiras e de rejeitar as últimas.

C. A proposta da razão. Do conhecimento das inclinações naturais que impulsionam o homem rumo ao bem moral (*ratio boni*), assim captado, surge o ditado ou a proposta da razão. Compreende o homem, por conaturalidade, a distinção e o significado do bem e do mal e esta compreensão é sobremodo insistente no ditado dos princípios básicos do agir ou da lei moral natural.

Tais pressupostos possibilitam a conceituação do Direito Natural, ligado, de um lado, às inclinações fundamentais do ser e, por outro, à razão, que se encontra em ação no homem.

Nesta ordem de considerações, pode-se dizer que o Direito Natural é a norma suprema de todos os atos humanos, tendo por fundamento ontológico, o "desenvolvimento dos valores da pessoa humana, concebida como imagem de Deus", como bem nota Verdross (*La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, trad. de la Cueva, Univ. Autónoma do México, 1962, p. 372). Consiste na "regra de conduta deduzida da natureza do homem tal como esta se revela nas inclinações fundamentais, sob o controle da razão" consoante ensina Jean Dabin (*Theorie du Droit*, nouvelle edition, Dalloz, Paris, 1969, p. 321).

A lei natural tem um sentido ético. Corresponde à realidade humana dinâmica, consistindo em orientação para a auto-realização como ser pessoal e autodesenvolvimento, como ser social e histórico.

Para melhor compreensão, esta noção deve ser complementada não só pela determinação dos caracteres do Direito Natural, como pela pesquisa de seu conteúdo, uma vez que esta última questão deu margem a duas correntes, conhecidas como concepção minimalista e concepção maximalista.

5. CARACTERES DO DIREITO NATURAL. A universalidade. A imutabilidade. Direito Natural Absoluto. Direito Natural Relativo. Os primeiros princípios. As conclusões e determinações destes. Problemas surgidos.

O Direito Natural, dissemos, deriva da natureza humana: os traços comuns, as notas características desta revelam a existência de uma disposição, de uma ordem, de uma lei.

Esta ordem reguladora, também denominada princípio sinderético fundamental da lei natural se reveste dos atributos da universalidade e da imutabilidade.

Logo, o Direito Natural, que dele deriva, também deve ser considerado tanto universal quanto imutável.

Decorre a universalidade da identidade de natureza racional de todos os seres humanos; provém a imutabilidade do caráter permanente e invariável dos fins específicos do ser humano (fins existenciais).

Mas, tanto a universalidade quanto a imutabilidade referem-se aos princípios primeiros, básicos, necessários; não às conclusões mais ou menos próximas deles, aos preceitos secundários.

Convém lembrar que a verdade, na ordem moral, é necessária e contingente: na primeira hipótese, há relação necessária entre a natureza e a perpetração de certos atos; na segunda hipótese, há relação apenas contingente, não havendo repugnância total, por ser princípio sinderético.

Desta forma, a universalidade e a imutabilidade são as notas características dos preceitos primários; a contingência, a mutabilidade, dos preceitos secundários.

A explicação desta distinção reside no fato de que a natureza é universal e permanente, mas, também, variável, no sentido de que ela se diversifica segundo o meio histórico, a cultura, a época e os coeficientes individuais. Os princípios a ela referentes também participam das mesmas características. Absolutamente universais e imutáveis nos seus primeiros princípios, a lei natural assim não se apresenta com relação aos segundos, decorrentes daqueles.

Então o Direito Natural pode variar tanto por acréscimo quanto por subtração, entendida a afirmação nos seus justos termos; por sua natureza, a lei natural é universal e necessária; mas tais características apenas se referem aos preceitos primários.

Atendendo a tais esclarecimentos, Artur F. Utz se refere a um direito natural absoluto (ou primário) e a um direito natural relativo (ou secundário). Assim os conceitua: direito natural absoluto: "com este termo designa-se aos enunciados da lei natural que afetam à essência de uma ação, respeito à qual o caso particular se encontra numa relação de mera subsunção (p. ex. o contrato matrimonial) ou incluem em sua riqueza analógica de sentido todos os casos particulares que se podem imaginar (p. ex. não prejudicar a ninguém)"; Direito natural relativo: "com este termo se designa as aplicações dos princípios absolutos do direito natural, tanto aos diferentes estados da natureza, quanto também às aplicações particulares aos casos concretos. Todas essas aplicações se chamam relativas já que os casos particulares se distinguem entre si como toda coisa concreta se distingue de outra coisa concreta. Portanto, neste terreno, não se pode falar de um direito natural imutável. No entanto, seria melhor não falar aqui de direito natural, senão de natureza da coisa (*Étique Sociale, tome II, Philosophie du Droit, p. 77/78*).

Tais conclusões propõem, desde já, outra tese, bastante discutida: a do conteúdo do Direito Natural. Pergunta-se se este abrange somente os primeiros princípios ou se engloba também os segundos. Discute-se ainda se existe oposição entre o Direito Natural considerado invariável e as suas aplicações variáveis.

6. CONTEÚDO DO DIREITO NATURAL. Concepção restritiva e concepção extensiva. **A.** O pensamento de Francesco Olgiatti. **B.** O pensamento de Jean Dabin. **C.** O pensamento de Jacques Leclercq. **D.** O pensamento de Georges Renard.

A respeito dessa problemática, as opiniões estão divididas. Muitas interpretações surgiram. Na impossibilidade de um estudo exaustivo, lembraremos algumas teses dos mais ilustres representantes da doutrina neotomista do Direito Natural.

Referimo-nos ao entendimento de Francesco Olgiatti, ao de Jean Dabin, ao de Jacques Leclercq e ao de Georges Renard.

Antes de mais nada, queremos lembrar que tais interpretações, pelo menos historicamente, podem ser agrupadas em dois grupos fundamentais: há uma concepção restritiva e há uma concepção extensiva. A primeira, a da escola tradicional, limita o Direito Natural ao dado estrito e direto das inclinações naturais, aos primeiros princípios; a segunda, oriunda de interpretações posteriores, amplia o objeto do Direito Natural de molde a englobar, no seu contexto, as soluções que são obra da razão, com base nos primeiros princípios.

Tanto os adeptos da primeira como os da segunda conjecturam se referido conteúdo é invariável e suscetível de variação e progresso.

Procuremos deslindá-las.

A. O pensamento de Francesco Olgiatti. Para o mestre da Universidade Católica do Sacro Cuore de Milão, os princípios e os preceitos do Direito Natural revestem-se de universalidade e de imutabilidade, uma vez que se referem às leis racionais do ser.

"Na realidade, para apreciar os direitos subjetivos de um indivíduo ou de uma sociedade qualquer, ou para decidir da justiça de uma ação, não se pode prescindir da situação histórica, ou do fato, com todas as suas circunstâncias, que são sempre historicamente condicionadas. Não é possível do conceito deduzir o fato na sua realidade existencial (*concretezza*), a qual não pode ser senão pela experiência. Isto, porém, não transforma em mutáveis e contingentes os princípios; só varia a aplicação destes, condicionada como está ao dado histórico concreto" (*Il Concetto di Giuridicità in San Tomaso d'Aquino*, p. 168).

Na explicação de Francesco Olgiatti, o Direito Natural, por se integrar num mundo ético, reveste-se das características deste: a imutabilidade, a universalidade e a indisponibilidade. A mutabilidade e a contingência não o atingem; somente afetam suas aplicações aos casos concretos.

B. O pensamento de Jean Dabin. A interpretação apresentada pelo pensador da Universidade de Louvain encontra-se lucidamente exposta em duas obras notáveis: "*La Philosophie de L'Ordre Juridique Positif*" e "*Théorie Générale du*

O Direito Natural, ensina Jean Dabin, resume-se nos primeiros princípios da moralidade. Em sentido amplo, ele abrange todas as regras de conduta derivadas logicamente da lei moral; em sentido estrito (no que mais diretamente interessa à elaboração das normas jurídicas), ele engloba o domínio das relações *ad alterum*.

Referidas relações desenvolvem-se num tríplice plano: humano, familiar e social.

Em excelente síntese, Jean Dabin assim os resume: "Se olharmos para o mundo humano no tempo e no espaço, da mesma forma como consideramos a nós mesmos nas nossas tendências e necessidades mais profundas, descobriremos facilmente que o homem é um ser essencialmente solidário e dependente dos outros homens: eis aí um fato universal e incontestável, a lei da história e da natureza humana. É natural ao homem relacionar-se com os demais homens, porque, sem a ajuda e a colaboração dos semelhantes, seria incapaz de viver e de se desenvolver fisicamente, intelectualmente, moralmente, religiosamente. O meio social é para o homem como a atmosfera que ele respira ou como a terra é para a planta. Ele não se nutre se não retirar os elementos de sua substância. Além dessa solidariedade humana externa genérica, inorgânica que liga entre si todos os homens e que coloca o problema moral das relações sociais, existem solidariedades naturais, internas, mas restritas, chamadas sociedades "necessárias": a família e o Estado (ou sociedade política). O ser humano nasce do ser humano por meio da geração física; ele começa por receber de outros o dom da existência: é o fato social primário da solidariedade entre pais e filhos e esta própria geração resulta de outra solidariedade, a solidariedade dos sexos que, pela união, criam a vida. Ademais, contrariamente à hipótese do "estado de natureza", o homem é um "animal político": em toda parte nós o vemos engajado nos liames de uma sociedade superior aos indivíduos e aos grupos privados, sujeito às diretrizes de uma autoridade encarregada de promover com o concurso dos "membros" à defesa e à prosperidade comuns" (Jean Dabin, *La Philosophie de L'Ordre Juridique Positif*, p. 313/314).

São os primeiros princípios da moralidade que governam esta tríplice solidariedade humana (interindividual, familiar e social), dando origem ao Direito Natural interindividual, familiar e social.

O primeiro (Direito Natural interindividual) decorre da existência, entre os homens, de uma comunidade de natureza, de origem e de fim; o segundo (Direito Natural familiar) decorre do fato, também natural, da geração, da qual resultam direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos, amor recíproco dos cônjuges, deveres de assistência e educação; o terceiro (Direito Natural político) provém do fato, igualmente natural, de ser o homem um animal social político; conseqüentemente, o Direito Natural postula e rege a instituição política.

Assim se dá conta de que, para Jean Dabin, o Direito Natural se confunde com a Moral Social, porque, materialmente, ambos ditam as mesmas regras e fundamentam as mesmas instituições. O Direito Natural resume-se num capítulo da Moral Social relativo aos direitos e deveres resultantes das relações *ad alterum*.

Pode-se, então, concluir que Jean Dabin, ao esclarecer que o Direito Natural se evolui nesse plano, limita-o aos primeiros princípios da moralidade, adotando uma posição restrita.

Não se pode confundir o Direito Natural que resulta de maneira evidente da natureza (dado da razão natural) com as conclusões mais afastadas, com as regras elaboradas em função do Direito Natural. Um é dado; outro é construído. Os primeiros princípios resultam da evidência, enquanto que os segundos são objeto de certa pesquisa e de certa elaboração racional. O Direito Natural limita-se aos primeiros princípios, não englobando as conclusões, sob pena de se emprestar caráter absoluto a soluções dotadas de valor relativo.

Em suma, o Direito Natural é o conjunto das exigências da Moral, deduzidas da natureza humana.

Semelhante orientação tem dado margem a outra questão, não menos relevante: a da imutabilidade do Direito Natural.

Alguns juristas, procurando conciliar o Direito Natural com as variações das regras jurídicas chegam a propor fórmulas sugestivas, como a de um "Direito Natural de conteúdo variável" (Rudolf Stammler) e a de um "Direito Natural de conteúdo progressivo" (Georges Renard).

Jean Dabin entende que tais fórmulas são inadmissíveis. Contradizem a hipótese do Direito Natural.

Com efeito, a natureza humana é universal e permanente, participando o Direito Natural que lhe corresponde, das mesmas propriedades. Mas a natureza humana também se diversifica segundo o meio, a época, a história e a cultura. Neste caso, as aplicações do Direito Natural também variam.

Nestas condições, a doutrina tradicional não pode menosprezar, na aplicação in concreto dos preceitos do Direito Natural, as condições individuais e a historicidade, as quais, como preleciona Jean Dabin., constituem traços componentes da própria natureza humana. (*Théorie Générale du Droit*, p. 324).

C. O pensamento de Jacques Leclercq. Se Francesco Olgiatti e Jean Dabin partilham da concepção restritiva, reduzindo o Direito Natural aos primeiros princípios da moralidade, pode-se dizer que Jacques Leclercq, também da Universidade de Louvain, e Georges Renard, da Universidade de Nancy colocam-se entre os que ampliam o conteúdo do Direito Natural de molde a abranger, no seu âmbito, as conclusões mais ou menos próximas deduzidas dos primeiros princípios. São expoentes da concepção maximalista.

Em duas obras famosas *Leçons du Droit Naturel* e *Du Droit Naturel a la Sociologie*, expõe Jacques Leclercq o seu pensamento, dizendo que o Direito Natural não se limita a alguns princípios fundamentais, evidentes e elementares. Seu conteúdo, pelo contrário, é tão extenso quanto o da natureza humana: corresponde ao estudo das exigências desta, às condições do completo desenvolvimento ou da saúde social comum a todos os homens. É uma verdadeira instituição, não se limitando àqueles dados básicos. O Direito Natural, diz Leclercq, compõem-se de "princípios que têm alcance tão amplo quanto a natureza do homem, sendo suscetíveis de adaptação à diversidade das circunstâncias, em posição de igualdade relativamente à natureza do homem".

O problema do conteúdo é semelhante ao que se impõe a toda ciência da natureza. O Direito Natural chega até onde chega a natureza do homem, conclui Leclercq (Leclercq, Jacques, *Introduccion a las Ciencias Sociales*, 2. ed., Ed. Guadarrama, Madrid, p. 136).

Desse entendimento participa também Jacques Maritain ao proclamar que a lei natural é coextensiva a todo o campo das relações morais, a todo o campo da moralidade natural. Sua incidência alcança a todos os postulados essenciais da pessoa humana (*L' Homme et L' État*, p. 81).

O Direito Natural ainda está em vias de formação, não se podendo pensar em limitá-lo a priori a alguns princípios gerais necessários.

D. O pensamento de Georges Renard. Sua doutrina encontra-se desenvolvida na obra fundamental *Le Droit, L' Ordre et la Raison*.

Empenhando-se na solução do problema, Georges Renard propõe a fórmula do "Direito Natural de conteúdo progressivo". Procuremos explicá-la, ainda que de maneira sintética.

Cabe, antes de mais nada, salientar que Georges Renard não deixa de reconhecer a imutabilidade do Direito Natural. Citando De Page, ele salienta: "O conceito mesmo do Direito Natural, derivado da Escolástica e fundado na natureza superior do homem, postula a imutabilidade, tanto por sua origem quanto por seu fim. Se a imutabilidade desaparece, já não há Direito Natural" (*Introducción Filosófica al Estudio del Derecho, tomo III, El Derecho, El Orden y la Razón*, p. 94).

Mas, longe de constituir sistema fechado, o Direito Natural progride, desenvolvendo todas as virtualidades insitas em seus próprios princípios.

Como se conciliar, então, a noção de imutabilidade com a de conteúdo progressivo?

Em excelente síntese, Georges Renard explicita o quadro em que sua doutrina se desenvolve. Ao fazê-lo reconhece a existência de "princípios, ou pelo menos diretivas a todas as leis, a todos os costumes e a todas as jurisprudências". Por outro lado reconhece "a aptidão humana para descobrir tais princípios por suas próprias forças; sua integração na concepção metafísica da ordem do mundo; sua geração progressiva, a partir das noções fundamentais da personalidade humana e da instituição e, finalmente, uma conveniente adaptação às contingências indefinidamente diversas dos meios históricos" (*Introducción Filosófica al Estudio del Derecho, tomo III, El Derecho, El Orden y La Razón*, p. 33).

A contradição é apenas aparente: de um lado, é mantida a imutabilidade do Direito Natural, pois ele se reduz aos primeiros princípios; por outro, o conteúdo do Direito Natural é progressivo quanto ao desenvolvimento das virtualidades inclusas em seus próprios princípios e quanto à assimilação dos diversos meios históricos que ele tem por missão reduzir à ordem.

A imutabilidade é a nota dos primeiros princípios; o conteúdo progressivo, a do desenvolvimento das virtualidades daqueles. O Direito Natural vivifica e anima todo o Direito Positivo.

Em suma, o Direito Natural é concebido como genericamente um, como a natureza humana, sendo temporalmente diverso, como as civilizações históricas. Sob ambos os aspectos é o suporte do Direito Positivo. É o que demonstra M. Rodrigues Molinero (*Derecho Natural y Historia en el Pensamiento Europeo Contemporáneo*, p. 324).

7. CONCLUSÕES.

Na primeira parte do presente trabalho, deixamos expostas algumas noções relativas ao desenvolvimento histórico do Direito Natural.

Pretendemos, agora, resumir, em alguns enunciados, os elementos decorrentes do conceito, dos caracteres e do conteúdo do Direito Natural segundo a concepção neotomista.

São os seguintes: 1. O Direito Natural é o ditame da razão natural, a regra da ação; 2. Esta se fundamenta na lei natural: o estatuto ontológico da pessoa humana indica as inclinações e tendências naturais rumo à obtenção do bem pessoal; 3. O ser humano, iluminado por uma luz interior, conhece estas inclinações, captando, assim, o sentido do seu agir; 4. As características do Direito Natural são a imutabilidade e a universalidade; 5. Estas características são condizentes, apenas, com os primeiros princípios, não afetando as conclusões ou aplicações aos casos concretos; 6. Estas últimas se desenvolvem no plano das contingências históricas.

Nesta ordem de considerações, pode-se dizer que a lei natural é a expressão, em regras normativas, das finalidades essenciais da natureza humana (*Suma Teológica*, I, II, 94, 2). Há um dinamismo de fins existenciais postulado pela estrutura ontológica da pessoa humana. Já assinalava Aristóteles que cada ser aspira a um fim que é inerente à sua natureza. É a entelé cheia ou estado de completude ou perfeição que constitui a causa final do agir humano (F. E. Peters, *Termos Filosóficos Gregos Léxico Histórico*). O aperfeiçoamento é a meta assinalada pelo próprio Criador. Portanto, a lei atende aos fins existenciais, referindo-se à normalidade e perfeição do ser humano. É, segundo Jacques Maritain, a "ordem ideal relacionada com as atividades humanas, uma linha de divisão entre o que convém e o que não convém, entre o próprio e o impróprio, que depende da natureza ou essência humana" (*L' Homme et L' État*, Presses Universitaires de France, p. 80).

Contudo, dois pontos fundamentais dessa conceituação não podem ser esquecidos. Em primeiro lugar, a noção de Direito Natural está na dependência de colocações prévias de Antropologia Filosófica. Realmente, esta parte de Metafísica Especial estuda os fins existenciais inscritos no ser humano. A Moral, como disciplina normativa da atividade livre do homem, cabe indicar quais as normas do agir para a sua plena realização. É a lei natural, que se baseia na estrutura da natureza humana, que indica o caminho a ser seguido para que os seres humanos atinjam a plenitude a que estão destinados (*perfectio*). Mas o homem conhece esta lei por conaturalidade e deve reconhecer o dinamismo dos referidos fins existenciais, procurando atingí-los. Esse conhecimento advém da capacidade de reflexão do homem sobre sua experiência e captação de valores. A descoberta é feita da pessoa como pessoa. Logo, ele participa, como diz Santo Tomás, da ordem universal. É esta a lei natural, da qual, *per modum conclusionis oi per modum determinationis*, promana a lei positiva.

Em segundo lugar, cumpre esclarecer o exato sentido da expressão "natureza humana". O ser humano é um ser racional e social. Mas não devemos esquecer que tais dimensões são vividas sob diferentes condições históricas. Tudo está impregnado de historicidade. A análise da racionalidade e da sociabilidade deve

se seguir a da historicidade. Os fins existenciais já referidos não podem ser entendidos independentemente da história. Impõe-se uma compreensão globalizante desses componentes. Sendo o homem um ser histórico, torna-se questionável um Direito Natural imutável. A natureza humana, sendo dinâmica e evolutiva participa da história. O homem é, assim, um ser histórico concreto, condicionado à evolução sociocultural. A historicidade é característica da lei do ser, parte integrante do destino do homem. O homem sempre foi um ser marcado pela história. Sua situação peculiar não consiste em se constituir apenas em ser da natureza, mas, também, em ser cultural, que age historicamente. Logo, a lei natural, como expressão das exigências da natureza humana não pode menosprezar esse dado relevante. Deve considerar o progresso histórico. Em suma: a pessoa humana é vocacionada ao autodesenvolvimento, auto-realização e progresso, até atingir a um fim transcendente (autotranscendência), o que só se realiza num contexto histórico. Torna-se impossível, por conseguinte, ignorar os novos conhecimentos advindos das ciências do comportamento (Antropologia, Psicologia, etc) e das ciências históricas. A lei natural só pode ser a norma derivada da própria natureza do homem em sua concreta realidade histórica, como ensina B. Haring. A norma natural deve ser integrada numa visão dinâmica sobre o homem e o mundo. Como diz L. Mondem, o *dever* do homem é preconcebido e esboçado na norma: esta se refere não tanto ao homem que é, mas ao que deve vir a ser. Do contrário, a norma deixaria de corresponder às exigências da natureza humana.

Pode-se, então, adotar como remate deste estudo a afirmação de que o pensamento neotomista tem como pressuposto a estrutura ontológica do ser humano, bem como sua capacidade gnoseológica para o conhecimento das inclinações e tendências que o impulsionam à perfeição. Apesar das divergências que o conteúdo dos preceitos de Direito Natural, anteriormente mencionadas, o certo é que este pode ser conceituado como a expressão, em forma normativa, de todas as exigências que decorrem dos fins existenciais, as quais, por via de consequência, assinalam os valores que devem ser, necessariamente, protegidos pelo sistema jurídico normativo.

BIBLIOGRAFIA

APOSTILAS do Curso de Graduação. Publicação do Centro Acadêmico XI Agosto (ponto n. 10), 1973. p. 132-49.

COPLESTON, Frederick. *El Pensamiento de Santo Tomás*. Trad. Elza Cecília Frost. México : Fundo de Cultura Económica, 1960. p. 241-260 (Breviário del Fondo de Cultura Economica, v. 154).

DABIN, Jean. *La Philosophie de L' Ordre Juridique Positif spécialement dans les rapports de droit privé*. Paris : Sirey, 1929. p. 311-18.

_____. *Théorie Générale du Droit*. Paris : Dalloz, 1969. p. 319-30.

- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 9. ed. Milão : Giuffré, 1953. p. 37-46.
- FISCHL, Johann. *Manual de História de la Filosofía*. Trad. Daniel Ruiz Bueno. Barcelona : Herder, 1968. p. 71-97, 133-40, 184-97.
- HERVADA, Xavier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Pamplona : Ed. Univ. de Navarra, 1981. p. 98-104.
- HIRSCHBERGER, Johannes. *Breve Historia de la Filosofía*. Trad. Alejandro Ros. Barcelona : Herder, 1968. p. 14-77, 91-100, 126-38.
- KALINOWSKI, Georges. *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1982. p. 97-108. (Ensaio n.6 sobre Direito Natural e a pessoa humana).
- KLIMKE, Federico ; COLOMER, Eusebio. *Historia de la Filosofía*. 3. ed. Barcelona : Labor, 1961. p. 47-81, 156-68, 293-300.
- LECLERCQ, Jacques. *Leçons de Droit Naturel*. Louvain : Société d' Études Morales, Sociales et Juridique, 1947. p. 9-89. t 1: Le fondement du droit et de la société.
- _____. *Introducción a las Ciencias Sociales*. 2. ed. Trad. José Manuel Gómes Tabanera. Madrid : Guadarama, 1961. p. 123-49.
- LUYPEN, W. *Fenomenología del Derecho Natural*. Trad. Pedro Martín y de la Cámara. Buenos Aires : Ed. Carlos Lohlé, 1968. p. 89-116.
- MARITAIN, Jacques. *L' Homme et L' État*. 2. ed. Trad. da versão inglesa por Robert e France Dovril. Paris : Presses Univ. de France, 1965. p. 69-100.
- MESSNER, Johannes. *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*. Trad. J. L. Barriosa Sevilha, J. M. Rodríguez Paniagua e J. E. Díez Rialp, 1967, p. 38-45, 53-64, 394-416.
- MONDIN, Battista. *O Homem, Quem é ele? Elementos de Antropologia Filosófica*. Trad. R. Leal Ferreira, M. A. S. Ferrari. São Paulo : Paulinas, 1980. p. 284-99.
- OLGIATTI, Francesco. *Il Concetto di Giuridicità in S. Tommaso d' Aquino*. Milano, 1955.
- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 6. ed. México : Ed. Sus, 1970. p. 243-57.

- REALE, Miguel. O conceito de "ratio naturalis" entre os romanos e Santo Tomás de Aquino. *Rev. Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 38, p. 107-17, jan./dez. 1942.
- _____. *Filosofia do Direito*. 9. ed. 1982. p. 632-39.
- RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos Actuales Comparados*. Madrid : Universidad/FD - Seccion de Publicacions e Intercambio, 1970. p. 55-71.
- _____. *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez, con un estudio previo sobre sus antecedentes en la Patristica y en la Escolastica*. México : Ed. Jus, 1947. p. 29-40, 61-81.
- RENARD, Georges. *El Derecho, El Orden y la Razón*. Trad. Santiago C. Manterola. Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1947, p. 94-126.
- RODRIGUES MOLINERO, Marcellino. *Derecho Natural y Historia en el pensamiento europeo contemporaneo*. Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1973, p. 121-42.
- ROMMEN, Heinrich. *Le Droit Naturel: Histoire Doctrine*. Trad. Emile Marmy. Paris : Eglöff, 1945. p. 177-200.
- SIMON, René. *Moral*. Trad. Monteserrt Kirschner. 5. ed. Barcelona : Herder, 1984. p. 94-105. v.7: Curso de Filosofia Tomista.
- STEENBERGHEN, Fernand van. *Le Thomisme*. Paris : Presses Universitaires de France, 1983. p. 94-105 (Col. Que Sais-Je, n. 587).
- TELLES JR., Goffredo. *Filosofia do Direito*. São Paulo : Max Limonad. s.d. p. 486-95. T.2
- UTZ, Artur. *Éthique Sociale*. Trad. Vicent Kleiner. Fribourg : Ed. Univ. Fribourg, 1967. p. 77-82. Tomo 2: Philosophie du Droit.
- VERDROSS, Alfred. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, Visión Panorámica de sus Fundamentos y Principales Problemas*. Trad. Mário de la Cueva. México : Centro Estudios Filosoficos, Univ. Autónoma de Mexico, 1962. p. 54-77, 105-13, 119-35, 363-90.
- VERNEAUX, Roger. *Filosofía del Hombre*. Trad. L. Medrano. 5. ed. Barcelona : Herder, 1977. p. 215-34. v.5 : Curso de Filosofia Tomista.

II - DOGMÁTICA JURÍDICA

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PLANO "COLLOR"

José Eduardo Faria

Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: O objetivo deste artigo é avaliar o modo pelo qual o novo governo brasileiro, ao implantar uma reforma monetária em nome do combate à hiperinflação e da reconstrução econômica, afetou a ordem constitucional em vigor desde outubro de 1988. O artigo aponta a "antinomia" entre o "público" e o "privado" na Carta de 1988, concluindo que um texto constitucional deve ser visto mais sob a óptica de sua prática histórica do que pela sua estrutura lógico-formal.

Abstract: The main goal of this article is to evaluate the efficacy of the Brazilian constitutional order after the "Brasil Novo" Plan, which established a new monetary order and affected many legal rights and legal guarantees. By pointing out the "antinomie" between the "public" values and the "private" ones in the Constitution of 1988, the article concludes that the Constitutional text should be examined rather through its historical "practice" than through its logical, formal "structure".

Unitermos: Reforma Monetária; Controle Social; Hiperinflação; Intervencionismo do Estado.

"A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experimentada". A frase é de Oliver Wendell Holmes, antigo magistrado da Corte Suprema dos Estados Unidos ⁽¹⁾. Apesar de formulada em 1919, ela é de uma incrível atualidade - entre outras razões porque nos ajuda a entender a perplexidade dos juristas diante de uma reforma monetária que minou alguns dos principais postulados de sua cultura profissional, como os princípios do direito adquirido e da certeza jurídica, obrigando advogados e juízes brasileiros a enfrentar o desafio de conciliar racionalidade formal com racionalidade material num momento histórico de turbulências econômicas e de instabilidade institucional.

Embora bastante conhecida, a afirmação de Holmes não é unívoca, admitindo várias leituras. Uma delas é a de que o critério de verificação da *validade* das soluções jurídicas seria dado menos pela coerência interna dos textos legais rigorosamente dispostos num dado ordenamento jurídico e mais por sua efetiva adequação à realidade social mesmo que às custas de uma eventual ruptura do

princípio da hierarquia das leis. Outra leitura conduz às idéias de *experiência* e *história*, isto é, às ações políticas responsáveis pelas condições indispensáveis à coesão social em sociedades complexas. Em outras palavras, não haveria uma "natureza humana" fixa e imutável, capaz de ser reproduzida por um sistema legal fundado exclusivamente tanto na razão quanto na inexorável "natureza das coisas".

Ambas as leituras, contudo, não são excludentes. O que elas mostram é que a vida do direito costuma obedecer a duas forças opostas: a primeira, mais conservadora, no sentido da preservação da estabilidade e da ordem; a segunda, mais voltada às manifestações de justiça concreta e de transformação social. Ao pronunciar essa frase num processo judicial sobre o alcance da liberdade de pensamento num regime democrático, Holmes não se limitou a questionar o velho dogma positivista da exclusividade das "palavras da lei" (cuja força vinculante decorre simplesmente do fato de terem sido formalmente editadas pelo legislador). Ele também sabia que os direitos e as garantias não se tornam eficazes apenas porque o Estado os impôs por métodos legais previamente determinados por uma Constituição, mas porque foram igualmente acatados em sua essência pelos cidadãos, isto é, incorporados pela sua consciência como pontos intocáveis e, como tais, respeitados independentemente do potencial inerente a todo sistema jurídico.

Refazendo essas duas leituras da clássica afirmação do juiz Holmes à luz da atual realidade brasileira, especialmente tendo em vista as implicações constitucionais da reforma monetária, o problema a ser discutido diz respeito à flagrante incompatibilidade entre a ordem jurídica vigente, concebida como uma *estrutura* lógico-formal rigidamente hierarquizada, e uma sociedade estigmatizada pelas contradições sociais, exigindo um *processo* decisório mais rápido e eficaz. Este é o problema: até que ponto uma ordem jurídica voltada à estabilização, conservação e permanência de um determinado padrão de relações sociais pode realmente funcionar numa sociedade cambiante, em intensa transformação e caracterizada por conflitos de natureza cada vez mais coletiva? Não é difícil, creio, entender o alcance e o sentido desta indagação: afinal, se no plano constitucional a Carta vigente consagra valores contraditórios, como a propriedade privada (inciso XXII do art. 5.) exercida tendo em vista sua "função social" (inciso XXIII do mesmo artigo), a livre concorrência (inciso IV do art. 170) e a "busca do pleno emprego" (inciso VIII do mesmo artigo), a liberdade de iniciativa (inciso IV do art. 1.) e o caráter normativo e regulador da atuação do Estado no exercício de suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174), no plano da efetiva aplicação dessas normas constitucionais quais delas devem de fato prevalecer quando todas estiverem a um só tempo em questão?

A indagação não é inocente: afinal, diante do caos econômico deflagrado pela hiperinflação e do intervencionismo exacerbado do Estado, o "individualismo possessivo" subjacente a muitos dispositivos constitucionais contraria abertamente a ênfase à dimensão social de muitos outros dispositivos igualmente constitucionais, motivo pelo qual o prevalecimento do *privado* implica o sacrifício do *público*, do mesmo modo como o sacrifício do *público* implica o sacrifício do *privado*. Trocando em miúdos: a inflação desorganizou estruturalmente a economia, levando o Estado a financiar o déficit público com juros cada vez mais altos, por um lado desviando os investimentos reprodutivos para os investimentos financeiros e, por outro,

destinando parcelas crescentes de receita tributária para o pagamento desses juros - um asfíxiante círculo vicioso que penaliza o contribuinte, aumenta a concentração de renda, desvirtua o Executivo no exercício de suas básicas clássicas e *privatiza* nas mãos de alguns (os que podem financiar o Tesouro mediante aplicações financeiras em títulos governamentais) o que é (ou deveria ser) *público*.

Subjacente ao problema das implicações constitucionais da reforma monetária encontra-se, portanto, uma das questões básicas da filosofia política e da filosofia do direito modernas: as relações entre o individual e o coletivo, entre a segurança do cidadão e o bem-estar da comunidade, entre o interesse privado e o interesse público - o qual não é, na perspectiva teórica desenvolvida por Rousseau e, mais tarde, por Hegel, a simples somatória dos interesses privados ⁽²⁾. Na origem do moderno constitucionalismo, os juristas foram suficientemente hábeis ao tratar normativamente essas relações basicamente a partir de conceitos genéricos e abstratos - e quanto maior foram a diferenciação econômica, a segmentação social e os problemas políticos delas decorrentes, maior foi a tendência dos legisladores em aplicar os graus de abstração e generalização das leis. Produto da Revolução Norte-americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, ambas fazendo da separação entre o público e o privado e do subsequente reconhecimento das garantias individuais, das liberdades públicas e da racionalização do poder nas suas principais palavras-de-ordem, o constitucionalismo moderno tinha por objetivo oferecer uma engrenagem institucional capaz de promover uma racionalização global da vida coletiva e da vida individual ⁽³⁾.

Ao conciliar controle social com liberdade formal, seu papel básico era assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores em si contraditórios, como justiça e autonomia, solidariedade e competição, emancipação e subjetividade - o que somente acabou sendo possível pelo fato de a construção genérica e abstrata desses valores não dar primazia a nenhum deles e de as tensões entre eles serem reguladas por princípios complementares. Graças a essa sutil estratégia de abstração e à generalização dos conceitos normativos e das categorias jurídicas, possibilitando a um só tempo a consagração formal dos mais variados direitos e o não-cumprimento de muitos deles na prática, os antagonismos eram vistos como sendo sempre provisórios, pois eram passíveis de uma decisão legal "técnica", isto é, despolitizada e pretensamente racional numa competição *ad infinitum* segundo as regras de um jogo de "soma positiva".

O problema, contudo, é que as condições socioeconômicas subjacentes à origem desse jogo, no capitalismo concorrencial do século XIX, mudaram com os ventos da história. Por um lado, o desequilíbrio estrutural inerente à lógica do desenvolvimento capitalista minou - a partir da década de vinte - o equilíbrio institucional concebido pelo modelo liberal-burguês de direito e de Estado. De simples provedor de serviços básicos no campo da educação, saúde, segurança e justiça, valendo-se das normas jurídicas apenas como instrumento de *controle social*, o Estado "protetor-repressivo" de caráter "minimalista" foi assumindo progressivamente o papel de fiscalizador, coordenador, regulador e controlador, planejador e produtor de bens e serviços, passando a utilizar as normas jurídicas como instrumento de *direção social* e, para tanto, manipulando-as sob a forma de uma intrincada combinatória de técnicas de encorajamento e desencorajamento. Por

outro lado, os próprios grupos sociais lutando por direitos civis e econômicos, ao se descobrirem como atores coletivos, também identificaram o que havia por trás da estratégia de se conceder em direito positivo o que era negado pela prática jurídica.

Ou seja: tais grupos se certificaram de que a simples concessão de direitos e garantias pelo poder constituinte originário ou derivado, no corpo de uma Carta Magna, quando não acompanhada de uma efetiva regulamentação por lei complementar, funcionava basicamente como um recurso de encobrimento ideológico e/ou de apaziguamento da consciência política, mediante a transportação de seus efeitos concretos para momentos futuros (se próximos ou remotos, isto ficava à mercê da progressiva conscientização e das subseqüentes capacidades de mobilização e de conflito dos grupos e classes até então "apaziguadas" em sua consciência). Mais: eles também identificaram possibilidade de se interpretar em novos termos as normas programáticas do tipo "sociedade livre, justa e solidária", "dignidade da pessoa humana", "valores sociais do trabalho", "erradicar a pobreza e a marginalização", etc., buscando sua efetiva concreção mediante a tentativa de se tornar as concepções de justiça inerentes a uma ordem constitucional menos comutativas e mais distributivas.

Com todas essas mudanças, portanto, as relações entre (a) o *privado* e o *público*, (b) entre o *individual* e o *coletivo* e (c) entre o primado do *direito adquirido* e a busca pela concretização de normas programáticas revelaram-se *antinômicas* - antinomia, aqui, entendida como "incompatibilidade entre direitos relativos a um mesmo objeto" (4), como uma "relação que une duas normas incompatíveis pertencentes a uma mesma ordem jurídica e dotadas do mesmo campo de aplicação ou domínio de validade" (5). Em face da gravidade da crise econômica do Brasil contemporâneo, responsável pela crescente fragmentação de uma ordem social e política atravessada diacronicamente pela interpenetração das diferentes esferas decisórias e pela explosão de demandas contraditórias encaminhadas ao Estado de modo igualmente contraditório por grupos e classes com interesses distintos, conflitantes e excludentes, tal antinomia acabou emergindo de maneira irreversível ao final dos anos oitenta.

Não é por mero acaso, pois, que o Estado brasileiro contemporâneo, apesar da retórica liberalizante do novo presidente da República em seu discurso de posse, tornou-se muito mais intervencionista do que antes. O que se tem, nos dias de hoje, é um Estado que substituiu a *segurança jurídica*, a qual se expressa pelo princípio de que "tudo o que não está proibido, está permitido, por uma *segurança teológica de amplitude nacional*, que se traduz pelo princípio inverso, no sentido de que "tudo o que não está permitido, está proibido". Trata-se, em outras palavras, de um Estado mais poderoso, até mesmo do que na época da república dos generais e dos tecnocratas, uma vez que vem passando por cima dos direitos e garantias individuais em nome de uma "razão de Estado (ou seja, de uma "reconstrução econômica" que é impossível de ser formalmente conceituada, estruturada e regulada pelas categorias jurídicas tradicionais forjadas pelo modelo liberal-burguês de direita, exigindo fórmulas abertas, flexíveis e sujeitas não a interpretações tecnicamente jurídicas, mas a critérios indeterminados e vagos fundados em sentimentos de responsabilidade funcional das autoridades econômicas). Trata-se, em suma, de um

Estado cujos dirigentes legitimados pelo voto direto, passaram a afirmar que ninguém está autorizado a impedir a aplicação de medidas de interesse coletivo.

Pensando bem, a Assembléia Nacional Constituinte já havia percebido suficientemente bem a extensão e a complexidade deste problema. Todavia, não o enfrentou, preferindo consagrar normas excessivamente ambíguas, genéricas e indeterminadas quanto ao seu alcance ⁽⁶⁾. Por conseguinte, normas extremamente limitadas em sua eficácia, na medida em que não tiveram asseguradas de modo inequivocamente explícito e formal as condições para sua concreção, dada a disposição dos constituintes de utilizá-las retoricamente apenas com a finalidade de superar impasses momentâneos, obter consensos circunstanciais e pacificar seus respectivos eleitorados. De maneira sutil, os constituintes aprovaram em plenário a concomitância *formal* de direitos e prerrogativas imaginando, porém, valer-se de posterior "batalha regulamentar" para impedir a simultaneidade *real* desses mesmo direitos e prerrogativas.

Este importante problema da filosofia política do direito, todavia, tem, do ponto de vista histórico, um conhecido precedente no século XX. Num brilhante texto escrito em 1940 sobre as diferentes formas de se pagar a conta da guerra, por exemplo, Keynes já o formulava em termos concisos e objetivos: "Não é fácil para uma comunidade livre organizar-se para a guerra. Nossa força repousa na capacidade de improvisar. Contudo, necessitamos também de uma mentalidade aberta a idéias não testadas. Coragem virá se, em todos os partidos, os líderes de opinião extraírem da fadiga e da confusão da guerra suficiente lucidez de espírito para compreender e explicar ao público o que se faz preciso, para, então, propor um plano concebido num espírito de justiça social - um plano que se utilize de um período de sacrifício geral não como uma desculpa para adiar reformas desejáveis, mas como uma oportunidade para avançar além do que avançamos até aqui na redução das desigualdades".

Prosseguindo, páginas adiante, Keynes afirma: "Em tempos de paz, o tamanho do bolo depende do volume de trabalho realizado; mas em tempos de guerra, o tamanho do bolo é fixo. Se trabalharmos mais, podemos lutar melhor. Mas devemos deixar de consumir mais. Isso significa que o público, como um todo, não pode aumentar seu consumo pelo aumento de suas receitas monetárias. Todavia, a maioria tenta aumentar sua receita na crença de poder assim aumentar seu consumo. De fato, em certo sentido isto ainda é verdadeiro. Pois cada indivíduo pode aumentar sua participação no consumo se tiver mais dinheiro para gastar. Mas, como o tamanho do bolo é fixo e não elástico, só pode fazê-lo em detrimento de outras pessoas. Assim, o que é vantagem para cada um, visto como indivíduo isolado, constitui desvantagem para cada um, visto como membro da comunidade. Aqui está a oportunidade ideal para um plano comum e para a imposição de uma regra que todos devem obedecer" ⁽⁷⁾.

Eis a conclusão de Keynes: "A menos que se pretenda que o custo total da guerra seja arrecadado através de impostos, o que praticamente é impossível, uma parte o será por meio de empréstimos, o que constitui outra maneira de se dizer que alguém deverá postergar gastos monetários. Isto não será evitado permitindo-se a elevação dos preços, o que apenas significaria que as receitas dos consumidores passariam para as mãos da classe capitalista. Grande parte deste ganho dos

capitalistas retornaria na forma de impostos mais altos; outra parte poderia ser consumida pelos mesmos, elevando assim ainda mais os preços, para desvantagem dos demais consumidores; e o restante seria emprestado deles, de modo que só eles, em vez de todos semelhantemente, seriam os principais credores da dívida nacional ampliada - do direito, por assim dizer, de gastar dinheiro depois da guerra".

A citação é longa, reconheço. Mas todos estes argumentos de Keynes têm alguns importantes pontos de convergência com a idéia do juiz Holmes no sentido de que "a vida do direito não é lógica, mas experimento". Ao afirmar que "num Estado totalitário não existe o problema da distribuição de sacrifício" e que "somente numa comunidade livre a tarefa do governo se complica com as exigências de justiça social", Keynes põe o dedo na questão das virtudes e dos limites do contratualismo democrático em que medida a consagração do privado não fere o público? Até que ponto o interesse do público pode ferir direitos privados? O ponto de equilíbrio é sempre tênue, precário e instável - e é por esse motivo que, se por um lado não se pode deixar de reconhecer que a reforma monetária optou pelo interesse coletivo e desprezou a velha tese normativista do "faça-se a justiça individual mesmo que pereça o mundo", por outro também não se pode desprezar o potencial arbitrário e mesmo totalitário inerente ao pacote econômico. Como contorná-lo, ou seja, como evitar que o princípio segundo o qual "o fim bom salva até os piores meios" se sobreponha ao princípio de acordo com a qual "os meios maus corrompem até os melhores fins"?

Talvez frustre o leitor por não ter uma resposta pronta e acabada para esta questão - na consciência de que, se a reforma monetária violou a *estrutura* constitucional do País em nome de um interesse maior, precisamos agora de um *processo* jurídico capaz de impedir a perversão das garantias individuais e das liberdades *públicas* pelo despotismo "esclarecido" da razão econômica. A dimensão da racionalidade formal, condição básica para uma democracia pluralista, não pode ser esquecida, é certo; mas também não pode ser confundida com uma concepção estritamente positivista de direito e de Estado, que privilegia a estrutura e não o processo, valoriza a vigência e não a eficácia, e ainda confunde a sociedade como simples produto do direito, o Estado como mero ordenamento jurídico e os homens como centros abstratos de imputação de direito e deveres. Contudo, se nós juristas quisermos realmente garantir as condições formais mínimas para a democracia e impedir o despotismo esclarecido de um presidente com um potencial fascista, teremos de hoje em diante de alargar nossa visão, reformulando conceitos excessivamente fechados e tipificantes herdados do legalismo liberal clássico, cada vez mais distanciados da realidade socioeconômica, sob pena de continuarmos a ver esgotadas, como hoje, as possibilidades de eficácia de uma Constituição nova e tão precocemente envelhecida - uma Carta que, infelizmente, terminou gerando a ilusão de uma ordem regular inexistente a prática.

Acima de tudo, nessa tensão entre ordens e imposição, entre paixão política e razão econômica, entre direitos individuais e interesses políticos, há que se manter a mesma lucidez com que Norberto Bobbio - um autor socialista entre nós (mal)tratado como "neoliberal" - analisava a grande crise institucional italiana do pós-guerra, com a ordem constitucional sendo sucessivamente violada, tendo a sua

efetividade posta em discussão e, por conseguinte, com os juristas duvidando de sua durabilidade:

"Quem lê uma Constituição acredita que o Estado esteja todo contido naqueles órgãos do governo que a carta constitucional disciplina. Tirando os olhos da carta e olhando em volta se verá que, além do governo, existe o subgoverno, que o acompanha como sua sombra, existe o criptogoverno, o poder oculto dos serviços secretos que o controla, e existe ainda, talvez, num Estado de soberania diminuída como o italiano, um supragoverno que o dirige. Tudo isso, subgoverno, criptogoverno e supragoverno, são coisas das quais uma boa e honesta Constituição nada sabe e sobre as quais pudicamente deve silenciar.

Uma Constituição, no edifício complicado e exagerado do Estado contemporâneo, mesmo quando perfeita, mostra apenas a fachada. Ela não mostra nada ou quase nada do que está dentro ou por detrás, sem falar dos subterrâneos. É evidente que toda Constituição se tornou uma roupa apertada para um corpanzil como o do Estado contemporâneo, que cresceu muito rapidamente e mal, para poder ficar numa situação dessas sem rasgar. De nada serve ou serve muito pouco, portanto, chorar sobre uma Constituição que não é cumprida ou que é traída, como de pouco serve pensar em reformas ou retoques constitucionais quando se tem a ilusão de que basta mudar a roupa para mudar o temperamento daquele que a veste. Não digo que a Constituição não deva ser respeitada. Infelizmente, porém, o simples respeito formal, mesmo quando total, é apenas a condição necessária para o bom funcionamento de uma democracia. Mas não é uma condição suficiente. Não quero dizer que uma Constituição seja intocável. Colocado de lado, porém, o fato de que deve defender-se dos retoques que a deturpam, retocá-la ou emendá-la serve de pouca coisa, se, por detrás da fachada, os padrões da casa forem sempre os mesmos" (8).

Notas

1 Esta frase foi extraída de um pequeno texto distribuído pelo Serviço de Informações da Embaixada dos Estados Unidos, intitulado *Censura Prévia*, com a íntegra dos votos dos juízes da Suprema Corte a respeito do caso do *New York Times* e do *Washington Post*, novembro de 1971, acusados de divulgar informações secretas do governo e, com isso, de violar a Constituição norte-americana. Um dos juízes embasou sua decisão relembrando as palavras de Holmes ditas cinquenta e dois anos antes. Eis a frase completa: "A vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência. O melhor teste da verdade é o poder do pensamento ser aceito num mercado competitivo. Esta é a única base sobre a qual os homens podem realizar seus desejos com segurança. Em certa medida, essa é a teoria de nossa Constituição: é uma experiência - como toda a vida"

2 - Ver, nesse sentido, David LYONS, *In the interest of the governed*, Oxford, Clarendon Press, 1973; Wolfgang SCHLUTER, *The rise of Western Rationalism*, Berkeley, University of California Press, 1981; e Jürgen HABERMAS, *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.

3 - Jon ELSTER e Rune SLAGSTAD, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

4 - Cf. Chaim PERELMAN, *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1965, pp. 392 e ss.

5 Cf. Norberto BOBBIO, "Sobre los criterios para resolver las antinomias", in *Contribución a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel organizador, Valência, F. Torres, Editor, 1980, pp. 349-364.

São Paulo, abril de 1990.

CONTROLES INTERNOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Odete Medauar

Professora Associada da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: Dentre os inúmeros controles que incidem sobre a Administração Pública se encontram aqueles que a mesma efetua sobre atos e atividades de seus agentes. Pouco valorizados pela doutrina e pela administração, poderiam transformar-se em meio de aprimoramento constante da atividade administrativa. Constitui objetivo deste artigo expor algumas formas de controle interno existentes no Brasil e em outros Estados e também chamar a atenção para as possibilidades que proporcionam à melhoria da atuação administrativa, se considerados com seriedade.

Résumé: Parmi les nombreux contrôles que l'Administration Publique subit on trouve ceux quelle même fait sur les actes et les activités de ses agents. Ces contrôles n'ont pas beaucoup de valeur pour la doctrine et pour l'Administration, mais ils pourraient devenir des moyens de perfectionnement de l'activité administrative. Le but de cet article c'est l'exposé de quelques modes de contrôle interne trouvés au Brésil et dans autres États et, aussi, attirer l'attention sur les virtualités que ceux-là offrent pour le perfectionnement de l'Administration, des que envisagés sérieusement.

Unitermos: Controle Interno, Controle Administrativo, Autocontrole, Controle de Gestão, Inspeção, Ouvidor, Controle Financeiro.

Sumário: 1. Terminologia. 2. Noção. 3. Finalidades. 4. Tipologia. 5. Autocontrole. 6. Controle hierárquico. 7. Controle de gestão. 8. Controle de eficiência. 9. Inspeção, auditoria, correição. 10. Supervisão. 11. Pareceres vinculantes. 12. Ouvidor. 13. Controle financeiro.

CONTROLES INTERNOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. **Terminologia** - A fiscalização realizada pela própria Administração sobre os órgãos ou entidades descentralizadas recebe na doutrina várias denominações. Seu estudo, segundo o francês Francis de Baecque, deve ser designado "controle na administração", que é o exercido pela própria administração sobre suas estruturas, para distinguir-se da expressão "controle da administração" que se refere ao controle que, por exemplo, o Parlamento e os administradores exercem sobre a mesma ⁽¹⁾ Preferimos utilizar a expressão "controles internos" para designar os vários tipos de fiscalização existentes no interior da própria Administração Pública, reservando a

expressão "controle da administração pública", ao estudo das numerosas espécies de controle que sobre a mesma incidem, quer internos, quer externos.

O argentino Dromi emprega o termo "intraorgânico" para referir-se àqueles que ocorrem dentro da organização jurídico-administrativa interna do órgão, seja a administração pública, o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário; entre os tipos de controle intraorgânico da Administração Pública Dromi indica o autocontrole. ⁽²⁾

Com o mesmo sentido que Dromi confere ao vocábulo "intraorgânico", Hely Lopes Meirelles utiliza a expressão "controle administrativo" ao conceituá-lo do modo seguinte: "é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades..." ⁽³⁾

Tanto na concepção de Hely Lopes Meirelles quanto na de Dromi, referencial é o poder, o controle do poder, em geral. O reparo que efetuamos ao uso da expressão "controle administrativo" no sentido que lhe dá o primeiro autor é a possibilidade de associação do vocábulo "administrativo" com fiscalização exercida pela Administração Pública sobre os demais poderes, o que não corresponde à aceção que lhe empresta este autor. O termo "intraorgânico", por sua vez, apresenta-se impreciso, ante as divergências existentes quanto à noção de órgão, que aí equivale a "Poder". Parece-nos, portanto, mais clara a palavra "interno", quer se utilize como referencial o "Poder", quer seja a Administração Pública.

O vocábulo "autocontrole" surge também no estudo do tema, Caio Tacito, ⁽⁴⁾ na doutrina pátria e Jean Waline ⁽⁵⁾, na doutrina francesa, que consideram-no sinônimo de "controle administrativo" ou controle que a administração realiza sobre si mesma; segundo o autor francês "por autocontrole entende-se todo controle que se desenvolve no interior mesmo da Administração, por iniciativa da própria Administração ou de um administrado". ⁽⁶⁾ O argentino Dromi ⁽⁷⁾ e o uruguaio Jorge Silva Censio ⁽⁸⁾ conferem sentido mais restrito ao termo - o de fiscalização de um órgão da Administração em relação a seus próprios atos; "todo órgão da Administração seja superior ou subordinado exerce poder de revisão de seus próprios atos, sem necessidade da intervenção de superiores ou estranhos ao sistema orgânico em questão". ⁽⁹⁾ A existência de duas aceções dificulta a compreensão do termo, se utilizado para designar os vários tipos de fiscalização exercida pela Administração Pública sobre si mesma.

O mexicano Alejandro Carrillo Castro menciona os controles "microadministrativos", que se realizam no âmbito de um mesmo órgão e os controles macroadministrativos, exercidos por um ou vários organismos do setor público federal sobre outros, como, por exemplo, no México, a participação de agentes de Ministérios nos conselhos de administração de certas entidades descentralizadas. ⁽¹⁰⁾

Consideramos inadequada essa terminologia pela dificuldade de separar uma dimensão "micro" de uma dimensão "macro", nos moldes fixados pelo referido autor, pois segundo suas próprias palavras, pelo controle macroadministrativo órgãos da administração central do Governo Federal exercem controles específicos sobre outras instituições; tratando-se de controle específico, como denominá-los "macro"? Por outro lado, o controle sobre a Administração Descentralizada ou Indireta já recebeu o nome técnico de "tutela administrativa".

Bergeron utiliza a expressão "controle intra-administrativo", que abrange o setor centralizado e o setor descentralizado. Embora em si a expressão possa ser aceita, surge redundância quando houver menção ao "controle intra-administrativo da Administração Pública.", parecendo soar melhor "controle interno da Administração Pública".

2. Noção O controle interno, segundo Debbasch, é o exercido pela administração sobre si mesma. ⁽¹²⁾

Para Forti os controles internos se exercem mediante atos que têm a natureza jurídica de declaração de vontade da administração pública, com caráter de atos concretos". ⁽¹³⁾ Evidente que grande parte da atividade de controle realizada no interior da Administração Pública sobre seus próprios órgãos e entidades resulta na edição de atos administrativos, tal, como apontado por Ugo Forti; no entanto, alguns tipos de atuação fiscalizadora podem não levar diretamente à edição de atos administrativos, como é o caso de um relatório de inspeção que propõe reestruturação de um órgão a ser efetuada por lei.

Mais adequado seria dizer que o controle interno da Administração Pública é a fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas. Essa noção aplica-se tanto ao controle interno da Administração Pública nos Estados unitários quanto ao controle interno nos Estados Federais ou Estados dotados de entes autônomos (por ex. municípios, regiões), pois nestes cada nível de poder político é dotado de aparelhamento administrativo próprio, com mecanismos próprios de controle.

3. Finalidades Giannini ⁽¹⁴⁾ observa que a doutrina menos recente indica três funções tradicionais da Administração Pública: administração ativa, consultiva e de controle, apontadas de modo idêntico por Giuseppino Treves ⁽¹⁵⁾. A doutrina mais recente, prossegue o mesmo autor, reparte função da administração ativa em três outras: função cognoscitiva, função decisória e função de atuação; as funções consultiva e de controle são reunidas nas chamadas "funções complementares".

Tanto no prisma clássico quanto em estudos mais recentes, a função de controle figura como inerente à atividade administrativa. A respeito Bergeron ressalta que tão necessária se apresenta o controle interno que das quatro funções - governar, legislar, administrar, julgar - a administração é a única a prever para alguns dos seus funcionários um "status" de controladores por título, como ocorre com os supervisores, inspetores, etc. ⁽¹⁶⁾

Para Bourjol, o problema do controle interno "apresenta importância capital hoje em dia, tanto em virtude do presidencialismo atual (o autor refere-se à França), quanto da decadência do controle político. ⁽¹⁷⁾

Várias finalidades dos controles internos são mencionados pela doutrina.

"Tais controles tendem a conter a ação dos órgãos no âmbito da competência de cada um, a estimular a própria ação e a mantê-la nos limites da legalidade e dos princípios de boa administração". ⁽¹⁸⁾

Segundo Debbasch "esse controle deve permitir verificar se a administração cumpriu suas atribuições conforme os meios jurídicos, técnicos e humanos de que dispõe; é um controle de legalidade, pois deve permitir verificar se a Administração,

para desempenhar suas atribuições, respeitou certas disposições imperativas ou proibitivas".⁽¹⁹⁾ Ressalta-se ainda que o controle interno de legalidade aparece como instrumento indispensável à aplicação de políticas gerais uniformes, de decisões coerentes, no âmbito da Administração Pública; e como instrumento de aproximação entre indivíduos e Administração Pública.

"É um controle de mérito, pois permite ao controlador grande latitude de apreciação da ação controladora: esta não é confrontada a uma norma determinada, mas a um postulado de boa atuação muito geral, a uma norma de ação ideal, a ser definida pelo controlador quando exerce seu controle".⁽²⁰⁾ As afirmações de Debbasch merecem pequena ressalva no tocante à ausência de norma determinada para confronto no controle de mérito; por vezes existem diretrizes de governo, programa ou plano de governo ou de ação, que fornecem balizas a quem exerce controle de mérito. Muito pertinente, a propósito, a menção ao caráter político da fiscalização realizada pela Administração sobre si mesma, que se vincula ao mérito das atuações; esse ângulo foi suscitado no resumo e conclusão do Seminário Franco-mexicano sobre a função de controle na Administração Pública, divulgado na *Revista de Administración Pública*. México, jan, abr./ 1973, p.90; esse caráter político decorre dos fins mesmos que lhe são fixados e dos agentes que o realizam.

Para Debbasch é também um controle de rentabilidade, pois coloca em relação custo e produção dos serviços; nem sempre o resultado pode ser avaliado quantitativamente, realizando-se, então, o controle sob o aspecto qualitativo; é um controle de eficácia para verificar o respeito à regra do máximo de resultados com o mínimo de esforços.

Hely Lopes Meirelles sintetiza muito bem as finalidades do controle interno quando afirma que este deve operar "para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo a sua finalidade plena que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados".⁽²²⁾

4. Tipologia Todas as espécies de controle apontadas no capítulo anterior aplicam-se aos controles internos. Assim, por exemplo, pode ocorrer antes da eficácia de um ato ou medida (controle prévio), simultaneamente à realização do ato (controle concomitante) ou após a edição do ato (controle sucessivo); é acionado de ofício, por provocação ou atua necessariamente no momento oportuno. Mencionem-se ainda o controle exercido sobre os próprios órgãos da Administração Centralizada (Direta) e o controle sobre entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais).

Segundo Puget⁽²³⁾ os controles internos são gerais ou especiais, estes últimos incidindo sobre aspectos particulares da atuação administrativa, como é o caso do controle financeiro.

Ao discorrer sobre os diversos institutos do controle interno iniciaremos com os controles internos gerais, prosseguindo, após com o estudo do controle financeiro.

5. **Autocontrole** - É a fiscalização exercida pela própria autoridade que editou o ato, ou responsável pela atividade sobre sua atuação; ocorre espontaneamente ou mediante provocação, neste último caso em decorrência de recurso administrativo - pedido de reconsideração ou reclamação, abaixo assinado, etc.

Os Estatutos de Funcionários Cíveis no Brasil, prevêem de regra o pedido de reconsideração a ser dirigido à mesma autoridade que editou um ato ou tomou medida. Independentemente de menção expressa em textos legais, qualquer pessoa que tenha direitos ou interesses prejudicados por decisões de autoridades administrativas no Brasil pode utilizar esse recurso para provocar a revisão de medida. Para a autoridade, a interposição do recurso oferece ocasião de refletir novamente sobre a decisão adotada e corrigi-la, se ilegal ou contrária ao interesse público.

Embora na Administração Pública brasileira o pedido de reconsideração seja desprezado pelas autoridades, nem merecendo despacho motivado, com o pensamento de que o interessado se quiser que vá "reclamar seus direitos na justiça", é um excelente meio para propiciar o autocontrole, para ouvir os interessados para buscar atender aos anseios da população e mesmo para realizar a justiça, visto que não somente o Poder Judiciário deve concretizá-la, mas também e sobretudo a Administração Pública, cada vez mais ampla, cada vez afetando mais direitos dos indivíduos. A autoridade administrativa deve deixar de lado a recalcitrância ante direitos claramente definidos, por vezes até já reconhecidos pelo Poder Judiciário em casos semelhantes, e rever, reexaminar decisões e medidas espontaneamente ou mediante recurso administrativo do interessado, o que permitirá maior confiança na Administração Pública, atuação mais justa, atendimento ao interesse da coletividade, evitando, por outro lado, sobrecarga do Poder Judiciário.

Como efeito imediato do autocontrole advém ou a manutenção da medida, ou revogação, ou anulação e, no caso de operações materiais anunciadas ou realizadas, novas medidas visando a suspendê-las ou a corrigir efeitos danosos que tenham causado.

6. **Controle hierárquico** É verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados. Na estrutura hierarquizada da Administração Pública, com escalonamento de poderes, o controle exercido pelos superiores configura decorrência lógica, ⁽²⁴⁾ pelo caráter contínuo e automático em que se realiza, pois é inerente ao dia a dia da atividade administrativa.

De acordo com Braibant, Questiaux e Wiener "a vigilância exercida pelos órgãos superiores da hierarquia foi historicamente a primeira e por longo tempo a única forma de controle que a administração conheceu; os detentores do poder, príncipes e depois governantes sempre desejaram direcionar a ação de seus subordinados e dispor de meios de verificar se esta ação realizava-se conforme as instruções dadas ou de acordo com a linha geral que seguiram; invocaram, desde logo, um direito de vigilância de ofício sobre atos editados nos escalões inferiores e paralelamente consentiram que particulares lhes encaminhassem reclamações contra tais atos" ⁽²⁵⁾.

Da hierarquia decorrem, para o superior, o poder de dar ordens, emitir instruções, organizar serviços, comandar a execução de atividades, o poder de avocar, o poder de delegar competências, o poder de fiscalizar atos e atividades dos subordinados, nele incluída a faculdade de revogar, anular, total ou parcialmente, decisões por estes adotadas. Como bem notam Braibant, Questiaux e Wiener "controle é aqui sinônimo de poder: pelo só fato de que ocupa posição mais elevada na organização administrativa, o superior hierárquico tem qualificação para questionar os atos editados por seus subordinados, que ele pode apreciar tanto do ponto de vista jurídico quanto sob o ângulo da conformidade à política geral imposta ao serviço". (26)

A fiscalização hierárquica pode realizar-se antes da eficácia da medida tomada pelo subordinado, como é o caso das autorizações e mesmo antes que decisões em certo assunto sejam adotadas, para que estas tenham toda certa coerência e uniformidade, expedindo, o superior, circulares, instruções, ordens de serviço, etc. com tal finalidade.

Se o superior hierárquico acompanha todo o desenvolvimento da solução de um assunto, a cargo do subordinado, exercerá controle concomitante.

Exercendo-se a fiscalização após a edição do ato ou tomada de decisão, o controle é sucessivo, *a posteriori*, desencadeando-se espontaneamente, por provocação ou de modo obrigatório, em momento fixado na legislação. No ordenamento pátrio, salvo disposições legais em contrário, o princípio é a possibilidade de fiscalização de ofício sobre atos e atividades dos subordinados; alguns ordenamentos limitam a atuação do controle hierárquico, como a Suécia, por exemplo, onde as autoridades superiores só reexaminam decisão de subordinado mediante pedido expresso dos interessados. (27)

Recurso administrativo do interessado - na modalidade de recurso hierárquico - aciona também a fiscalização superior, (28) que, no caso, reveste-se, em geral, de grande amplitude, recaindo sobre legalidade e mérito, com possibilidade de alterar a decisão do subordinado não-somente no sentido pretendido pelo interessado, mas também de forma prejudicial (*reformatio in pejus*).

Ao estudarem a questão da *reformatio in pejus*, Braibant, Questiaux e Wiener observam que o recurso administrativo pode ser considerado sob ângulo essencialmente subjetivo, como instrumento de defesa de direitos e interesses do indivíduo; em decorrência, a Administração seria obrigada a apreciar o recurso nos termos em que foi interposto; o recorrente não teria agravada sua situação. Sob prisma objetivo, o recurso configura meio de assegurar a regularidade e correção da atividade administrativa, cabendo à autoridade competente não só apreciar as alegações do recurso, mas reexaminar, no seu conjunto, o ato impugnado; o recurso desencadeia o controle, mas não condiciona a extensão do controle; surgindo a necessidade de reformar para pior, há conflito entre os aspectos subjetivo e objetivo do recurso. (29)

A tendência geral faz prevalecer o aspecto objetivo sobre o subjetivo, admitindo a *reformatio in pejus*. Na França, o Conselho de Estado firmou jurisprudência no sentido de que a autoridade superior tem a faculdade de reformar ou anular decisão do subordinado, mesmo em sentido contrário à pretensão do recorrente. Nos ordenamentos austríaco, alemão e italiano, da mesma forma, vigora

a ilimitação para reformar. O direito brasileiro admite igualmente a *reformatio in pejus*, excepcionando-a em poucas hipóteses, como ocorre com a revisão do procedimento administrativo disciplinar; por exemplo, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (art. 313) e o Município de São Paulo - Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979 - (art. 220, 2ª) vedam que a pena seja agravada em consequência da revisão.

Há ordenamentos em que vigora o preceito inverso. Assim, no direito espanhol jurisprudência fixada a partir de 1972 proíbe a *reformatio in pejus* de atos administrativos objeto de recurso, devendo as exceções ter previsão em lei. ⁽³⁰⁾

Quanto à possibilidade de reformar para melhorar, concedendo-se ao recorrente mais do que solicitou, é amplamente admitida, não se registrando, então, conflito entre os aspectos subjetivo e objetivo do recurso.

O controle hierárquico pode também ser desencadeado pela intervenção de órgãos de controle externo institucionalizado, como por exemplo, "Ombudsman", ou ainda por noticiário de imprensa, manifestação de parlamentares nas tribunas, movimentos populares, etc.

Mencione-se mais o chamado controle hierárquico "obrigatório", a atuar em momento fixado em normas legais, sem que a autoridade superior tenha a faculdade de omitir-se. É o caso, por exemplo, das homologações, que, no ordenamento pátrio, aparecem como uma das fases ou atos do procedimento licitatório, do procedimento de concurso público para preenchimento de cargos e do procedimento de concursos de carreira universitária.

Apontam-se freqüentemente aspectos favoráveis do recurso hierárquico, como os seguintes: menos formalista e oneroso que a via jurisdicional; permite fiscalização mais abrangente da atuação administrativa, sobretudo no tocante ao mérito; propicia aprimoramento nas relações indivíduo-Administração. Em contraposição invocam-se também os pontos desfavoráveis, sobretudo em ordenamentos como o pátrio em que, de regra, inexistente disciplina legal para o recurso hierárquico e em que, na atividade cotidiana da administração, o recurso hierárquico não desfruta de prestígio, como já se disse, predominando a mentalidade de esperar que o interessado utilize a via jurisdicional, mesmo na hipótese de direitos óbvios: o *esprit de corps* ou solidariedade entre os diversos escalões da hierarquia; agentes executores atuam com base em instruções de superiores e na aplicação de diretrizes políticas que se impõe a estes também ⁽³¹⁾.

7. Controle de gestão - A rigidez no funcionamento da estrutura hierarquizada da Administração, a conseqüente diluição de responsabilidades, os aspectos desfavoráveis do controle hierárquico acarretam a busca de novos métodos de direção e novas técnicas de controle. No seminário Franco-mexicano sobre a função de controle na Administração Pública, realizado no México em 1973, o francês Jean Costet, propôs a chamada "gestão por objetivos", do que decorreria o controle de gestão, recomendado nas conclusões do simpósio. Em síntese, o referido autor expõe o seguinte: "a gestão observa três fases: determinação dos objetivos e dos programas; medida dos resultados, verificação dos desvios; execução de ações corretivas; o controle dessa gestão baseia-se em objetivos de realização ou de produção; o esquema geral dessa gestão por objetivos parece simples: definem-se

produtos e produções; cada centro da responsabilidade vê fixados, para a realização de certos resultados e após diálogo, objetivos de ação relativos a nível de despesa, qualidade, quantidade, respeito aos programas; para cumprí-los, cada centro de responsabilidade recebe delegações de autoridade; a realização do controle requer a utilização de indicadores de gestão, a execução de um orçamento apoiado por uma análise de custo em nível refinado; quadros periódicos efetuam a síntese das informações, as quais por comparação com os objetivos permitem a realização permanente de ações corretivas".⁽³²⁾ Segundo o mesmo autor, a noção de "chefe de projeto" é o corolário dessa nova concepção das relações entre os diferentes escalões da Administração; para uma realização claramente definida, preferível é a designação de um responsável único (chefe de projeto) que atribuí-la às estruturas hierárquicas tradicionais que dividem as responsabilidades.⁽³³⁾

No resumo e conclusão do referido Seminário constam as seguintes afirmações sobre o controle de gestão: "a importância do controle de gestão deu origem a certo número de tentativas de modificar a prática de um controle hierárquico que não corresponde mais às necessidades atuais; o controle de gestão permite evitar a diluição da responsabilidade dos executores; os estudos relativos ao controle de gestão possibilitaram estruturar a técnica da gestão por objetivos, que repousa sobre resultados ou realizações da gestão; a gestão por objetivos supõe a definição de objetivos, fixados para cada ação, e dos meios disponíveis a fim de bem realizá-la."⁽³⁴⁾

O controle de gestão vem mencionado por Giannini que o caracteriza como controle incidente sobre atividade total ou parcial do controlado, sobretudo sob o aspecto dos resultados da gestão; os controles de gestão têm diferentes amplitudes e finalidades, indo desde os controles de gestão em sentido estrito, dos quais a figura mais destacada é a da auditoria do direito anglo-saxão, aos controles que utilizam técnicas muito refinadas, nos quais a atividade de controle torna-se instrumental em relação a uma atividade de direção do controlado; novas espécies também são propostas, como os denominados sistemas integrados: há uma planificação ampla na qual se insere programação e objetivo com tempo limitado, com determinação dos meios a empregar; periodicamente verifica-se o emprego dos meios em relação à programação e aos resultados e, mediante ordens, efetuam-se os ajustes da programação ou dos meios ou adotam-se medidas mais graves, como substituição de pessoas, encerramento do programa, etc.⁽³⁵⁾

O mesmo autor bem observa que na ciência da Administração a figura predileta é o controle de gestão ou de eficiência, vendo-se com desfavor o controle de legalidade e o controle de mérito, porque limitados a atos isolados e, portanto, pouco profundos e com resultados demorados; assinala ser significativa essa mudança de concepção porque significa índice de uma visão da Administração fundada na eficiência, ainda segundo Giannini, absorvem os de legalidade e o superam com o uso mais rico de parâmetros de controle, além do mais, a diversos tipos de Administração.⁽³⁶⁾

Acreditamos que dificilmente se atingirá o ponto de abolição total do controle hierárquico, no aspecto de legalidade ou de mérito, embora se devam buscar novas técnicas de gestão e em decorrência novas técnicas de controle, de que é exemplo o controle de gestão. Evidente que um controle tão abrangente como o

de gestão, que recai sobre um conjunto de atividades desenvolvidas para atendimento de um objetivo, absorve o de legalidade e o de mérito e tem a vantagem, segundo se depreende, do acompanhamento simultâneo da atuação, com medidas corretivas a cada passo, impedindo a dispersão e o mau uso dos recursos alocados; por outro lado, quebra a rigidez da estrutura hierarquizada, sem deixar, no entanto, de observar certo escalonamento, pela existência de um agente controlador e de um chefe de projeto. Necessário se torna tentar aplicar essa nova técnica e estudar os resultados, a exemplo do ocorrido na França, que em 1968 iniciou uma experiência-piloto no Ministério da Ordenação do Solo, com resultados positivos, segundo informação oferecida no Seminário Franco-mexicano sobre a função de controle na Administração Pública, já citado. ⁽³⁷⁾

8. Controle de eficiência - Segundo Giannini configura "espécie limitada do controle de gestão, porque destinado a verificar, com base em indicadores de eficiência, a atividade do controlado; resulta numa determinação, dirigida à autoridade controlada, de realizar ou não realizar algo ou uma proposta que se apresenta a outra autoridade para que intervenha com atos repressivos". ⁽³⁸⁾ Essa fiscalização efetua-se, muitas vezes, informalmente, mediante ordens ou solicitações de autoridades de escalões superiores, nem sempre na linha direta da hierarquia, com prazo para atuações ou manifestações de agentes situados em graus inferiores.

9. Inspeção, auditoria, correição - Esses três tipos de atividade de controle guardam semelhanças em dois aspectos principais: destinam-se, de regra, a oferecer informações e dados sobre os serviços controlados a autoridades com poder de decisão nesses setores; embora inseridos na estrutura hierárquica interna da Administração, nem sempre situam-se na linha direta de hierarquia do órgão controlado; são desprovidos de poder de decisão, culminando a atividade fiscalizadora com a elaboração de relatórios dirigidos à autoridade com poder de decisão, nos quais expõem o que verificam e propõem medidas; gozam, junto aos órgãos controlados, de poderes de investigação, exame de papéis e documentos, ouvida de funcionários, etc. Às vezes, os agentes dessa atividade de controle realizam outras funções, como assessoria ou gestão direta.

Exemplo típico de inspeção encontra-se na França, integrando o rol das suas tradições muito antigas, considerada, na origem, instrumento de centralização do aparelhamento administrativo. ⁽³⁹⁾ Além de funções de assessoria e informação do Ministro respectivo, os "corpos de inspeção" na França exercem funções de gestão direta; mas sua tarefa principal é a de controle; a tendência hoje, na administração francesa, consiste em situar os corpos de inspeção em vinculação direta com o Ministro respectivo; a maioria das inspeções gerais atuam sob a autoridade de um chefe de inspeção; os corpos de inspeção redigem relatório a respeito das atividades dos serviços controlados, para que um agente superior ou o Ministro tomem as decisões pertinentes. ⁽⁴⁰⁾

Segundo Jean Waline a administração francesa comporta inspeções gerais, inspeções com atuação mais limitada e algumas inspeções de caráter interministerial; sob esse aspecto o principal problema encontra-se na conveniência ou não de criar um corpo geral de inspeção que se destinaria ao conjunto das

administrações do Estado ("inspetores do Estado"); outra questão que vem merecendo discussão diz respeito às funções desempenhadas, registrando-se uma tendência no sentido de retirar-lhe as funções de controle sistemático, atinentes ao poder hierárquico; sua tarefa deveria restringir-se à apreciação direta e indiscutível de fatos. ⁽⁴¹⁾

O termo "auditoria", embora habitualmente vinculado ao controle financeiro, também aplica à fiscalização geral da atividade administrativa, especialmente quando realizada *in loco*, de modo inopinado. Na Administração Pública brasileira ainda é pouco utilizado nesta acepção.

Por sua vez, a correição tem uso mais freqüente, semelhante à inspeção do sistema francês. Tanto se apresenta como controle geral da Administração quanto fiscalização setorializada, de atos e atividades de determinado órgão da Administração. Exemplo do primeiro tipo encontra-se na Administração do Estado de São Paulo; pelo art.61 da Lei Estadual nº 6.057, de 24 de março de 1961 institui-se a Corregedoria Administrativa do Estado; de acordo com o Decreto nº 23.596 de 24 de junho de 1985 atualmente é unidade da estrutura da Secretaria do Governo, vinculada ao governador do Estado; cabe-lhe preservar os padrões de legalidade e moralidade dos atos realizados pela Administração Centralizada e Descentralizada do Estado, com vistas à proteção e defesa dos interesses da sociedade; compõem-se de um presidente e de até vinte corregedores, portadores de nível universitário, designados pelo governador do Estado, para servirem com ou sem prejuízo de suas atribuições normais; a Corregedoria realiza inspeções por determinação do governador ou do secretário do Governo; em decorrência de representação de agentes públicos ou particulares; de ofício, ao tomar conhecimento de irregularidades, inclusive pela imprensa; os corregedores têm livre acesso a todas as dependências dos órgãos da Administração Centralizada e Descentralizada; aos secretários de Estado e dirigentes de entidades serão encaminhados relatórios resumo das inspeções realizadas nas respectivas áreas, com indicação das recomendações adotadas.

Exemplo de correição específica encontra-se na Procuradoria Geral do Estado; nos termos de sua lei orgânica - Lei Complementar nº 478, de 18 de julho de 1986 - entre os seus órgãos superiores inclui-se a Corregedoria, chefiada por um corregedor-geral e por corregedores auxiliares, em número máximo de doze, todos procuradores do Estado; compete à Corregedoria, dentre outras atribuições, fiscalizar as atividades dos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado e neles realizar correições, sugerindo as medidas necessárias à racionalização e eficiência dos serviços.

Tais espécies de controle interno, como se percebe, culminam com a elaboração de relatório, no qual se expõem, falhas, irregularidades ou ineficiências verificadas e se recomendam medidas a quem possa adotá-las, ou melhor, à autoridade dotada de poder de decisão. Reside aí, a nosso ver, o ponto crucial desse controle; por mais eficiente e perspicaz que seja a inspeção, auditoria ou correição, suas conclusões e medidas propostas ficam na dependência da autoridade superior, que nem sempre está interessada em tomar conhecimento dos relatórios oferecidos e das medidas sugeridas. Como bem nota Debbasch a respeito das inspeções na França, com freqüência quando os agentes de inspeção ou auditoria remetem seus

relatórios, a urgência política, que havia levado a autoridade superior a acionar essa fiscalização, não mais existe e a autoridade deixa de interessar-se pelos resultados das investigações; só a publicidade dos relatórios, pela atenção da opinião pública, permitiria evitar seu engavetamento constante. ⁽⁴²⁾

10. Supervisão O vocábulo "supervisão" admite acepção associada a controle. A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, entre as atribuições dos Ministros, prevê a supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência (art.87, único, item I). A expressão "supervisão ministerial" aparece no Decreto-Lei nº 200/67, objeto de disciplina nos artigos 25 a 29, relativa à administração direta e administração indireta. No tocante à supervisão no âmbito da primeira, que nos interessa no momento, cabe ao Ministro do Estado, com apoio dos órgãos centrais do respectivo ministério; conforme dispõe o parágrafo único do art.20, a supervisão ministerial abrange a orientação, a coordenação e o controle das atividades dos órgãos subordinados ao ministério, do que se conclui que, na esfera federal, supervisão não se reduz a controle; este é um dos aspectos da supervisão ministerial, equivalente, assim, ao controle hierárquico.

Na área do ensino de 1ª e 2ª graus, no âmbito municipal e estadual, encontra-se a figura do "supervisor", que substitui o antigo "inspetor". O supervisor atua como intermediário entre o estabelecimento de ensino e os órgãos administrativos, como, por exemplo, delegacias de ensino; exerce função de controle das atividades dos estabelecimentos, sobretudo quanto ao atendimento de normas legais e diretrizes fixadas pelos órgãos superiores do ensino; mas, a tarefa de auxílio na gestão, pelo acompanhamento da execução; por outro lado, aos supervisores atribuem-se poderes de, até determinado nível, editar medidas para corrigir irregularidades verificadas, inclusive punitivas; no ensino do Município e do Estado de São Paulo o supervisor é superior hierárquico do Diretor de Escola.

11. Pareceres vinculantes Braibant, Questiaux e Wiener, ao estudarem os controles preventivos apontam, como primeiro instrumento, os órgãos consultivos acionados para oferecer parecer prévio sobre projetos de decisão; segundo os mesmos autores, as cidades antigas e as monarquias de direito divino conheciam já esses "conselhos de sábios", de "antigos", de "legistas", que davam aos chefes pareceres fundamentados em princípios jurídicos, embora com independência reduzida. ⁽⁴³⁾

Discordamos dos citados autores franceses no concernente às consultas facultativas, cujos pareceres não vinculam a autoridade dotada de poder de decisão. Em tais casos a consulta e os pareceres decorrentes configuram, como bem expõe Guy Isaac, medidas de instrução no procedimento de tomada de decisão. ⁽⁴⁴⁾ De modo coerente com o conceito de controle que adotamos no Capítulo II, foge às técnicas de controle a consultoria facultativa e o parecer que não obriga ou mesmo a consulta obrigatória, sem parecer vinculante.

Diferente se apresenta a situação em que a autoridade administrativa é obrigada a realizar consulta prévia, cujo parecer vincula a decisão a ser tomada, não deixando liberdade, salvo a de não emanar o ato. A respeito manifestam-se Berti e Tumiatti: "entre os atos de controle aqui examinados alguns autores incluem

também os pareceres vinculantes, dos quais, embora para casos não freqüentes, os órgãos ativos devem munir-se antes da edição do ato administrativo e aos quais devem ater-se sob pena de invalidade do mesmo ato. Há controvérsia na doutrina a respeito da natureza e da função atribuída a tal tipo de atividade, que sob certos aspectos é consultiva e sob outros aproximam-se muito da função de controle...; há, no entanto, hipóteses legislativas nas quais é difícil negar ao parecer vinculante semelhança estreita com a autorização. Trata-se dos casos em que o legislador prevê que a edição de alguns atos seja procedida do parecer favorável de determinados órgãos, de regra técnicos." (45) Nesses casos o parecer condiciona o conteúdo do ato; se a autoridade discordar do entendimento fixado só lhe resta a alternativa de não editar o ato.

12. **Ouvidor** - Numa imitação distorcida do instituto de controle denominado "Ombudsman", que estudaremos no tema dos controles externos, vêm surgindo ultimamente órgãos ou autoridades de controle interno, inseridas na estrutura hierárquica da Administração, que recebem diversas denominações, tais como Comissário Presidencial para Queixas e Reclamações, Conselho de Defesa dos Direitos do Cidadão, Ouvidor-Geral, Ouvidor.

Em 1969 criou-se na Venezuela o Comissário Presidencial para Queixas e Reclamações, vinculado ao Poder Executivo, que cessou de funcionar em 1974.

No Brasil, em maio de 1986, por decreto do Presidente da República, foi instituído o cargo não remunerado de Ouvidor-Geral da Previdência, a ser provido pelo chefe do Executivo Federal, por indicação do Ministro da Previdência, entre cidadãos de notória reputação e reconhecido espírito público; em cada Estado haverá um Ouvidor; a função do Ouvidor da Previdência consiste no recolhimento de informações, queixas e denúncias dos usuários da Previdência Social.

Igualmente por decreto do Presidente da República, de 3 de janeiro de 1986, criou-se a Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão (CODECI), vinculada ao gabinete do Presidente, chefiada por um Ouvidor-Geral e integrada por servidores da Presidência da República, com a função de receber reclamações do povo contra a administração federal, direta e indireta, concessionários de serviços públicos e demais instituições que executem serviços delegados pelo poder público federal; a reclamação a ser encaminhada à CODECI deve conter assinatura do reclamante e estar acompanhada de documentos comprobatórios ou indicação de outras provas, inclusive testemunhal: as reclamações podem ser remetidas à Comissão ou por meio de qualquer repartição federal.

A manifestação do professor venezuelano Brewer Carías a respeito do Comissário Presidencial daquele país aplica-se totalmente aos ouvidores brasileiros: "estas instituições, em primeiro lugar, foram criadas pelo Presidente da República, de maneira que não tinham nível de lei ou de preceito constitucional; em segundo lugar, não podiam atuar de modo independente em relação à Administração Pública, dada sua subordinação ao Executivo Nacional; em terceiro lugar, não tinham competências decisórias próprias, mas atuavam como tramitadoras das queixas ou reclamações aos diversos órgãos legalmente competentes: e, por último, não tinham por missão controlar nem vigiar os direitos e liberdades públicas ante a ação administrativa mas, em geral, o funcionamento da Administração Pública". (46)

Em editorial sob o título "*Mas que ombudsman esquisito!*", de 18 de dezembro de 1986, p.3, o jornal *O Estado de São Paulo* teceu apropriadas críticas à referida Comissão, do qual ressaltam os seguintes trechos: "Por uma questão de simples bom senso, a condição preliminar de funcionamento de uma instituição desse tipo, em defesa dos direitos dos cidadãos - tal caso do "ombudsman" sueco ou do "Defensor do Povo" espanhol -, é sua independência, sua plena autonomia em relação ao próprio governo. Só pode ser imaginada tal instituição como pertencente exclusivamente à sociedade civil, desvinculada de órgãos governamentais e de poderes do Estado - principalmente do Executivo, do qual se incumbiria de exercer ampla cobrança em nome da sociedade... Os organismos da administração direta e indireta não teriam os seus instrumentos de controle, de fiscalização, de auditoria? Não teriam seus setores de atendimento dos cidadãos, inclusive no campo de queixas e reclamações parte inerente a qualquer tipo de serviço público?"

13. Controle financeiro - É um controle interno específico, que incide sobre os aspectos financeiros dos atos e atividades da Administração Pública. Segundo Puget, grande parte das atividades administrativas acarretam despesas e freqüentemente é necessário o acordo de dois órgãos distintos, o que realiza a despesa e o que paga; a divisão entre o gestor e o pagador propicia controles exercidos por uma dessas autoridades sobre a outra; sobre o conjunto dos órgãos administrativos incidem controles de um único órgão, de regra um Ministério ou Secretaria da Fazenda ou do Planejamento; ou, por delegação de competência, instituem-se corpos de controle financeiro".⁽⁴⁷⁾

No tema do controle financeiro em geral, deve-se distinguir o controle das operações financeiras em realização e o controle de contas.

a) Controle das operações financeiras em realização - No Brasil essa fiscalização é exercida pelo próprio Executivo, mediante sistema de controle interno, com a finalidade de:

I- avaliar o cumprimento de metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governos e dos orçamentos da União; II- comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III- exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União (art.74 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988).

Na Administração Federal, em cada Ministério Civil há uma secretaria de controle interno, antiga Inspeção Geral de Finanças, que tem, entre suas atribuições, a do controle das operações financeiras em realização (Decreto nº 84.362, de 31 de dezembro de 1979, artigo 1º inciso II). A Secretaria Central de Controle Interno, subordinada diretamente ao Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento (artigo 10 do decreto acima); era a Inspeção-Geral das Finanças do Ministério da Fazenda. Cabe à Secretaria Central de Controle Interno a execução, em caráter exclusivo, de auditoria contábil e de programas, tanto de órgãos da administração direta, quanto de entidades da administração indireta, sem prejuízo da supervisão ministerial, entre cujas finalidades encontra-se também a de fiscalizar

a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos (art. 25, inciso VIII, do Decreto-Lei nº 200/67).

Na França há um "Controlador Financeiro", escolhido pelo Ministro da Economia e Finanças entre altos funcionários ou da Corte de Contas ou da inspeção de finanças ou desse mesmo Ministério; o Controlador apõe seu visto em todas as despesas, que não podem ser realizadas sem esse aval.

Na Inglaterra esse controle é exercido por funcionários da Tesouraria, destacados em cada Ministério. ⁽⁴⁸⁾

Nos Estados Unidos um controle conjunto das operações financeiras efetua-se pelo Ministério do Tesouro e "Bureau" do Orçamento; há a figura do "Controlador Geral", que chefia o "General Accounting Office", competente, na origem, para examinar somente contas; mas em razão do seu poder de declarar inexistente toda despesa maljustificada, passou a receber consultas prévias das unidades administrativas, que, desse modo, procuram evitar declaração de irregularidades posterior. ⁽⁴⁹⁾

Na Espanha o controle financeiro prévio interno efetua-se pela intervenção geral da Administração do Estado, com intervenções delegadas em Ministérios e organismos autônomos e intervenções especiais nos Ministérios Militares.

b) Controle de contas - Órgãos financeiros ou contábeis da Administração examinam, isto é, o modo como foram efetuadas despesas, antes de sua remessa aos Tribunais de Contas respectivos, onde existirem.

Na administração federal brasileira, os trabalhos de auditoria contábil, de competência exclusiva da Secretaria Central de Controle Interno, incluem a prestação de contas e o exame da documentação instrutiva ou comprobatória da despesa (Decreto nº 84.362, de 31 de dezembro de 1979, art. 18, 2, "b" e "c").

Na Inglaterra, além do controle prévio da despesa, o Controlador Auditor Geral examina prestação de contas com a ajuda de assessores, apresentando, depois, relatório ao Parlamento.

O "General Accounting Office", encabeçado pelo Controlador Geral é responsável, nos Estados Unidos, pelo exame das contas, tendo o poder, como já se mencionou, de declarar inexistente toda despesa que lhe parecer malfundamentada.

Referências Bibliográficas

1. "Le Contrôle dans l'Administration, in Revista de Administration Publica, México, jan.abr./1973, p. 7.
2. "Prerrogativas y Garantias Administrativas", 1979, p.18 e 20.
3. "Direito Administrativo Brasileiro", 15ª ed, 1990, p. 566.
4. "Direito Administrativo", 1975, p. 280.

5. "L'évolution du Contrôle de l'Administration depuis un Siècle", *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, set./out, 1984, p. 1335.
6. *Op. cit.*, p. 1335.
7. "Prerrogativas y Garantias Administrativas", 1979, p. 20.
8. "El Control de la Administración", *Revista de Derecho Público*, n° 38/40, jul./dez, 1976, p.8.
9. DROMI. "Prerrogativas y garantías Administrativas", 1979, p.20.
10. "La Fonction de Contrôle dans l'Administration Publique Mexicaine", in *Revista de Administración Publica, México*, jan./abr, 1973, p. 14.
11. "La Fonctionnement de l'État", Paris, 1965, p. 217 e 272.
12. "Science Administrative", Paris, 1976, p. 643.
13. "I Controlli dell'Amministrazione Comunale", in "Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano, de ORLANDO, vol. 2°, 2ª parte, 1915, p. 619.
14. "Istituzioni di Diritto Amministrativo, 1981, p. 47.
15. "Les Contrôles Administratifs et Fiannciers à l'interieur de l'Administration", in *Revue Internationale des Sciences Administratives, Bruxelles*, vol. XXXV, n° 4, 1969.
16. "Fonctionnement de l'État", 1965, p. 272.
17. "Droit Administratif", 2ª parte ("Le contrôle de l'action administrative"), Paris, 1973, p. 26.
18. BERTI e TUMIATI, "Controlli Amministrativi", *Enciclopedia del Diritto*, tomo X, 1962, sotto voce Controllo.
19. "Science Administrative", 1976, p. 643.
20. DEBBASCH, "Science Administrative", 1976, p. 644.
21. *Op. cit.*, p. 644.
22. "Direito Administrativo Brasileiro", 15ª ed., 1990, p. 566.
23. "Les Institutions Administratives Étrangères", Paris, 1969, p. 170.

24. "Direito Administrativo Brasileiro", 1990, p. 567.
25. "Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens", 1973, p. 263.
26. Op. cit., p. 265.
27. BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, op. cit., p. 265.
28. Os aspectos fundamentais relativos aos recursos administrativos podem ser estudados em CRETELLA JUNIOR, "Tratado de Direito Administrativo", vol. VI, p. 231-276 e Odete MEDAUAR, "Recursos Administrativos", Revista dos Tribunais, vol. 583, maio de 1984, p. 9-16.
29. Op. cit., p. 278.
30. GARCIA de ENTERRIA e RAMON FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo, vol. II, Madri, 1982, p. 457. Referido autor, vendo o recurso predominantemente como garantia para o administrado, aplaudindo a jurisprudência do seu país.
31. BRAIDANT, QUESTIAUX e WIENER, "Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens", 1973, p. 279.
32. JEAN COSTET, "Le Controle Hierarchique" in Revista de Administración Publica, México, jan./abr, 1973, p. 78.
33. Op. cit., p. 78.
34. "La Fonction de Contrôle dans l'Administration Publique - Résumé et Conclusion", in Revista de Administración Publica, México, jan./abr, 1973, p.86.
35. "Istituzioni di Diritto Amministrativo", 1981, p. 51-52.
36. Op. cit., p. 56, nota 14.
37. JEAN COSTET, "Le Contrôle Hierarchique", in Revista de Administración Publica, México, jan./abr, 1973, p. 79.
38. Istituzione di Diritto Amministrativo", 1981, p. 52.
39. JEAN WALINE, "L'Evolution du Controle de l'Administration depuis un Siecle", in Revue du Droit Public et de la Science Politique, set./out, 1984, p. 1337.
40. DEBBASCH, "Science administrative", 3ª ed., 1976, p. 646-648.

41. Op. cit., p. 1337-1338.
42. "Scienc Administrative", 1976, p. 651.
43. "Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens", 1973, p. 233.
44. "La Procedure Administrative Non Contentieuse", Paris, 1968, p. 455.
45. "Controlli Amministrativi", in Enciclopedia del Diritto soto voce Controllo.
46. "Garantias Constitucionais dos Direitos do Homem", Caracas, 1976, p. 91-93, apud DROMI, Prerrogativas y garantias administrativas, 1979, p. 28.
47. "Les Institutions Administratives Étrangères", Paris, 1969, p. 171.
48. PUGET, "Les Institutions Administratives Étrangères", 1969, p. 172.
49. PUGET, op. cit. p. 172-173.
50. MATEO, Ramón Martín. "Derecho Administrativo", Madri, 1980, p. 182.

São Paulo, janeiro de 1990.

REINCIDÊNCIA CRIMINAL: ESTUDO DE ALGUMAS CARACTERÍSTICAS INDIVIDUAIS

José Maria Mariet

Professor Associado do Departamento de Medicina Forense da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Issao Kameyama

Professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica e da Academia de Polícia de São Paulo.

Resumo: Os autores estudam 5 mil criminosos reincidentes quanto à cor da pele, a idade ao cometerem o primeiro delito, ao número e tipo dos ilícitos penais cometidos e ao intervalo de tempo transcorrido entre as reincidências. Concluem ser a reincidência criminal menos freqüente do que se pensa (13,1% com uma reincidência, 4,8% com duas e 2,8% com três). Que para cada grupo de 100 mil pessoas da mesma cor, os pardos são os que mais reincidem (39,2), seguidos dos pretos (31,0), dos brancos (8,0) e dos amarelos (4,9). Que a reincidência é fundamentalmente problema que atinge o adulto jovem. Que as reincidências são mais freqüentes aos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio. E que os intervalos de tempo entre as reincidências aumentam na medida em que aumenta o seu número.

Resumen: Los autores estudiam 5 mil criminales reincidentes en lo que se refiere al color de la piel, a la edad al cometer el primer delito, al número y tipo de los ilícitos penales y a los intervalos de tiempo entre los crímenes. Concluyen que la reincidencia criminal es menos frecuente de lo que se imagina (13,1% con una reincidencia, 4,8% con dos y 2,8% con tres). Que para cada grupo de 100 mil personas del mismo color de piel, los mulatos son los que más reincidem (39,2), seguidos por los negros (31,0), los blancos (8,0) y los amarillos (4,9). Que la reincidencia es problema fundamentalmente del adulto joven. Que las reincidencias son más frecuentes en los crimines contra la persona y contra el patrimonio. Y que los intervalos de tiempo entre las reincidencias aumentan a medida que aumenta su número.

Unitermos: Reincidência Criminal, Criminosos à cor da pele; Crimes quanto à pessoa; Crimes quanto ao patrimônio.

É de longa data que a reincidência criminal preocupa os estudiosos da problemática criminológica.

"Tudo deve ser feito para a cura do delinqüente. Mas, mesmo quando o tratamento tenha sido o mais desvelado, há sempre a possibilidade de uma recaída - e aparece, assim, a reincidência", como nos ensina o professor Veiga de Carvalho. (5)

O conceito de reincidência é jurídico-formal, pois baseia-se na existência de condenação anterior em prazo fixado em lei. Lopez-Rey afirma ⁽²⁾, acompanhado por numerosos criminalistas, que a reincidência não deve constituir-se na base de períodos e condenações, para os quais não achei nunca explicações satisfatórias em eminentes penalistas e juízes. A reincidência deve ser pessoalmente estabelecida e não na forma linear em que é feita e muito menos baseá-la na periculosidade, coisa que a maioria das vezes reflete uma consciência de classes dominantes, tanto em países de direita quanto de esquerda. Para estabelecê-la deve levar em conta a idade...."e outras variáveis individuais".

É necessário, pois, estudar as características subjetivas dos reincidentes, visando ao prognóstico entende-se normalmente em criminologia uma afirmação sobre a futura conduta de um indivíduo ou grupo, referindo-se à observação da lei, continuando, "o ponto essencial do prognóstico encontra-se no terreno das decisões judiciais".

A Lei 7.210/84 (Lei das Execuções Penais) enfatiza a necessidade da avaliação do prognóstico criminológico, tanto para fins de classificação e triagem, dos condenados, quanto para fins de escolha do regime de cumprimento da pena, bem como para concessão de benefícios. Sá ⁽⁴⁾ lembra ser importante, nesse sentido, conhecer quais os fatores que favorecem a reincidência e que grupos de presos podem ser considerados de maior risco de reincidência".

Dos três métodos utilizados para o prognóstico criminológico - o intuitivo, o clínico e o estatístico - preferimos o último, pois o primeiro carece dos necessários conhecimentos científicos e o segundo está eivado pelos subjetivismos do avaliador.

Para isso, selecionamos aleatoriamente uma amostra de 5 mil prontuários criminais cadastrados pela Secretaria Estadual dos Negócios da Segurança Pública do Estado de São Paulo e arquivados no Sistema de Computadores da PRODESP - Processamento de Dados do Estado de São Paulo.

Limitamos nosso estudo às reincidências em ilícitos penais que se refiram aos dispositivos do Código Penal, excluindo-se os crimes tipificados em outras leis como, por exemplo, a Lei nº 6.368/76, que trata do uso e comércio de substâncias toxicodependentes, ou a Lei 7.170/83, que atenta para os problemas da segurança nacional, ou, ainda o Decreto Lei nº 3.688/41, que se ocupa das contravenções penais.

O critério para a escolha daqueles ilícitos penais decorre das contradições na conceituação legal de reincidência. Senão, vejamos. O Código Penal (art.46) dispõe: "verifica-se a reincidência, quando o agente comete novo crime, depois de transitada em juízo a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

O artigo 7º da lei das Contravenções Penais afirma: "verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado no Brasil, ou no estrangeiro, por qualquer crime ou, no Brasil, por motivo de contravenção".

Devemos lembrar que, na nossa legislação penal vigente, o conceito de reincidência exige que o novo crime seja praticado antes dos cinco anos, contados a partir do cumprimento ou extinção da pena (Parágrafo único do art. 46 do Código Penal).

Estudamos a cor da pele dos criminosos, agrupando-os, de acordo com a rotina do trabalho policial, em brancos (Br), pretos (Pr), pardos (Pa) e amarelos (Am); sua idade ao cometer novos crimes, agrupando-os em classes de intervalo igual a cinco anos exceto o primeiro cuja ocorrência, por imposição legal, deve verificar-se a partir de 18 anos; os tipos de delitos cometidos, agrupados segundo os títulos do Código Penal e os intervalos de tempo transcorridos entre as reincidências, juntados em classe de intervalo de um ano.

Deixamos de nos preocupar com o sexo dos criminosos reincidentes, pois Rodello e col (3), trabalhando com amostra da mesma população, mostraram que a diferenciação por sexo dos criminosos reincidentes é irrelevante, pois ambos os sexos reincidem com as mesmas freqüências.

Deixamos, igualmente, de nos preocupar com a classificação profissional dos criminosos por se tratar de dado carente de credibilidade, visto que cabe ao próprio delinqüente declinar sua profissão no momento da abertura do inquérito policial.

Empregamos o teste não paramétrico para avaliar a significância estatística das diferenças entre as modalidades das diversas variáveis estudadas, estabelecendo o nível de rejeição em 5%. Marcamos com asterisco os valores estatisticamente significantes.

Este trabalho foi realizado na Escola de Polícia Civil de São Paulo, graças ao convênio existente entre a nossa Faculdade e a Secretaria de Segurança Pública.

Discussão

A tabela 01 mostra que, nos 5 mil prontuários criminais examinados, 3.707 pertenciam a réus primários; 656 eram de delinqüentes que tinham cometido apenas uma reincidência, 239 tinham cometido duas reincidências, 138 três reincidências e 85, quatro. Dado o número reduzido de casos com mais de quatro reincidências (3,5% do total), preferimos não incluí-los no estudo.

Esta tabela chama a atenção para o fato de serem as reincidências muito menos freqüentes do que se tem propalado habitualmente. Haja vista que com uma reincidência houve apenas 13,1%, com duas, 4,8%, com três, 2,8% e com quatro, 1,7%.

Do exposto, podemos deduzir que a freqüência das reincidências é menor do que se supõe habitualmente, e que diminui na medida em que aumenta o respectivo número, independente da cor dos criminosos, de sua idade ao reincidir e do tipo de delito cometido.

Em relação à cor da pele dos criminosos, encontramos entre os delinqüentes reincidentes: 632 brancos, 12 amarelos, 174 pretos e 295 pardos (tabela 02). O teste de Kruskal-Wallis mostra (tabela 03) que as percentagens de reincidentes mantêm-se constantes ao aumentar o número de reincidências, qualquer que seja a cor do criminoso ($H=0,09$), mas que há diferença entre as cores ($H=14,12^*$).

Aparentemente os brancos reincidem em número maior que os de outras cores, sendo irrisório o número de amarelos que reincidem. Isto é devido à heterogeneidade cromática da nossa população. Se calcularmos os coeficientes específicos de reincidência para cada cor, observaremos (tabela 04) que o número

de reincidentes pardos é de 39,2 para cada grupo de 100 mil pessoas pardas; 31,0 reincidentes para o mesmo número de pessoas pretas; 8,0 de brancos e 4,9 de amarelos.

Estes coeficientes foram calculados baseados nos dados do recenseamento geral do Brasil de 1960, pois os feitos em 1970 e 1980 não incluíram o item cor. Isto se torna especialmente evidente nos gráficos das figuras 02 e 03.

As tabelas 05 e 06 mostram as distribuições das idades dos criminosos ao reincidirem (figuras 04 e 05). o teste de Kruskal-Wallis mostra não haver diferença significativa entre as proporções de reincidências ($H=1,45$), mas sim entre as idades ($H=47,08^*$).

Não havendo diferença significativa no comportamento etário ao aumentar o número de reincidências, calculamos as freqüências relativas acumuladas (tabela 06) que nos mostraram ser a reincidência problemas do adulto jovem, pois dois terços das reincidências ocorrem antes dos 30 anos de idade.

Na tabela 07 observamos que as reincidências criminais mais comuns são contra a pessoa (título I do Código Penal) e contra o patrimônio (título II do mesmo Código). Os outros ilícitos penais, por aparecerem em pequeno número, foram juntados num mesmo grupo. As percentagens de crimes contra a pessoa, contra o patrimônio e outros encontram-se na tabela 08 e estão representadas nos gráficos das figuras 06 e 07.

Novamente (tabela 08) não encontramos significância estatística entre as proporções de reincidências ($H=0,08$), mas a encontramos entre os tipos de crime ($H=9,84^*$).

Como não achamos diferenças significantes nos diversos números de reincidência nos vários títulos, calculamos as médias aritméticas das percentagens de ocorrência das reincidências (tabela 08).

Aparentemente as reincidências contra o patrimônio (34,6%) são mais freqüentes que as praticadas contra a pessoa (31,5%), mas a diferença entre estas duas percentagens é estatisticamente não significativa (qui-quadrado = 0,15); logo, podemos afirmar que as reincidências contra a pessoa são tão freqüentes quanto as praticadas contra o patrimônio.

Os intervalos entre as reincidências, segundo a cor dos agentes, foram apresentados na tabela 09. O teste de Kruskal-Wallis, calculando com as médias aritméticas das durações dos intervalos de tempo entre as reincidências nos vários grupos dermatocromáticos, mostra não haver diferença significativa entre as cores da pele ($H=0,35$).

Havendo diferenças significantes entre os intervalos de tempo, segundo o número de reincidências cometidas, ($H=8,17^*$), apresentamos as médias destes intervalos na tabela 11, assim como seus limites de confiança 95%, o mesmo fazendo no gráfico da figura 09.

Do exposto, podemos afirmar que os intervalos entre as reincidências são iguais para todos os grupos dermatocromáticos e que as reincidências apresentam intervalos de tempo entre elas cada vez maiores, na medida em que aumenta o respectivo número.

Observe-se que, sendo muito pequeno o número de reincidentes amarelos, em relação aos outros grupos dermocrômáticos, os excluimos do estudo, pois não nos parece prudente estender à população as informações fornecidas pela amostra a seu respeito.

Os criminosos tendem a demorar (tabelas 12 e 13 e figura 10), em média, o mesmo tempo para reincidir, qualquer que seja a sua idade ($H=4,89$) e que estes intervalos tendem a ficar cada vez mais longos, na medida em que cresce o número de reincidências ($H=20,71^*$).

Em relação aos títulos do Código Penal em que as reincidências incidem (tabelas 14 e 15 e gráfico 11) só encontramos diferenças estatisticamente significantes ($H=8,89^*$) entre os números de reincidências, pois os intervalos de tempo entre as reincidências nos crimes contra a pessoa são os mesmos que se encontram nas reincidências contra o patrimônio.

Conclusões

Desta pesquisa podemos concluir:

- 1 - 25,9% dos criminosos reincidem.
- 2 - Apenas 12,8% reincidem mais de uma vez.
- 3 Os criminosos de cor parda são os que reincidem com maior frequência (39,2%), seguidos de perto pelos de cor preta (31,0%)
- 4 - A máxima frequência das reincidências ocorre na idade de 20 a 25 anos, sendo que mais de 60% das reincidências são praticadas por criminosos com menos de 30 anos de idade.
- 5 - A reincidência em crimes contra a pessoa (31,5%) não difere da dos crimes contra o patrimônio (34,6%).
- 6 O intervalo entre as reincidências tende a aumentar na medida que aumenta o número das mesmas.
- 7 - A cor da pele dos criminosos não influi na magnitude dos intervalos entre as reincidências.
- 8 - O mesmo pode se afirmar em relação às idades dos criminosos ou entre os crimes contra a pessoa e contra o patrimônio.

Tabela 01 : Criminosos segundo o número das reincidências cometidas.

| Reincidências | Número | % |
|---------------|--------------|--------------|
| 0 | 3.787 | 74,1 |
| 1 | 656 | 13,1 |
| 2 | 239 | 4,8 |
| 3 | 138 | 2,8 |
| 4 | 85 | 1,7 |
| 5 | 47 | 0,9 |
| 6 | 38 | 0,6 |
| 7 | 25 | 0,5 |
| 8 | 15 | 0,3 |
| 9 | 18 | 0,2 |
| 10 | 9 | 0,2 |
| >10 | 39 | 0,8 |
| Total | 5.000 | 100,0 |

Tabela 02 : Reincidências, segundo a cor da pele dos criminosos.

| Cor | Reincidências | | | | Total |
|----------|---------------|-----|-----|----|-------|
| | 1ª | 2ª | 3ª | 4ª | |
| Branca | 487 | 124 | 64 | 37 | 632 |
| Amarela | 18 | 1 | 1 | — | 12 |
| Preta | 86 | 45 | 28 | 15 | 174 |
| Parda | 151 | 68 | 44 | 32 | 295 |
| Ignorado | 2 | 1 | 1 | 1 | 5 |
| Total | 656 | 239 | 138 | 85 | 1118 |

Tabela 03 : Percentagens de reincidências, segundo a cor da pele dos criminosos.

| Cor | Reincidências | | | | \bar{x} |
|----------|---------------|-------|-------|-------|-----------|
| | 1ª | 2ª | 3ª | 4ª | |
| Branca | 62,8 | 51,9 | 46,4 | 43,5 | 56,5 |
| Amarela | 1,5 | 0,4 | 0,7 | — | 1,1 |
| Preta | 13,1 | 18,8 | 20,3 | 17,6 | 15,6 |
| Parda | 23,0 | 28,5 | 31,9 | 37,6 | 26,4 |
| Ignorado | 0,3 | 0,4 | 0,7 | 1,2 | 0,4 |
| Total | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

$$H = 14,12^x$$

$$H = 0,89$$

Tabela 04 : Coeficientes de reincidência por cor da pele dos criminosos, para grupos de 100.000 pessoas da mesma cor.

| Cor | Coeficiente |
|---------|-------------|
| Branca | 8,8 |
| Amarela | 4,9 |
| Preto | 31,8 |
| Pardo | 39,2 |

Tabela 05 : Reincidências, segundo a idade dos criminosos ao cometê-las.

| Idade | Reincidências | | | | Total |
|--------------|---------------|------------|------------|-----------|-------------|
| | 1ª | 2ª | 3ª | 4ª | |
| 18 — 20 | 77 | 39 | 59 | 38 | 213 |
| 20 — 25 | 181 | 80 | 36 | 19 | 316 |
| 25 — 30 | 139 | 47 | 12 | 8 | 206 |
| 30 — 35 | 94 | 26 | 16 | 10 | 146 |
| 35 — 40 | 69 | 22 | 6 | 5 | 102 |
| 40 — 45 | 41 | 13 | 5 | 2 | 61 |
| 45 — 50 | 27 | 5 | 3 | — | 35 |
| 50 — 55 | 12 | 2 | — | 2 | 16 |
| 55 — 60 | 7 | 3 | — | — | 10 |
| 60 — 65 | 4 | 1 | — | — | 5 |
| 65 — 70 | 1 | — | — | — | 1 |
| 70 — 75 | — | — | — | — | — |
| 75 — 80 | 1 | — | — | — | 1 |
| 80 — 85 | — | — | — | — | — |
| Ignorada | 3 | 1 | 1 | 1 | 6 |
| Total | 656 | 239 | 138 | 85 | 1118 |

Tabela 06 : Percentagens de reincidências, segundo a idade dos criminosos ao cometê-las.

| Idade | Reincidências | | | | f.r. | f.a. |
|--------------|---------------|--------------|--------------|--------------|------|-------|
| | 1ª | 2ª | 3ª | 4ª | | |
| 18 — 20 | 11,7 | 16,3 | 42,8 | 44,7 | 19,1 | 19,1 |
| 20 — 25 | 27,6 | 33,5 | 26,1 | 22,4 | 28,3 | 47,4 |
| 25 — 30 | 21,2 | 19,7 | 8,7 | 9,4 | 18,4 | 65,8 |
| 30 — 35 | 14,3 | 10,9 | 11,6 | 11,8 | 13,1 | 78,9 |
| 35 — 40 | 10,5 | 9,2 | 4,3 | 5,9 | 9,1 | 88,0 |
| 40 — 45 | 6,2 | 5,4 | 3,6 | 2,4 | 5,5 | 93,5 |
| 45 — 50 | 4,1 | 2,1 | 2,2 | — | 3,1 | 96,6 |
| 50 — 55 | 1,8 | 0,8 | — | 2,4 | 1,4 | 98,0 |
| 55 — 60 | 1,1 | 1,3 | — | — | 0,9 | 98,9 |
| 60 — 65 | 0,6 | 0,4 | — | — | 0,4 | 99,3 |
| 65 — 70 | 0,2 | — | — | — | 0,1 | 99,4 |
| 70 — 75 | — | — | — | — | — | 99,4 |
| 75 — 80 | 0,2 | — | — | — | 0,1 | 99,5 |
| 80 — 85 | — | — | — | — | — | 99,5 |
| Ignorada | 0,5 | 0,4 | 0,7 | 1,2 | 0,5 | 100,0 |
| Total | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | | |

H = 47,88*

f.r. = frequência relativa

f.a. = frequência relativa acumulada

H = 1,43

Tabela 07 : Reincidência, segundo o título do Código Penal transgredido.

| Título | Reincidência (nº) | | | | Total |
|--------------------------|-------------------|------------|------------|-----------|-------------|
| | 1ª | 2ª | 3ª | 4ª | |
| Contra a pessoa..... | 228 | 68 | 38 | 18 | 352 |
| Contra o patrimônio..... | 242 | 74 | 45 | 26 | 387 |
| Outros títulos..... | 68 | 24 | 11 | 8 | 103 |
| Ignorado..... | 126 | 73 | 44 | 33 | 276 |
| Total | 656 | 239 | 138 | 85 | 1118 |

Tabela 08 : Percentagens de reincidência, segundo o título do Código Penal transgredido.

| Título | Reincidência (%) | | | | \bar{X} |
|--------------------------|------------------|--------------|--------------|--------------|-----------|
| | 1ª | 2ª | 3ª | 4ª | |
| Contra a pessoa..... | 43,8 | 41,8 | 48,4 | 34,6 | 31,5 |
| Contra o patrimônio..... | 45,6 | 44,6 | 47,9 | 50,8 | 34,6 |
| Outros títulos..... | 11,3 | 14,5 | 11,7 | 15,4 | 9,2 |
| Total | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | |

H = 9,84*

H = 8,88

Tabela 09 : Reincidências, segundo a cor da pele dos criminosos e o intervalo entre as mesmas, em meses.

| Rein. | Intervalo | BR | AM | PR | PA | Total | Ignor. |
|-------|-----------|-----|----|----|-----|-------|--------|
| 1ª | 0 - 1 | 485 | 10 | 86 | 151 | 652 | |
| | 1 - 2 | 2 | — | — | — | 2 | |
| | 2 - 3 | — | — | — | — | — | |
| | 3 - 4 | — | — | — | — | — | |
| | 4 - 5 | — | — | — | — | — | |
| | Ignor. | — | — | — | — | — | |
| | Total | 487 | 10 | 86 | 151 | 654 | 2 |
| 2ª | 0 - 1 | 52 | 1 | 12 | 25 | 98 | |
| | 1 - 2 | 24 | — | 9 | 15 | 48 | |
| | 2 - 3 | 12 | — | 5 | 10 | 27 | |
| | 3 - 4 | 7 | — | 2 | 4 | 13 | |
| | 4 - 5 | 5 | — | 3 | 5 | 13 | |
| | Ignor. | 24 | — | 14 | 9 | 47 | |
| | Total | 124 | 1 | 45 | 68 | 238 | 1 |
| 3ª | 0 - 1 | 22 | 1 | 7 | 12 | 42 | |
| | 1 - 2 | 11 | — | 5 | 11 | 27 | |
| | 2 - 3 | 7 | — | 2 | 6 | 15 | |
| | 3 - 4 | 4 | — | 3 | 6 | 13 | |
| | 4 - 5 | 7 | — | 1 | 1 | 9 | |
| | Ignor. | 13 | — | 10 | 8 | 31 | |
| | Total | 64 | 1 | 28 | 44 | 137 | 1 |
| 4ª | 0 - 1 | 9 | — | 4 | 5 | 18 | |
| | 1 - 2 | 6 | — | 3 | 8 | 17 | |
| | 2 - 3 | 3 | — | 2 | 6 | 11 | |
| | 3 - 4 | 6 | — | — | 4 | 10 | |
| | 4 - 5 | 3 | — | 1 | 1 | 5 | |
| | Ignor. | 10 | — | 5 | 8 | 23 | |
| | Total | 37 | — | 15 | 32 | 84 | 1 |

Tabela 10 : Médias dos intervalos entre as reincidências, segundo a cor da pele dos criminosos, em anos.

| Rein. | Cor | | |
|-------|-----|-----|-----|
| | BR | PR | PA |
| 1ª | 0,5 | 0,5 | 0,5 |
| 2ª | 1,4 | 1,7 | 1,6 |
| 3ª | 1,8 | 1,7 | 1,8 |
| 4ª | 2,1 | 1,6 | 2,0 |

$$H = 0,17^*$$

$$H = 0,35$$

Tabela 11 : Médias aritméticas dos intervalos entre as reincidências criminais, em anos.

| Rein. | \bar{X} | s | LS | LI |
|-------|-----------|------|-----|-----|
| 1ª | 0,5 | 0,00 | 0,5 | 0,5 |
| 2ª | 1,6 | 0,12 | 1,4 | 1,8 |
| 3ª | 1,8 | 0,05 | 1,7 | 1,9 |
| 4ª | 1,9 | 0,22 | 1,5 | 2,3 |

s = desvio padrão

LS = limite superior

LI = limite inferior

Tabela 12 : Reincidências, segundo a idade dos criminosos no momento de cometê-las e intervalo entre as mesmas, em meses.

| Rein. | Intervalo | 18-20 | 20-25 | 25-30 | 30-35 | 35-40 | 40-45 | 45-50 | 50-55 | 55-60 | >60 | Ignor. |
|-------|-----------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-----|--------|
| 1ª | 0 - 1 | 76 | 181 | 139 | 94 | 69 | 41 | 27 | 12 | 7 | 5 | |
| | 1 - 2 | 1 | — | — | — | — | — | — | — | — | 1 | |
| | 2 - 3 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | |
| | 3 - 4 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | |
| | 4 - 5 | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | |
| | Ignor. | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | |
| | Total | 77 | 181 | 139 | 94 | 69 | 41 | 27 | 12 | 7 | 6 | 3 |
| 2ª | 0 - 1 | 13 | 19 | 19 | 10 | 11 | 4 | 4 | 2 | 1 | — | |
| | 1 - 2 | 8 | 20 | 5 | 6 | 3 | 4 | — | — | 1 | 1 | |
| | 2 - 3 | 6 | 10 | 7 | 2 | 1 | — | — | — | 1 | — | |
| | 3 - 4 | 1 | 9 | 2 | 2 | 2 | 1 | — | — | — | — | |
| | 4 - 5 | 2 | 4 | 3 | 3 | 1 | — | — | — | — | — | |
| | Ignor. | 8 | 18 | 11 | 3 | 14 | 4 | 1 | — | — | — | |
| | Total | 39 | 80 | 47 | 26 | 22 | 13 | 5 | 2 | 3 | 1 | 1 |
| 3ª | 0 - 1 | 14 | 7 | 4 | 7 | 3 | 3 | — | 1 | — | — | |
| | 1 - 2 | 11 | 8 | 3 | 2 | 1 | 2 | — | — | — | — | |
| | 2 - 3 | 6 | 4 | 1 | 2 | 1 | — | — | 1 | — | — | |
| | 3 - 4 | 8 | 3 | — | 1 | 1 | — | — | — | — | — | |
| | 4 - 5 | 4 | 3 | 1 | 1 | — | — | — | — | — | — | |
| | Ignor. | 16 | 11 | 3 | 3 | — | — | — | 1 | — | — | |
| | Total | 59 | 36 | 12 | 16 | 6 | 5 | — | 3 | — | — | 1 |
| 4ª | 0 - 1 | 6 | 3 | 3 | 2 | 1 | 1 | — | — | — | — | |
| | 1 - 2 | 8 | 6 | — | 2 | 1 | — | — | — | — | — | |
| | 2 - 3 | 5 | 1 | — | 3 | 2 | — | — | — | — | — | |
| | 3 - 4 | 3 | 2 | 2 | — | 1 | 1 | — | 1 | — | — | |
| | 4 - 5 | 3 | 2 | — | — | — | — | — | — | — | — | |
| | Ignor. | 13 | 5 | 3 | 3 | — | — | — | 1 | — | — | |
| | Total | 38 | 19 | 8 | 10 | 5 | 2 | — | 2 | — | — | 1 |

Tabela 13 : Reincidências, segundo a idade dos criminosos no momento de cometê-las e intervalo entre as mesmas, em anos.

| Rein. | Idade (anos) | | | | | | | | | |
|----------------|--------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | 18-20 | 20-25 | 25-30 | 30-35 | 35-40 | 40-45 | 45-50 | 50-55 | 55-60 | 60-65 |
| 1 ^a | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,5 |
| 2 ^a | 1,5 | 1,8 | 1,5 | 1,7 | 3,0 | 1,5 | 0,4 | 0,5 | 1,5 | 1,5 |
| 3 ^a | 2,0 | 2,0 | 1,5 | 1,5 | 2,0 | 0,9 | — | 1,5 | — | — |
| 4 ^a | 3,4 | 2,1 | 2,3 | 1,6 | 2,0 | 2,0 | — | 1,8 | — | — |

H = 20,7

H = 4,89

Tabela 14 : Reincidência, segundo o título do Código Penal transgredido e intervalo entre as mesmas, em meses.

| Rein. | Intervalo | Título Código Penal | | | Total | Ignor. |
|--------------|--------------|---------------------|------------|------------|------------|------------|
| | | I | II | Outro | | |
| 1ª | 0 - 1 | 259 | 271 | 98 | 628 | |
| | 1 - 2 | 3 | — | — | 3 | |
| | 2 - 3 | — | — | — | — | |
| | 3 - 4 | — | — | — | — | |
| | 4 - 5 | — | — | — | — | |
| | Ignor. | — | — | — | — | |
| | Total | | 262 | 271 | 98 | 631 |
| 2ª | 0 - 1 | 39 | 29 | 13 | 81 | |
| | 1 - 2 | 17 | 23 | 5 | 45 | |
| | 2 - 3 | 10 | 12 | 5 | 27 | |
| | 3 - 4 | 1 | 7 | 2 | 10 | |
| | 4 - 5 | 6 | 3 | 2 | 11 | |
| | Ignor. | 19 | 19 | 7 | 45 | |
| Total | | 92 | 93 | 34 | 219 | 20 |
| 3ª | 0 - 1 | 13 | 17 | 4 | 34 | |
| | 1 - 2 | 6 | 11 | 6 | 23 | |
| | 2 - 3 | 9 | 7 | 2 | 18 | |
| | 3 - 4 | 6 | 6 | 1 | 18 | |
| | 4 - 5 | 4 | 4 | — | 8 | |
| | Ignor. | 13 | 12 | 1 | 26 | |
| Total | | 51 | 57 | 14 | 122 | 16 |
| 4ª | 0 - 1 | 5 | 6 | 3 | 14 | |
| | 1 - 2 | 5 | 9 | 2 | 16 | |
| | 2 - 3 | 4 | 3 | 3 | 10 | |
| | 3 - 4 | 3 | 6 | — | 9 | |
| | 4 - 5 | 2 | 3 | — | 5 | |
| | Ignor. | 9 | 10 | 1 | 20 | |
| Total | | 28 | 37 | 9 | 74 | 11 |

Tabela 15 : Médias aritméticas dos intervalos entre as reincidências, segundo o título do Código Penal transgredido, em anos.

| Reinc. | Título Código Penal | | |
|----------------|---------------------|-----|-------|
| | I | II | Outro |
| 1 ^a | 0,5 | 0,5 | 0,5 |
| 2 ^a | 1,4 | 1,6 | 1,6 |
| 3 ^a | 2,0 | 1,8 | 1,6 |
| 4 ^a | 2,1 | 2,2 | 1,5 |

$H = 0,89^*$

$H = 0,81^*$

Fig. 01 : Reincidência, segundo a cor da pele dos criminosos.

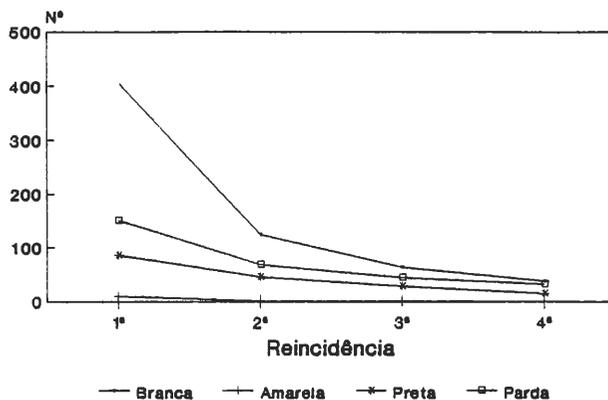


Fig. 02 : Percentagens de reincidência, segundo a cor da pele dos criminosos.

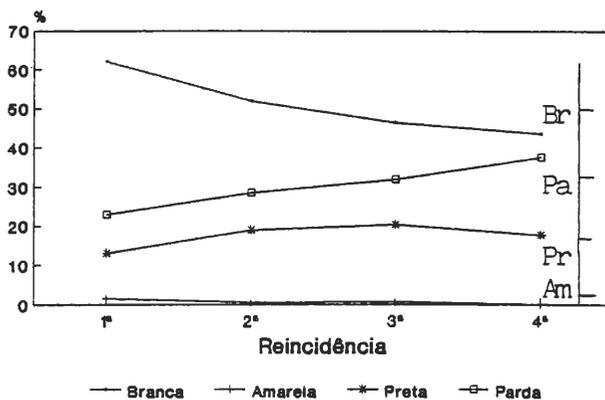


Fig. 03 : Coeficientes de reincidência criminal, para cada 100.000 pessoas da mesma cor.

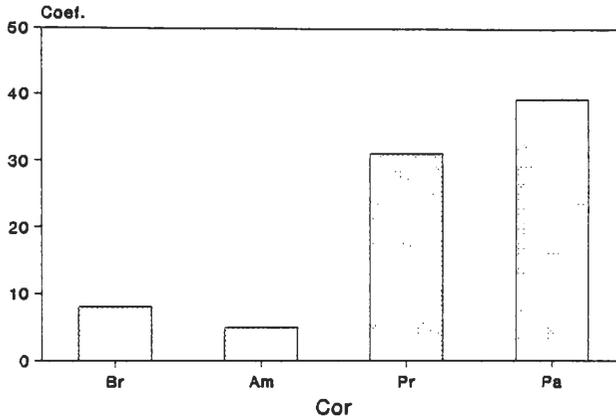


Fig. 04 : Reincidências, segundo a idade dos criminosos ao cometê-las.

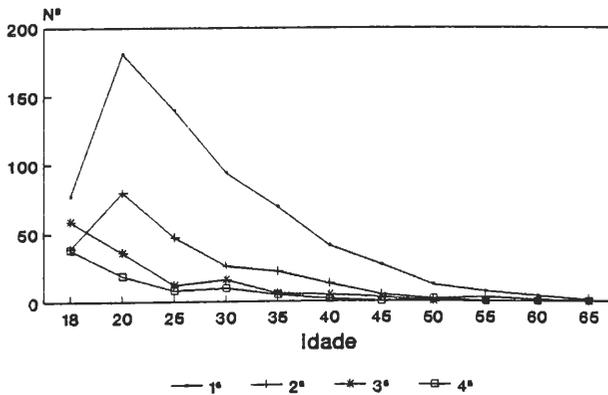


Fig. 06 : Reincidências, segundo o título do Código Penal transgredido.

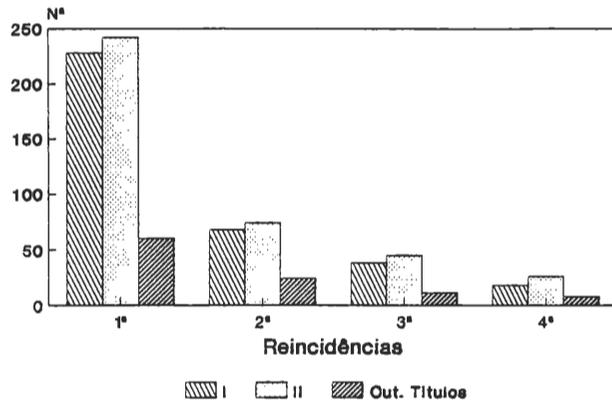


Fig. 07 : Percentagens de reincidências, segundo o título do Código Penal transgredido.

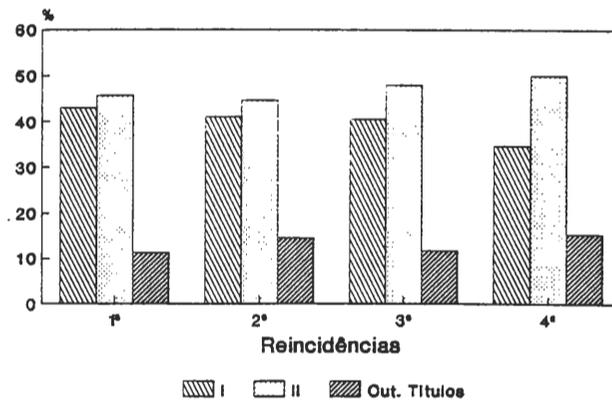


Fig. 08 : Médias dos intervalos entre as reincidências, segundo a cor da pele dos criminosos.

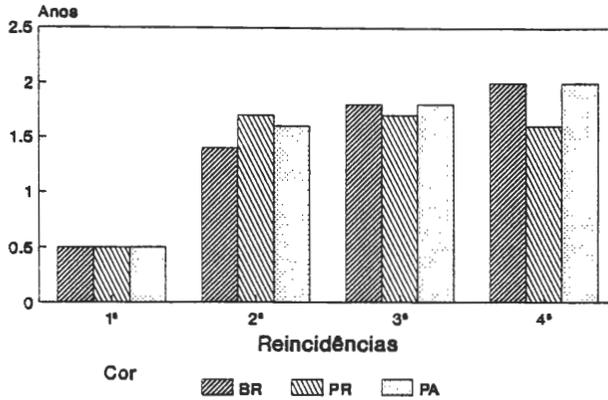


Fig. 09 : Médias aritméticas dos intervalos entre as reincidências criminais e seus limites de confiança 95%.

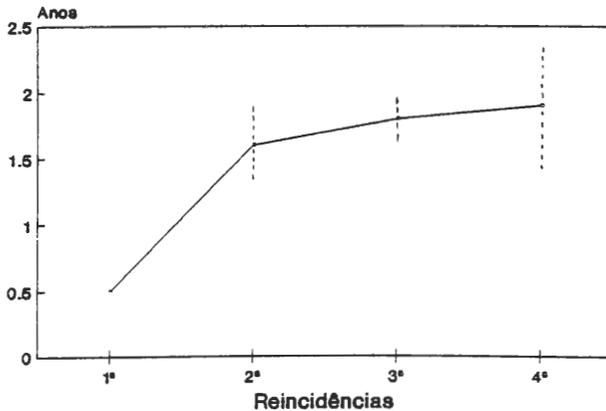
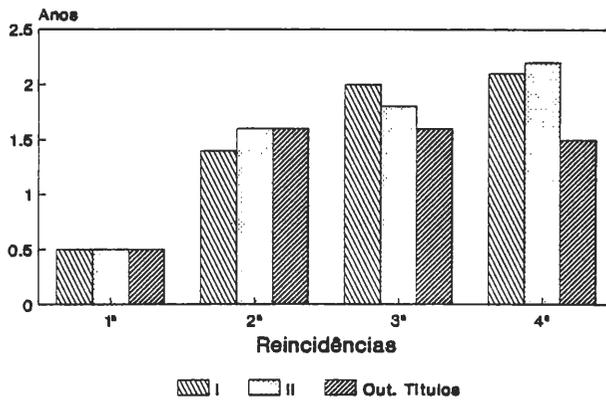


Fig. 11 : Médias aritméticas dos intervalos entre as reincidências, segundo o título do Código Penal transgredido.



Bibliografia

- 1 - GOPPINGER, H. *Criminologia*. Madrid : Reus, 1967.
- 2 - LOPEZ-REY, M. *Criminologia*. Buenos Aires : Aguilar, 1971.
- 3 - RODELLO, C. de C.; BORDINI, E. B. T.; ABREU, S. F. A. Estimativa de reincidência criminal. *Temas IMESC* : sociedade, direito, saúde. São Paulo, v.1, n.1, p.61, 1984.
- 4 - SÁ, A. A. - *Reincidência criminal*. São Paulo : EDUSP, 1987. p.11.
- 5 - CARVALHO, H. V. de. *Manual de Introdução ao Estudo da Criminologia*. São Paulo : Esc. Polícia de São Paulo, 1961. p.236.

São Paulo, 21 de maio de 1990

CONTRATOS REAIS E O PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Professora Doutora de Direito Civil e
Direito Agrário nos cursos de Graduação e
Pós-Graduação das Faculdades de Direito
da Universidade de São Paulo e Mackenzie.

Resumo: O trabalho tem por meta levantar a distinção entre os contratos reais e os contratos consensuais, especialmente à luz do princípio do consensualismo, para indagar, conclusivamente, se a diferenciação se anula ou não, se convém mantê-la ou se a dispensa se impõe.

No desenvolvimento, primeiramente se persegue a fonte romana, com o exame dos *contractus* e a evolução do direito contratual em Roma. Ingressa a indagação temática pela Idade Média e atinge a Idade Moderna, esta última marcada pelo abandono das formas rígidas, formando-se, o contrato, tão apenas pelo puro consenso. Levanta-se, em segundo lugar, a crítica à aplicação excessivamente ampla do princípio do consensualismo, a comprometer outros princípios revigorados, em sede do direito contratual, como o princípio da função social do contrato. Para fundamentar a crítica, num outro momento se faz a análise dos contratos reais em espécie — mútuo, comodato, depósito —, sempre buscando as formas de expressão do equivalente romano.

Enfim, levanta-se em conclusão opiniões doutrinárias divergentes sobre a tese fundamental: a distinção entre contratos consensuais e contratos reais sobrevive? E, pelo exposto, conclui-se pela insuficiência de fundamentação dirigida à abolição da distinção, corroborando posições deixadas ao longo do estudo, tais como: o princípio do consensualismo habita toda a modalidade contratual; está, pois, também, nos contratos reais, ainda que deles se diga só se aperfeiçoarem com a tradição da coisa. Sem esta, não há contrato nulo, pois sequer contrato há. Sem esta, estará o contrato real meramente a caminho de seu perfazimento; no entanto, já tangenciado pelo princípio do consensualismo.

Abstract: The purpose of this paper is to make a distinction between real contracts and consensual contracts, especially in the light of the consent principle, in order to question, conclusively, whether the differentiation is void, should be maintained or should be dispensed with.

In the development of this paper, first the Roman source is explored, through the examination of the "contracts" and the evolution of Contractual Law in Rome. The thematic questioning then enters into the Middle Ages and reaches the Modern Age, the latter period marked by the abandonment of rigid forms, the contract being completed by mere consent.

Secondly, a criticism is raised concerning the excessively broad application of the consent principle, which impairs other reinvigorated principles found in Contract Law such as the principle of the social function of the contract.

In support of the criticism, an analysis of real contracts in specie is later made - loan, commodatum, deposit, always seeking forms of expression for the Roman equivalents.

In conclusion, divergent doctrinary opinions on the fundamental thesis are outlined: does the distinction between consensual and real contracts still subsist? And, in view of the foregoing it is concluded that there are insufficient grounds for abolishing the distinction, ratifying positions assumed in the course of the study such as the following: the consent principle is present in all types of contracts; it is, therefore, also found in real contracts, in spite of the fact that it is said of the latter that they are only completed with the delivery of the thing. Without such delivery, there is no void contract, for a contract does not even exist. Without delivery, the real contract will merely be in the process of being completed, although already marked by the consent principle.

Unitermos: Contratos; Contratos Reais; Contratos Consensuais; Consensualismo; Mútuo; Comodato; Depósito.

1. Retorno às origens romanas e evolução.

O direito romano conheceu o *contractus* sob uma visão muito mais restrita que esta do direito moderno. Reconheceu o seu fundamento no ajuste das vontades das partes contratantes, gerador do acordo que, na conformidade da ordem jurídica, fez exsurgir o ato jurídico bilateral.

Só eram considerados *contractus* os acordos de vontade que se destinassem a criar relações jurídicas obrigacionais, e não outras. No entanto, convém ressaltar, as obrigações não se apresentavam como consequência mera do simples acordo. Tanto é verdade que *nuda pactio obligationem non parit*, advertia já o Digesto (D.14.7.4).

Assim, o romano necessitou de um elemento a mais, além do simples acordo, para tornar possível a existência da *obligatio*. Este liame jurídico pôde emergir no momento em que se somou ao acordo a *causa civilis*, ou seja, uma exteriorização da forma, sem a qual, não seria possível se falar em *contractus*. E o *vinculum juris* que consistia na *obligatio* dependeu, então, além do *consensu*, também de atos solenes tais quais o *nexum* e a *stipulatio*.

Apenas assim, o credor de tal *contractus* tinha à sua disposição uma *actio* derivada do direito quirritário e que lhe permitia perseguir, em juízo, a prestação, obrigando o devedor a prestá-la.

Desta forma, é possível, desde já, compreender a figura paralela ao *contractus*, que era o *pactum* e demonstrar a diferença existente entre elas, ainda que a partir da inferência de que, ambas, derivam da expressão genérica *conventio*. O *pactum*, que também era acordo de vontade lícito, não gerava obrigações e não

permitia, como na outra fórmula ocorria, a *rem persequendi in iudicio*, isto é, não se lhe reconhecia e nem se lhe colocava à disposição, a *actio*.

Muitas modificações sofreu o direito contratual em Roma, durante sua evolução, de tal sorte que houve um alargamento do continente dos contratos, dos acordos de vontade aos quais a ordem jurídica concede a eficácia de gerar obrigações.

O direito romano primitivo apenas conheceu os contratos formais, cujas categorias eram *verbis* e *litteris* revelando cada uma, respectivamente, o seu elemento formal, ou pelo uso das palavras sacramentais, ou pela inscrição no livro contábil.

Os dois contratos formais que primeiro Roma conheceu foram o *nexum* e a *stipulatio*, com sua troca de expressões ou fórmulas obrigatórias. Assim, por exemplo, o *nexum* mostrava-se como um tipo de empréstimo realizado *per aes et libram*, isto é, sob um sério ritual, com fórmulas obrigatórias, uma balança, certos atos simbólicos e testemunhas, tudo com a finalidade de lhe ser atribuída eficácia. E, recorde-se, no direito romano, a obrigação assim tão simbolicamente assumida - e como todas, até a promulgação da Lex Poetelia Papiria, no IV séc. -, e dado o caráter personalíssimo da *obligatio*, sujeitava o próprio corpo do devedor à execução daquela. Já a *stipulatio*, através do uso exclusivo da forma verbal *spondere*, tanto para a pergunta quanto para a resposta que se desse ao credor, revelava-se como a promessa solene de certa prestação.

Em época posterior, já à luz do direito clássico, o direito romano introduziu os contratos escritos, apesar da verdadeira aversão que tinham os romanos por tais fórmulas. O formalismo romano que até então realizou-se sempre de modo público e verbal (os contratos *verbis*), passou a revelar-se através da inscrição de seus atos e solenidades no livro contábil do credor, o *codex accepti et expensi*, dando lugar aos contratos *litteris*.

Durante o período clássico, observe-se, então, predominou ainda o princípio do formalismo, onde o elemento objetivo - forma ou *datio rei* - é que permitia exsurgisse a *obligatio* e sua força vinculante. Os contratos *litteris*, paulatinamente foram caindo em desuso e os *verbis* foram se amenizando e o formalismo foi sendo gradativamente dispensado.

No direito justinianeu, contrariamente ao que se verificou nos períodos primitivo e clássico, os juristas bizantinos visualizaram no acordo de vontades o verdadeiro pressuposto da formação e existência de um *contractus*. Nascia o princípio do consensualismo, com o afastamento exagerado da forma e com uma maior atenção à manifestação da vontade das partes.

Com isto, ultrapassa-se a fase romana que concebeu tão apenas um número de tipos contratuais, embora todos compatíveis com o contrato típico. Até mesmo o *pactum* aproveitou-se da transigência daquele rigorismo e da aplicação da idéia consensualista, de tal sorte que a ele, *pactum*, o pretor concedeu a *actio in factum*.

Assim, marcou-se a Idade Média pela abolição das rígidas formalidades e a simples referência de que os ritos haviam sido observados, passou a valer tanto quanto efetivamente realizá-los.

E a Idade Moderna apresentou o *contractus qui solo consensu perficitur*, isto é, o contrato originando-se, tendo por nascedouro e perfazimento, apenas o consenso puro dos contratantes.

A este respeito escreveu Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, vol. III, p. 20): "Retomou uma velha parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente".

O Direito canônico marcou sua contribuição nesta etapa evolutiva quando equiparou o descumprimento do avençado à mentira, e elevando-o à categoria de *peccatum*, já que a palavra dada e o dever de fielmente mantê-la, revelavam a idéia de que o consenso a tudo supera e a tudo se sobrepõe.

A mesma linha de raciocínio canonista adotaram-na jusnaturalistas do porte de Pufendorf (cf. Orlando Gomes, *Contratos*, p. 6), "para quem o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é o direito natural".

Modernamente, contudo, o princípio do consensualismo vem sendo vítima do mesmo "mal" que o princípio do formalismo, seu antecessor na história contratual: sua aplicação excessivamente ampla acabou por furtar-lhe as conveniências, com prejuízo para a segurança do contrato e dos próprios contratantes, com certa desatenção ao próprio princípio, hodiernamente consagrado, da função social do contrato, e com certo alheamento às modernas doutrinas que defendem os limites à liberdade contratual.

2. Os contratos reais antepostos aos contratos consensuais.

Roma consagrou, além das modalidades verbais e literais, contratos reais e, depois, contratos consensuais.

Relativamente aos contratos reais, assim como os solenes, os romanos não os consideraram de modo a excepcionar o princípio do consensualismo.

Hodiernamente - raciocínio paralelo -, a própria distinção classificatória entre os contratos reais e os contratos consensuais, não aniquila o velho princípio do consensualismo.

No passado romano, os contratos reais surgiram, primeiro, através de um novo tipo de empréstimo, muito simples porque dispensava o rigor das fórmulas e simbolismo, e diferente porque se aperfeiçoava com a tão-apenas entrega da coisa ao devedor. Era esta entrega a *traditio*, que se apresentava (e não o consenso) como o elemento gerador da *obligatio*, de tal modo que só a partir de então é que o devedor encontrava-se obrigado à devolução.

Diz-se, assim, que os contratos reais são os que exigem, para o seu perfazimento, além do acordo de vontades, ainda a efetiva entrega da coisa.

Gaio apenas incluiu, nas *Institutas* (Inst. III, 90-91), esta espécie de empréstimo, cuja entrega da coisa emprestada fazia surgir, para o *accipiens*, a obrigação de restituí-la, sendo certo que referida entrega transferida (do *tradens*

para o *accipiens*) não só a posse senão também a propriedade. Esta modalidade contemplada por Gaio denominava-se *mutuum*.

Mais tarde, o *Aureorum Libiri* - que se diz ser de Gaio ou se diz ser mera paráfrase às suas *Institutas* pelos juriconsultos pós-clássicos -, admitiu mais três modalidades, todas com a mesma característica, qual seja, a de devolver a coisa entregue, oportunamente, ao *tradens*. Assim, encontraram-se, então, elencados o *mutuum*, o *depositum*, o *commodatum* e o *contractus pignoratitius*.

As *Institutas* de Justiniano (III, 14), contemplaram estas mesmas quatro espécies mencionadas. É desta época do direito justinianeu, também, o aparecimento de outras formas contratuais, revelando categoria em apartado, e que, pelo fato de não se encaixarem nas fórmulas típicas tradicionais, foram chamados, já desde os bizantinos, de *contractus innominati*.

Convém ressaltar apenas, por curioso, que entre o vasto elenco compreendido em tal categoria especial, destacou-se o contrato conhecido como *permutatio*, cuja execução consistia na *traditio rem pro re*, objetivando a entrega de uma coisa por outra e por isso distinguindo-se da *emptio venditio*. Há notícia histórica de sua inclusão entre os contratos reais, à época de Justiniano.

Todavia, a grande novidade da inclusão das novas modalidades contratuais já mencionadas *depositum*, *commodatum* e *contractus pignoratitius* -, nas *Institutas* de Justiniano foi exatamente o fato de se estar permitindo que a restituição deixasse de ser, obrigatoriamente, do equivalente, podendo-se restituir a própria coisa.

Em momento histórico posterior, já às portas da era cristã, os romanos ampliaram, ainda, o horizonte contratual para permitir o conhecimento de outra categoria, distinta das anteriores, que contemplou modalidades nas quais o acordo de vontades era suficiente à perfeição do contrato. Eram os contratos consensuais, os que se formavam *solo consensu*. Thomas Marky (*Contrato* (Direito Romano), in *Enc. Saraiva do Direito*, v. 19, ps. 146-154), enumera os seguintes: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*, *pacta* e, ainda, a doação.

3. Os contratos reais em espécie (mútuo, comodato e depósito).

a. Mútuo (*mutuum*).

Constitui, como o comodato, espécie de empréstimo, e, se deste último se diz ser empréstimo de uso, pelo fato de seu objeto ser infungível, daquele (do mútuo) se diz ser empréstimo de consumo, exatamente porque é fungível o seu objeto.

Seu conceito legal vem consagrado no art. 1.256 do CC, segundo o qual "mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis", e sua sede legal mais próxima que a origem romana já examinada, repousa nas *Ordenações Filipinas* (IV, 50, pr.), cujo texto, cf. Limongi França (*Instituições*, p. 789), é o seguinte: "Toda a pessoa, que emprestar a outra coisa alguma, que consiste em número, peso, ou medida, como o dinheiro, vinho, azeite, trigo ou qualquer outro legume, tanto que se recebe a tal coisa emprestada, fica a risco daquele que a recebeu; porque pela entrega ficou

própria, e fica sempre obrigado a pagar o gênero, que não podia perecer, que é outro tal dinheiro, trigo, vinho ou azeite ou outro legume".

De pronto, infere-se que a propriedade da coisa mutuada, isto é, o domínio do objeto do mútuo transfere-se à pessoa do mutuário (*accipiens*). O mutuante (*mutuo dans*) ao realizar a *traditio*, e porque se trata de *res nec mancipi* o objeto fungível do contrato, estará, simultaneamente, entregando o domínio da coisa. E, como *res perit domino*, por conta do mutuário correrão todos os riscos, desde então, segundo a regra do art. 1.257 do CC.

O mútuo é contrato real, unilateral, gratuito e não solene.

Efetivamente é um contrato real, como vimos, pois apenas se perfaz com a entrega da coisa. Caso a entrega não se realize, não se poderá falar em inexecução contratual, já que tal ato não pertence ao momento da execução, mas ao momento da formação do mútuo. Também não há que se falar na possibilidade de ser nulo o contrato carente da *traditio*. Sequer há contrato, porque se falar em nulidade? E se não há contrato, não se fale também em efeitos.

A respeito, límpida e conclusiva é a lição de José de Oliveira Ascensão (*Contrato Real*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 20, p. 92-96): "Se há acordo, mas não há entrega, há um trecho do contrato previsto por lei, mas não se realizou ainda toda a *facti species*. Isto nada tem de nulo: por isso, logo que se der a *traditio* o contrato está perfeito. Antes não: não produz efeitos, mas simplesmente porque não há ainda contrato. Nada impõe que o acordo e a *traditio* sejam simultâneos, de maneira a taxar de nulos os acordos que não foram acompanhados daquela".

Da sua própria realidade se aduz ser contrato de caráter unilateral, já que, após o seu perfazimento, nenhuma outra obrigação remanesce ao *mutuo dans*, senão apenas remanesce obrigação ao *accipiens* que é a de restituir o objeto emprestado.

Quanto à gratuidade, cumpre observar que se ela é da natureza do mútuo, não significa que ela seja da essência de tal contrato. Da natureza, sim, pois, a princípio concebeu-se tal espécie de empréstimo para regular os casos de espontâneo auxílio que alguém presta aos que lhe são caros, quer o sejam pelos laços sanguíneos, quer pelos laços do afeto.

Contudo, em nossos dias, como enfatizam os tratadistas, raramente encontramos o mútuo despido de um caráter especulativo.

A presunção de gratuidade foi superada pela realidade dos tempos, de tal sorte que, hoje, ela é mesmo inconcebível. Aliás, o direito romano já havia considerado a possibilidade de pagamento de juros no mútuo (*stipulatio usurae* e *foenus*), com a XII Táb. especulando de 8 a 10% a taxa de juros ao ano. Em fins da República, este percentual elevou-se para 12% ao ano, e Justiniano apresentou rigorosa tabela a respeito da onerosidade dos empréstimos. Entre nós, ao tempo da promulgação do Código Civil, o legislador não cuidou de prefixar os juros, deixando à livre resolução das partes esta fixação do percentual. Contudo, a Lei de Usura, de 1933, veio alterar tal situação, realizando a estipulação em 12% ao ano. A fixação de juros depende de cláusula expressa (art. 1.262 do CC).

Ainda com vistas ao aspecto da onerosidade do mútuo, como sendo a compensação pela utilização dos bens alheios, vale mencionar o chamado mútuo mercantil, assim considerado pelo C. Com., art. 247, se a coisa emprestada for

considerada gênero comercial ou destinada a uso comercial, e mais, sendo, pelo menos o mutuário, comerciante. Este, que é o mútuo mercantil, ao contrário do mútuo civil, é considerado normalmente oneroso, conforme resulta do disposto no art. 248 do C.Com. O direito comercial, ainda em tal sede, nos apresenta outras figuras assemelhadas ao mútuo oneroso, tais como a abertura de crédito ou a promessa de mútuo. Arnold Wald (*Obrigações e Contratos*, p. 288) assegura que "ao contrário do mútuo, a abertura de crédito é contrato consensual". Em seguida, refere-se ao contrato de conta corrente, "considerado pela doutrina como 'um mútuo de natureza especial'..." Interessantíssimo trabalho, a este respeito, é o parecer dado por Álvaro Villaça Azevedo à consulta que lhe fez a Caixa Econômica do Estado de São Paulo SA, CEESP, afirmando a natureza real do contrato de conta corrente (v. *Direito Privado* - 2, p. 113-125).

Por fim, quanto à forma, o contrato de mútuo é não-solene, isto é, não há previsão legal de forma obrigatória. No entanto, e face à disposição do art. 141 do CC, a prova testemunhal só é admitida nos contratos cujo valor não passe de NCz\$ 0,01, razão pela qual é de bom alvitre ultimar-se por escrito este e todos os demais contratos ditos não-solenes.

E estas são as principais características deste contrato de mútuo que Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (*Manual de Direito Romano*) definiram como o contrato real, unilateral e gratuito, em virtude do qual uma parte (*mutuo dans*) transfere a outra (*mutuo accipiens*), a propriedade duma determinada quantia de dinheiro ou de coisas fungíveis, com a obrigação de o mutuário restituir ao mutuante uma quantidade igual de coisas (*tantundem*) do mesmo gênero e qualidade.

Por último, observe-se a regra do art. 1.259 do CC, segundo a qual o mútuo feito a menor, sem autorização de quem de direito, não poderá ser reavido e o mutante não poderá exigir a restituição sequer dos eventuais fiadores ou abonadores.

Tal disposição não é nova no sistema positivo privado, mas, ao contrário, remonta aos *Senatusconsultus* Macedoniano que não conferia ação ao credor de menor, *filius familiae*, que houvesse daquele tomado algo por empréstimo.

As *Ordenações do Reino* (Liv. IV, Tít. 50, *2.) repetiram a mesma regra mandando "que o que emprestar a algum filho, que tiver debaixo do poder de seu pai, quer seja varão, quer fêmea, perca o direito de o pedir assim a seu pai, como a ele, posto que os ditos filhos famílias, a que se fez o dito empréstimo saiam do poder de seus pais por morte, casamento, ou emancipação. E da mesma maneira não se poderá pedir aos fiadores, que por eles fiaram".

Entre nós, cessa a restrição do art. 1.259 do CC, conforme dispõe o seguinte artigo, se o representante do menor ratificar o empréstimo (inc. I), ou se o menor, dada a ausência do autorizador, se viu na necessidade de emprestar para os seus alimentos habituais (inc. II) ou, ainda, se o menor possuísse bens elencados na categoria dos do art. 391, II, do CC, isto é, aqueles adquiridos pelo próprio menor em serviço militar, ou provenientes do magistério ou de qualquer outra função pública.

Que não reste sem observação contudo, na esteira do ensino de Washington de Barros Monteiro (Obrigações, Parte 2, p. 241) que o dispositivo referido é, na verdade, ocioso, já que o menor se torna capaz através dos fatos indicados pelo CC, no artigo 391, II.

b. Comodato (*commodatum*).

Segundo Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, comodato é "o contrato real, unilateral, gratuito, em virtude do qual uma pessoa (*tradens*) entrega uma coisa corpórea não-consumível a outra (*accipiens*) para que use dela e a restitua ao comodante".

Trata-se de cessão gratuita da utilização do bem (uso e gozo), através do qual o comodante presta um favor ao comodatário, e este fato é o determinante da responsabilidade deste último, o devedor. Sua obrigação será a de restituir a própria coisa recebida (*eadem res*), depois de usá-la conforme restou estabelecido no contrato.

O objeto do comodato, assim, deve compor, em si, as qualidades de infungível e, mais, a de inconsumível. Caso simplesmente fosse fungível a coisa dada em comodato, poderia ela ser substituída no momento da restituição e esta, então, se revelaria como *obligatio tantundem*, imprópria da espécie contratual em exame.

Mas não apenas infungível deve ser a coisa, senão também inconsumível, pois, se consumível, a sua destruição pelo uso impediria a restituição na mesma individualidade (*obligatio eadem res*), o que, de resto, descaracterizaria a possibilidade de ser comodato o contrato.

Entretanto, excepcionalmente, o comodato poderá recair sobre coisa consumível e até mesmo sobre coisa fungível, ou, ainda, sobre coisas que, ao mesmo tempo, apresentem-se como consumível e inconsumíveis. Para que a exceção ocorra, urge que os contratantes atribuam, intencional e convencionalmente, a tais coisas, o caráter de infungibilidade e o de inconsumibilidade, sempre no claro propósito de que não venham elas a serem consumidas pelo uso convencional no contrato.

Diz-se que o comodato é empréstimo de uso. Seu caráter unilateral emerge do fato de que, após a entrega da coisa pelo comodante ao comodatário, exclusivo momento de aperfeiçoamento de tal contrato, seus efeitos exurgem apenas, desde então, o momento da sua existência própria. Tais efeitos revelam a uniteralidade, já que a única obrigação que remanesce, ao depois do ingresso do contrato nos planos de existência e eficácia, é a obrigação que tem o comodatário de restituir a coisa emprestada.

O uso da coisa, pelo comodatário, obriga-se sob determinadas regras, quais sejam, deve ser um uso normal, deve atentar para a finalidade imposta pelo contrato, deve ser um uso conservacionista da coisa e o seu beneficiário deve exercer esta utilização sobre a coisa como se ela fosse sua.

Por outro lado, evidentemente, o comodante deverá facilitar o uso da coisa por ele emprestada gratuitamente, permitindo que o comodatário dela se utilize pelo prazo estabelecido no contrato, ou se tal prazo for indeterminado, que dela se utilize pelo tempo necessário ao atendimento da finalidade do comodato, consoante a regra do art. 1.250 do CC. Concilia-se, assim, em harmonia, o direito que tem o

comodante de reclamar a coisa a qualquer tempo, se o contrato for por prazo indeterminado, com o dever que a ele compete, também, de conceder o mínimo de prazo necessário ao comodatário, para que ele leve a cabo a intenção que moveu os contratantes no momento da gênese do comodato.

Reserve-se, contudo, a idéia de que tal modalidade contratual é sempre temporária, pois ainda que indeterminado o prazo de sua duração, ele será certamente, determinável. Não reconhecer a temporariedade do comodato seria confundir-lo com a doação.

Como contrato real que é e conforme tudo o quanto já restou anteriormente dito, sua própria existência depende da *traditio*. Antes dela, não há comodato, não há contrato, não se geram os efeitos.

Quanto à forma, caracteriza-se pelo fato de ser não-solene, como o é, igualmente, o mútuo. Advirta-se aqui, como lá, que apesar da não obrigatoriedade de forma, posto que não prescrito pelo ordenamento, é medida de segurança realizá-lo por escrito, pois que, assim, prova-se por si mesmo e não sucumbe ao disposto no art. 141 do CC.

Outras duas importantes características do comodato são mesmo a sua não sujeição a qualquer tipo de remuneração, sob pena de converter-se em locação; portanto, não se excepciona a sua gratuidade como pode ocorrer no mútuo. E, também, diferentemente daquela outra modalidade, o comodato não transfere o domínio da coisa àquele que a tomou emprestada.

A obrigação do comodatário, que é obrigação essencial, traduz-se, conforme visto, na restituição da coisa. O art. 1.252 do CC, contudo, adverte que se converterá o comodato em locação se o comodatário incorrer em mora no cumprimento da sua obrigação de restituir a coisa. Sofrerá a sanção de pagar aluguéis durante o tempo do atraso em restituí-la, além de responder pelas perdas decorrentes da deterioração, quando da devolução.

Por outro lado, e se ainda dentro do prazo convencionado não constituído em mora, portanto, o comodatário -, se a coisa a ser restituída se perder, então antes da tradição, sem culpa do comodatário, sofrerá a perda o comodante, pois *res perit domino*, tudo conforme a regra do art. 869 do CC.

c. Depósito (*depositum*).

O conceito é legal, conforme o art. 1.265 do CC, esclarece que "pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame".

É, afinal, "o contrato real, unilateral, em virtude do qual o depositante (*tradens*) faz a entrega de uma coisa corpórea móvel ao depositário (*accipiens*) que se obriga a conservá-la e a restituí-la a pedido do depositante", segundo Alexandre Correia e Gaetano Sciascia.

A obrigação do depositário - e que revela a unilateralidade do contrato consiste em guardar a coisa, conservá-la e, afinal, restituí-la, no estado exato em que a recebeu. De pronto, infere-se a proibição de uso da coisa, nesta modalidade contratual, posto que o depositário apenas a detém e o uso irregular se afigura como ilícito (*furtum usus*), conforme a disposição proibitiva do art. 1.275 do CC. A

diferença fundamental entre o depósito e o comodato tem sede exatamente aqui: caso ocorra o uso da coisa, o depósito descaracteriza-se, ensejando o aparecimento do comodato. Regra perfeita sobre este assunto, a tem o CC espanhol, cujo art. 1.768, I, determina que a permissão dada ao depositário para usar a coisa depositada converte o depósito em comodato.

Como os contratos anteriormente examinados (mútuo e comodato), o depósito é um contrato real, pois que sua existência depende exclusivamente da tradição da coisa depositada. Não a recebendo o depositário, não se perfaz o contrato e não produz efeito algum.

É também, e em princípio, um contrato gratuito, já que o depositário está prestando um favor ao depositante de guardar e zelar pelos seus bens móveis, abstendo-se de usá-los e restituindo-os na ocasião ajustada. No entanto, verifique-se, a segunda parte do parágrafo único do art. 1.265 do CC admite que as partes podem estipular a gratificação ou remuneração do depositário. Tal fixação compensatória não desvirtua o contrato de depósito; poder-se-ia dizer que o depósito caracteriza-se, em regra, pela gratuidade e, excepcionalmente, pela onerosidade. Sob a luz do direito comercial, o depósito dito mercantil é sempre oneroso e, apenas como rara exceção, poderá vir de se apresentar como gratuito (artigo 282, Código Comercial).

O depósito recai, conforme o já mencionado art. 1.265 do CC, sobre bens móveis. Lembra Orlando Gomes (*Contratos*, p. 403) que "a principal razão para excluir os bens móveis é que sua guarda exige atos de administração incompatíveis com a função econômico-social do contrato. Seria assim" - prossegue o jurista - "um contrato de guarda, vizinho do depósito. A tendência é, no entanto, para admitir o depósito de imóveis, já permitido no seqüestro".

Em vários pontos o depósito afasta-se do seqüestro: aquele recai sobre coisas móveis, este recai sobre coisas móveis ou imóveis, mas sempre litigiosas; o depósito recai sobre bens que se sabe a quem pertençam, no seqüestro, o mesmo não acontece; o depósito é, em regra, gratuito e, excepcionalmente, oneroso; no seqüestro, o depositário não pode devolver a coisa antes que deixe de ser litigiosa, no depósito, ele poderá restituí-la antes de findo o prazo de duração do contrato.

Difere também o depósito do mandato, mormente porque, como bem explica Washington de Barros Monteiro, o detentor da coisa, no mandato, posiciona-se de modo ativo, realizando comissivamente o encargo de dar à coisa recebida uma certa aplicação, um certo destino; este mesmo detentor, no depósito, terá uma atitude passiva, que se circunscreve à incumbência de guardar.

Sob este prisma, não seria tarefa árdua compreender a natureza jurídica do depósito bancário, um misto de depósito, de mandato e mesmo de locação, conforme opina Álvaro Villaça Azevedo (a respeito, v. *Depósito bancário*, Sérgio Carlos Covello, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 23, ps. 390-394).

Se, por acaso, a coisa objeto do depósito possuir a qualidade de fungível, é provável que a utilize o depositário, salvo convenção em contrário. Esta utilização, por assim dizer, fere a natureza mesma do depósito, pois que, além da esdrúxula ocorrência do uso, a restituição não se dará por *eadem res*, mas o depositário realizará a substituição (*tantundem*) por outra coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade, regendo-se a execução, pelas regras do mútuo. A circunstância é

previsível pelo sistema positivo e o art. 1.280 do CC nos dá notícia desta espécie que é o depósito irregular ou depósito impróprio.

As espécies de depósito reconhecidas pela legislação são o depósito voluntário e o depósito necessário.

Depósito voluntário - conceitua Orlando Gomes (*Contratos*, p. 404) - "é o que se faz espontaneamente, mediante contrato entre os interessados". Deriva assim, da disposição livre das vontades, e traduz especialmente a faculdade que tem o depositante de escolher o depositário. Por isto, diz-se que esta espécie se realiza *intuitu personae*.

Já o depósito necessário, "é o que se realiza no desempenho de obrigação imposta por lei (depósito legal), ou quando se efetua por ocasião de alguma calamidade pública, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque (CC, art. 1.282), o qual recebe a denominação tradicional de depósito miserável (*depositum miserabile*), com as características de urgência e da escolha não voluntária do depositário", conforme a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, III, p. 316) remetendo aos anteriores ensinamentos de Cunha Gonçalves (*Dos Contratos em Especial*, n. 105).

Por fim, convém tratar deste que é o mais singular traço do contrato do depósito, que é a prisão civil do depositário remisso, circunstância esta revestida de peculiaridade, vez que traduz a execução à regra de que ninguém pode ser preso por dívida. "Resquício da prática odiosa da prisão por dívida", no dizer de Orlando Gomes (*Contratos*, p. 409), a tendência moderna é a de baní-la do contexto do direito civil, tendência esta que vem se mostrando quer pela preocupação dos juristas de rejeitá-la, quer pelo fato de que sua decretação tem sido mais e mais dificultada pelos nossos julgadores.

Submete-se à sanção mencionada o depositário infiel, isto é, aquele a quem foram confiados bens ou valores para guardar e conservar e que se nega a restituí-los, mesmo em face do mandado judicial. O regime jurídico autorizante da circunstância de prisão civil por dívida é, a nível constitucional, o disposto no artigo 5., LXVII, da Constituição Federal de 1988 e, a nível instrumental, os arts. 901-906 do Código de Processo Civil.

4. Conclusões: classificação dos contratos, em reais e consensuais, em face do princípio do consensualismo, hoje.

Por todos os aspectos até então apreciados, talvez resulte a compreensão de que os contratos reais *quoad constitutionem* são aqueles que só se perfazem com a tradição da coisa.

É fato que não se os deve confundir com os contratos reais *quoad effectum*, já que aqueles *quoad constitutionem* não têm efeitos reais e estes, *quoad effectum*, não exigem, para seu perfazimento, a tradição da coisa, embora gerem efeitos reais.

Nestes contratos reais (*quoad constitutionem*), só a vontade é impotente para formá-los, pois a *traditio*, como se sabe, compõe o momento de seu aperfeiçoamento, e a única obrigação essencial dele decorrente, é a que incumbe ao *accipiens* de restituir a coisa ao *tradens*.

No entanto, juristas como Messineo, por exemplo, abominam conclusões como esta e ajuntam que tal situação aplica-se também aos contratos consensuais. Assim, no contrato de locação, segundo este ponto de vista, caso não houvesse a entrega, não se constituiria a obrigação de restituir. Ao que parece, este raciocínio científico quer caminhar à conclusão de que tanto os contratos reais *quoad constitutionem* quanto os contratos reais *quoad effectum* estão igualmente revestidos da realidade decorrente da *traditio*, isto é, a efetiva entrega da coisa.

Por outro lado, importante segmento doutrinário brasileiro, liderado por juristas de escola como Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, defende a dispensa da distinção entre contratos reais e consensuais, entendendo que a diferenciação não anula o princípio do consensualismo, de tal sorte que todos os contratos se formariam do mesmo modo: pela convergência das vontades. Se do tipo real o contrato, a ausência da entrega implicaria tão apenas no não nascimento da obrigação de restituir, ou seja, dele, contrato, seria suprimido exclusivamente este efeito, sem o comprometimento da existência mesma da espécie contratual em tela.

Mas, o que sucederia se, na intenção de se formar um contrato real, e depois de integradas as duas vontades, não ocorresse a tradição da coisa? Teria mesmo se constituído, ainda assim, um contrato real? Ou esta convenção teria criado um contrato diverso, inominado? Ou, ainda, quem sabe, teria surgido tão apenas um pré-contrato, preliminar do entabulamento do contrato real pretendido?

Em resposta a tais indagações, encontra-se uma posição quase unânime que revela a natureza jurídica da formulação jurídica havida naquela circunstância, revelando-a como um pré-contrato.

A maior crítica que se faz a esta posição é a seguinte: ainda que se admitisse a conversão do contrato pretendido (real) em pré-contrato (consensual), saber-se-ia que este último, desta maneira integrado nos planos de existência e eficácia dos atos, geraria, como único efeito, o de vincular as partes pré-contratantes à celebração do contrato real principal. Jamais à entrega da coisa.

Ora, o círculo é vicioso.

Por outro lado, atente-se para outro problema derivado da posição dos que entendem que, por força do princípio do consensualismo, o vínculo contratual se estabeleceria simplesmente após o encontro e acordo de vontades. Formando assim o contrato, perderia ele não apenas o seu caráter de real, - já que a entrega da coisa passaria a ser a execução do contrato -, mas também perderia a sua característica de unilateral. Sequer, parece, se poderia falar em bilateral imperfeito pois que, nestas condições, ele teria já toda a caracterização de contrato bilateral ou sinalagmático.

Sob tais considerações e críticas, é de se concluir que o desmesurado esforço intelectual dispendido pelas mais respeitadas e brilhantes capacidades do mundo jurídico revela-se como, talvez, inútil. Não parece emprestar, afinal, qualquer razão suficiente e bastante para se eliminar a distinção legal e doutrinária existente entre contratos reais e contratos consensuais.

Quer nos parecer, afinal, que, quando, por faltar a *traditio*, não se completar a *facti species* do contrato real, nada mesmo terá acontecido no mundo contratual, apesar da emissão de duas vontades que se acoplaram. Não houve o perfazimento do tipo contratual, não houve, pois, a produção de qualquer efeito.

Referências Bibliográficas

- ALVES, Carlos Moreira. *Direito romano*. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980. v.2.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Contrato real*. In : ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v.20, p.92-6.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito privado : casos e pareceres*. Belém : Ed. CEJUP, 1988. v.2
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1988.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Depósito bancário*. In : ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 23, p.390-4.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- MARKY, Thomas. *Contrato (Direito Romano)*. In ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v.19, p.146-54.
- MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de direito civil : direito das obrigações* 13.ed. São Paulo : Saraiva, 1977. 2.pte.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1975.
- WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 7.ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO PROCESSO ⁽¹⁾

Alfredo Attié Júnior ⁽²⁾

Mestre pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo: O presente trabalho recupera a natureza histórica e conceitual do Estado como forma de alienação da capacidade política, iniciando uma crítica à Constituição e ao processo como instrumento de efetivação da vontade constitucional, propondo a restauração da questão do fundamento do pensamento político e da sociedade.

Abstract: I. Reconstruction of historical and conceptual nature of the State as a form to alienate political capacity; II. Critical view of constitutional law and procedure as a mean to achieve constitutional will; III. Restoration of political thought and society fundamental.

Unitermos: O termo Estado; Soberania; Contrato; Direito Constitucional; Fundamento da Sociedade.

"De ma part je pense bien et ne suis pas trompé puis qu'il n'est rien si contraire a dieu tout libéral et debonnaire que la tyrannie, qu'il reserve la bas a part pour les tirans et leurs complices quelque peine particuliere".⁽³⁾

I.

A sentença de La Boétie, "Rimbaud do pensamento" ⁽⁴⁾, lança nosso olhar para um instante que, a toda prova, tornou-se imemorial, ao menos para os teóricos do direito. Não por sua antiguidade criar empecilho para seu alcance pela reminiscência, mas porque obliterado na construção da moderna ciência jurídica.

Trata-se do momento de constituição de uma forma social que, por assumir princípio absolutamente diverso daquele até então reinantes, subverteu a cena política.

Com efeito, os séculos XV, XVI e XVII europeus assistiram à introdução de um elemento novo na situação de poder. Habermas ⁽⁵⁾ bem resume o processo: "d'une part la centralisation et du même coup la bureaucratisation du pouvoir, transformant l'appareil étatique du gouvernement des princes, d'autre part l'expansion de la circulation capitaliste des marchandises et un bouleversement progressif du mode de production familial. Car ce nouveau complexe d'intérêts dépendant du marché et non plus de la famille qui caractérise les économies nationales et territoriales, se développe tant et si bien sous l'égide d'une autorité accédant à ce moment à la souveraineté qu'on peut concevoir celle-ci, en tant qu'elle jouit dans la société civile d'un pouvoir pratiquement absolu, selon les catégories de

l'État moderne, autrement dit d'un droit formel utilisé techniquement pour régler les relations sociales".

Em uma palavra, tal transformação corresponde ao surgimento do Estado, cuja primeira designação como forma de organização política devemos a Machiavelli ⁽⁶⁾: "tutti stati, tutti e dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o republiche o principati"

O termo Estado (*status*, em latim, e *stato*, na língua de Machiavelli) até então, servia para referir uma situação pessoal como as categorias *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*, a que, até hoje, os juristas estão habituados. E é sintomático que tenha sido esta a palavra escolhida.

No direito romano, *status* era atributo das *personae*, quer dizer, dos homens, para os quais se constituía o direito ⁽⁷⁾. Isto significa que o termo explicitava uma característica fundamental, atinente aos homens, sublinhemos, válida para as relações da vida pública e da vida privada. Assim, o fato de ser livre, ingênuo, liberto ou escravo; o fato de ser cidadão (*cives*) ou não (*peregrini*), ou, no que diz respeito aos *libertini*, se *cives romani*, *latini iuniani* ou *dediticii*; finalmente o fato de ser *personae sui iuris* ou *alieni iuris*. O *status*, destarte, estabelecia a existência dos homens em face da sociedade romana, ao explicitar sua capacidade jurídica, em sentido amplo, quer dizer, política e privada.

Ao desacoplar o termo das pessoas e transferi-lo para um "homem artificial" ⁽⁸⁾, a modernidade engendrou um novo modo de política, em plena correspondência à real expropriação sofrida por aquelas.

Vale a pena, para explicitá-la, discutir algumas lições de duas das principais testemunhas deste evento: Machiavelli e Hobbes.

Não há propriamente uma definição do *stato* na obra do pensador fiorentino. Mesmo o termo como é de se esperar em abordagens pioneiras - não possui um emprego unívoco (aliás, como todos os termos-chaves, assim *virtu*, *fortuna*, etc.), malgrado esta precisão seja procurada pelo autor. O que releva, porém, é a personificação que, desde logo, Machiavelli produz, ao estabelecer o Estado como um domínio que detém e exerce imperio sobre os homens. Percebe-se que esta pessoa, caracteristicamente, ao exercitar o poder de mando sobre as demais, assume integralmente aqueles atributos de capacidade jurídico-política anteriormente ligados a estas. Ela retira das pessoas a capacidade, que antes lhes era inerente, de estabelecer o seu próprio destino, de autonomamente governar-se e constituir sua vida política, transformando-a em soberania.

A soberania é uma capacidade jurídico-política exclusiva, que não reconhece outro poder senão o seu próprio. Ou, como especificaria, pouco mais de meio século após, Bodin ⁽⁹⁾: "o primeiro sinal do príncipe soberano é o poder de legislar a todos, em geral, e a cada um, em particular ... sem o consentimento de maior, igual nem menor do que ele".

Machiavelli ⁽¹⁰⁾, contudo, já o antevia com quase perfeita clareza: "e debbesi pigliare questo per una regola generale: che mai o rado occorre che alcuna republica o regno sia, da principio, ordinato bene, o al tutto di nuovo, fuora degli ordini vecchi, riformato, se non e ordinato da uno? Anzi e necessario che uno solo sia quello che dia il modo, e dalla cui mente dependa qualunque simile ordinazione. Pero, uno prudente ordinatore d'una republica, e che abbia questo animo, di volere giovar

non a sé ma al bene comune, non alla sua propria sucessione ma alla comune patria, debbe ingegnarsi di avere l'autorità, solo... Conchiudo, come a ordinare una republica à necessario essere solo".

A soberania é, portanto, a primeira tanto lógica quanto cronologicamente qualidade do Estado. No aspecto lógico, porque o Estado a partir dela se define. No aspecto histórico, posto o Estado somente ter advindo no momento em que foram pilhadas as demais pessoas de seu poder de auto-determinação, entregando esta capacidade de estabelecer o que deva ser considerado bem a este ente abstrato personificado.

Nem se diga que tal concepção do Estado é excepcional, referindo-se àquilo que a tradição, desgraçadamente, guardou como sendo "maquiavelismo", isto é, uma justificação engenhosa da tirania. Machiavelli, na literalidade e na correta interpretação de seus textos, bem como pelo seu testemunho biográfico é intenso à tirania e sua teoria é válida para *stato*, em geral, seja república, seja *regno*: "*intra tutti gli uomini laudati sono i laudatissimi quelli che sono stati capi e ordinatori delle religioni. Appresso, dipoi, quelli che hanno fondato o republiche o regni... Sono per contrario, infami e detestabili gli uomini destruttori delle religioni, dissipatori de' regni e delle republike, inimici delle virtu, delle lettere, e d'ogni altra arte che arrechi utilità e onore alla umana generazione; come sono gl'impì, i violenti, gl'ignoranti, i dappochi, gli oziosi, i vili. E nessuno sarà mai si pazzo o si saio, si tristo o si buono, che, prepostagli la elezione delle due qualità d'uomini, non laudi quella che à da laudare, e biasimi quella che e da biasimare: nientedimeno, dipoi, quasi tutti, ingannati da un falso bene e da una falsa gloria, si lasciono andare, o voluntariamente o ignorantemente, nei gradi di coloro che meritano piu biasimo che laude; e potendo fare, con perpetuo loro onore, o una republica o uno regno, si volgano alla tirannide: né si avvegono per questo partito quanta fama, quanta gloria, quanto onore, sicurtà, quiete, con sodisfazione d'animo, ei figgono; e in quanta infamia, vituperio, biasimo, pericolo e inquietudine, incorrono*" ⁽¹¹⁾ E é um cuidadoso historiador da política que leva mais longe o argumento ⁽¹²⁾: "*what Machiavelli primarily has in mind in laying so much emphasis on liberty is that a city bent on greatness must remain free from all forms of political servitude, whether imposed internally by the rule of a tyrant or externally by an imperial power*".

Lembrems, ainda, que mesmo a crítica laboétiana dirige-se contra o princípio do Estado, em geral, e não contra a tirania entendida tecnicamente como forma degenerada da monarquia ⁽¹³⁾. Assim ⁽¹⁴⁾: "*il y a trois sortes de tirans, les uns ont le royaume par election du peuple; les autres par la force des armes; les autres par sucession de leur race ... Ainsi pour en dire la verité, je ne voi bien qu'il y a entr'eus quelque différence; mais de chois je ni en vois point, et estant les moiens de venir aus regnes divers, toujours la façon de regner est quasi semblable, les esleus comme s'ils avoient pris des toreaus a domter, ainsi les traictent ils: les conquerans en font comme de leur proie; les successeurs pensent d'en faire ainsi que de leurs naturels esclaves*".

Em resumo, o princípio do Estado é um só, o de ocupar o espaço político, expropriando aqueles que até então o habitavam. Este princípio é a soberania.

Hobbes apanhará este processo já em adiantado grau de desenvolvimento, sendo seu estudo, portanto, mais preciso, talvez mais arguto. Com efeito, ao captar o iter de constituição do Estado como um problema nitidamente jurídico, coube ao

pensador inglês, ao lado de Grotius ⁽¹⁵⁾, abrir caminho para a concepção moderna do direito ⁽¹⁶⁾.

Pode-se interpretar a cena hobbesiana como a da presença, inicialmente, de uma multiplicidade de entes dotados de plena capacidade de autodeterminar-se. Entes que se definem como vontade de apropriação - signo de sua obsessão pela vida - e cuja garantia da liberdade natural é a força ou arma que cada um possui (a rigor, o corpo natural e qualquer extensão artificial dele).

A natureza, portanto, é um mundo atomizado: indivíduos em constante batalha. O corpo natural somente pode ser individual porque qualquer universalidade é sempre uma abstração da linguagem, um construtor da razão.

É à razão, pois, que cumpre superar este estágio de luta de cada um contra todos, em nome da primeira lei natural: "procurar a paz e segui-la", e do direito natural: "por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos", conjugados na máxima: "que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra" ⁽¹⁷⁾.

A razão, ao iniciar a superação desta situação que pode levar à destruição - temor hobbesiano -, exige que todos os homens deponham suas armas, renunciando "a seu direito" (observe-se: o direito natural da autonomia da existência), ou, mais precisamente, transferindo-o, o "que se chama contrato", sob a garantia de um "poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento" ⁽¹⁸⁾.

Este contrato, pelo qual todos os homens abrem mão de sua capacidade política, gera o Estado, transformando a multidão de corpos naturais em um corpo artificial imagem, da unidade, representação da união: "a única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas ... Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens ... Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *leviathan*, ou antes - para falar em termos mais reverentes daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do deus imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar a vontade de todos eles ... Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos" ⁽¹⁹⁾.

Destarte, o Estado constitui-se na alienação da capacidade política; o Estado é uma forma de expropriação da capacidade política. Uma abstração fantasmagórica para qual se direciona a existência dos homens, substituindo-os no poder de determiná-la.

Parece que a realidade deste processo, bem como a engenhosidade dos discursos dos coetâneos escaparam aos teóricos modernos do direito, os quais acabam por resumir sua análise política ao Estado, por causa disto, ao falarem deste objeto, seus estudos não passam de descrições estruturais ou funcionais a seu respeito, assim captando-o a-historicamente.

Retiremos, antes de tudo, algumas conseqüências lógicas da presença histórica do Estado na política.

É certo que, ao se considerar o advento do Estado como um valor bom na história da humanidade (caso de Machiavelli e de Hobbes), deve-se imaginar meios ou instrumentos que garantam sua permanência. Estado, lembremos, é o participio do verbo estar, e designa um modo de ser, uma condição, significando algo que se pereniza no tempo e no espaço.

Ora, o primeiro ato de introdução do Estado é um contrato. Este pacto ⁽²⁰⁾ (social e político) nada mais é do que a constituição (em todos os sentidos equívocos que possui a palavra ⁽²¹⁾) do Estado. Admita-se ou não, a idéia de constituição está implícita na idéia de Estado, ela é a forma jurídico-política que garante a existência deste ente, a sua capacidade jurídico-política (soberania) perante as demais pessoas que têm sua existência própria determinada por ele ⁽²²⁾.

Primeiro, pois, os direitos exercíveis pela soberania, depois os direitos dos homens ⁽²³⁾, ou seja, dos súditos ou sujeitos ⁽²⁴⁾.

Não é à toa, portanto, que a idéia do pacto (ou da constituição, como se pretende neste trabalho) como protetor e defensor dos interesses das pessoas que o constituem seja cronologicamente posterior ⁽²⁵⁾.

Cumpriu a Rosseau ⁽²⁶⁾ a compreensão plena da constituição como atributo do soberano (Estado), instrumento da alienação, construção da soberania: "essas cláusulas quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos ... Ademais, fazendo-se a alienação sem reservas, a união é tão perfeita quanto possa ser e a nenhum associado restará algo mais a reclamar, pois, se restassem alguns direitos aos particulares, como não haveria nesse caso um superior comum .. o estado de natureza substituiria, e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou vã ... Esse ato de associação produz ... um corpo moral e coletivo ... Ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cité* e, hoje, o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo, e potência quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem, coletivamente, o nome de povo e se chamam, em particular, *citoyens*, enquanto partícipes da autoridade soberana, e súditos/sujets/ enquanto submetidos às leis do Estado. Esses termos, no entanto, confundem-se freqüentemente e são usados indistintamente".

Sem desejarmos, contudo, assumir plenamente a tese nominalista ⁽²⁷⁾, ao compreendermos o Estado como realidade abstrata, devemos entender a constituição como sua objetivação: o Estado, pessoa, corpo político, homem artificial, torna-se realidade objetiva perante seus entes constituintes (entes políticos) e agora súditos (entes a-políticos) ao se explicitar na Carta que, em

princípio, é suma do pacto de sua instituição e, depois, articulação dos direitos dos submetidos à autoridade estatal - somente admissíveis na medida em que coerentes com esta autoridade, quando não a contrariem ou ponham em risco.

O direito constitucional ⁽²⁸⁾ nasce com a vocação (e por isto se torna) a ritualização da soberania. Destarte, em cada uma das formas em que se estabelece o ordenamento jurídico - seja seu momento ficticiamente primevo, a assembléia, manifestação do poder constituinte, seja nas eleições gerais, no exercício do poder constituído, etc. - está-se a comemorar a fundação do Estado e a se repetir ritualmente o pacto, a constituição original.

II.

Devemos, agora, voltar um pouco nossa análise à realidade constitucional atual brasileira.

Antes, é bom salientarmos que, ao emprendermos a recuperação para a memória jurídica destas questões, pretendemos não-somente mostrar como a política e o direito não se resumem historicamente ao Estado, mas abrir caminho para um diálogo com a escola das "novas tendências do direito processual" ou da "instrumentalidade do processo", a partir de um tema concreto, como adiante se verá.

Se abriremos a atual Constituição iremos notar que, em todas as questões que analisemos, ela nada possui de inovação; pelo contrário, deixa bem clara a objetivação da soberania e a ritualização da fundação do Estado.

O "preâmbulo", por exemplo, o diz expressamente, corroborando a mistificação da reunião do povo para a criação do Estado: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático..."

Há aqui já três níveis de representação ⁽²⁹⁾: o povo (lembramos, representação coletiva dos corpos naturais), seus representantes portadores da vontade nacional e a vontade geral (que se estabelece como nação, em Siéyes, única legítima para constituir o pacto ⁽³⁰⁾, mas que em Rousseau já encontra um nível elevado de separação em relação aos homens, corpos individuais ⁽³¹⁾, sobretudo pelo que se vê da diferença entre a "vontade de todos" e a "vontade geral" ⁽³²⁾).

Quando se fixam, a seguir, no "título I", os "fundamentos" da "República Federativa do Brasil", o primeiro, evidentemente, é a soberania, o que demonstra a institucionalização plena da perda da capacidade política pelos homens desde antes iniciada, quando abdicarem do poder de decidir por si sua constituição e escolheram representantes.

A partir deste ponto, portanto, estes homens deixam de se representar em seus corpos naturais e passam a ser nominados em sua relação com o ente dotado de capacidade política exclusivamente: cidadãos. O segundo "fundamento" do Estado, com efeito, é a "cidadania", ou a qualidade de ser membro do soberano, de ser súdito.

Feito isto, os membros aceitos da sociedade política - que, a partir de agora, é o Estado - passam a receber a parte que lhes cabe, segundo a Constituição, aos seus "direitos", os quais, na verdade, também são abstrações filosoficamente referíveis à modernidade: "dignidade da pessoa humana", valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

E o "pluralismo político", com certeza, não chega a abranger a possibilidade de restaurar a capacidade política dos entes expropriados, sendo um pluralismo - se é que o há - que se unifica no Estado ⁽³³⁾.

Este é, portanto, o direito material! Esta a situação política e as relações de poder!

Diante deste quadro, que pretende a escola das "novas tendências", da "instrumentalidade do processo"?

Antes de tudo, o que acredita ser original talvez não o seja senão no círculo muito restrito dos próprios processualistas. Em realidade, o que seus teóricos produzem ⁽³⁴⁾, ao fixarem o processo como instrumento, é a legitimação do Estado também pelo procedimento de efetivação de sua vontade.

Veja-se, neste sentido, o testemunho de um importante sociólogo contemporâneo, apólogo da dominação ⁽³⁵⁾: "tal como a categoria do contrato para o âmbito da sociedade, assim a categoria do procedimento para o âmbito do Estado parece apresentar aquela fórmula mágica que combina a mais alta medida de segurança e liberdade que se pode praticar concretamente no dia-a-dia e que transmite, enquanto instituição, todas as resoluções do futuro...".

Destarte, mesmo que os autores pretendam o estabelecimento de uma dialógica no interior do procedimento, que o torne, por assim dizer, democrático - exercício da participação e controle do poder -, as escolhas dos caminhos já foram feitas de antemão: o processo realiza o objetivo do Estado ⁽³⁶⁾.

Ora, tal vontade estatal é dada, em primeiro lugar, na Constituição ⁽³⁷⁾: "todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais ... Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos ... Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético ... Mas é justamente a Constituição, como resultado do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que se deve utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios".

Quando se retira a perspectiva do poder e se a estabelece sobre a "realização dos direitos", no sentido de ter o processo plena "aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina" ⁽³⁸⁾, nada se modifica, pois esses direitos, como fizemos observar, não existem senão secundariamente em relação à soberania, e,

afinal, as "garantias" (39) constitucionais dirige,-se, sobretudo, à jurisdição, isto é, ao poder do Estado de dizer o direito.

Desta perspectiva, o controle de constitucionalidade das leis não passará de uma astúcia estatal para controlar a pluralidade de vontades e adequá-las à sua única manifestação legítima. Demonstra tal assertiva o fato de que "hoje quase todas as constituições modernas do mundo ocidental tendem, já, a afirmar o seu caráter de constituições rígidas e não mais flexíveis ... De resto, também todas as constituições da Europa Oriental têm caráter rígido" (40).

Os constitucionalistas bem definem a função do controle: "é uma mecânica voltada a policiar a ordem jurídica, que tem necessidade de expelir de seu seio tudo aquilo que lhe contradite" (41), ou é "a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição" (42).

Observe-se que subjaz a tais conceitos um paradoxo bastante elucidativo. Os autores, em geral, costumam estabelecer a Constituição como fundamento da ordem jurídica, afirmando que está acima das demais vontades. Entretanto, nada do que é fundamento (base, fundo) pode estar sobre o que alicerça. Confusão sintomática de incorreta análise de sua fonte, a tradição kantiana, por intermédio de Kelsen (43).

A origem da *grundnorm* é kantiana (44), pelo que se extrai da seguinte passagem da introdução à metafísica dos costumes, de 1797: "as leis vinculantes, para as quais é possível uma legislação externa, chamam-se, em geral, leis externas (*leges externae*). Aquelas, dentre estas, cuja vinculatoriedade possa ser conhecida *a priori* pela razão, mesmo que sem legislação externa, denominam-se leis externas naturais; aquelas, ao contrário, que não vinculam sem uma legislação externa real, ou seja, que sem esta última não seriam leis, chamam-se leis positivas. É, pois, possível pensar uma legislação externa contendo só leis positivas. Neste caso, porém, deveria precedê-la uma lei natural a fundamentar a autoridade do legislador, quer dizer, sua faculdade de vincular outros por seu mero arbítrio".

A partir deste iluminado axioma, erige-se a teoria kelsiana, onde a *grundnorm* (45) é a resposta "epistemológica" ou "teorético-gnoseológica" à indagação sobre a razão de validade de uma ordem jurídica (46) contendo só leis positivas.

A *grundnorm*, é importante esclarecer, não é fundamento, não está colocada acima da ordem jurídica dada, nem lhe é anterior. Ela é apenas seu pressuposto, bem assim, lógico (47).

A *grundnorm*, portanto, é quase que tautológica: "é este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como a autoridade mais alta" (48).

Para o caso da Constituição, pois, a norma-razão de ser obedecida está em que o Estado assim o determina e o Estado é o detentor da soberania, única e exclusiva fonte de poder, como fixa a própria Constituição. O argumento beiraria o absurdo, se não fosse corroborado pelo próprio jurista austríaco (49). Destarte, concluímos, deve-se obedecer à Constituição porque há uma norma-razão que a obriga; e a obrigatoriedade do comando da norma-razão possui seu motivo na Constituição.

O paradoxo não possui solução nos limites da teoria moderna do direito, sempre esquecida de sua origem. Ele só encontra justificção se entendemos bem o surgimento do Estado e a função da Constituição. Há algo que obriga à obediência à

Carta do Estado, que não é a *grundnorm* kelseniana, mas é a essência do próprio Estado e a relação fundada - de temor - entre ele e seus súditos ⁽⁵⁰⁾.

Enfim, toda esta teoria da instrumentalidade esbarra numa tautologia: o que institucionaliza a violência do Estado é a Constituição; se o processo apenas instrumentaliza a Constituição (vontade do soberano), ele tão-somente serve como um meio a mais de afirmação da denominação fundante da modernidade.

III.

A indagação que resta é a seguinte: estariam os súditos sempre presos às artimanhas deste círculo vicioso da sujeição?

A resposta, para se mostrar negativa, exige um esforço de superação dos limites teóricos impostos pela ciência jurídica moderna.

Devemos recuperar para o direito a noção de fundamento, em particular de fundamento da sociedade política, isto na medida em que não se confunda com a procura da razão da dominação ⁽⁵¹⁾.

O fundamento não é um dever-ser, sob pena de retornarmos à tautologia da manifestação do poder (soberano). O fundamento é aquilo que se faz com que o ente seja como é, quase, destarte, confundindo-se com o próprio ser do ente, no caso, da sociedade dita política.

Um importante pensador alemão, crítico e, de certo modo, superador do kantismo, já alertava que o desejo de "dar a um povo *a priori* uma constituição *a priori*, até quando ela seja em seu conteúdo mais ou menos racional, é uma fantasia que não tem em conta o elemento que faz dela mais do que um ser de razão. Cada povo tem, por conseguinte, a constituição que lhe convém e se lhe adequa" ⁽⁵²⁾. Ao fazê-lo, chama nossa atenção para a diferença entre uma Constituição dada *a priori* e uma oriunda do próprio *modus vivendi* de uma sociedade.

Sem desejarmos voltar à análise da própria questão do fundamento ⁽⁵³⁾, basta-nos, aqui, observar que a distinção entre fundamento da vida social ⁽⁵⁴⁾ e razão da dominação social é de suma importância para a percepção de que nenhuma teoria que busque restabelecer a situação anterior de politização dos homens, pode deixar de trabalhar com a categoria do fundamento.

Re-politizar este ente que é o homem significa restaurar sua existência, pois o ser do homem é o ser com os outros, sua presença no mundo é *co-existência* ⁽⁵⁵⁾.

Se se quiser, o homem é o animal político ⁽⁵⁶⁾.

Politizar o homem não é fazê-lo "participar" da sociedade inaugurada pelo Estado, pois o Estado é a negação do social, ao estabelecer os homens como entes isolados, e é a subversão da política, ao efetuar sua *re-união*, pelo pacto constituinte, como sujeitos.

Para tanto é preciso trabalhar com o direito não exclusivamente ao nível da razão da dominação (a constituição), mas também ao nível do fundamento da política, recuperando para o homem o espaço da política de que foi expropriado.

Esta tarefa é urgente e é fundamental que não falhemos, pois a lamentação da derrota é pura dor, o arrependimento por não haver coragem para lutar é puro sofrimento, como bem expressou o poeta: "sou homem, depois desse falimento? Sou o que não foi, o que vai ficar calado. Sei que agora é tarde, e temo abreviar com a

vida, nos rastos do mundo. Mas, então, ao menos, que, no artigo da morte, peguem em mim, e me depositem também numa canoinha de nada, nessa água que não pára, de longas beiras: e, eu, rio abaixo, rio a fora, rio a dentro - o rio".

Que no rio da existência não haja mais lugar para a desumanidade!

Notas

1. Trabalho apresentado à Escola Paulista da Magistratura, ao término do curso "Processo Civil na Nova Constituição", coordenado pelo Professor Doutor Kazuo Watanabe. Respeitosamente dedicado ao Professor Doutor Fábio Konder Comparato, exemplo da liberdade de pensamento e manifestação do jurista, tão rara nestes tempos obscuros. Outono de 1990.

2. Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Docente dos Departamentos de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP e Direito da UNESP. Membro de Comitê de Filosofia do Direito da Associação Interamericana de Advogados. Ex-Procurador do Estado de São Paulo.

3. LA BOÉTIE, E. de *Le discours de la servitude volontaire*, c. 1548.

4. CLASTRES, P. *Liberdade, mau encontro, inominável*, 1976.

5. HABERMAS, J. *Théorie et pratique*. (trad. franc.) Paris. vol I

6. De principatibus, c. 1513.

7. *Hominum causa omne ius constitutum est* (Hermoginianus in digesto. 1,5,2).

8. HOBBS, T. *Leviathan*, 1651

9. BODIN, J. *Les six livres de la Republique*, 1576.

10. Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio, c. 1519.

11. Idem, *ibidem*.

12. SKINNER, Q. *Machiavelli*, 1981.

13. ARISTÓTELES. *Política*, séc. III a.c.

14. LA BOÉTIE, E. *op. cit.*

15. Este em seu *Direito da guerra e da paz*, 1625.

16. *ATTIÉ Junior, A. Sobre a alteridade: para uma crítica da antropologia do direito.* São Paulo, 1989.

17. HOBBS, T. op. cit.

18. *Idem, ibidem.*

19. *Idem, ibidem.*

20. RUFFIA, P. B. de. *Derecho Constitucional.* (trad. espanhola) Madrid, 2. ed.: "status, orden, conformación, estructura esencial de un ente o de un organismo en general"; "todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar les líneas maestras del mismo ordenamiento"; "un complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinárias por su más arduo y solmne proceso formativo"; "acto fundamental en el cual han sido formuladas solemnemente la gran mayoría de las normas materialmente constitucionales"; "aquel complejo de instituciones jurídicas, positivamente válidas y operantes, que realizan un fin político que es el resultado de los diversos fines perseguidos por las distintas fuerzas políticas activas en lucha entre sí, en un país determinado y un momento histórico dado".

21. "Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser representante); todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele quanto os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens" (HOBBS. op. cit.).

22. "É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido... Pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos... Pertence ao poder soberano a autoridade judicial, quer dizer, o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, tanto civis quanto naturais, ou com respeito aos fatos... Pertence à soberania o direito de fazer a guerra e a paz com outras nações e Estados... É confiado ao soberano o direito de recompensar com riquezas e honras, e o de punir com castigos corporais ou pecuniários, ou com a ignomínia, a qualquer súdito, de acordo com a lei que previamente estabeleceu... de acordo com o que considerar mais capaz de conduzir ao serviço do Estado" (*Idem, ibidem*).

23. "São estes os direitos que constituem a essência da soberania, e são as marcas pelas quais se pode distinguir em que homem, ou assembléia de homens, se localiza e reside o poder soberano... Tudo isto torna necessário que existam leis de honra, e que seja atribuído um valor aos homens que bem serviram, ou que sejam capazes de bem servir ao Estado" (idem, ibidem).

24. Muito sintomaticamente, a palavra francesa que diz sujeito, diz também súdito: sujet (v., por exemplo, a seguir, em Rousseau). Aliás, o termo *subiectus* designa exatamente o que está submetido a algo ou a alguém.

25. ROUSSEAU, J.J. Do contrato social, 1762 : "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo, assim, tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece".

26. Op. cit.

27. A que Hobbes se vinculou e que Rousseau combateu.

28. Somente no decorrer do século XVIII, por assim dizer, positivado.

29. Sobre a representação, V. ATTÍE Junior, A. *Sobre a alteridade* cit.: a representação é um conceito ligado ao advento da modernidade, "os gregos não possuíam palavra para significá-lo e o verbo *repraesentare*, entre os romanos não assumia o conteúdo que hoje lhe fornecemos", possuindo o sentido apenas de estar presente, fazer-se presente. "Na Idade Moderna, as instituições passaram a ser representativas por essência". Representar é, modernamente, "fazer-se presente em nome de algo ou alguém, reproduzi-lo, simbolizá-lo e, também, encenar, dissimular, encobrir alguma coisa, mostrando-a ser de forma diversa do que é verdade. Pela representação, pois, arte e vida se reconciliam..."

30. Qu'est-ce que le tiers état? 1789 : "a nação existe antes de tudo, é a origem de tudo".

31. "Desde o momento em que essa multidão se encontre assim reunida em um corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, sem, ainda, ofender o corpo sem que os membros se ressentam" (*Do contrato social* cit.).

32. Idem, ibidem : "Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares".

33. Observe-se que tudo se faz segundo a representação, somente sendo conferida a participação "nos termos desta Constituição". Note-se, ainda, a recusa peremptória da admissão da pluralidade de nações no território "nacional brasileiro". E, afinal, que o Estado se forma pela "união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal" e não dos homens que o compõem...

34. Com toda a sinceridade intelectual e o cuidado somente encontrado entre os juristas de escola, é preciso assegurar, para que se entenda que a crítica aqui levada a cabo tão-somente leva a sério as idéias da escola ao discutí-las.

35. LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*, 1969. Ainda: "o poder é também um mecanismo de transmissão de resultados de seleção e até mesmo de obras de seleção produzidas pela decisão. Quem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas de procedimento, portanto a aceitar como compulsiva uma seleção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento ... Tem-se de partir da hipótese de que no procedimento se criem essas razões adicionais para aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma, o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade que com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão ... Esta força de redução da complexidade é essencialmente desempenhada pela criação de estruturas, isto é, pela generalização das expectativas de comportamento que, depois, durante largos períodos de tempo, são válidos transitória e objetivamente para diversas situações e são válidos socialmente para uma maioria ... A estrutura de um sistema de procedimento é, primeiramente, delineada por normas jurídicas gerais, válidas para diversos procedimentos. Estas normas não constituem, porém, o procedimento propriamente dito e uma justificação por recurso a elas não constitui a legalidade pelo procedimento. Contudo, elas reduzem a tal ponto o número ilimitado de formas possíveis de comportamento, que se torna possível, sem incômodas discussões prévias sobre o sentido e finalidade de uma reunião, por procedimentos individuais em movimento como sistema, definir a sua temática e os seus limites e tornar os participantes conscientes disso. Como sistemas corretos de ação, esses procedimentos então ocupam um lugar único no espaço e no tempo. Adquirem, assim, uma perspectiva que lhes é peculiar quanto ao seu ambiente e quanto ao seu próprio significado, manifestando-se numa conjuntura especial de acontecimento, símbolos e representações e reconhecendo-se, como regra geral, com rapidez ... A vantagem da estrutura e definição dos limites concretamente reconhecidos do sistema não constituem as únicas formas de redução, nem as mais importantes para o nosso problema. Os procedimentos pressupõem sempre uma organização básica, sendo possíveis só como sistemas parciais de um sistema maior, que lhes sobrevive, que os representa e que lhes mantém determinadas regras de comportamento ... Por meio de regras de irrelevância, por meio de regras de admissão, aprovação de pessoas e introdução de temas, por meio de regras de tradução e definição daquilo que perturba ou até destrói o sistema e daquilo que se pode fazer para o evitar,

circunscreve-se o processo e se leva o mesmo a despertar para uma certa autonomia até que a decisão seja emitida. À medida que o processo se desenrola, reduzem-se as possibilidades de atuação dos participantes. Cada um tem que tomar em consideração aquilo que já disse, ou se absteve de dizer. As declarações comprometem. As oportunidades desperdiçadas não voltam mais. Os protestos atrasados não são dignos de crédito ... Os participantes cooperam na determinação da história do processo jurídico ... Não se decide, previamente, entre cooperação e conflito através da estrutura do sistema. Ela permite ambos. Por isso não tem de se esclarecer, em cada caso, qual a função que domina nas comunicações isoladas de processo jurídico. Daí os procedimentos, tipicamente, fundirem ambas as funções. Isso permite resolver conflitos sob a ideologia de uma procura coletiva da verdade, opinião que conseguiu enganar a concepção clássica de processo jurídico. Assim se regularizam os conflitos, isto é, se fortalecem através de certas condições secundárias de interpretação do processo" e *passim*.

36. DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo. 1987: "Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus.

Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) - sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Prestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição) é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina ... Não obstante se diga teoria geral do processo e se continue sempre a dizer direito processual, tem-se no fundo e essencialmente a disciplina do poder e do seu exercício e esse é o fator de unidade que reúne numa teoria os institutos, fenômenos, princípios e normas de diversos ramos aparentemente distintos e independentes entre si ... A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus ...

O significado político do processo como sistema aberto, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores ... A idéia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à política, entendida esta como o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado. Compete à política a tomada de

decisões através dos meios públicos; ou seja, decisões que se tomam mediante a linguagem adequada e escoam e se transmitem pelos canais oficiais predispostos na ordem estatal, destinando-se à organização social e determinação das condutas compatíveis como estilo de vida superiormente escolhido ... As decisões que em seu conjunto representam a política partem do número restrito dos sujeitos encarregados delas no seio do Estado e destinam-se a todo o universo dos membros da população ...

Nessa perspectiva, o Estado, que é o mais importante de todos os pólos de poder, aparece até como fonte de poder, em benefício de pessoas que de algum modo logram 'fazer valer suas decisões com a ajuda do Estado' ... Embora ao Estado não caiba o exercício do poder nacional em todas as áreas, nem valer-se de todas as fontes de poder, certo é que ele detém o comando global de todas as manifestações deste, justamente em razão da soberania, que o põe a montante de todos os demais pólos de poder ... Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado decide ... O poder político é, realmente, a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões ... Por isto é que o Estado moderno, não renunciando à incontratável supremacia exercida no plano interno, reserva-se a última palavra sobre os assuntos entre particulares e igualmente entre estes e as entidades intermediárias ... e veda qualquer atividade coercitiva que não seja a sua ... O exercício da jurisdição e a sua promessa solene têm, portanto, esse expressivo significado político de enérgica afirmação da soberania ...

Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo" e *passim*.

37. CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*. Empreguei, aqui, a cópia fornecida da última edição, no prelo, distribuída pela Escola Paulista da Magistratura.

38. GRINOVER, A.P. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*. (1987) in *Novas tendências do Direito Processual*, 1990.

39. GRINOVER, A.P. op. cit. e, na mesma coletânea, *Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na óptica do processo de estrutura cooperatória*, 1986.

40. CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. (trad. bras.) 1984 - o original é de 1978.

41. BASTOS, C. *Curso de Direito Constitucional*, 1989.

42. FERREIRA Filho, M.G. *Curso de Direito Constitucional*, 1989.

43. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed, 1962.

44. ATTÍE Junior, A. *Sobre a alteridade* cit. : "A origem da norma fundamental é, como se viu, kantiana e lança raízes no jusnaturalismo moderno, para o qual o direito natural tem sua fonte na razão (*ratio*), sendo de maneira absoluta e inafastável, imutável, não sujeito a tempo ou espaço".

45. A rigor, norma-racional ou norma-razão, pois o termo *Grund*, permitindo ambas as significações, esta se mostra mais pertinente.

46. "Sob a condição de pressupormos a *Grundnorm*: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta *Grundnorm* é tornar racional a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanas, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer, interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo" (op. cit.).

47. A razão da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta, realiza-se por meio de um processo silogístico. Neste silogismo, a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma ...

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma *Grundnorm* se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa já não é possível como premissa menor de um silogismo ... Quer isto dizer: é pressuposta como *Grundnorm* (op. cit).

48. Op. cit.

49. KELSEN, H. op. cit.: a *Grundnorm* refere-se "imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais, enquanto fundamentalmente a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada ... Somente quando pressupomos esta *Grundnorm* referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressupormos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas".

50. Que teóricos de cosmovisão diversa captaram de modo até satisfatório: MARX, K. *O Capital*, 1867 : "violência organizada e concentrada da sociedade" ; WEBER, M. *A política como vocação*, 1918 : "O Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território ... O Estado é considerado como a única fonte do direito de usar a violência".

51. Erro, afinal, de Ferdinand Lassalle em seu deveras citado opúsculo sobre a Constituição : "a idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz que torna, por lei da necessidade, que o que sobre ela se baseia seja assim e não de outro modo". Quer dizer, o fundamento se resolve no poder, ou, como quer o teórico superficial, "os fatores reais de poder" dos quais a Constituição de um país é a "soma".

52. HEGEL, F. *Princípios de Filosofia do Direito*, 1820.

53. ATTIÉ Junior, A. *Entre o direito e o não direito*, 1990.

54. E, portanto, política, daí, dizendo sociedade, também dizemos política.

55. HEIDEGGER, M. *Da essência do fundamento*. 1928: "E assim o homem, enquanto transcendência existente sobrepujante de possibilidades, é um ser de lonjura. Só mediante distâncias primordiais, que na sua transcendência ele para si estabelece em relação a todo ente, é que nele floresce a verdadeira proximidade às coisas. E somente o poder-ouvir na lonjura é que amadurece para o estar-aí enquanto si-mesmo o despertar da resposta da co-existência, no ser-com, com o qual pode sacrificar a egoidade a fim de se conquistar como autêntico si-mesmo".

56. ARISTÓTELES. op. cit.

São Paulo, 16 de maio de 1990.

FDUSP, PÓS-GRADUAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Procurador do Estado de São Paulo

Resumo: O artigo versa sobre alguns aspectos a respeito dos cursos de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com ênfase para o Direito Administrativo.

Abstract: This matter is about any aspects to the Postgraduate of Law School of the University San Paolo with integration between Administrative Law.

Unitermos: Cursos de Pós-graduação em Direito Administrativo.

O presente artigo visa sintetizar alguns aspectos, atinentes aos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com ênfase para o Direito Administrativo.

O parecer 977/65, do Conselho Federal de Educação, de autoria do conselheiro professor Newton Sucupira, estabeleceu a distinção da pós-graduação *sensu lato* e *sensu stricto*, esta englobando "o ciclo de cursos regulares em seguimento à graduação, sistematicamente organizados, visando desenvolver e aprofundar a formação adquirida no âmbito da graduação e conduzindo à obtenção do grau acadêmico, enquanto aquele se refere a "todo e qualquer curso que se segue à graduação, com objetivo técnico-profissional específico, sem abranger de modo mais profundo a área de conhecimento em que se insere a especialidade".

Em suma, no Brasil, os cursos de pós-graduação *sensu strictu* referem-se aos cursos de mestrado e doutoramento; e *sensu lato*, aos cursos de especialização e aperfeiçoamento.

Na Universidade de São Paulo, a Reitoria, através da Portaria GR nº 885, de 25 de agosto de 1969, instituiu o Regimento da Pós-Graduação, estabelecendo, no item 1 do artigo 2, dois níveis de formação: mestrado e doutorado, que levam, respectivamente, aos graus de Mestre e Doutor. Por sua vez, no artigo 9º, fixou que a aplicação do regime de pós-graduação ora estabelecida seria compulsória a partir de 1970, enquanto aos candidatos inscritos em doutoramento até a data da vigência do novo Regimento da Universidade de São Paulo ficou, pelo prazo de três anos, assegurado o direito de concluírem o processo de doutoramento, de acordo com a legislação anterior. Em suma, a instituição que não promovesse a implantação da pós-graduação interromperia a formação e titulação dos seus futuros professores (cf. J. R. de Albuquerque Fortes, Pós-Graduação na USP, *in O Estado de S. Paulo*, de 27 de maio de 1987, p. 30).

Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a política de formação de Professores e Pesquisadores foi implantada, em 1970, pelo Professor Miguel Reale, então Magnífico Reitor da USP, que aprovou o "Regulamento dos

Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo" (Portaria GR nº 1.211, de 25 de junho de 1970 *D.O.E* de 30/6/1970). O objetivo dessa política interna da Universidade de São Paulo, que se tornou sempre mais evidente com o passar dos anos, consistiu em atrair, motivar, envolver jovens, culturalmente bem dotados, para a carreira docente da própria USP, com formação *interna corporis* de novos Mestres, Doutores e Livres-Docentes, independente de outras Universidades, brasileiras e estrangeiras, nobre intenção que explica em parte (mas não justifica) vaga animadversão que se nota, na USP, em relação a qualquer estudo no Exterior, desde o nível de Graduação até os de Pós-Graduação, Livre-Docência, Adjunção e Titularidade.

Dispõe o artigo 1º da Portaria GR nº 1.211, de 25 de junho de 1970, que "o pós-graduação da Faculdade de Direito tem por objetivo a sistematização filosófica e o desenvolvimento aprofundado dos estudos jurídicos, promovendo, mediante investigações científicas, a formação de docentes e de pesquisadores nas *diversas áreas de direito*" (grifos nossos). Estipula o artigo 5º da referida Portaria que "para cada área de concentração, o Conselho de Departamento definirá as disciplinas obrigatórias e eletivas. § 1º Entende-se por área de concentração o campo científico escolhido pelo candidato, dentro do qual deverá desenvolver as suas atividades de pesquisa, para a elaboração da dissertação ou da tese 2º - Entende-se por área complementar o conjunto de outras matérias consideradas necessárias ou convenientes para complementar a formação do candidato". Ademais, estatui o artigo 19º que "o programa de estudos organizados para o candidato poderá envolver *vários Departamentos ou Institutos da Universidade de São Paulo, e mesmo as outras instituições, desde que aprovadas pela Coordenação Central de Pós-Graduação*" (grifos nossos). Como resultado, todo o Curso de Pós-Graduação em Direito *strictu sensu* (Mestrado e Doutorado), na Faculdade de Direito da USP desenvolve-se de modo interdisciplinar e interdepartamental, assim como o de Graduação em Direito, orientação correta e atualizadíssima. As próprias dissertações ou teses de Mestrado e Doutorado, na FDUSP, tendem a ser multidisciplinares, embora com acentuada predominância de uma ou duas disciplinas jurídicas. O objetivo implícito na Portaria GR, de 25 de junho de 1970, consiste precisamente em formar cientistas de *todo* o Direito (correlacionado a "sistematização filosófica"), não apenas especialistas, unilaterais, confinados *ad perpetuam* a uma ou duas disciplinas jurídicas.

Entretanto, na estrutura interna da Universidade de São Paulo, acentuadamente na Faculdade de Direito, ainda se encontra, em paulatina superação, a tradicional concepção de *verticalização e confinamento unidisciplinar*, a partir do nível da Livre-Docência. Ao invés da integração horizontal, interdisciplinar, em todos os níveis (de Graduação a Professor Titular), propiciada pela *mens legis* dos Estatutos da Universidade de São Paulo (Decreto estadual nº 52.326, de 16 de dezembro de 1969) e do Regimento Geral da Universidade de São Paulo (Decreto estadual nº 52.906, de 27 de março de 1972), assiste-se, ainda, hoje menos de que no passado, à mentalidade de estratificação unidisciplinar e unidepartamental, ao arripio do *juspositum* estadual que rege a USP. O resultado dessa verticalização unidisciplinar, a partir da Livre-Docência, somado a outros fatores, foi o de que muitos pós-graduandos em Direito (Mestrandos e

Doutorandos) abandonaram os cursos ou, na melhor das hipóteses, viraram as costas para a FDUSP, tão logo receberam seus títulos de Mestres ou Doutores. Aliás, muitos Mestrandos e Doutorandos desejavam, na verdade, pós-graduação *lato sensu* (especialização ou aperfeiçoamento) e somente ingressaram, a partir de 1970, em pós-graduação *stricto sensu* de Direito (Mestrado e Doutorado), na FDUSP, porque não encontraram outra alternativa: foi o caso do próprio autor desse artigo. Outrossim, vários bacharéis em Direito, jovens e recém-graduados, sem experiência teórica ou prática, abandonaram os cursos de Pós-Graduação da FDUSP (Mestrados e Doutorados) porque perceberam, em meio ou ao fim do curso, nas entrelinhas, que se lhes tornava dia a dia mais sensível a antiga mentalidade de *verticalização unidisciplinar* e, por outro lado, suas opções, precoces e açodadas não condiziam com suas verdadeiras vocações, pendores e inclinações: não quiseram, assim, ficar emparedados em esquemas unidisciplinares ou unidepartamentais preconcebidos

Dezessete anos passados, a veneranda Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo apresenta panorama interno de carência geral de Professores/Pesquisadores, como sucede, aliás, na maioria das Unidades da USP. Na Faculdade de Direito da USP, a relação geral é de 20,6 alunos por Professor, a terceira mais alta da USP, levemente superada apenas pelas Faculdades de Educação e de Filosofia, Letras e Ciências Humanas: em todas as outras Unidades da USP, existem *menos* de 20,6 alunos por Professor. Pelos características profissionais da área jurídica brasileira, sem mencionar-se a baixa remuneração do Magistério Superior do Brasil e do Estado de São Paulo, pode se asseverar que os Professores/Pesquisadores da Faculdade de Direito São na USP, *aqueles a quem cabe a tarefa mais pesada e ingente!*

Neste panorama preocupante, cumpre elogiar-se, de chofre, o trabalho perseverante de magistério, pesquisa e orientação do Professor José Cretella Junior, Titular Único de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP (desde 1969 e até 1990), corifeu da Escola de Direito Administrativo de São Paulo, presidente do Centro de Altos Estudos de Direito Administrativo (Departamento de Direito do Estado da FDUSP) (cf. nossos artigos *A Escola de Direito Administrativo de São Paulo e Estudos de D.A.*, in *O Estado de S. Paulo*, de 5/III/86 e 16/XI/86).

Desde 1970, o Professor Cretella Júnior, paulatinamente formou um grupo de especialistas em Direito Administrativo, a que o Mestre Cretella orgulhosamente costuma referir-se como "Escola de Direito Administrativo de São Paulo". O tema já foi objeto de artigo, publicado nas prestigiosas páginas de *O Estado de S. Paulo* (5/III/86). Cumpre, agora, explicitar apenas quais são os integrantes dessa "Escola": 1) Adjuntos Odete Medaur (Mestra, com a obra *Controle Administrativo das Autarquias*, 1975; Doutora, com a tese *Retroatividade do Ato Administrativo*, 1979; Livre-Docente, com a tese *Destinação dos Bens Apropriados* 1981); Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, autor deste artigo (Mestre, com a dissertação *Ato Administrativo Inexistente*, 1980, São Paulo, RT; Doutor, com a tese *Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado*, 1985, São Paulo, RT; Livre-Docente, com a tese *Justiça Administrativa*, 1986, São Paulo, RT); 2) Livres-Docentes Antônio Carlos de Araújo Cintra (Atual Professor Titular de Direito Processual Civil da FDUSP, com a tese

Motivo e Motivação do Ato Administrativo, São Paulo, 1978, RT); Edmir Netto de Araújo (Mestre, com a dissertação *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*, 1981, São Paulo, RT; Doutor, com a tese *Do Ilícito Administrativo*, 1985; Livre-Docente, com a tese *Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos*, 1986, publicada em 1987 com o título de *Contratos Administrativos*, tese aprovada com louvor e distinção); 3) *Doutores* Cid Tomanik Pompeu (Mestre, com a dissertação *Regime Jurídico da Polícia das Águas Públicas*, 1975; Doutor, com a tese *Autorização Administrativa*, 1978); Hélio Helene (com a tese *Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo*, de 1985, obtém com a média final de 9,9 e por unanimidade, o grau de Doutor); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Mestra, com a dissertação *Servidão Administrativa*, 1978, RT; Doutora, com a tese *Uso Privativo do Bem Público pelo Particular*, 1983, RT); Clóvis de Carvalho Júnior, (com a tese *Mérito do Ato Administrativo*, 1978, obteve o grau de Doutor pela USP; com notável tino estratégico, aperfeiçoou-se e lecionou Direito Administrativo na Espanha); Toshio Mukai (Mestre em Direito Econômico pela USP; Doutor em Direito Administrativo pela USP, em 1984, com a tese *Direito Administrativo e Empresas do Estado*, Rio, Forense; fundador e coordenador do Boletim de Direito Administrativo, em julho de 1985); 4) *Mestres* Américo Servidio (*Dispensa de Licitação Pública*, 1979, RT); Carlos Borges de Castro (*Regime Jurídico da CLT, No Funcionalismo Público*, 1981, Saraiva); Nelson Schiesari (*Responsabilidade Civil do Estado*, 1975); Wellman Galvão da França Rangel (*Abuso de Poder, em Direito Administrativo*, 1980); Sandra Juliem Miranda (*Ato Administrativo Complexo*, 1982); Anna Maria Martins (*Do Regulamento*, 1978); Sérgio Lazzarini (*Da Permissão Administrativa*, 1979); Antonio Augusto de Queiroz Telles (*Bens Insuscetíveis de Licitação, no Direito Brasileiro*, 1985, RT); Germano do Carmo (*Acumulação de Cargos Públicos*, 1985).

Verifica-se, assim, que neste momento (junho de 1987) a Escola de Direito Administrativo de São Paulo, formada pelo Professor José Cretella Júnior, já conta com dezessete integrantes, em todos os níveis, dos quais sete já estão lecionando Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (inclusive o autor deste artigo), em todos os níveis da carreira docente, com exceção de Titular.

Em vista de tais fatos, pode-se asseverar que o Professor Cretella Júnior, Titular Único de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP de 1969 a 1990 em Regime de Dedicção Integral à Docência e à Pesquisa, foi e é o Professor que orientou o maior número de Mestres, Doutores e Livres-Docentes e Adjuntos, na Faculdade de Direito da USP, a partir de 1970. Com efeito, foi Cretella Júnior quem mais contribuiu para amenizar a carência crônica de Professores e Pesquisadores, nas Arcadas do Largo de São Francisco: na disciplina Direito Administrativo, já há suficiência relativa...

Os integrantes da Escola de Direito Administrativo de São Paulo vivem o momento da coesão, do *esprit de corps*, da *unidisciplinariedade verticalizante*, gravitando em torno da monumental obra de Direito Administrativo do Professor Cretella Júnior, que se tornará "clássica" e alicerce referencial para a Escola, na década de noventa e além do ano 2000. Entretanto, foi precisamente o Professor quem não trepidou em escrever e publicar obras vastas, completas e originais de Direito Administrativo e até de outras disciplinas, jurídicas e não jurídicas, muito

antes de atingir a Livre-Docência (1964) e a Titularidade de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP (1969), malgrado todos os "melindres" e "perplexidades" que sua ousadia obviamente causou, nas décadas de cinquenta e sessenta, mais conservantistas do que os tempos atuais...

Magnífico exemplo de independência, intelectual e pessoal!... Estupenda inspiração para cada um dos integrantes da Escola de Direito Administrativo de São Paulo e para todos os Professores e Pesquisadores do Brasil... O Professor Cretella Júnior, assim como muitos Catedráticos e Titulares da FDUSP, são exemplos vivos da interdisciplinariedade, teórica e prática: torna-se cada dia mais raro o caso do Professor Catedrático ou Titular de Direito, na USP, a pesquisar, escrever e até lecionar exclusivamente no âmbito da disciplina de que é Titular. A notícia é alvissareira, embora a evolução seja lentíssima.

"Eppur si muove", como diria Galileo... A partir da década de noventa e sobretudo após o ano 2000, predominará na Faculdade de Direito da USP a mentalidade da *interdisciplinariedade evolutiva*, da *integração horizontal*, *interdepartamental*, em gradativa substituição da *unidisciplinariedade verticalizante*: os fatos atuais já prenunciam essa futura ocorrência.

Com certeza, cada um dos integrantes da Escola de Direito Administrativo de São Paulo seguirá, mais cedo ou mais tarde, um rumo diferente e original, ao longo da vida, perto ou longe das venerandas Arcadas do Largo São Francisco, pois todos têm o direito e o dever de efetuarem suas experiências, pessoais e culturais, com autonomia e individualidade, atendendo somente suas consciências e atentos à observação do Professor Goffredo da Silva Telles Junior: "os bens, para que o homem tende, são escolhidos por ele". Cada qual colherá alegrias e decepções, imprevistas e inesperadas, cada um buscará administrar e enriquecer o patrimônio jurídico-cultural do Brasil e da Humanidade com suas contribuições personalíssimas, fato já corrente. Jamais poderão olvidar, porém, que "a missão do educador é formar, não apenas informar. Deve-se dar ao jovem mais método do que conteúdo, mais processos de pensar do que um amontoado de fatos, dados, números e datas, suporte apenas do processo mental" (Discurso de Posse do Professor José Cretella Júnior no cargo público de Professor Titular de Direito Administrativo da FDUSP, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. LXIV, 1969, p. 332).

Assim, o Professor Cretella Júnior suplanta aquilo que denominou como "instabilidade espaço-temporal", típica do ser humano (cf. sua obra *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, 1980, São Paulo, Saraiva, p. 10), para realizar-se na memória viva dos Professores e Pesquisadores que formou e orientou, tendo-os treinado no método científico-comparativo, interdisciplinar, para o trato do direito como objeto cultural universal, internacional e transnacional, em perspectiva diacrônica e sincrônica de "sistematização filosófica", consoante artigo 1º da Portaria GR nº 1.211/70, do Magnífico Reitor da USP, já comentada neste artigo.

Destarte, os integrantes da Escola de Direito Administrativo de São Paulo realizam, em São Paulo, no Brasil e no mundo, os objetivos políticos e científicos, atuais, da própria Universidade de São Paulo, centro de excelência universitária do Brasil: entre os objetivos da USP está o de fazer notar à comunidade universitária nacional a importância em promover a discussão científica, apoiada pela crítica cultural, para além das "limitações das disciplinas, das nações e das gerações". Tendo

como modelo o Instituto de Estudos Avançados de Berlim (criado em 1981), a Universidade de São Paulo instalou em 1986 o Instituto de Estudos Avançados, centro de excelência para a participação de intelectuais de máximo nível. A proposta da USP não segue o exemplo do Institute for Advanced Study, de Princeton, fundado em 1930, cujo trabalho se concentra em alguns campos do saber. Ao contrário, enfatiza a colaboração *interdisciplinar* que deve ultrapassar a vida cotidiana estanque de algumas escolas e reduzir as barreiras existentes, criando um espírito acadêmico aberto, livre e democrático" (Mensagem do Governo do Estado de São Paulo à Assembléia Legislativa A USP em 1986, São Paulo, CODAC-USP, março de 1987, p. 12).

São Paulo, 31 de maio de 1987

O MEIO AMBIENTE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Eunice Aparecida de Jesus Prudente

Professora Assistente do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo
Analista Técnico Senior I da Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande
São Paulo, EMLASA

Resumo: O Meio Ambiente equilibrado e sadio constitui direito fundamental do povo. Bem de uso comum do povo nos termos da Constituição Federal em vigor. A poluição ambiental é um dos mais graves problemas brasileiros. Existe legislação específica, mas esta tem sido ineficaz, sobretudo quando a fonte poluidora é o exercício de atividades econômicas. Urge a revogação da atual por legislação nova, com base nos ditames da Constituição Federal de 1988. Impõe-se também a acolhida, pela futura legislação das comprovações tecnocientíficas que já dispomos sobre ecologia e aquiescência das recomendações dos movimentos populares ambientalistas.

Résumé: L'environnement sain et équilibré est un droit fondamental du peuple. Bien d'usage commun, selon les dispositions de la Constitution Fédéral en vigueur. La pollution de l'environnement est parmi les plus sérieux problèmes brésiliens. Il existe une législation spécifique, mais celle-ci n'a pas été efficace, surtout quand la source de pollution découle de l'exercice d'activités économiques. C' est urgent la révocation de la législation actuelle por une nouvelle, élaborée selon les règles de la Constitution Fédérale de 1988. Il s'impose aussi l'anéxation, à la future législation, des comprobations tecno-científiques desquelles on a déjà pris connaissance sur l'écologie et l'accueil des recommandations des mouvements populaires pour l'environnement.

Unitermos: Constituição; Direitos Humanos Fundamentais; Meio Ambiente; Poluição; Competência Concorrente entre União e Estados Membros da Federação.

INTRODUÇÃO

1. Importância do Tema

A dignidade da pessoa humana encontra-se entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, estabelecido entre nós, com o advento da Constituição Federal de 1988. Não há que se falar em respeito ao brasileiro sem lhe garantir o direito à vida, a partir de certas previsões necessárias à subsistência, onde o ar, a água, entre outros, são imprescindíveis e dependerão de um meio ambiente sadio.

Nota-se verdadeira coincidência entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e os princípios impostos à ordem econômica, respectivamente:

Art. 3º

"I construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II garantir o desenvolvimento nacional;

III erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação;"

Art. 170

"I - soberania nacional;

II propriedade privada;

III função social da propriedade;

IV - livre consciência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte"

E, é bom que assim seja, significa que providências com vistas à distribuição de rendas e terras já forem iniciadas, possuem amparo legal e consenso dos cidadãos, legitimamente representados no Congresso Constituinte de 88.

Cumpra salientar que a "defesa do meio ambiente" é agora listada entre ditames a serem observados pela atividade econômica, e apontada em suas diversificadas formas com razão, como "vilã" na luta pela preservação ambiental. As exceções existem, preciosas, porém confirmam a regra.

Há muitos cientistas ambientalistas renomados, bem como entidades civis vêm denunciando a ausência de controles, pelo Estado, sobre a poluição ambiental, sobretudo a provocada por atividades industriais, desmatamentos e loteamentos clandestinos.

A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente define poluição como a "degradação da qualidade ambiental resultante de atividade que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

Prossigue a Lei nº 6.938/81, esclarecendo que meio ambiente é o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que nos permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas" (art. 3º).

Ora, trata-se de situação inequívoca, na qual o legislador será obrigado a ouvir setores técnicos e científicos para elaboração de legislação específica sobre assunto tão complexo. Nestes casos, as informações, análises e pareceres de especialistas de outras ciências, deverão integrar as providências da esfera jurídica, *contrario sensu* prevalecerá o conservadorismo e a politicagem, comprometendo, como se verá, a eficácia das normas jurídicas.

Nem sempre as conclusões científicas são coincidentes com acordos político-partidários ou promessas eleiçoeiras, mas devem prevalecer porque baseadas em pesquisas e experimentação, enfim, porque verdadeiras.

No caso específico da questão ambiental, as denúncias de devastação da natureza, de péssima qualidade do ar e da água, enfim, da periclitção da vida, vem a público, ou via ciências naturais, com pesquisas de químicos, físicos, biólogos, oceanógrafos, comprovando a destruição ambiental e *a posteriori* os historiadores, sociólogos, antropólogos ou mesmo economistas e psicólogos avaliam o comportamento do homem causador e paciente das ações danosas à natureza. Ou ocorre o contrário, são os cientistas sociais que expõem ao povo as situações nevistas ao meio ambiente e depois analisados por especialistas das ciências naturais, avaliando as dimensões do mal e as possíveis correções ou soluções.

A realidade é que graças a esta interação de conhecimentos, a História contemporânea informa que no Brasil a recente expansão urbano-industrial foi orientada pela cupidez, por ditames selváticos de um capitalismo ávido por lucros imensos e fáceis. Menosprezou-se a agricultura. O homem do campo e seus valores foram vencidos pela crença absurda de que progresso significava, tão-somente, "industrialização".

O progresso industrial custou a destruição do meio ambiente. As proposições tecnocientíficas nunca foram consideradas quer pelos governos, quer pelos empresários. A atividade econômica não incorporou as descobertas ou recomendações das ciências. E a atividade política muito menos.

Representantes políticos somente incorporaram a questão ambiental em suas plataformas de governo na década de oitenta, após amplas denúncias da comunidade científica e de associações ambientalistas.

2. Inteligência de Art. 225 da Constituição Federal

O novo sistema constitucional vigente a partir de 1988 garante a todos o direito "ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", portanto, constitui direito humano fundamental, demandando empenho do Poder Público e de todos os cidadãos em sua preservação e respeito.

Prosegue o art. 225 da Constituição Federal, conceituando-o como "bem de uso comum do povo e essencial à sádua qualidade de vida". É *res publicae*; pertence ao povo. Significa a todos o direito de usufruir do bem, garantindo a todos, em compensação, a responsabilidade em preservá-lo; também o é de todos os cidadãos.

O Código Civil exemplifica-os "os bens de uso comum do povo, tais como mares, rios, estradas, ruas e praças" (art. 66), utilizando-se do critério da destinação dos bens, no caso, destinam-se ao uso coletivo.

Nossa melhor doutrina classifica-se juntamente com os bens de uso especial entre os bens do domínio público do Estado, ou seja, "*o conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum*" (CRETELLA JUNIOR, José, Tratado do Domínio Público. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 29). Para Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., *Revista dos Tribunais*, 1988, p. 428 ss.) "... todos os locais abertos à utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de função própria do povo". E mais: "*Para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularização de pessoas ou categorias sociais*". Conforme Maria Zylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 1990, p. 369 ss.). Trata-se, segundo Miguel S. Marienhoff (*Domínio Público Protección Jurídica del Usuario*, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1955), "*de um poder que pode ser exercido por todos os homens - quívis de populo - sem distinção entre nacionais e estrangeiros, e em cujo exercício o usuário permanece sempre anônimo, indeterminado, não individualizado*".

Enfim, o uso de bem vital para a coletividade somente pode ser disciplinado por regra geral, coercitiva, elaborada pelo conjunto dos cidadãos ou por quem legitimamente os representa, pela lei.

A defesa do meio ambiente "ecologicamente equilibrado" é dever do Poder Público, em todos os níveis (Federal, Estadual ou Municipal), imposto pela Constituição Federal, nos termos já citados, com vistas a garantir melhor qualidade de vida para as gerações atuais e futuras.

Dispõe ainda que a intervenção humana na natureza há que ser pacífica, construtiva, enfim, respeitosa para com as espécies e ecossistemas. Seguida de fiscalização ininterrupta por parte da Administração Pública, inclusive sobre as entidades dedicadas à pesquisa.

As obras ou atividades potencialmente poluidoras dependerão de estudo *prévio de impacto ambiental*. A publicidade assegurará o acompanhamento pelos cidadãos dos deveres do Poder Público na proteção ambiental.

Entre esses deveres impõe-se o controle do emprego de métodos e práticas que comportem *risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*.

Exige ainda providencie o Poder Público educação ambiental a todos os níveis de ensino, preparando-se assim um futuro melhor, onde o respeito ao meio ambiente consistirá sentimento natural do povo e não em imposições legais.

Destacam-se também determinações especiais, para áreas prioritárias, relativas à qualidade ambiental: "*definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção*". (art. 225, III).

Assim, mediante lei, poderão ser declaradas determinadas áreas de interesse para proteção ambiental, como é o caso das *Áreas de Proteção Ambiental*, cuja criação e utilização já são disciplinadas pela Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981. Daí a importância da análise de legislação existente e anterior à Constituição Federal, de 1988.

3. Distribuição de Competências

A Constituição Federal de 1988, ao distribuir competências considerou dever comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a proteção ao meio ambiente e ao combate à poluição (art. 23, VI, VII, XI). E, é evidente, que a lei constitui instrumento democrático, forte e justo, desde que se observe seriamente os princípios constitucionais e se busque a unicidade e coerência nos Livros Legais e sanções a serem criadas.

Para tanto, dispõe a Constituição Federal em vigor que União, Estado e Distrito Federal, deverão legislar concorrentemente sobre questões ambientais (art. 24, VI, VII, VIII). Todavia, a União limitar-se-á ao estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º). Urge que venha à luz Lei Complementar, a qual fixará normas para a cooperação entre os entes legiferantes.

O Estado de São Paulo, já tomou as providências conforme sua competência constitucional, dispondo a Constituição Paulista que o Estado e seus Municípios: "*... providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico*" (art. 191).

Note-se a inclusão dos Municípios, pois, sem a qual não serão atendidas as peculiaridades regionais e locais. A célula "mater" de nossa vida política, o Município, a que ser valorizado, sob pena de fracassar a própria política nacional para o meio ambiente.

Outro aspecto altamente positivo, diz respeito à participação da sociedade civil, não há dúvida que a colaboração das entidades ecologistas, ambientalistas foi fundamental para que os cidadãos e o próprio governo tomassem consciência e, a partir de então, providências com vistas à defesa e recuperação do meio ambiente:

Legislação Pertinente

a) Legislação Federal (Proteção Ambiental).

1. Decreto-Lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975.

Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente, provocada por atividades industriais, inclusive áreas críticas.

2. Decreto nº 76.389, de 03 de outubro de 1975.

Dispõe sobre as medidas de prevenção e controle da poluição industrial, de que trata o Decreto-Lei nº 1.413/75 e dá outras providências.

3. Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981.

Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências.

4. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

5. Decreto nº 91.145, de 15 de março de 1985.

Cria o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, dispõe sobre sua estrutura, transferindo-lhe os órgãos que menciona, e dá outras providências.

6. Lei nº 7.804, de 18 de julho de 1989.

Altera a Lei nº 6.938/81, a Lei nº 7.735/89, a Lei nº 6.803/80 e a Lei nº 6.902/87.

b) Legislação Estadual (Proteção Ambiental).

7. Lei nº 997, de 31 de maio de 1971.

Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente.

8. Decreto nº 8.488, de 08 de setembro de 1971.

Aprova o Regulamento da Lei nº 997/76.

9. Decreto nº 10.229, de 29 de agosto de 1977.

Acrescenta dispositivo ao Regulamento aprovado pelo Decreto nº 8.488/71.

10. Lei Complementar nº 171, de 15 de dezembro de 1977.

Acrescenta incisos ao artigo 4º do Decreto-Lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969.

11. Lei Complementar nº 179, de 10 de maio de 1978.

Dá nova redação ao inciso VIII do artigo 4.º do Decreto-Lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969, acrescido pela Lei Complementar nº 171/77.

12. Decreto nº 12.045, de 08 de agosto de 1978.

Altera o artigo 116, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 8.468/76.

13. Decreto nº 13.069, de 29 de dezembro de 1978.

Aprova Normas Técnicas Especiais, relativas ao Saneamento Ambiental nos Loteamentos Urbanos ou para fins urbanos.

14. Decreto nº 15.424, de 23 de julho de 1980.

Acrescenta dispositivos e procede alterações que especificam ao Regulamento da Lei nº 997/76, aprovado pelo Decreto nº 8.468/76.

15. Decreto nº 16.266, de 02 de dezembro de 1980.

Altera o Anexo ao Regulamento aprovado pelo Decreto nº 8.468/76, acrescentado pelo artigo 6º e baixado pelo artigo 11, todos do Decreto nº 15.425/80.

16. Decreto nº 17.299, de 07 de julho de 1981.

Dá nova redação aos artigos que especifica, todos do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 84/68, e dispõe sobre medida correlata.

17. Decreto nº 20.903, de 26 de abril de 1983.

Cria o Conselho Estadual do Meio Ambiente.

18. Lei nº 3.743, de 09 de julho de 1983.

Estabelece normas de estímulo para a criação de Parque Ecológico e de Parques Florestais nos Municípios.

19. Decreto nº 21.126, de 04 de agosto de 1983.

Acrescenta dispositivos ao artigo 2º, do Decreto nº 20.903/83.

20. Lei nº 4.055, de 04 de junho de 1984.

Declara área de proteção ambiental a região urbana e rural do Município de Cajamar.

21. Lei nº 4.529, de 18 de janeiro de 1985.

Dispõe sobre o uso e a ocupação do solo na região da Serra do Itapeti, com vistas à proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente na Região Metropolitana de São Paulo.

c) Legislação Federal (Zoneamento Industrial)

22. Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980.

Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição e dá outras providências.

d) Legislação Estadual (Zoneamento Industrial)

23. Lei nº 1.817, de 27 de outubro de 1978.

Estabelece os objetivos e as diretrizes para o desenvolvimento industrial metropolitano e disciplina o zoneamento industrial, a localização, a classificação e o licenciamento de estabelecimentos industriais na Região Metropolitana da Grande São Paulo, e dá providências correlatas.

24. Decreto nº 13.095, de 05 de janeiro de 1978.

Aprova o Regulamento da Lei nº 1.817/78, nas matérias relativas à localização, à classificação, ao licenciamento de estabelecimentos industriais da Grande São Paulo e sua fiscalização.

25. Lei nº 2.952, de 15 de julho de 1981.

Altera o Quadro II, a que se refere o artigo 8º da Lei nº 1.817/78.

26. Lei nº 3.811, de 30 de agosto de 1983.
Altera disposição da Lei nº 1.817/78, na parte referente à classificação de zonas de uso industrial.

e) Legislação Estadual (Proteção aos Mananciais)

27. Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975.
Disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, e dá outras providências correlatas.

28. Lei nº 1.172, de 17 de novembro de 1976.
Delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água a que se refere o artigo 2º da Lei nº 898/70, estabelece normas de restrição do uso do solo em tais áreas e dá providências correlatas.

29. Decreto nº 9.714 de 19 de abril de 1977.
Aprova o Regulamento das Leis nº 898/75 e 1.172/76.

30. Decreto nº 10.755, de 22 de novembro de 1977.
Dispõe sobre o enquadramento dos corpos de água receptores na classificação prevista no Decreto nº 8.468/76.

31. Decreto nº 12.219, de 1º de setembro de 1978.
Autoriza a Secretaria dos Negócios Metropolitanos a celebrar convênios com os Municípios da Região Metropolitana da Grande São Paulo, para aprovação de projetos de residências unifamiliares, em áreas de proteção aos mananciais metropolitanos, estabelecidos pelas Leis nºs. 898/75 e 1.172/76.

32. Lei nº 2.177, de 26 de novembro de 1979.
Altera o inciso IX do artigo 2º da Lei 898/75.

33. Decreto nº 15.037, de 06 de maio de 1980.
Regulamenta a Lei nº 2.177/89, delimitando os novos perímetros das áreas de proteção formadas pela bacia hidrográfica do Rio Guaiá.

34. Lei nº 3.286, de 18 de maio de 1982.
Dá nova redação ao inciso XI do artigo 2º, da Lei nº 898/75.

Bibliografia

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

_____. *Tratado de "domine" público*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo : Brasiliense, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Viver em sociedade*. São Paulo : Moderna, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idéias para a Nova Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1987.

LEGISLAÇÃO básica de interesse metropolitano. São Paulo : Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *O Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

São Paulo, janeiro de 1990.

NEGOCIAÇÃO E FORMAÇÃO DE CONTRATOS INTERNACIONAIS

-- em direito francês e inglês

Paulo Borba Casella

Doutor em direito (Universidade de São Paulo Depto. Internacional)
d.e.s.s. em Direito do Comércio Internacional (Université de Paris X),
professor doutor efetivo (MS-3) do Departamento de Direito Internacional,
advogado em São Paulo

Resumo: Vínculos pré-contratuais tais como cartas de intenções e contratos preliminares muitas vezes vão muito adiante do que pretendiam as eventuais futuras partes contratantes, durante negociações em vista de um contrato. Não há problema em caso de sucesso das negociações, considerando que os vínculos preliminares serão suplantados pelo contrato principal assinado pelas partes. Caso as negociações não tenham sucesso, contudo, as mesmas partes podem se ver vinculadas contra sua vontade em extensão dificilmente previsível, desde que ocorra a combinação certa de elementos formais e estruturais (tais como oferta e aceitação, e *consideration*), embora as partes pudessem não ter avaliado integralmente suas respectivas intenções de criar vínculos jurídicos (podendo-se argumentar que, mesmo o silêncio, em alguns casos, pode ser considerado como equivalente à aceitação).

Abstract: Precontractual engagements such as letters of intention and preliminary commitments do often go well beyond the scope intended by the eventual contracting parties, during negotiations aiming at an agreement. No problem if negotiations succeed, since preliminary ties will be superseded by the main agreement executed by the parties. If negotiations do not succeed, however, the same parties may find themselves unwillingly bound to a quite unexpected extent, provided the right combination of formal and structural elements (i.e., offer, acceptance and consideration) is present (it may be argued, even silence, in some cases, can be a lawful equivalent to acceptance) although the parties might not have fully envisaged their respective intention to create legal relations.

Introdução

Título preliminar o direito do comércio internacional e o fenômeno contratual

cap. I - o comércio internacional, a noção de contrato e o contrato internacional

1. especificidades do comércio internacional
2. a noção de contrato
3. a noção de contrato internacional

Primeira parte - negociação e vínculos pré-contratuais

Título I - a negociação

cap. II - técnicas de negociação e redação de contratos e escolha do idioma

1. técnicas de negociação
2. técnicas de redação
3. idioma do contrato

cap. III - desenvolvimento da negociação: tratativas

1. natureza jurídica e desenvolvimento da negociação
2. dificuldades específicas dos contratos internacionais
3. efeitos da negociação

Título II - vínculos pré-contratuais: carta de intenções e pré-contrato

cap. IV - a carta de intenções

1. definição
2. pré-contrato e carta de intenções
3. efeitos da carta de intenções

cap. V - o pré-contrato

1. a noção de contrato e o pré-contrato
2. pré-contrato e noções próximas
3. extinção do pré-contrato

Segunda parte - formação do contrato

Título I - oferta e aceitação

cap. VI - oferta

1. oferta e tratativas
2. existência de oferta e seus elementos
3. efeitos da oferta -- possibilidade e conseqüências de sua revogação

cap. VII - aceitação

1. noção de aceitação
2. o silêncio vale como aceitação?
3. efeitos da aceitação e celebração do contrato

Título II - intention to create legal relations e consideration no direito inglês

cap. VIII - intention to create legal relations

1. contratos não comerciais
2. contratos comerciais
3. crítica de WILLINSTON

cap. IX - a consideration

1. elementos fundamentais
2. definição
3. papel da consideration

Conclusão

Notas

Introdução

O objeto do presente estudo é a análise e comparação de aspectos do processo de negociação e formação de contratos internacionais em direito francês e inglês, ensejando, ao mesmo tempo, extrapolação comparativa mais ampla, entre sistemas (um de direito civil ou direito codificado, o direito francês, ficando subjacente a enorme influência que teve sobre os outros ordenamentos nacionais, e o outro, o sistema de common law, par excellence, o direito inglês), enfocando a análise das conseqüências jurídicas de processo equivalente e integrante da prática diária de qualquer ordenamento, a formação e funcionamento do fenômeno contratual.

O foco central de análise é a expressão do compromisso das partes, e a avaliação da extensão desse compromisso, já que, muitas vezes, antes mesmo da assinatura de qualquer contrato ou documento formal, o acordo de vontades e resultante compromisso das partes pode ser muito mais sério e estar muito mais solidamente expresso do que se teria desejado. Justamente por isso é interessante destacar algumas noções e refletir sobre a sucessão, ou antes, o encadeamento dos atos que conduzem a uma eventual plena e estável - embora muitas vezes, nem tão plena, nem tão estável - expressão do acordo de vontades das partes em um contrato.

Pode parecer difícil estabelecer hierarquia entre os elementos que se integrarão na formação do contrato, mas pareceu-me indispensável fazer algumas observações de ordem, digamos assim, tanto ontológicas quanto terminológicas, no título preliminar. Em seguida, a primeira parte analisa o processo de negociação e os vínculos pré-contratuais. A segunda parte, por sua vez, é dedicada ao processo de formação do contrato.

Estes são temas extremamente vastos e complexos. São também campos nos quais já se exercitou longa e proficuamente a reflexão jurídica, privilegiando sejam os aspectos civis, comerciais, internacionais, comerciais-internacionais ou

comparatistas, tanto no exterior quanto entre nós, tanto entre os assim chamados clássicos, como recentemente. Sem esquecer tal ressalva e tal condicionante, é preciso também ter presente que estamos diante de temas a respeito dos quais dificilmente se pode pretender já ter sido dita a última palavra, e a respeito dos quais sempre se pode almejar que a reflexão auxilie a fazer aflorar novas combinações e permita confrontar diferentes pontos de vista.

Título preliminar - o direito do comércio internacional e o fenômeno contratual

O objeto do presente título preliminar é de fornecer alguns parâmetros norteando a escolha do tema da negociação e formação dos contratos internacionais dentro do amplo universo do comércio internacional, à guisa de pontos básicos, em relação ao que se vai abordar nos capítulos seguintes, nomeadamente as noções de 'comércio internacional', de 'contrato', e do *enfant terrible*, o 'contrato internacional'.

Capítulo I - o comércio internacional, a noção de contrato e o contrato internacional

O que significam 'comércio internacional', 'contrato' e 'contrato internacional' são questões por demais conhecidas e complexas, e tantas vezes respondidas, para que se pretenda retomá-las aqui, neste momento. Contudo, mais do que invocar as lições de toda a doutrina e recolocar em discussão as exigências e especificidades da prática, trata-se, antes de mais nada, de levar em conta alguns elementos fundamentais dessas três noções, bem como situá-la em relação ao conjunto do texto.

O comércio internacional formula exigências específicas e de alta diversidade e especialização setoriais que é imperativo conhecer, sob pena de perda de orientação de ação (seção 1). A noção de contrato (seção 2) talvez seja um dos aspectos do direito melhor e mais detalhadamente estudados. De qualquer modo foi importante evocar alguns traços elementares para situar em face de tal conceito a noção de contato internacional (seção 3).

seção 1 - especificidades do comércio internacional

O término da II Guerra Mundial inaugura nova fase das relações econômicas internacionais.

Esse extraordinário desenvolvimento das relações econômicas teve de ser acompanhado por esforços consideráveis visando a regulamentação jurídica de grande número de inovações da prática, para as quais tornava-se indispensável assegurar um grau mínimo de integração entre os diferentes direitos nacionais e as normas internacionais aplicáveis.

Tais inovações passaram a integrar o vocabulário jurídico e as reflexões (muitas vezes apressadas) da doutrina, tais como os contratos *turn-key* ou *cle-en-main*, os múltiplos contratos de transferência de tecnologia, os contratos de cooperação industrial, os contratos de associação entre empresas, revestindo-se ou

não dos contornos de *joint ventures*, ou a infernal parafernália dos contratos financeiros internacionais ⁽¹⁾. Essa evolução exigiu também o aprimoramento e a institucionalização de mecanismos de solução amigável de controvérsias, em âmbito do comércio internacional, levando institutos tais como a arbitragem a conhecer novo desempenho. Dentre as transformações dos negócios, existe aspecto que apresenta particular interesse: é a formação e o desenvolvimento da noção de contrato internacional, o instrumento indispensável e específico dos intercâmbios efetuados entre pessoas físicas e/ou jurídicas cujos centros de interesse estão situados em países distintos.

A procura de conceitos teóricos básicos no campo do direito do comércio internacional é tarefa sempre difícil e de resultados desiguais, em razão da multiplicidade de fontes de expressão e do caráter muitas vezes elementar ou destituído de regras gerais, manifestado por essas múltiplas fontes ⁽³⁾.

As diferentes situações que podem conduzir à formação dos contratos no comércio internacional exprimem essa multiplicidade e essa diversidade.

O contrato internacional se destaca das categorias tradicionais, estruturadas pela doutrina clássica e, independentemente dos parâmetros válidos e aplicáveis aos contratos internos, abre novos caminhos.

seção 2 - a noção de contrato

Contrato é acordo de vontades do qual resultam obrigações, cuja execução é juridicamente exequível. Tal elemento o distingue dos demais acordos de vontades, não passíveis de execução forçada. Esse dado é exclusivo dos acordos aos quais a lei confere tal prerrogativa.

O contrato é normalmente concebido como um ato cuja formação, bilateral ou multilateral, exprime o consenso de tantas vontades manifestadas quantas sejam as partes contratantes.

Para definir o contrato faz-se apelo a esse aspecto: os contratos são atos jurídicos construídos por um intercâmbio de declarações.

A bilateralidade na formação do contrato -- observa Rodolfo Sacco ⁽⁴⁾ -- será indispensável se os efeitos do contrato são bilaterais, ou seja, se a aceitação contém, por sua vez, uma nova aceitação. A questão da formação unilateral ou bilateral do contrato somente se coloca para os contratos que tendem a impor obrigações ou encargos somente a uma das partes.

A exigência da bilateralidade na formação do contrato pode ser dividida entre dois dados distintos que, por seu turno, terão conseqüências práticas distintas:

a. o princípio da soberania formal da vontade do sujeito no campo jurídico deveria levar à conclusão de que a condição de um sujeito não pode sofrer alterações (seja para melhor ou para pior) em razão de declaração unilateral feita por outra pessoa;

b. a partir da prevenção de qualquer lesão patrimonial não justificada, dever-se-ia chegar à conclusão de que os direitos de uma pessoa não podem ser alterados para pior pela declaração unilateral de um terceiro.

Se o legislador adota integralmente o princípio da soberania formal da vontade da pessoa sobre seus próprios direitos, haverá aplicação do princípio segundo o qual ninguém pode ter vantagens ou sofrer prejuízos senão em razão da expressão de seu consentimento. Se o legislador aceita a outra norma, o sistema jurídico adotará o princípio segundo o qual ninguém pode sofrer prejuízos sem ter exprimido seu consentimento.

Para avaliar as implicações da adoção de uma ou outra das duas soluções vale, ainda, acompanhar Rodolfo Sacco ⁽⁵⁾ quando observa que, na medida em que a lei admite que o silêncio possa valer como aceitação, e o juiz, diante do conjunto de circunstâncias de um caso concreto, decide que, naquela hipótese, é possível admitir que o silêncio não poderia significar outra coisa senão a aceitação, a bilateralidade na formação do contrato não desaparece. "O silêncio, em si, é uma omissão, mas se as circunstâncias que o acompanham são fatos positivos, aptos a conferir-lhe a natureza de um meio de expressão, haverá, então, um silêncio qualificado (*silenzio circostanziato*) que poderia ser elencado entre as manifestações da vontade, de natureza totalmente distinta daquela do silêncio simples" ⁽⁶⁾.

seção 3 - a noção de contrato internacional

O enfoque da matéria contratual a partir do ponto de vista estritamente focado no direito interno poderia justificar a conclusão de que a distinção entre o contrato interno e o contrato internacional depende exclusivamente dos elementos geográficos colocados em jogo em cada contrato.

Nesse enfoque um contrato seria internacional na medida em que envolvesse em relação jurídica elementos nacionais e estrangeiros, que o sejam em razão da diversidade de domicílio das partes, e os efeitos resultantes dessa mesma diversidade, ou em razão da nacionalidade das partes, tanto no caso das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas.

Tal enfoque mostrou-se totalmente insuficiente para abarcar o conjunto das exigências técnicas colocadas pelo comércio internacional.

O contrato internacional é o elemento fundamental e a ferramenta indispensável do comércio internacional. A análise do contrato internacional não pode negligenciar sua inserção no contexto das relações econômicas internacionais.

Afirmar que o contrato internacional se insere no conjunto das relações econômicas internacionais implica levar em conta os elementos não-contratuais que podem afetar a vida e o equilíbrio das relações contratuais: o contexto político e econômico no qual se inscreve o contrato, as diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais.

O contrato interno fica sujeito ao regime regulador estipulado no direito interno, e seus elementos serão territorialmente limitados, enquanto o contrato internacional é, por definição, extraterritorial.

A noção de contrato internacional apresenta dificuldades. Numerosas e complexas questões se colocam a propósito dessa noção.

A noção mais freqüentemente lembrada inclui todos os contratos que apresentam elementos de conexão com mais de um sistema jurídico nacional.

Esse enfoque, baseado no direito internacional provado, tenderia a atribuir importância à distinção entre contrato interno e contrato internacional, com o fim único de individualizar, por meio das normas de conflito, a lei aplicável a tal contrato. Esse enfoque mostrou-se pouco satisfatório por diversas razões, especialmente na medida em que pode levar a resultados opostos, ou, ao menos, substancialmente diversos daqueles pretendidos pelas artes, de tal forma que, dentre todos os elementos de conexão com diferentes ordenamentos jurídicos, que possam estar contidos em determinada relação jurídica, de caráter internacional, acarretando a necessidade de chegar ao *dépeçage* do contrato, com todos os inconvenientes que podem resultar desse fracionamento.

Em razão das limitações da técnica dos elementos de conexão, em matéria de contratos internacionais, ficou claramente colocada a necessidade de situá-los em perspectiva que possa computar os dados de fato, ou da realidade econômica e social. Impõe-se, assim, passar de análise puramente formal, utilizando as ferramentas clássicas do direito internacional privado, para análise que possa, simultaneamente, computar a pluralidade de aspectos presentes, e as exigências técnicas, bem como situar e reger tais operações em contexto jurídico adequado.

Aldo Frignani ⁽⁷⁾ menciona o *invito a porsì da una prospettiva che tenga maggiormente conto del dato fattuale*, e especifica o conteúdo de tal convite, a tal ponto que a autonomia da vontade das partes não mais seja excludente entre a escolha da tutela de lei nacional de A ou de B, mas poderá expandir-se até criar regulamento próprio daquela relação, com institutos e normas jurídicas possivelmente novas ou desconhecidas da totalidade dos sistemas nacionais, e que, como tais, seriam aplicáveis em razão das normas clássicas do direito internacional privado ⁽⁸⁾.

A distinção entre contratos nacionais e contratos internacionais continua válida: em relação aos primeiros não se poderia justificar, na grande maioria dos casos, a atribuição às partes de uma autonomia tal que pudesse excluir totalmente a regência de qualquer lei nacional; em relação aos últimos, as partes podem, geralmente, escolher a lei aplicável ⁽⁹⁾. Embora tal distinção resulte, ainda, dos elementos de conexão, segundo os já referidos critérios clássicos do direito internacional privado, é preciso estar consciente do papel crescente, desempenhado pelos práticos, na realidade do comércio internacional, que torna essa noção de contrato internacional suficientemente flexível para poder acolher, como referem Carbone e Luzzatto ⁽¹⁰⁾ qualquer *rappporto contrattuale non destinato ad esaurirci nei suoi elementi oggettivi o soggettivi, esclusivamente all'interno di un solo ordinamento statale* ⁽¹¹⁾.

A tendência prevalecente seria, antes, de acompanhar a definição do conteúdo internacional de uma relação jurídica, contida em numerosas convenções internacionais, embora não se trate de soluções gerais, mas antes, aplicáveis a cada convenção, para delimitar seu âmbito de aplicação.

Este é o caso, por exemplo, da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, onde o artigo primeiro prevê que o caráter internacional do contrato de venda será avaliado em relação a uma única circunstância, a saber, que no momento da celebração do contrato ⁽¹²⁾, vendedor e comprador estejam estabelecidos ou sediados em dois Estados diferentes ⁽¹³⁾.

Título I - a negociação

A negociação, antes de uma arte que ciência, não pode -- como todas as demais artes, aliás -- dispensar a técnica, que lhe serve de base e assegura a flexibilidade e o bom nível do desempenho.

Existem, assim, técnicas de negociação de um contrato para as quais devem atentar as partes, da mesma forma como existem técnicas de redação dos contratos e precauções a adotar na escolha da língua do contrato (capítulo II).

Seria, em seguida, conveniente examinar mais de perto o desenrolar das negociações, ou seja, as tratativas, ou *pourparlers* (capítulo III), atentando para a sua natureza jurídica e o seu papel, e as dificuldades dos contratos internacionais, bem como as conseqüências das tratativas.

Capítulo II - técnicas de negociação e redação de contratos e escolha do idioma

A negociação de um contrato se desenvolve tendo por escopo a celebração do contrato, como guia os paralelos objetivos das partes e como limitação a regulamentação ou regulamentações jurídicas nacionais ou convencionais, que mais ou menos diretamente serão aplicáveis e influenciarão a formação e a vida do contrato. Mas esse percurso em nada esclarece quanto à formação do contrato, no que se poderia designar como sendo seu processo interno. Embora tendo escopo comum a atingir, embora conservando seus interesses específicos, e as restrições legais externas, tudo isso não explica o procedimento de formação do contrato, que se realiza durante a negociação.

Dentre o grande leque de temas que poderiam ser examinados, seria conveniente destacar três aspectos que podem influenciar profundamente não somente o desenrolar das negociações mas também todo o período de vida do contrato, e o equilíbrio da relação entre as partes.

São, justamente, a escolha da técnica de negociação (seção 1), da técnica de redação (seção 2), e da língua do contrato (seção 3) os aspectos sobre os quais seria oportuno chamar a atenção.

seção 1 - técnicas de negociação

A negociação não é um mecanismo exclusivo dos comerciantes, nem tampouco se pode pretender situar sua descoberta ou invenção no tempo.

Longa digressão histórica seria inútil, considerando que o comércio se confunde com as próprias origens da civilização, e os intercâmbios comerciais foram mola impulsora de contato com outras civilizações. Mas é preciso, sobretudo, levar em conta o papel do comércio como fator estimulante não-somente do intercâmbio e circulação de mercadorias e de capitais, mas também de idéias e da própria civilização. Todo intercâmbio comercial normalmente é precedido de negociação, que pode ser complexa ou sumária, segundo o negócio almejado.

A negociação é um diálogo ⁽¹⁴⁾. Trata-se de diálogo encetado entre partes que podem se tornar eventuais partes contratantes. As partes devem examinar em

conjunto sua disponibilidade a vincular-se reciprocamente. O diálogo entabulado servirá para determinar se é viável pretender alcançar acordo de vontades, que possa permitir o estabelecimento de conjunto de regras, de determinar em comum os direitos e obrigações que vão integrar suas relações.

A natureza e duração da negociação podem variar segundo o negócio almejado. Dentre muitos outros aspectos haverá diferenças substanciais entre a negociação passo a passo ou uma negociação enquadrada na seqüência de um procedimento de licitação.

A pluralidade das técnicas de negociação não exclui a possibilidade de destacar alguns princípios gerais. Michel Dubisson ⁽¹⁵⁾ observa que as técnicas de negociação *relevent surtout de la psychologie et du bon sens* e que existem e são escolhidas em função do local e do momento, da natureza do negócio, da pessoa dos negociadores, e dos eventuais antecedentes nas relações entre as partes ⁽¹⁶⁾.

Não obstante a insistência de Dubisson de que a negociação est un art qui ne saurait s'apprendre comme une technique, e que se por um lado elle demande une grande experience, elle suppose également des dispositions naturelles particulieres, nosso autor nos dá alguns conselhos que seria recomendável aplicar durante qualquer negociação ⁽¹⁷⁾:

a. em primeiro lugar, é essencial preparar adequadamente a negociação. Para tanto é preciso antes de mais nada determinar com a maior clareza possível os objetivos essenciais. Isso permitirá ao negociador, qualquer que seja o desenrolar ulterior da negociação, tomar sempre a posição mais adequada. E, igualmente, indispensável ter pleno conhecimento dos papéis que integram o *dossier*. Seria, ainda, útil ter informações a respeito da psicologia dos negociadores do outro lado, e sobre os objetivos da outra parte. Se não se dispõe de tais informações no momento em que a negociação é encetada, será necessária dedicar esforço todo especial à coleta de tais dados, em tempo útil, no curso desta, a fim de tentar avaliar a margem de manobra dentro da qual opera a outra parte.

b. quando a negociação é encetada, nunca se deve dar à outra parte a impressão de estar apressado para chegar a um acordo. Isso seria um sinal de fraqueza, do qual o outro lado poderia tentar tirar vantagem. Por seu turno, tão logo se obtenha uma concessão da outra parte, é indispensável fazer imediatamente o assentamento de tal concessão, de modo que esta não venha a ser recolocada em discussão mais tarde. Contudo, nem sempre será necessariamente oportuno que tal acordo parcial seja formalizado por escrito. Na verdade, o pedido, formulado por uma parte, para proceder à redação dos termos de um tal acordo poderia encontrar a recusa da outra parte, vindo aí uma armadilha. Além disso, de modo geral, parece preferível limitar, tanto quanto possível, a remessa de documentos e escritos durante uma negociação, enquanto esta não tiver sido terminada e que não se conheça a extensão completa das concessões que será eventualmente necessário fazer mais tarde. Tais documentos, de fato, cristalizando, no curso da negociação, a manifestação de vontade das partes, constituiriam vínculos, a respeito dos quais seria difícil reabrir o debate. Bastaria, normalmente, assinalar oralmente, mas de modo muito explícito, o ponto de acordo ao qual se chegou no curso da reunião de negociação.

c. é preciso fazer esforço no sentido de orientar a discussão antes para os pontos essenciais, antes de abordar questões de detalhe. Além disso, convém começar pelos pontos nos quais se acredita seja mais fácil de chegar a um acordo, a fim de criar clima favorável. Se, durante as discussões, tem-se a impressão de enfrentar dificuldade insuperável, seria preferível não concentrar excessivamente esforços para liquidá-la, sem antes ter discutido o conjunto das questões tidas como essenciais, de modo a poder avaliar, com conhecimento de causa, a importância do impasse. Pelo mesmo motivo, será importante evitar fazer concessões importantes à outra parte, quanto a aspectos relevantes, sem ter previamente passado em revista o conjunto dos demais problemas importantes, a fim de poder medir o alcance da concessão que se estaria disposto a fazer, em relação ao equilíbrio do conjunto do negócio.

d. enfim, é as vezes oportuno saber dramatizar as discussões e romper as negociações quanto a aspecto considerado fundamental, fazendo saber, ao mesmo tempo, de algum modo, imediatamente ou a seguir, que se estaria pronto a retomá-las, se a outra parte aceitasse tornar sua posição mais flexível ou modificá-la.

seção 2 - técnicas de redação do contrato

A técnica de redação do contrato, que será adotada em cada caso, vai ser o reflexo do sistema jurídico no qual está inscrito o contrato.

Para situar de modo estrito a análise nesse campo, haverá diferenças notáveis entre os países da tradição do *common law* e os países da tradição de *civil law*.

Nos países do *common law*, o estilo de redação (*drafting style*) dos contratos é influenciado pelas técnicas de redação legal (*statutes*). Pollock⁽¹⁸⁾ observa que o legislador, por ter sido obrigado a se defender de uma interpretação "literal e rígida", por parte dos tribunais, desenvolveu a tendência a formular as leis com grande atenção para os detalhes, onde a *Tatbestand* se vê diluída em diversas hipóteses que dificilmente poderiam ser qualificadas como abstratas e gerais.

Essa tendência é ainda mais acentuada nos contratos, em razão da ausência de codificações, com suas leis de aplicação necessária, que não podem ser descartadas, mesmo diante da expressão contrária da vontade das partes, ou as leis supletivas, que fornecem quadro geral, cujo papel é o de preencher as lacunas deixadas pelas partes.

As diferenças de *approach* jurídico são tais que, segundo Allan Farnsworth⁽¹⁹⁾ quando um *common lawyer* vê um contrato redigido com cláusulas bastante breves e privado de definições, ele se vê incomodado com isso; da mesma forma que um *civil lawyer*, na situação inversa, também se sentirá incomodado, por razões opostas.

Seria, assim, possível distinguir dois grandes sistemas de *drafting legal techniques*, dos quais um seria aplicável nos países do *common law*, enquanto o outro seria aplicado nos países do *civil law*.

Nos países do *common law*, o contrato será, normalmente, *self-regulatory*, ou seja, redigido de modo bastante detalhado, de forma a conter todos os elementos que as partes pudessem considerar como importantes, e todas as hipóteses que poderão acontecer, tendo por escopo assegurar a presença, no contrato, dos instrumentos aptos a resolver todos os eventuais problemas futuros.

Nos países de *civil law* o contrato se reporta ao conjunto do ordenamento jurídico, que serve de moldura na qual estão colocadas todas as noções de base, e para onde se voltarão as partes na busca das soluções para qualquer hipótese não prevista pelas partes no contrato.

Essa distinção, válida sobretudo para os contratos internos, também tem sido extensamente aplicada para os contratos internacionais, na medida em que cada uma das partes tende a querer aplicar seu estilo de raciocínio e suas técnicas de redação jurídica.

A doutrina insistiu muito a respeito do esforço de desnacionalização dos contratos internacionais, e os profissionais militantes muitas vezes envidaram enormes esforços para escapar aos direitos nacionais das partes contratantes. A extensão da aplicação desse mecanismo dependerá do grau de liberdade que atribui cada sistema jurídico nacional à vontade das partes ⁽²⁰⁾.

As considerações precedentes são válidas sobretudo para os contratos redigidos *ad hoc* pelas partes. É preciso observar que, no comércio internacional, os contratos-tipo ou contratos-padrão (*contrats-type* ou *standard agreements*) desempenham papel de grande importância. As associações profissionais, as organizações internacionais e seus órgãos especializados muitas vezes oferecem modelos contratuais completos e não-somente as tradicionais cláusulas padronizadas para oferecer às partes contratantes.

Fenômeno curioso, observado por Aldo Frignani ⁽²¹⁾, é que mesmo os contratos-padrão, oferecidos pelas associações profissionais, refletem, por sua redação e estrutura, a filiação a um ou outro dos sistemas jurídicos.

Os contratos-padrão do ORGALIME, que reúne países europeus em sua maioria filiados à tradição jurídica romano-germânica são breves, concisos e contém regras que não comportam senão um mínimo de generalidades, enquanto os contratos FIDIC, de inspiração inglesa, são longos, muito detalhados e comportam especificações mesmo quanto a hipóteses pouco freqüentes. Por seu turno os contratos-padrão de organizações internacionais tais como a *Economic Commission for Europe* (ECE) -- Comissão Econômica para a Europa, da ONU, são influenciados, segundo nota Frignani, antes "*dallo scopo di delocalizzare il contratto che non dalla funzione suppletiva dei codici*" ⁽²²⁾.

Normalmente a escolha da técnica de redação do contrato escapa ao controle das partes ou de uma das partes. Aldo Frignani, destaca quatro grupos de elementos que podem explicar as limitações à escolha da técnica de redação do contrato ⁽²³⁾:

a. em determinados setores econômicos (como por exemplo no comércio internacional de *commodities*), a utilização de fórmulas contratuais é de tal modo difundida, que as partes se acham perfeitamente à vontade para se reportar a estas.

Mesmo que o comprador não tivesse intenção de utilizar um desses contratos-padrão, o vendedor dificilmente estaria disposto a aceitar tal derrogação;

b. algumas vezes grandes empresas multinacionais construíram seus contratos-padrão com dois objetivos precisos: defender seus interesses em relação a seus co-contratantes e assegurar a uniformidade de contratação, para todas as empresas integrantes de um mesmo conglomerado econômico;

c. freqüentemente, a parte contratante mais forte prepara o contrato, e o submete à aprovação da outra parte (mesmo não se tratando de um contrato de adesão, a possibilidade da outra parte questionar ou discutir partes do contrato é muito reduzida);

d. o equilíbrio entre as partes pode ser encontrado por meio de um contrato-padrão preparado por uma organização internacional (UNCTAD, CEE, etc.) cujo objetivo é justamente tentar levar em conta e estabelecer mediação entre os interesses de ambas as partes.

A escolha da técnica de redação do contrato não é um aspecto isolado. Além dos elementos referidos por Frignani é preciso também levar em conta que a redação do contrato é direta e necessariamente influenciada pela negociação que foi desenvolvida pelas partes, e também pelo idioma no qual será redigido o contrato. Outros elementos (tais como a escolha da lei aplicável, a opção pela arbitragem como modo de solução de controvérsias, ou a determinação do foro competente) podem interferir e ter grande alcance sobre essa decisão.

seção 3 - idioma do contrato

Estabelecer relações negociais com parceiros estrangeiros requer, muitas vezes, conhecimentos bastante aprofundados de uma língua estrangeira, e da terminologia jurídica desse idioma, que será a ferramenta para permitir a comunicação e a negociação entre as partes de um eventual contrato.

Esse enfoque estritamente pragmático se vê muitas vezes posto em cheque por enfoque de nacionalismo exacerbado, com insistência desprovida de sentido quanto à exigências de uso do vernáculo, como único idioma aceitável⁽²⁴⁾.

Além desse aspecto sentimental, a questão da escolha da língua do contrato é também dado técnico de importância fundamental, na medida em que a determinação do idioma do contrato pode acarretar igualmente a determinação tanto do direito quanto do foro competente, além de nortear todo o contexto jurídico no qual se insere a relação entre as partes.

A escolha do idioma do contrato muitas vezes é considerada como menos importante do que outros dados. Tal atitude não é aceitável.

Neste passo, ocorrerão, igualmente, diferenças entre uma negociação livre e a negociação que decorre de uma licitação. Essa distinção fica muito próxima dos aspectos já mencionados a propósito da negociação do contrato⁽²⁵⁾.

Na maioria dos casos, não havendo imposições prévias quanto à escolha do idioma do contrato, três possibilidades se colocam:

- utilização de diversas línguas, cada uma das quais terá valor oficial, inclusive para fins de interpretação;
- utilização de uma língua oficial, ao lado de outra língua, à qual não se confere valor oficial ou de interpretação;
- utilização de uma única língua.

A primeira alternativa parece ser a mais perigosa e a menos satisfatória, na medida em que a terminologia jurídica, em cada idioma, terá sentido específico, com termos e conceitos dificilmente equivalentes. Este pode ser o ponto de partida de profundas divergências entre as diferentes versões de um mesmo contrato, com as graves e imprevisíveis conseqüências que isso pode acarretar.

Mesmo a criação de uma comissão jurídica comum para as diferentes versões do contrato, ou a previsão de submissão de qualquer litúgio decorrente do contrato a uma comissão que levasse em conta o conteúdo das diferentes versões do contrato podem vir a ser soluções pouco satisfatórias para dirimir controvérsias resultantes de diversidade de interpretação dos direitos e obrigações contratuais, tendo por base as diferentes versões do contrato ⁽²⁶⁾.

A segunda alternativa permite os inconvenientes mencionados no caso de adoção de diferentes línguas. Esta segunda possibilidade pode ser muito útil por razões de conhecimento do conteúdo do contrato, nos casos daqueles que desconhecem a língua oficial do contrato, não-somente nas relações entre as partes, mas também no relacionamento destas com suas respectivas administrações, bancos, companhias de seguros, etc.

A versão não-oficial poderá ser assinada ou não pelas partes, mas de qualquer modo a versão oficial deverá especificar tratar-se da única versão oficial, apta a figurar como fonte para a interpretação do contrato.

A terceira solução muitas vezes é a mais adequada para um contrato internacional. Neste caso não haverá dúvidas a respeito de diversidades de interpretação lingüística, mesmo no caso em que uma única língua constitua a versão oficial do contrato. Mas sempre ocorrerá a mesma indagação que se coloca a respeito da escolha da língua do contrato, quando as partes tiverem a possibilidade de escolher e não houver vínculos diretos com um determinado idioma. No caso de uma das partes se ver imposta língua que lhe é totalmente desconhecida, é preciso que essa parte possa avaliar os eventuais custos ligados a tal escolha lingüística. Não se trata somente de despesas de tradução, mas também de poder contar sempre com jurista suficientemente fluente, familiarizado e com suficiente experiência daquele sistema jurídico estrangeiro para poder avaliar com precisão o peso e as conseqüências que podem resultar de tal escolha, e da adequação da transposição jurídica entre as duas línguas. É também preciso pensar que durante todo o período de execução do contrato haverá quantidade significativa de documentos redigidos na língua oficial do contrato, que será necessário traduzir e conhecer.

Uma ou mais cláusulas regulando a questão da língua do contrato e a utilização dos idiomas nas relações contratuais são indispensáveis em qualquer

contrato internacional ⁽²⁷⁾. As normas FIDIC, por exemplo, têm cláusula regulando a questão da língua do contrato ⁽²⁸⁾.

Mesmo que a pluralidade dos idiomas seja um fato normal nas relações contratuais internacionais, será sempre necessário estabelecer hierarquia ou, ao menos, clara definição de papéis entre as várias línguas utilizadas pelas partes, especificando seu papel na determinação de direitos e obrigações das partes e na interpretação das cláusulas contratuais ⁽²⁹⁾. Não obstante seus inconvenientes, o *dépeçage* lingüístico de uma relação contratual pode se mostrar uma alternativa válida e útil, assegurando mais flexibilidade, por exemplo, na correspondência ou outros documentos secundários enviados pelas partes, enquanto os principais documentos contratuais serão redigidos e submetidos à interpretação em língua neutra, ou na língua estrangeira conhecida pelas partes contratantes.

Capítulo III - desenvolvimento da negociação: tratativas

Após as técnicas de negociação e redação e a escolha do idioma contratual, convém examinar mais de perto o desenvolvimento da negociação.

As partes entabulam entendimentos ou tratativas (*pourparlers*). Esse procedimento preliminar pode levar ou não à celebração de um contrato. Mas, vale refletir: qual é a natureza jurídica e qual o papel de tais entendimentos (seção 1)? O contexto internacional da negociação colocará dificuldades específicas a tais entendimentos, as quais deverão ser levadas em conta (seção 2). Finalmente, quais podem ser as conseqüências de tais entendimentos (seção 3)?

seção 1 - natureza jurídica e desenvolvimento da negociação

A expressão do consentimento das partes é o critério para a determinação da formação do contrato, e a distinção entre celebração do contrato (ou contrato definitivo e tratativas) depende quase exclusivamente da expressão recíproca do consentimento das partes. É importante poder determinar se o contrato já foi celebrado, ou se as partes ainda se encontram em estágio pré-contratual. Durante o período das negociações, as partes não estarão vinculadas pelo contrato que tencionam celebrar, e estão preparando, senão na medida em que a negociação exprima o consentimento das partes, mesmo se a expressão desse consentimento não alcança senão aspectos parciais.

O aspecto fundamental dessa distinção é a identificação das categorias comportamentais suscetíveis de engedrar acordo entre as partes. Para que o consentimento exista, é preciso que se dê o encontro de duas manifestações de vontade concordantes. Na medida em que o comportamento das partes não apresente tais características, estaremos, ainda, no domínio das simples tratativas.

O consentimento se exprime, normalmente, por uma oferta, seguida da respectiva aceitação, feita por um intercâmbio simultâneo de manifestações de vontade, no momento da assinatura do documento contratual. Mas, o momento no qual se exprime o consentimento pode não ser tão claro, nem tão facilmente determinável, sem que seja, tampouco, possível, negar a existência de relações contratuais entre as partes.

Normalmente, a evidência da existência de uma oferta aceita é o suficiente para comprovar a celebração do contrato, mas esta não é, de forma alguma, a prova exclusiva. A existência do consentimento pode, igualmente, ser determinada por outros modos, tais como a produção de documentos relatando a formalização de tais vínculos ⁽³⁰⁾.

A existência de acordo pode, igualmente, ser deduzida do comportamento das partes, sem que se procure identificar oferta e aceitação, mas exprimindo vínculo tácito, que não seria negado pelo comportamento das partes, não obstante a inexistência de consentimento expresso. O simples intercâmbio de mensagens que se prolonga por determinado período de tempo pode caracterizar tanto um simples convite a negociar quanto uma verdadeira negociação.

seção 2 - dificuldades específicas dos contratos internacionais

A formação do contrato, suas formalidades e conseqüências podem apresentar dificuldades específicas, em se tratando de contratos internacionais ⁽³¹⁾ como bem ilustra a existência de convenções internacionais contendo regulamentação desse problema, tais como a Convenção da Haia, de 1º de julho de 1964, sobre a formação dos contratos de venda internacional de objetos móveis corpóreos, ou a Convenção de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre os contratos de venda internacional de mercadorias.

No caso de um contrato internacional, a lei aplicável para regular sua formação é determinada pelo sistema de soluções de conflitos de leis no espaço, ou seja, o sistema de direito internacional privado no seio do qual trabalha o juiz ⁽³²⁾.

seção 3 - efeitos da negociação

A discussão que precede a celebração do contrato somente desempenha papel relevante na medida em que possa exprimir a evolução, ou as diferentes etapas da expressão do consentimento das partes, e não pelo debate considerado em si mesmo.

Na prática, a negociação pré-contratual desempenha, muitas vezes, papel fundamental. Isso se explica pela importância e pelas complexidades crescentes dos bens, objeto de intercâmbio, bem como pelos mecanismos jurídicos de sua implementação. O encontro imediato da oferta e da aceitação, já observava Gothot ⁽³³⁾ é, freqüentemente, fórmula demasiado simplista para resolver todos os problemas colocados por tais acordos.

Durante o período pré-contratual, existe clima de tensão que é vivido por todas as partes envolvidas, de dicotomia entre a necessidade de salvaguardar sua liberdade de não contratar, até o momento em que sede o acordo definitivo, e a

necessidade de garantir sua segurança, no tocante aos fragmentos contratuais já negociados. Cada parceiro terá o cuidado de tentar salvar sua própria liberdade, ao mesmo tempo em que considerará indispensável garantir sua segurança, com relação às condições negociadas.

Esse conflito entre liberdade e compromisso das partes é analisado por Joanna Schmidt ⁽³⁴⁾, que observa: "o respeito absoluto da liberdade contratual levaria a recusar qualquer intervenção" -- ou efeito -- "jurídica até que o contrato seja celebrado, ficando as partes livres para conduzir a negociação como melhor lhes parecer. A necessidade de segurança exige, por seu turno, a intervenção do direito, de forma a assegurar a harmonização dos interesses colocados frente a frente, em contexto de respeito à lealdade e boa fé. O direito controla, dessa forma, as relações pré-contratuais, garantindo certa deontologia das negociações: os mecanismos da responsabilidade civil delitual são principalmente utilizados para satisfazer tal objetivo, e extrair as conseqüências cabíveis dos comportamentos contratuais faltosos"

Titulo II - vínculos pré-contratuais: carta de intenções e pré-contrato

O desenvolvimento da negociação de um contrato pode conduzir a decisões pontuais ou pode se ver limitado por restrições de ordem interna ou externa, tanto como por requisitos que estarão na base das relações contratuais, e que deverão ser levados em conta a seguir.

Dentre os múltiplos mecanismos dos quais podem se servir as partes, as cartas de intenções e os pré-contratos estão entre os mais freqüentemente utilizados.

Embora sejam práticas correntes, as cartas de intenções e os pré-contratos foram bastante negligenciados pela doutrina, persistindo, todavia, grandes incertezas, tanto a respeito de sua definição quanto de seus efeitos jurídicos.

A carta de intenções e o pré-contrato mesmo sendo preliminares em relação a um contrato principal posterior não se confundem com este último. Trata-se, agora, de situar a noção e os aspectos principais da carta de intenções (cap. IV) em relação aos pré-contratos (cap. V).

Capítulo IV - a carta de intenções

A carta de intenções, já se disse, é aspecto muito importante e bastante negligenciado ⁽³⁵⁾ do fenômeno da formação contratual.

As reflexões da doutrina são pouco numerosas e a prática fez uso das cartas de intenções em situações tão diversificadas ao ponto de tornar a noção bastante vaga ou mesmo incerta.

Seria, assim, conveniente, tentar definição da carta de intenções (seção 1), antes de analisar a noção de pré-contrato em relação à carta de intenções (seção 2) e, finalmente, os efeitos da carta de intenções (seção 3).

seção 1 - definição

A carta de intenções é mecanismo pré-contratual de expressão dos objetivos e da disponibilidade das partes em assumir compromissos no limiar do processo cujo resultado será -- normalmente, em caso de sucesso das negociações -- a celebração do contrato principal.

A carta de intenções desempenha duplo papel, na medida em que constitui, ao mesmo tempo, um balanço dos pontos já alcançados e um programa de ação para as partes.

Esses dois elementos poderiam ser analisados separadamente: a carta de intenções, enquanto balanço dos pontos já alcançados, sistematiza aspecto muito específico da negociação; enquanto programa de ação, a carta de intenções exprime a expectativa dos resultados da negociação, devendo dar uma base praticamente estável do estado da negociação.

A idéia central da carta de intenções é que as partes, pela assinatura colocada em tal documento, se vinculam em processo de negociação, ou mesmo em contrato de negociação, ou de compromisso de negociar.

A carta de intenções deve fornecer indicações a respeito do dever de negociar, considerado em si mesmo, e exprimir as obrigações das partes, dentre as quais, especialmente, a obrigação de não mais recolocar em discussão os pontos já decididos durante a negociação e inscritos na carta de intenções.

É preciso levar em conta o fato de que o dever de negociar deve ser encarado como obrigação de resultado, e o fato de subtrair-se a tal compromisso pode colocar em jogo a responsabilidade contratual.

seção 2 - pré-contrato e carta de intenções

A carta de intenções é um dos mecanismos de formação dos contratos que, normalmente, assinala o término da fase dos entendimentos preliminares, ou tratativas. A carta de intenções, precedendo o contrato definitivo, tem o mesmo campo de aplicação do pré-contrato.

A definição ideal e teórica da carta de intenções apresenta dificuldades e sempre suscitou controvérsias. Poder-se-ia mesmo, acompanhando o grupo de trabalho de Marcel Fontaine, dizer que não existe conceito bem definido da carta de intenções⁽³⁶⁾ e que a expressão vem sendo utilizada pelos práticos em hipóteses tão diversificadas, em concorrência, ademais, com outras expressões análogas (tais como *accord de principe*, *protocole d'accord*, *letter of understanding* etc.).

Guy Pevtchin observa que a carta de intenções é conseqüência da complexidade dos projetos⁽³⁷⁾. Essa complexidade acarreta, obrigatoriamente, a existência de fase pré-contratual as vezes bastante longa, onde concorre a colaboração de diversas empresas, que nem sempre estão agrupadas em consórcio chefiado por um líder. Além de sua duração, o período pré-contratual pode acarretar custos consideráveis: custos de estudos preliminares e deslocamentos de pessoas, salários, etc. A título de exemplo poderiam ser citados os acordos relativos a construção de fábricas prontas para operação (*usines clé sur porte*), os acordos relativos à prospecção ou extração de produtos do subsolo terrestre ou marítimo, os

contratos de fornecimento de matérias-primas a longo prazo, ou a transferência, a licença ou exploração conjunta de tecnologias de ponta ⁽³⁸⁾.

A semelhança entre a carta de intenções e o pré-contrato é assinalada por Guy Pevtchin ⁽³⁹⁾, na medida em que, em ambos os casos, trata-se de "*délais dans la rédaction des contrats, des autorisations administratives de dernière minute qui manquent, etc. En d'autres termes, on se trouve dans une zone grise et on ne distingue plus clairement si l'on est en présence d'un contrat ou pas*".

Da mesma forma que o pré-contrato, observa Mirene Geninet ⁽⁴⁰⁾, a carta de intenções fixa os elementos do contrato principal, a respeito dos quais as partes estão de acordo, enquanto aguardam a celebração do contrato definitivo, ou as autorizações administrativas necessárias à formação desse contrato.

Poder-se-ia, igualmente, assinalar o papel econômico e financeiro desempenhado pelos pré-contratos: o de permitir às partes contratantes fazê-los valer junto aos bancos, visando a obtenção de financiamento, ou tentar a conquista de um mercado, e a celebração de outros contratos ⁽⁴¹⁾.

No campo econômico e financeiro, a analogia é muito nítida entre o papel da carta de intenções e o pré-contrato, enquanto técnicas de formação do contrato definitivo.

No campo jurídico, o papel reconhecido pela prática à carta de intenções é bastante extenso, indo desde a mais elementar sistematização das negociações preliminares até o acordo autorizando o início da execução do contrato principal, antes que este seja celebrado em sua forma definitiva.

O alcance da carta de intenções ultrapassa o do pré-contrato, cuja vocação não comporta a execução parcial do contrato principal, antes de sua conclusão definitiva. A obrigação de sigilo, imposta às partes em razão do pré-contrato, permite deixar a situação em expectativa, o objeto no estado descrito por ocasião do pré-contrato, mas, absolutamente, não se trata jamais de execução das obrigações que resultarão do pré-contrato.

seção 3 - efeitos da carta de intenções

A carta de intenções exprime a obrigação das partes de levar a bom termo a negociação encetada, segundo a organização para esta prevista, mas é difícil supor que a carta de intenções pudesse obrigar as partes à efetiva celebração do contrato principal.

A carta de intenções, normalmente -- como indica o próprio *nomen juris* -- exprime a intenção das partes quanto à negociação, considerada como um meio de alcançar, mediante condições satisfatórias, a celebração do contrato principal.

A carta de intenções terá, assim, como efeito, a criação de obrigação de discutir as condições de um contrato futuro, cuja natureza e conteúdo foram definidos, por meio da carta de intenções.

Essa obrigação de discutir as condições de um contrato futuro contém duas prestações de natureza diversa: de um lado, uma obrigação de resultado, ou seja, a de entabular a negociação, e por outro lado, uma obrigação de meios, a saber, a de conduzir a negociação com boa fé.

A obrigação de resultado, decorrente da carta de intenções, ou seja, a obrigação de entabular a negociação não implica, necessariamente, que o contrato principal venha a ser concluído. Não há modo de estipular a obrigação de celebração do contrato inicialmente almejado pelas partes. As partes podem se dar conta, no curso da negociação, que lhes é impossível chegar a um acordo, no tocante às condições do contrato definitivo. Se a obrigação de entabular a negociação foi seriamente respeitada, as partes poderão, validamente, encerrar suas relações, sem que seja cabível cogitar qualquer tipo de indenização.

A obrigação dos meios, resultante da carta de intenções, diz respeito à boa-fé na conduta da negociação, e pode ser avaliada por si mesma. As partes ficam, nesse sentido, obrigadas a formular propostas sérias, que devem, por seu turno, ter relação direta e precisa com o objeto e as ordens de grandeza econômicas, colocadas em jogo pelo contrato. Negociar de boa-fé significa, no conjunto, manter atitude ativa e positivamente orientada no sentido da busca de um acordo definitivo.

Capítulo V - o pré-contrato

O pré-contrato se coloca como preliminar do contrato principal, do qual seria o precursor e o garantidor, durante o desenrolar da negociação.

Para melhor situar o conteúdo da expressão pré-contrato, seria interessante analisá-la em relação à noção de contrato (seção 1), antes de passar em revista algumas noções próximas (seção 2), e, finalmente, examinar a extinção do pré-contrato (seção 3).

seção 1 - a noção de contrato e o pré-contrato

O pré-contrato é um acordo de vontades contendo promessa sinalagmática de celebrar contrato definitivo, ou o compromisso de o considerar como celebrado, caso o beneficiário do pré-contrato aceite a opção contida no contrato preliminar, acarretando, assim, a celebração automática do contrato principal.

O pré-contrato, além do compromisso de celebrar o contrato principal, ou de considerá-lo como celebrado em caso de aceitação da opção, pode, igualmente, conter a expressão do acordo das partes, quanto a determinados elementos que integrarão o contrato definitivo, mesmo sem dispor de todos os elementos necessários à formação do contrato principal.

A análise da noção de contrato deve nos permitir distinguir três categorias: a essência do contrato, a natureza do contrato e dados acidentais do contrato.

A doutrina francesa, por exemplo, dentre os elementos essenciais do contrato de venda, por exemplo, aponta como indispensável a existência de acordo sobre o objeto e o preço, bem como a vontade do proprietário de transferir a propriedade, transferência essa aceita pelo adquirente ⁽⁴²⁾.

Depois dos elementos essenciais (*les choses qui sont de l'essence du contrat*) Pothier ⁽⁴³⁾ descreve os elementos que são da natureza do contrato (*la nature du contrat*), distintos dos elementos essenciais, porquanto o contrato pode subsistir sem eles, sendo passíveis de exclusão, por convenção das partes; e distintos, ainda, dos elementos acidentais do contrato (*choses accidentelles du contrat*), que não sendo

ligados à natureza deste, só se encontram, em determinado caso, em razão de cláusula específica, acrescentada ao contrato pelas partes.

Essas três categorias podem nos permitir situar o pré-contrato em relação à noção de contrato. A essência do contrato deverá ser determinada pelo pré-contrato. Assim, se no exemplo do contrato de compra e venda, falta o acordo quanto à transferência da propriedade, não mais se trata de venda e compra, mas de locação; daí a utilidade e necessidade de acordo das partes quanto à tipologia contratual, acordo esse distinto do acordo quanto ao objeto e ao preço. Além disso, para que o contrato projetado se torne o contrato principal, é preciso que exista manifestação de concordância das partes, para que o acordo definitivo produza a plenitude de seus efeitos⁽⁴⁴⁾. Dentre os elementos relativos à natureza do contrato, sempre no exemplo do contrato de venda e compra, é preciso que as partes organizem a perfeição consensual, solene ou real, quer se trate de contrato definitivo consensual, solene ou real. Enquanto as partes não tiverem procedido a tal organização, a formação do contrato principal não está determinada.

Organizando a perfeição da venda sob forma consensual, solene ou real, as partes podem descartar a presunção legal, segundo a qual, em caso de silêncio dos contratantes, o acordo quanto ao objeto e ao preço acarreta a perfeição do contrato principal. A perfeição da venda, elemento da natureza do contrato, pode já estar ou não estipulada no pré-contrato, sem ter efeitos sobre a formação do contrato principal.

Os elementos acidentais, por seu turno, acrescentados pelas partes, nos termos de determinada cláusula específica, tais como o prazo acordado para pagamento do preço, ou a faculdade de proceder ao pagamento do preço em prestações sucessivas, não têm efeito sobre a formação do contrato principal. A venda e compra estaria igualmente celebrada, mesmo que as partes não tivessem acordado tais detalhes.

seção 2 - pré-contrato e noções próximas

Para melhor situar a noção de pré-contrato, seria conveniente relacioná-la com as noções próximas, e considerar especificamente os estudos técnicos preliminares, a punctação (*punctuation*) e os contratos-quadro.

a. pré-contrato e os estudos técnicos

A importância econômica dos bens objeto do contrato e a complexidade dos instrumentos contratuais normalmente determinarão a necessidade de estudos técnicos e de contratos preliminares. Esses dois mecanismos, não obstante sua aproximação temporal (sendo, ambos, utilizados em momentos similares) e seu papel acessório, em relação ao contrato principal, não devem ser confundidos. Convém, ora, precisar a noção de estudo técnico preliminar.

Um estudo técnico destina-se a examinar a concepção da obra que será objeto do contrato principal. No momento do estudo técnico trata-se de averiguar se a operação planejada é factível de ponto de vista tecnológico, e de determinar o *modus faciendi*, de forma a assegurar a compatibilidade entre os aspectos objetivos

pretendidos pelo cliente, as exigências e/ou técnicas impostas pelo ordenamento jurídico local e a rentabilidade do projeto.

O contrato de estudo técnico preliminar não se confunde com os pré-contratos, embora ambos se situem na fase que precede a celebração do contrato principal.

b. o pré-contrato e a punctação

A punctação (*punctuation*) ou formação sucessiva do contrato ⁽⁴⁵⁾ é outra noção próxima, mas que não deve, tampouco, ser confundida com o pré-contrato.

Punctação é termo que pode ser empregado para designar ⁽⁴⁶⁾ a formação do contrato em etapas sucessivas, ou formação pontual, mas, o sentido mais estrito do termo designa o instrumento redigido pelas partes para fixar pontos da negociação sobre os quais já foi alcançado acordo.

A punctação designaria, assim, o acordo sobre determinados elementos do contrato principal.

A punctação pode abordar elementos essenciais ou acessórios do contrato, mas não se confunde com o contrato principal nem tampouco com o pré-contrato.

A punctação é expediente destinado a fixar os elementos já estabelecidos do contrato, resumindo, assim, as partes os frutos das negociações preliminares, fixando por escrito seus principais elementos. Trata-se de obrigação de não voltar à discussão de tópicos já acordados pelas partes.

c. o pré-contrato e o contrato-quadro

O contrato-quadro é acordo entre diferentes partes a respeito de determinados elementos fundamentais que terão papel de contrato de aplicação para as encomendas futuras entre fornecedor e distribuidor.

J. M. Mousseron ⁽⁴⁷⁾ observa que o contrato-quadro é acordo visando definir as principais regras segundo as quais serão regidos acordos a serem sumariamente celebrados no futuro, ou seja, *contrats d'application d'exécution*, para os quais simples pedidos ou faturas simplificadas serão emitidos.

Assim, percebe-se, tampouco o contrato-quadro se confunde com o pré-contrato.

seção 3 - extinção do pré-contrato

No momento em que é feita a promessa de contrato no pré-contrato, a oferta do contrato principal ainda não foi inteiramente formulada, considerando que segundo os termos de tal promessa é que as partes se organizarão para atender as prestações contratuais. A seqüência das negociações poderá acarretar duas conseqüências: ou a celebração do contrato principal, ou a caducidade e inexecução do pré-contrato.

A celebração do contrato principal é o resultado da promessa de contratar, formulada no pré-contrato. O contrato definitivo, observa Irineu Strenger ⁽⁴⁸⁾ é o ato pelo qual as partes se comprometem a aceitar determinadas obrigações, exprimindo a natureza jurídica dos laços que as vincularão.

A expressão do acordo das partes, desde o pré-contrato até o contrato definitivo será, sempre, acompanhada por efeitos jurídicos, e suas diferenças serão antes diferenças de grau, de limite e de eficácia, do que diferenças de natureza ⁽⁴⁹⁾.

O contrato definitivo confere estabilidade à expressão do acordo das partes, refletindo a confiança recíproca, no momento da contratação, bem como a expectativa de solidez e de intenção de boa-fé nas relações entre as partes.

A caducidade do pré-contrato pode resultar de diversos eventos: seja a morte de uma das partes, ou desligamento de determinada pessoa dos quadros de uma empresa, no caso de pré-contrato celebrado *intuitu personae*, ou em razão de causas de caducidade resultantes da própria natureza do contrato, desejada pelas partes e regulada por cláusulas claras e precisas. Dentre as modalidades de caducidade, a mais freqüente é a fixação, no pré-contrato, de prazo, durante o qual ficam vinculadas as partes.

A inexecução do pré-contrato vincula a responsabilidade do promitente. Dentre as obrigações resultantes do pré-contrato, figura a obrigação de sigilo (que se divide em conservação material e conservação jurídica da coisa) e as obrigações relativas à conclusão do contrato definitivo ⁽⁵⁰⁾.

O inadimplemento da obrigação de conservação material do objeto vincula a responsabilidade do promitente, podendo acarretar a condenação a reparar o prejuízo sofrido pelo beneficiário, seja mediante o pagamento de indenização, seja mediante reparação em espécie.

Mesmo que o objeto do contrato definitivo seja materialmente conservado, o pré-contrato pode não ser executado se uma das partes se recusar a celebrar o contrato definitivo, ou se tal celebração tornou-se impossível, em razão da violação, pelo proprietário, da obrigação de conservação jurídica do objeto.

A conclusão do contrato principal pode se tornar impossível tanto em razão da aquisição, por um terceiro, de direitos concorrentes sobre o objeto do contrato definitivo, ou em razão de violação da obrigação de conservação jurídica do objeto, no estado em que se encontrava no momento da celebração do pré-contrato, geralmente isenta de ônus e integrando a propriedade do promitente.

Em suma, o inadimplemento do pré-contrato pode ter causas múltiplas. Tal inadimplemento poderá acarretar sanções, caso vincule a responsabilidade do promitente.

Segunda Parte - A formação do contrato

A negociação do contrato e os vínculos pré-contratuais, foram o objeto das páginas precedentes. Partindo da análise anterior, podemos agora enfocar a formação do contrato.

A formação do contrato está direta e necessariamente ligada à existência de uma oferta e de sua aceitação (título I), mas ocorrem diversidades entre sistemas, porquanto, em direito inglês, por exemplo, é preciso poder, igualmente, caracterizar

a intenção das partes quanto ao estabelecimento de relações jurídicas (a *intention to create legal relations*) e a ocorrência de válida *consideration* (aspectos, por seu turno, examinados no título II).

título I - oferta e aceitação

A oferta e a aceitação são os elementos fundamentais para a formação do contrato, por meio dos quais se exprime o acordo das partes.

Oferta e aceitação são duas noções clássicas, extensa e cuidadosamente bem estudadas. Nesse sentido, não se trata de retomá-las sob a óptica do direito civil clássico, mas sobretudo, de confrontá-la com as exigências colocadas pelos contratos internacionais.

Capítulo VI - oferta

A formulação de uma oferta marca uma nova etapa no processo contratual, constituindo o marco inicial decisivo para a formação do contrato, que pode vir a ser completado pela aceitação.

Nesse sentido é importante comparar a oferta e o estabelecimento de negociação entre as partes, e de distinguir bem as duas noções (seção 1), antes de analisar os elementos necessários à existência da oferta (seção 2), e finalmente, os efeitos da oferta, especialmente a possibilidade e as conseqüências de sua revogação (seção 3).

seção 1 - oferta e tratativas

A oferta, por sua natureza e efeitos, se distingue do simples estabelecimento de negociação, ou entré en *pourparlers*, na medida em que a oferta encerra, em si mesma, o objetivo e a possibilidade de alcançar a celebração do contrato.

Existe nítida gradação da firmeza na expressão da intenção de contratar ⁽⁵¹⁾. Essa escala de graus de firmeza terá como expressão mais completa e precisa a oferta, permitindo imediata aceitação por parte do destinatário. A firmeza da vontade de contratar implica no abandono, por parte do autor da oferta, ao destinatário, da faculdade de formar o contrato, mediante simples aceitação das condições oferecidas. Qualquer restrição imposta por seu autor a tal manifestação desqualificaria a oferta.

O autor da oferta que acarretará a formação do contrato não é necessariamente quem tomou a iniciativa de formular a primeira proposta, mesmo que esta tenha sido suficientemente firme e precisa para poder constituir verdadeiramente uma oferta. A oferta que formará o contrato é aquela que encontrará a aceitação pura e simples da outra parte. Ou seja, o autor da oferta constitutiva do contrato é quem que formula aquela oferta que encontrará aceitação por parte de seu destinatário, sem reservas nem contra-propostas.

seção 2 - existência da oferta e seus elementos

A formulação de uma oferta é etapa decisiva na expressão do consentimento. Nesse sentido, embora não seja indispensável que a oferta contenha todos os elementos do contrato futuro, ela deve, necessariamente, ser suficientemente precisa para que possa conter todos os elementos essenciais do contrato. A formação do contrato deve poder resultar da simples aceitação por parte do destinatário da oferta, sem que seja necessário acrescentar outras precisões.

Elemento essencial para poder caracterizar a vinculação das partes seria a formulação de oferta, cuja aceitação das condições pelo destinatário estaria apta a formar o contrato.

A oferta, contudo, não poderá contribuir para a formação do contrato, nem vincular, como tal, a responsabilidade de seu autor, que com a condição de ser precisa, firme e inequívoca, de forma a exprimir verdadeiro compromisso. Não estando revestida de tais características não seria uma oferta; mas simples convite a entabular negociação (*invitation à entrer en pourparlers*) ou tomada de preços ou licitação (*appel d'offres ou bid*).

Breve exame desses elementos forneceria parâmetros para melhor situar a formulação de uma oferta, no curso de uma negociação.

Dizer que a oferta deve ser precisa não implica em dizer que esta deverá necessariamente se apresentar sob a forma de um projeto completo de contrato, mas é indispensável que ela fixe os elementos essenciais do contrato proposto.

O grau de precisão necessário depende, em grande medida, da natureza do contrato. Em contrato de venda, retomando o exemplo clássico, deverá ser mencionada a coisa vendida e seu preço. Por seu turno, uma oferta de serviços pode dar lugar ao nascimento de um contrato, mesmo sem comportar indicações de preço, caso seja habitual que este venha a ser determinado mais tarde, como em muitos casos de honorários profissionais.

De qualquer forma, as reservas somente afetarão de modo útil a oferta caso sejam expressas ou, se forem tácitas, caso correspondam aos usos ou à natureza da convenção. E, de fato, indispensável que o destinatário da oferta possa tomar conhecimento das reservas, para que essas mesmas reservas possam validamente ser invocadas posteriormente.

A oferta deve, ainda, ser clara e inequívoca, de modo a vincular seu autor, e permitir a formação do contrato. Seus elementos devem ser formulados com precisão. Ofertas simultâneas e contraditórias não permitem percepção clara da vontade de seu autor.

seção 3 - efeitos da oferta: possibilidade e conseqüências da revogação

O efeito principal da oferta é a formação do contrato, mediante a coincidência com a aceitação formulada pelo destinatário da oferta. Caso o autor da oferta pretenda, nesse momento, se retratar, e retirar a proposta, haveria inexecução do contrato, suscetível de acarretar a execução forçada e de vincular a responsabilidade contratual.

Esse efeito principal da oferta é inseparável da aceitação e das condições nas quais se dá a concordância necessária à formação do contrato.

A oferta, em si mesma, tem valor jurídico próprio. Mesmo antes de sua aceitação, constitui manifestação voluntária -- e cabe indagar em que medida esse fato voluntário permanece sob o controle da vontade de seu autor. Dizer isso implica especificar em quais condições pode ocorrer a revogação da oferta e determinar o tempo durante o qual a oferta conservará sua eficácia.

A doutrina clássica francesa, segundo J. Ghestin ⁽⁵²⁾ estimava que a oferta poderia ser livremente revogada. O contrato somente sendo formado pela concordância da vontade das partes, faria com que a oferta, antes de sua aceitação, não tivesse qualquer força obrigatória. Mesmo admitindo esse princípio, a jurisprudência impôs-lhe importantes restrições, em torno das quais foi feito grande esforço de justificação quanto aos fundamentos jurídicos. Já os autores contemporâneos, observa o mesmo autor, se, por um lado, concordam em afastar a explicação deduzida de um pré-contrato, preferem, alguns, pleitear a existência de vínculo unilateral, enquanto outros falam em responsabilidade delitual.

Sem retomar longo e tortuoso debate a respeito do tema, é preciso, contudo, ter presente o fato de que, pode ser que exista um verdadeiro pré-contrato, ou um vínculo unilateral, ou ainda omissão, acarretando a responsabilidade do autor da oferta.

A existência e a manutenção da oferta pode ser objeto de verdadeiro acordo. Segundo 'venerando' *Arrêt* emanado da *Cour de Colmar* ⁽⁵³⁾,

"une offre peut être considérée comme obligatoire pour celui qui la formule, même avant acceptation de celui auquel elle est destinée, des lors qu'il résulte d'un accord expres ou tacite, mais indiscutable, qu'elle a été formulée pour être maintenue pendant un délai déterminé".

Capítulo VII - aceitação

A aceitação é a resposta à oferta, e é com a formulação da aceitação que se completa a formação do contrato. Mas, o que, exatamente, quer dizer 'aceitação'? Qual é a noção de aceitação (seção 1)? Aceitação é, essencialmente, expressão de concordância, mas a simples ausência de recusa, ou seja o silêncio, pode este caracterizar a aceitação (seção 2)? Vale, ainda, examinar, em seguida, os efeitos da aceitação para a celebração do contrato (seção 3).

seção 1 - noção de aceitação

A formação de vínculos entre as partes, dos quais resultará a formação do contrato, exige a concordância entre a oferta e a aceitação. Não é indispensável que a manifestação da vontade abranja a totalidade dos aspectos da oferta, mas é necessário que o acordo das partes alcance efetivamente os elementos considerados pelas partes como essenciais.

Com o intuito de precisar quais sejam os elementos da noção de aceitação, pode-se distinguir, acompanhando J. Ghestin ⁽⁵⁴⁾, os elementos objetivamente essenciais e os elementos considerados pelas partes como essenciais.

Os elementos objetivamente essenciais são aqueles que acarretam a determinação das prestações, mutuamente respaldadas em contrapartidas. Dependem tais elementos da operação jurídica que tende a formar o contrato. No caso, sempre lembrado, de compra e venda, os elementos objetivamente essenciais são constituídos pela determinação do objeto da prestação e seu preço.

Além dos elementos objetivamente essenciais, as partes sempre podem convencionar que a formação do contrato fique subordinada a elementos, que por sua natureza, teriam caráter acessório, mas que são elevados, pelas partes, naquela negociação em curso, à determinação, por exemplo, da data ou do local de entrega, da data de pagamento, ou mesmo da realização de evento exterior ao contrato.

A aceitação comportando reservas significa uma contra-oferta, que constituiria, a rigor, recusa da oferta original, comportando formulação de nova oferta, que ficaria sujeita a nova aceitação.

Tendo abordado a noção de aceitação, seria, agora, oportuno examinar, dentre as modalidades possíveis, o papel do silêncio, como manifestação de aceitação. Esta deve, normalmente, ser feita, em alguns casos, com a ausência de manifestação.

seção 2 - o silêncio vale aceitação?

A regra geral orienta-se no sentido de que o silêncio não é equivalente à aceitação de uma oferta. O mais freqüente é não existirem fórmulas ou modalidades específicas, exceto se tais formalidades forem impostas por lei, ou resultarem de prática habitual, consagrada por usos e costumes ou convenção das partes⁽⁵⁵⁾.

Nem os direitos nacionais, nem tampouco o direito convencional⁽⁵⁶⁾ formulam exigências a respeito da forma da aceitação, sendo, esta, inclusive, passível de comprovação por testemunhas.

É possível imaginar que o silêncio desempenhe papel como modalidade de expressão da aceitação, quando as partes tivessem previamente estipulado que a celebração futura do contrato far-se-ia pelo silêncio de uma das partes.

O silêncio, considerado como modalidade de aceitação, é viável nos casos em que tivesse ocorrido sucessão de vínculos anteriores entre as partes contratantes⁽⁵⁷⁾. Nessa continuidade de laços contratuais, o silêncio de uma das partes, diante da nova proposição formulada pela outra, poderia vir a ser admitido como equivalente da aceitação⁽⁵⁸⁾.

Normalmente, durante ou ao término das negociações entre as partes, nos casos em que não tivesse ocorrido qualquer contrato anterior, o dever de exprimir claramente a aceitação será, normalmente, indispensável, de forma a assegurar a formação do contrato.

seção 3 - efeitos da aceitação e celebração do contrato

A expressão da aceitação é o momento fundamental para a formação do contrato. E somente a partir da aceitação que tem pleno cabimento a pretensão à existência de vínculos entre as partes, clara e inequivocamente caracterizando a existência de contrato, e das relações entre partes contratantes, com a nítida

distinção entre o período pré-contratual e o período contratual, e conseqüentes diversidades de regime daí resultantes.

A aceitação, da qual decorre a celebração do contrato, reveste-se de grande importância, sobretudo em matéria de contratos internacionais, não-somente porque a celebração do contrato assinala o divisor de águas e a transição entre a fase pré-contratual e a fase contratual, e somente a partir desse momento poderão integrar o conteúdo do contrato as modificações a respeito das quais tenham as partes podido alcançar novo acordo, mas especialmente, porque o momento da celebração permite determinar, igualmente, o local de celebração do contrato, não obstante a evolução dos meios técnicos de transmissão tenda a crescente 'deslocalização' da formação contratual.

A determinação do local de celebração do contrato -- não obstante o célebre exemplo de Henri Batiffol, a respeito do empreendedor libanês e de seu parceiro celebrando contrato durante ascensão em *ski-lift* de Saint Moritz, como tipificação de irrelevância do local de celebração do contrato -- pode ser significativa tanto na determinação da lei aplicável quanto do foro competente. Tal determinação será, normalmente, simples, quando estiverem as partes simultaneamente presentes no momento da contratação, mas faz-se menos simples, na maioria dos casos, em que se trata de contratação *inter absentes*. Os sistemas jurídicos nacionais podem estipular que, em determinados casos, as modalidades escolhidas pelas partes para a celebração do contrato podem ser equiparados à presença efetiva das partes, mas tais dificuldades ainda não foram totalmente superadas ⁽⁵⁹⁾.

Nesse campo existem dois modelos principais, acolhidos pelos vários sistemas nacionais, tendo como fonte, respectivamente, em um caso, o direito romano e no outro, o modelo adotado pelo *common law*.

Em diversos direitos nacionais de inspiração romana, a norma ⁽⁶⁰⁾ é de que a celebração do contrato somente ocorre no momento em que o autor da oferta toma ciência da aceitação de sua oferta pelo destinatário desta.

Nos países do *common law*, bem como nos países germânicos, a conclusão do contrato tem lugar no momento da expedição (segundo a assim chamada *mail box rule*).

Em caso de revogação da aceitação da oferta, mas, ainda mais freqüentemente, em caso de revogação da oferta, essa diversidade de regimes nacionais pode ter conseqüências muito sérias, sobretudo porque a grande maioria dos contratos internacionais são, em grande medida, contratos de autor da oferta, de saber até que momento pode ser feita a revogação desta, e para o destinatário, de determinar até que momento será possível a revogação da aceitação. Tais situações tornam-se tanto mais consideráveis em contexto de inflação acelerada ⁽⁶¹⁾, de instabilidade política ou de riscos graves de mudanças substanciais ⁽⁶²⁾.

A busca de critério uniforme, para fazer face a tais diversidades nacionais sempre foi e continua a ser ponto central dos esforços de unificação nas convenções internacionais em matéria de direito do comércio internacional.

O único domínio, no qual foram alcançados resultados concretos é o da venda de objetos móveis corpóreos, mesmo sem ter podido alcançar acordo quanto a adoção de um ou outro dos referidos modelos nacionais de formação contratual, porquanto os representantes de países que adotam a *mail box rule* podem ter

conferido bastante importância ao conhecimento efetivo do conteúdo da aceitação, por parte do autor da oferta, mas nem por isso impuseram a divisão entre o momento da celebração do contrato, ligado à expedição da aceitação e a eficácia do contrato, que, por seu turno, está ligada à efetiva tomada de conhecimento da aceitação pelo autor da oferta ⁽⁶³⁾.

Cada um dos modelos fez concessões ao outro, sem renunciar totalmente a seus próprios princípios: o modelo baseado na *mail box rule* acolheu a idéia da necessidade da tomada de conhecimento do autor da oferta, para assegurar a eficácia da aceitação e o modelo de fonte romana, por seu turno, acatou a idéia de que o contrato pode ser considerado como tendo sido celebrado no momento em que procede o conhecimento da aceitação ⁽⁶⁴⁾.

A Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias prevê, especificamente, em seu art. 23, que o momento da celebração do contrato está vinculado à eficácia da aceitação.

A eficácia da aceitação, por seu turno, é regulada pelo art. 18, em três aspectos principais:

recusa de considerar o silêncio como aceitação;

a aceitação se dá mediante declaração, no momento em que esta chega ao autor da oferta;

possibilidade de que a aceitação seja considerada como decorrente da prática de determinado ato (como, por exemplo, a expedição da mercadoria ou o pagamento) que terá efeitos no momento em que for praticado ⁽⁶⁵⁾.

No tocante a outros aspectos não regulados pelas convenções internacionais será necessário recorrer às normas nacionais de direito internacional privado, concernentes à determinação da lei aplicável ⁽⁶⁶⁾.

Título II - intention to create legal relations e a consideration no direito inglês

Os dois elementos essenciais na formação do contrato completam-se, em direito inglês, com dois outros: a *intention to create legal relations* e a *consideration*.

O objeto deste título é a de apresentar as principais características destes dois elementos, em dois capítulos (no capítulo VIII, a *intention to create legal relations* e, no capítulo IX, a *consideration*).

Capítulo VIII - intention to create legal relations

Contracts must not be the sports of an idle hour, mere matters of pleasantry and badinage, never intended by the parties to have any serious effect whatever.

Lord Stowell (1811) ⁽⁶⁷⁾

No direito inglês, em matéria contratual (*law of contract*), o fenômeno do acordo de vontades das partes deve se manifestar conjuntamente com dois outros elementos, para que ocorra a formação do contrato. Esses dois elementos são a *consideration* ⁽⁶⁸⁾ e a *intention to create legal relations*.

Esta última, a *intention to create legal relations*, ou intenção de criar vínculos contratuais, que se poderia igualmente tentar enquadrar sob a expressão *animus contrahendi*, trata-se de esforço de determinar em que medida, além da ocorrência dos elementos característicos da oferta e aceitação, apoiados pela *consideration*, é necessário que as partes tenham realmente tido a intenção de criar relação jurídica mutuamente vinculante.

Os casos, nos quais a existência de contrato poderá ser negada em razão da ausência da *intention to create legal relations* podem ser divididos em dois grupos: os contratos não-comerciais (ou *domestic agreements*) (seção 1) e os contratos comerciais (seção 2).

Seria, ainda, interessante examinar a crítica de Willinston, segundo o qual a noção de *intention to create legal relations* seria estranha e inadaptada ao *common law* (seção 3).

seção 1 - contratos não-comerciais

Em matéria de contratos não-comerciais ou *domestic agreements*, a presença ou ausência de *intention to create legal relations* será avaliada segundo a interpretação que seria dada por um juiz da linguagem escolhida pelas partes e das circunstâncias nas quais se enquadram os acontecimentos.

Lord Denning, em seu *The Discipline of Law* ⁽⁶⁹⁾, com a habitual verve e brilho, analisando o fenômeno da '*construction of contracts*', no enfoque da matéria dos '*family arrangements and presumed intent*', observa a necessidade de perquirir a intenção das partes:

Apart from the contract proper, the doctrine has proved to be of much help in deciding 'family arrangements'. In these cases husband and wife – mother and daughter, or the like – often make loose arrangements for the future. But as a separation or a divorce – and the Court has to decide what is to be done. (...)

In all these cases of contracts or family arrangements, I ask the question: In the case of an unforeseen turn of events, is the Court justified in asking itself: What is the fair and just solution of the problem? or, is this altogether too vague and uncertain? Does it leave too much to the discretion of the Judge?

A vida familiar contém numerosos acordos que nunca se poderia cogitar transformar em objeto de um processo, mas, tampouco, a vida familiar exclui a formação de relações contratuais, e as circunstâncias podem indicar a intenção de uma das partes vincular-se perante a outra.

Cheshire, Fifoot e Furmston, em seu clássico *Law of Contract* ⁽⁷⁰⁾, analisam, separadamente, os acordos entre cônjuges (*agreements between husband and wife*), os acordos entre pais e filhos (*agreements between parent and child*), e os demais contratos não-comerciais, reunidos em terceiro grupo (*other domestic agreements*), ressaltando que é preciso analisar cada caso em seus elementos, para poder determinar a possibilidade de efeitos jurídicos. Decisões antagônicas evidenciam claramente tais contrastes.

No caso **MERRIT v. MERRIT** ⁽⁷¹⁾:

O marido abandonou o lar conjugal. O imóvel estava em nome de ambos os cônjuges e onerado por hipoteca. Posteriormente alcançaram acordo, segundo o qual o marido faria pagamento mensal de 40 libras esterlinas à mulher, e que todos os pagamentos relativos à hipoteca incumbiriam à mulher. Esta exigiu que o acordo fosse feito por escrito e o marido escreveu e assinou um papel declarando:

"in consideration of the fact that you will pay all charges in connection with the house (...) until such time as the mortgage repayment has been completed I will agree to transfer the property in your sole ownership".

Depois de efetuar o pagamento do montante total devido em razão da hipoteca, a mulher se viu diante da recusa do marido quanto à transferência da propriedade do imóvel em seu nome.

A Court of Appeal entendeu que as partes tinham tido a intenção de criar relação jurídica e que uma ação executória por inadimplemento contratual seria aceitável ⁽⁷²⁾.

No caso **BALFOUR v. BALFOUR** ⁽⁷³⁾:

O querelado era funcionário do serviço público civil, transferido ao Ceilão (atual Sri Lanka). Sua mulher alegou que durante período de férias, passado na Inglaterra, no momento em que ficou evidenciada a impossibilidade desta em acompanhá-lo, em razão de saúde frágil, seu marido lhe teria prometido fazer remessas mensais de 30 libras esterlinas, para custeio de suas despesas, durante o período em que estivessem obrigados a viver separados. A mulher promoveu ação executória por inadimplemento desse contrato.

A Court of Appeal decidiu que as partes não tinham tido em mente a criação de relações jurídicas, e que a ação era destituída de fundamento. O juiz Atkin observou que, não obstante a ocorrência da consideration, era evidente que as partes não tinham pretendido a formação de um contrato ⁽⁷⁴⁾:

"It is necessary to remember that there are agreements between parties which do not result in contracts within the meaning of that term in our law. The ordinary example is where two parties agree to take a walk together or where there is an offer and an acceptance of hospitality.

Nobody would suggest in ordinary circumstances that those agreements result in what we know as a contract, and one of the most usual forms of agreement which does not constitute a contract appears to me to be the arrangements which are made between husband and wife ... To my mind those agreements, or many of them, do not result in contracts at all ... even though there may be what as between other parties would constitute consideration ... They are not contracts because the parties did not intend that they should be attended by legal consequences."

No caso **PETTIT v. PETTIT** ⁽⁷⁵⁾ diversos membros da Câmara dos Lordes, muito embora acatando o princípio enunciado no caso **BALFOUR v. BALFOUR** estimaram que a decisão sobre os fatos estava muito próxima dessa tendência. Observaram, igualmente, que muitas vezes, um acordo entre cônjuges, mesmo não sendo tido como vinculante entre as partes, nem por isso seria destituído de consequências jurídicas. Segundo Lord **DIPLOCK** ⁽⁷⁶⁾:

"many of the ordinary domestic agreements between man and wife do not possess the legal characteristics of a contract. So long as they do not give rise to any choice in action, for neither party intended that non-performance of their mutual promises should be the subject of sanctions in any court (see BALFOUR v. BALFOUR). But this is relevant to non-performance only. If spouses do perform their mutual promises, the fact that they could not have been compelled to do so while the promises were executory cannot deprive the acts done by them of all legal consequences upon proprietary rights; for these are within the field of the law of property rather than of the law of contract. It would, in my view, be erroneous to extend the presumption accepted in BALFOUR v. BALFOUR that mutual promises between man and wife in relation to their domestic arrangements are prima facie not intended by either to be legally enforceable to a presumption of a common intention of both spouses that no legal consequences should flow from acts done by them in performance of mutual promises, with respect to the acquisition, improvement or addition to real personal property – for this would be to intend what is impossible in law."

Os contratos entre pais e filhos podem apresentar problemas semelhantes aos contratos entre cônjuges. Exemplo ilustrativo disso é o caso JONES v. PADAVATTON⁽⁷⁷⁾:

A Sra. JONES em Trinidad. Sua filha trabalhava na Embaixada da Índia em Washington. Ela tinha sido casada, e tivera um filho, mas já estava divorciada naquele momento. A Sra. JONES queria convencer sua filha a ir para a Inglaterra e tornar-se *barrister*, e prontificou-se a fazer remessas mensais para custear-lhe as despesas, durante o tempo de preparação para os exames. A filha, após muita hesitação, decidiu-se a ir para a Inglaterra em 1962. Em 1964 a Sra. JONES adquiriu uma casa em Londres. Sua filha vivia com a criança em uma parte da casa, sendo o restante ocupado por locatários. Os alugueres cobriam parte das despesas da casa e da manutenção de ambos. Em 1967, a Sra. JONES e sua filha se desentenderam e a Sra. JONES pediu a posse da casa. Por ocasião da audiência, a filha somente concluíra parte dos exames de ordem.

Foi necessário conceber a existência de dois acordos. Segundo o primeiro, a filha concordara em sair de Washington e se preparar para os exames em Londres, e sua mãe se prontificara a enviar-lhe mensalmente quantia certa em dinheiro. Nos termos do segundo acordo, a mãe permitira a ocupação da casa por ela adquirida, e cujos alugueres serviam ao custeio das despesas de manutenção da filha. Em cada um dos acordos havia uma troca de promessas, mas em nenhum dos casos se fizera qualquer apontamento por escrito, ou especificação de prazos. O aspecto a ser determinado era saber se em cada um dos casos as partes tinham tido a intenção de criar relações jurídicas.

O juiz da Country Court rejeitou o pedido da mãe de retomada da posse do imóvel, mas a decisão de primeira instância foi reformada pela Court of Appeal. Os juízes Danckwerts e Fenton Atkinson declararam que em nenhum dos acordos tinha havido intenção de criar relações jurídicas:

"The present case is one of those family arrangements which depend on the good faith of the promises which are made and are not intended to be rigid, binding arrangements"⁽⁷⁸⁾

O juiz Salmon concordou em receber a apelação mas por razões diversas. Segundo ele, o primeiro acordo era um contrato cuja duração deveria se estender por prazo razoável para permitir à filha completar seus exames. Os cinco anos transcorridos desde então estariam, assim, terminados. O segundo acordo, relativo à posse da casa, era de tal forma impreciso e omissivo na regulamentação de tantos aspectos que não se poderia pretender interpretá-lo como um contrato. Nada, quer no acordo, ou nas provas fornecidas, poderia fazer supor que a mãe tivesse intenção de renunciar a seu direito de propriedade, ou a possibilidade de retomar a posse do imóvel, no momento em que assim o desejasse. A filha não passava de simples *licensee* ⁽⁷⁹⁾

Existe, ainda, terceiro grupo de contratos não-comerciais, distintos daqueles dois primeiros grupos, de contratos entre cônjuges e contratos entre pais e filhos.

No caso *SIMPKINS v. PAYS* ⁽⁸⁰⁾:

A querelada possuía uma casa na qual vivia com X, sua neta e o querelante, na qualidade de locatário (*paying boarder*). Os três participavam conjuntamente, todas as semanas, de competição organizada por um jornal. As fichas eram apresentadas em nome da querelada, mas não havia regras determinadas, regulando o pagamento das despesas postais e de outros encargos. Uma semana, a ficha da querelada foi a vencedora, recebendo prêmio de 750 libras esterlinas no concurso. O querelante pleiteou o recebimento de um terço dessa quantia, mas a querelada recusou-se a fazê-lo, alegando que ele não tivera a intenção de estabelecer relações jurídicas, e que tudo não passava de uma aventura entre amigos.

O juiz Sellers julgou a questão favoravelmente ao autor, embora reconhecendo que:

"there are many family associations where some sort of rough and ready statement is made which would not establish a contract"

Mas, no caso, entendeu o magistrado ter ocorrido

mutuality in the arrangements between the parties, tratando-se, assim, de uma empreitada comum na qual cada uma das partes contribuía, na expectativa de compartilhar qualquer resultado que viesse a ser alcançado.

seção 2 - contratos comerciais

Nos contratos comerciais, em direito inglês, diversamente dos contratos não-comerciais, existe presunção de que as partes tinham intenção de vincular-se e formar o contrato. Mas tal presunção pode ser refutada ⁽⁸¹⁾. Alguns exemplos podem ser ilustrativos:

É bastante freqüente fazer publicidade de mercadoria, exagerando suas qualidades e eficácia, além de promessas mais ou menos vagas, de compensação em caso de insatisfação. Se o autor decide fazer aquisição da mercadoria em razão de tais características e promessas, descobrindo, logo a seguir não terem estas qualquer fundamento, e iniciar ação por inadimplemento contratual, o pólo passivo poderá tentar argumentar a inexistência de intenção de criar relações jurídicas, e que somente o mais ingênuo dos consumidores poderia pensar de outro modo. Os tribunais foram confrontados com tal questão, e a Court of Appeal, no caso

CARLILL v. CARBOLIC SMOKE BALL CO., em 1893 ⁽⁸²⁾, reconheceu a existência de vínculo jurídico entre as partes.

As partes podem celebrar acordo em matéria comercial, ou outras transações que normalmente seriam reguladas por contrato, declarando que não havia qualquer intenção de criar relações jurídicas. Se tal declaração for feita, ela seria aceitável perante um Tribunal -- como seria igualmente aceitável qualquer outra expressão da intenção clara e destituída de equívocos, manifestada pelas partes.

Exemplo célebre é o caso ROSE AND FRANK v. CROMPTON ⁽⁸³⁾, no qual as partes tinham feito figurar uma *honorable pledge clause* no texto do contrato, segundo a qual as partes declaravam que o documento não acarretava conseqüências jurídicas e que não havia qualquer obrigação de fazer encomendas ou de aceitar as encomendas porventura feitas, ou ainda de cumprir as cláusulas do contrato.

Em razão de rescisão sem aviso prévio, o autor decidiu acionar seu co-contratante por perdas e danos e não fornecimento de mercadorias já encomendadas. A análise da sentença prolatada no caso, deve levar em conta dois aspectos: a declaração da existência do contrato, e o não fornecimento de mercadorias já encomendadas.

O autor queria ver reconhecido pelo Tribunal, o inadimplemento do contrato, em razão do documento escrito, segundo o qual a outra parte assegurava ao autor direito de distribuição exclusivo. A Court of Appeal não reconheceu a existência de contrato, em razão da declaração feita pelas partes ⁽⁸⁴⁾. O juiz Scrutton declarou:

It is quite possible for the parties to come to an agreement by accepting a proposal with the result that the agreement does not give rise to legal relations. The reason of this is that the parties do not intend that their agreement shall give rise to legal relations, this intention may be implied from the subject matter of the agreement, but it may also be expressed by the parties. In social and family relations, such an intention is readily implied, while in business matters, the opposite result would ordinarily follow. But I can see no reason why even in business matters, the parties should not intended to rely on each others good faith and honour, with the accompanying necessity of expressing themselves so precisely that outsiders may have no difficulty in understanding what they mean.

O autor, por outro lado, também pleiteara ressarcimento por perdas e danos pelas encomendas feitas anteriormente à rescisão do contrato. Nesse aspecto, o autor obteve o reconhecimento de sua pretensão. Na medida em que cada encomenda era feita e aceita, isso constituía um contrato novo e independente, cuja existência foi deduzida pelo Tribunal sem qualquer referência ao 'memorandum' original, como declarou Lord Phillimore ⁽⁸⁵⁾:

According to the course of business between the parties wich is narrated in the unenforceable agreement, goods were ordered from time to time, shipped, received and paid for, under an established system; but, the agreement being unenforceable, there was no obligation on the American Company to order goods or upon the English Companies to accept an order. Any actual transaction between the parties, however,

gave raise to the ordinary legal rights; for the fact that it was not of obligation to do the transaction do not divest the transaction when done of its ordinary legal significance.

Palavras inseridas por uma das partes em determinado acordo e destinadas a ou utilizadas mais tarde para excluir conseqüências jurídicas podem ser ambíguas. Em tal caso, o ônus da comprovação de tal intenção incumbe à parte que invoca tal circunstância ⁽⁸⁶⁾.

Acordos industriais e sindicais também suscitaram a questão da existência ou não da intenção de estabelecer tais vínculos. Bom exemplo disso é o caso da *FORD MOTOR CO. LTD. v. AMALGAMATED UNION OF ENGINEERING AND FOUNDRY WORKERS* ⁽⁸⁷⁾ no qual a oferta, a aceitação e a consideration estavam presentes. A questão era saber se tinha havido intenção de estabelecer relações. O juiz Lane entendeu que não:

Agreements such as these, composed largely of optimistic aspirations, presenting grave practical problems of enforcement and reached against a background of opinion adverse to enforceability, are in my judgment not contracts in the legal sense and are not enforceable at law, without clear and express provisions making them amenable to legal action, they remain in the realm of undertaking binding in honour ⁽⁸⁸⁾.

Não obstante a importância dessa decisão, a evolução do direito encaminhou-se para solução diversa, como se pode depreender da análise das seções aplicáveis do Industrial Relations Act, 1971, e do Trade Union and Labor Relations Act, 1974 ⁽⁸⁹⁾.

seção 3 - crítica de Willinston

A *intention to create legal relations* constituiria o elemento volitivo suplementar, o *animus contrahendi*, que deve estar presente, além do acordo de vontade das partes e da *consideration*.

Essa tripartição dos elementos constitutivos do contrato tem aceitação corrente na Inglaterra, não obstante as controvérsias que o tema levanta, como referido. Nos Estados Unidos, contudo, esse elemento volitivo encontra contestação. Dentre os críticos da *intention to create legal relations*, como um dos elementos de formação e determinação da existência do contrato, se coloca o Prof. Willinston, seguido por outros juristas.

Segundo Willinston ⁽⁹⁰⁾, o elemento intencional ou volitivo, como elemento indispensável à formação do contrato seria estranho e estaria inadaptado às exigências do *common law*. A noção de intenção somente teria surgido no *common law* durante o século XIX, em razão de influências teóricas provenientes do continente europeu, e somente teria utilidade nos sistemas que não contém como controle representado pelo elemento da *consideration*, para a determinação das fronteiras de um contrato:

The common law does not require any positive intention to create a legal obligation as an element of contract (...). A deliberate promise seriously made is enforced irrespective of the promisor's views regarding his legal liability ⁽⁹¹⁾

Os comentários de Willinston podem ser reduzidos a três enunciados básicos ⁽⁹²⁾:

- *if reasonable people would assume that there was no intention in the parties to be bound, there is no contract;*
- *if the parties expressly declare or clearly indicate their rejection of contractual obligations, the law accepts and implements their intention;*
- *mere social engagements, if accompanied by the requisite technicalities, such as consideration may be enforced as contracts* ⁽⁹³⁾

Capítulo IX - a consideration

O direito inglês, em matéria contratual, exige não-somente a existência da oferta e da aceitação, mas também a *consideration* para caracterizar a formação do contrato.

Não se trata de retomar, aqui, longa evolução, abrangendo séculos de história, mas, tão-somente, de esboçar os elementos fundamentais (seção 1), antes de passarmos a uma definição da *consideration* (seção 2) para, em seguida, analisar seu papel (seção 3).

seção 1- elementos fundamentais

A bipartição entre oferta e aceitação como condições da formação do contrato, que prevalece nos sistemas jurídicos contemporâneos de inspiração romana, se vê substituída por uma tripartição no direito inglês: ao binômio oferta-aceitação acrescenta-se a *consideration*, como elemento indispensável para a vida do contrato ⁽⁹⁴⁾.

Isso significa que a promessa de fazer ou não fazer determinada prestação somente será eficaz se tal promessa estiver fundamentada na *consideration*, que se trate do compromisso da outra parte de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em contrapartida.

Para compreender a *consideration* é preciso situar a noção no contexto do direito inglês, e no quadro de evolução histórica no qual este se inscreve ⁽⁹⁵⁾.

Para poder pleitear perante as Cortes reais, e beneficiar-se do exercício de sua jurisdição, não se exigia somente a comprovação do compromisso assumido entre as partes, e de seu inadimplemento; era preciso, ainda, mostrar que esse compromisso se inscrevia em *bargain* entre as partes, ou seja, que em troca do compromisso assumido havia uma contrapartida.

O inadimplemento do compromisso não constituía somente desrespeito à palavra dada, mas também representava *deceit*, ou seja atuação fraudulenta e lesiva. Justamente este elemento poderia justificar o pedido de intervenção das Cortes reais, para dirimir a controvérsia.

A contrapartida dada ao vínculo, seja o pagamento de preço ou seja sob outra forma é justamente a *consideration*.

A doutrina da *consideration* foi sendo estruturada já durante o século XVII mas foi somente a partir do caso RANN v. HUGHES ⁽⁹⁶⁾ que seus contornos foram definitivamente delimitados, pois até então seus limites eram bastante imprecisos, sofrendo variações resultantes de jurisprudência divergente. A regra então

estabelecida era a de que somente seriam sancionáveis pela ação de *assumpsit* os vínculos resultantes de uma *bargain*.

O direito inglês em matéria contratual, segundo René David Pugsley (97), não foi obra de canonistas, buscando levar à perfeição o legado dos juriconsultos romanos, subordinado-o aos princípios da moral cristã. Os juízes ds Cortes reais eram processualistas: eles se colocaram na questão de saber em quais casos seria conveniente que as Cortes reais interviessem em assuntos que, em princípio, se inscreviam na órbita de interesse dos particulares. O *adágio pacta sunt servanda* pode ser excelente para as jurisdições mercantes, mas seria insensato pretender que o sancionassem os Juízes de sua Majestade. A existência ou inexistência de *consideration* no vínculo contratual invocado pelo autor constituirá, nessas condições, o critério permitindo distinguir quais acordos são sancionáveis e quais não o são perante as Cortes reais (98).

De ponto de vista estritamente prático (99), vale frisar que as Cortes reais não tencionaram ir além. Aceitando como critério do vínculo juridicamente obrigatório a existência de *consideration*, os Tribunais satisfizeram as necessidades do comércio, e, ao mesmo tempo, evitaram, conforme era seu desejo, qualquer confusão entre direito e moral. O direito inglês dos contratos pode parecer, assim, ter fundamento diverso do nosso. Trata-se de direito essencialmente comercial e não civil, um direito econômico, não preceito moral transplantado para terreno jurídico; os vínculos assumidos, as promessas feitas (*promises*) somente são sancionáveis na medida em que integram operação de intercâmbio, uma *bargain*. Em caso contrário, a ação de *assumpsit* não os sanciona e tornou-se duvidoso, na era moderna, que, nesses casos, se pudesse falar em contrato.

Este é o princípio: a doutrina inglesa da *consideration* visa fornecer *criterium* que permita determinar quais acordos de vontade são obrigatórios, e quais acordos não o são, segundo o *common law*. Para que um acordo seja juridicamente obrigatório, e seu inadimplemento seja passível de sanção, é indispensável que aquele que o invoca tenha dado uma *consideration*. O querelado, em caso contrário, dispõe de hábil meio de defesa, tecnicamente conhecido sob o nome de *plea in confession and avoidance*, pelo qual reconhece ter assumido um compromisso (*confession*), mas pleiteia que esse compromisso seja destituído de valor jurídico (*avoidance*) (100).

seção 2 - definição

A *consideration*, segundo a fórmula de Sir Frederick Pollock (101), exprimindo a posição da Câmara dos Lordes, em 1915 (102), no caso DUNLOP v. SELFRIDGE (103), poderia ser definida como sendo:

an act of forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for wich the promise of the other is bought and the promise thus given for value is enforceable.

Na determinação da existência ou não de *consideration* será, assim, sempre necessário ter em mente o elemento sinalagmático, a ocorrência de contraprestação, dada ou prometida em troca desse compromisso.

A *consideration* é elemento que se integra ao momento da formação do contrato. A determinação da presença ou ausência de *consideration* deve levar em conta o momento de formação do contrato.

A *consideration* é elemento indispensável à formação do contrato, que se soma à oferta e à aceitação. Em alguns casos, contudo, a *consideration* se coloca em paralelo à oferta e à aceitação⁽¹⁰⁴⁾. Dois exemplos podem ilustrar isso:

no caso HART v. MILLS⁽¹⁰⁵⁾ um comerciante de vinhos envia a seu cliente uma seleção de vinhos. O cliente conserva algumas garrafas e devolve as demais. Existe contrato no que se refere às garrafas por ele conservadas. A remessa das garrafas caracterizou, nesse caso, tanto a oferta (*tender*) quanto a *consideration*;

- no caso CARLILL v. CARBOLIC SMOKE BALL Co.⁽¹⁰⁶⁾, já referido, existe, da mesma forma, *consideration* : os problemas causados à Sra. CARLILL pelo tratamento, fazem com que coincidam, e sejam simultâneas, a aceitação e a *consideration*.

Seria, ainda, conveniente distinguir a *executory consideration* e a *executed consideration*.

Ocorre *executory consideration* se, no momento da celebração, o contrato faz nascer obrigações incumbentes a ambas as partes. A *executory consideration*, que confere caráter jurídico à obrigação, é a promessa feita pelo co-contratante. A contra prestação ainda não implementada, no momento da formação do contrato: ela é superveniente, e deverá ser dada mais tarde (ou seja, é *executory*).

A *executed consideration*, por sua vez, está presente no momento em que a contraprestação prevista é implementada pelo co-contratante, no momento da formação do contrato.

seção 3 - papel da *consideration*

A idéia básica que respalda a doutrina da *consideration*⁽¹⁰⁷⁾ é bastante simples e parece muito sensata: não é a totalidade dos compromissos assumidos por uma pessoa que pode ser passível de sanção jurídica ou execução em juízo. O elemento da *consideration* teve, ainda, outros méritos, porquanto permitiu delimitar noção geral da operação de intercâmbio, da *bargain*, e qualquer contrato que mereça tal classificação é sancionável pela mesma ação de *assumpsit*, e sujeito a regime semelhante.

A *consideration* é elemento sobremodo característico, que reflete com precisão o espírito do direito inglês. O direito inglês não confere à expressão da vontade, *per se*, efeitos jurídicos, mas somente na medida em que esta vise a realização de uma *bargain*: somente são reconhecidos como revestidos de caráter juridicamente obrigatório os vínculos (*promises*) que comportem a contrapartida de uma *valuable consideration*.

Conclusão

A negociação e a formação do contrato são aspectos fundamentais de qualquer relação jurídica. Esses dois aspectos dizem respeito, sobretudo, às etapas preliminares da vida do contrato, mas não devem ser negligenciados, na medida em

que, durante o desenrolar da negociação, as manifestações das partes podem gerar vínculos, cuja existência e alcance jurídicos por não serem conhecidos, nem por isso são menos carregados de conseqüências.

As exigências específicas do comércio internacional trouxeram elementos adicionais de complexidade à negociação e formação dos contratos, na medida em que a diversidade de sistemas jurídicos, a diversidade lingüística e a diversidade cultural colocam barreiras dificilmente superáveis. Mesmo as convenções internacionais em matéria de venda enfrentam tais inconvenientes e nem sempre foram capazes de resolvê-los.

Não obstante a presença e a continuidade das diferenças nacionais e das dúvidas a respeito da possibilidade de alcançar regulamentação uniforme universalmente aplicável, há, apesar de tudo, aspecto extremamente positivo: é o interesse crescente pelo estudo dessas questões, seja no campo do direito internacional privado e do direito do comércio internacional, ou do direito comparado. Verossimilmente todos esses esforços de reflexão poderão levar, se não a transformações profundas, ao menos a melhor conhecimento dos diferentes regimes nacionais, em matéria de negociação e formação de contratos, e particularmente, dos contratos internacionais.

Melhor conhecimento das especificidades locais e das diferenças nacionais pode vir a ser o melhor caminho para progressivamente chegar a superá-las.

Notas

1. A respeito da infernal parafernália dos contratos financeiros internacionais vale referir bibliografia em separado e análise específica, e.g. *Contratos financeiros internacionais* (no prelo) em co-autoria com J. Renato C. Freire.

2. A extensão da bibliografia especializada em matéria de arbitragem comercial internacional torna temerária qualquer tentativa de tratamento exaustivo do tema. Não deixo de referir, contudo, trabalho recentemente republicado, de qualidade excepcional, representando *insider's view* inestimável: *International Chamber of Commerce Arbitration*, by W. Laurence CRAIG, William W. PARK e Jan PAULSSON (prêfates by Sir Michael KERR and Pierre BELLET, New York-Paris, Oceana Publ. Inc.-ICC Publ. S.A., 2nd. edition, 1990)

3. Exemplos recentes de esforços nesse sentido são, i.a., dois excelentes seminários promovidos pela CCI, em Paris, versando: *Formation des contrats et responsabilité pré-contractuelle* (XI reunião anual do Institute of International Business Law and Practice, Paris, 13-14 nov. 1989, dedicando especial atenção ao *étude de droit comparé des regles nationales de formation des contrats et de la responsabilité pré-contractuelle*) bem como o *Séminaire de formation sur la négociation, la rédaction et l'exécution des contrats internationaux* (do mesmo IIBLP, com part. PNUD, Paris, 1 e 4-7 dez. 1989) (doravante referidos Sem. CCI: FCRPC. e Sem. CCI: NRECI)

4. Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto comparato* (Torino, G. Giappichelli Editore, seconda edizione, 6. ristampa, 1980, pp. 51 ss.). V. tb. Eric AGOSTINI, *Droit comparé* (Paris, PUF, 1988).

5. Rodolfo SACCO (op. cit., loc. cit.)

6. Sobre o papel do silêncio v. tb. a seção 2 do cap. VII o silêncio vale como aceitação?

7. Aldo FRIGNANI et al., *Il diritto del commercio internazionale* (Milano, Ipsoa Informatica, 1986, pp. 43 ss.)

8. Aldo Frignani (op. cit., loc. cit.).

9. Henry LESGUILLONS em seu *Contrats internationaux* (Paris, Lamy, 1986-) analisa diversos ordenamentos jurídicos nacionais em matéria de autonomia da vontade das partes em matéria contratual (Deuxieme division, "Le droit applicable", esp. section II, sous-ssections I a XIII, pars. 63 a 157).

10. S. CARBONE e R. LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale* (in *Trattato di diritto privato*, sob a coordenação de Pietro RESCIGNO, Torino, UTET, vol. XI, 1984).

11. CARBONE - LUZZATTO (op. cit., p. 117).

12. A respeito da formação do contrato e o regime previsto pela Conv. de Viena, v., i.a., Sem. CCI: FCRPC Session I.10 "*formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on international sale of goods*" e Sem. CII: NRECI Section 5 "*presentation of the Vienna Convention*".

13. V., a respeito, Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux* (op. cit., 4eme. division, "La vente internationale", passim).

14. Sobre a teoria e prática da negociação bibliotecas inteiras foram escritas. Estudos norte-americanos sobre o tema tem alcançado repercussão que ultrapassa o âmbito normal de difusão no meio jurídico, tornando-se sucessos de vendas, tais como *Getting to YES - Negotiating Agreement without giving in* by Roger FISHER and William URY, with Bruce PATTON editor (orig. publ. Houghton Mifflin Co. 1981, reprint, New York, Viking Penguin, 1983), observando: "*Negotiation is a fact of life. (...) People differ, and they use negotiation to handle their differences. Whether in business, government or the family, people reach most decisions through negotiation.*" Esse livrinho '*the national bestseller*' reúne anos de trabalho no âmbito do *Harvard Negotiation Project*.

15. Michel DUBISSON, *La négociation des marchés internationaux* (Paris, FEDUCI-Ed. du Moniteur, 1982, pp. 54/55).

16. Michel DUBISSON (op. cit., loc. cit.).

17. Michel DUBISSON (idem, ibidem).

18. POLLOCK, *Essays in Jurisprudence and Ethics* (1882, p.85).

19. Allan FARNSWORTH, *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Common Law Countries* (conferência pronunciada em Paris, em novembro de 1986).

20. Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux* (a respeito do já referido exame bastante detalhado dos sistemas nacionais, em matéria de autonomia da vontade).

21. Aldo FRIGNANI, *Il diritto del commercio internazionale* (op. cit., pp. 44/45)

22. Aldo FRIGNANI (op. cit., loc. cit.).

23. Aldo FRIGNANI (op. cit., p. 46).

24. Tal atitude, muitas vezes atribuída a países sub- ou em vias de desenvolvimento, não é exclusiva de tais países, onde se poderia tentar explicá-la em razão da ausência de tradições políticas ou de inexperiência em negócios internacionais. Nesse sentido, e.g., vide, na França a lei de 31 de dezembro de 1975, ou na Bélgica, o decreto de 21 de junho de 1978, não obstante os 'similares nacionais': desde o Código Comercial, art. 125, estipulando serem "inadmissíveis, nos juízos do comércio, quaisquer escritos comerciais de obrigações contraídas em território brasileiro que não forem exarados no idioma do Império, salvo sendo estrangeiros todos os contraentes, e neste caso deverão ser apresentados competentemente traduzidos na língua nacional", passando pelo Código Civil, art. 140, "os escritos de obrigação redigidos em língua estrangeira, serão para ter efeitos legais no país, vertidos em português", além do Código de processo civil, arts. 151, I e 157, e a Lei 6015/73, LRP, art. 148 *caput* e par. único.

25. Vide, *supra*, seção 1.

26. Para boa análise da questão da harmonização em âmbito intracomunitário v. W.J. Ganshof VAN DER MEERSCH et al., *L'harmonisation dans les Communautés* (Bruxelles, U.L.B. - I.E.E., *Enseignement Complémentaire - nouvelle série*, vol. 2, 1968). V., tb., *La formation du contrat - harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché Commun* (Paris, 1976, pp. 12ss.).

27. Aldo FRIGNANI (*Il diritto del commercio internazionale*, op. cit., pp. 103/107) observa:

un contratto con esecuzione all'estero non è tecnicamente compiuto se non contiene una clausola sull'uso delle lingue e non quale sia quella ufficiale: ed inoltre si può solo raccomandare agli operatori di pretendere quale strumento contrattuale l'inglese od il francese o comunque una lingua a loro conosciuta".

28. A norma FIDIC em matéria de idioma:

art. 5.1. *There shall be stated in part II of these conditions:*

a. the language or the languages in which the contract documents shall be drawn up (...)

(...) if the said documents are written in more than one language, the language according to which the contract is to be construed and interpreted shall also be designated in part II, being therein designated the 'ruling language'.

29. Segundo Aldo FRIGNANI (op. cit., p. 106):

la presenza di una pluralità di lingue regolamnti diverse parti del contratto e una situazione normale nella contrattualistica internazionale. Infatti le condizioni generali e particolari potranno ben essere in lingua locale, mentre tutta parte squisitamente tecnica potrà essere in altra lingua tecnicamente più ricca e precisa. Si tratta ovviamente di definire bene la gerarchia delle fonti e le prevalenze delle singole parti perché la struttura contrattuale possa effettivamente operare senza ostacoli derivati da conflitti interni. A questo punto appare chiaro che fin dall'inizio delle negoziazioni le parti dovranno aver deciso qual è la lingua da adottare anche la stesura del contratto.

30. A exigência de apresentar comprovação por escrito na existência de contrato cujo valor é superior a 5.000 FRF (cinco mil francos franceses) estipulada pelo art. 1341 do Cód. Civil Francês foi consideravelmente abrandada, em sua aplicação, pela jurisprudência. Entre nós dispositivos semelhantes estão contidos no Código Comercial, art. 123 e Código Civil, art. 141. O 'caput' desse dispositivo da lei civil, teve sua redação alterada pela Lei 1.768/52, e, posteriormente, mais uma vez, pelo art. 401 do Código de Processo Civil. Não obstante o preceito legal limitar a validade de contratos não escritos ao décuplo do maior salário mínimo vigente no País, ao tempo da celebração do contrato, a jurisprudência vem conferindo maior amplitude quanto aos efeitos pretéritos do contrato, por exemplo, na locação de serviços e corretagem, bem como em contratos agrários, conforme disposto no Decreto 59.566/66 admitindo prova exclusivamente testemunhal.

31. Como sempre, é oportuno o ensinamento de Pierre LALIVE, no seu "*Sur une notion du contrat international*" (in *Multum non multa – hommage à Kurt LIPSTEIN*, org. por Peter FEUERSTEIN e Clive PARRY, Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Muller Jurist. Verlag, 1980).

32. O juiz francês procederá à análise da formação do contrato internacional sob a regência da lei de autonomia, ou seja, o sistema jurídico em relação ao qual se localizam as relações das partes. A lei francesa será aplicável para determinar a formação de um contrato internacional quando as negociações apresentarem elemento de conexão principal (*lien de rattachement principal*) com o ordenamento jurídico francês. Vale referir, a respeito, o excelente estudo e compilação de jurisprudência de Bertrand ANCEL e Yves LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (préf. de Henri BATIFFOL, Paris, Sirey, 1987), esp. pp. 70, 169 ss. e 336 sobre o caráter internacional do contrato e as conseqüências em matéria contratual.

33. J. GOTHOT, *Les pourparlers contractuels (in la reconnaissance du phenomene contractuel, Commission droit et vie des affaires, Liege, 1971, p. 21).*

34. Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats* (Paris, Dalloz, 1982, pp. 6/7).

35. Algumas honrosas exceções a tal silêncio, vide: Guy PEVTCHIN, *La lettre d'intention* (DPCI, 1979, pp. 52 ss.) e o grupo de trabalho coordenado por Marcel FONTAINE, *Les letters d'intention* (DPCI, 1977, pp. 99 ss.).

36. Marcel FONTAINE et al., *Les lettres d'intention* (Groupe de travail, DPCI, 1977, p. 99).

37. Guy PEVTCHIN, *La lettre d'intention* (DPCI, 1979, p. 50).

38. Na prática brasileira, tais situações foram sobremodo freqüentes na atuação de agrupamentos de empresas independentes para a construção de projetos hidrelétricos.

39. Guy PEVTCHIN (idem, ibidem).

40. Mirene GENINET, na série de artigos intitulada *Théorie générale des avant contrats en droit privé, suite, "Les petites affiches"*, n. 98, 15 aout 1986, p. 9), observa: "*la lettre d'intention fixe les éléments du contrat principal, sur lesquels les parties se sont entendues en attendant la conclusion du contrat définitif ou les autorisations administratives nécessaires à la formation de ce contrat*".

41. Tais casos congregam, normalmente, os contratos comerciais e contratos financeiros, utilizando financiamentos internacionais, via EXIMBANK ou outras instituições, como forma de assegurar o fornecimento de equipamentos, peças e acessórios produzidos naquele país, formando pacote que inclui desde os estudos de viabilidade e projetos preliminares, até a instalação e assistência técnica, passando por treinamento de pessoal, etc, estendendo-se por anos, ou mesmo décadas, e envolvendo cifras respeitáveis.

42. Vide, a respeito, em direito francês, com pitoresca propriedade POTHIER, *Traité de obligations, Première partie, chapitre I "De ce qui appartient à l'essence des obligations"* (esp. pars. 7.2 e 8.3); ou, igualmente, com árida precisão, e enfoque mais moderno, embora menos ilustrativo, J. GHESTIN, *Le contrat - Traité de droit civil* (Paris, LGDJ, 1980).

43. POTHIER (op. cit., loc. cit.).

44. Mirene GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé* ('Les petites affiches', n. 91, 30 juillet 1986, pp. 30/38).

45. A. RIEG, *La punctuation – contribution à l'étude de la formation successive du contrat* (in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, 1974, pp. 593 ss.).

46. A. RIEG (art. cit., loc. cit.).

47. J. M. MOUSSERON, *La durée dans la formation du contrat* (in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, op. cit., pp. 515 ss.).

48. I. STRENGER, *Contratos internacionais do comércio* (São Paulo, Ed. RT, 1986, Seg. parte 'formação dos contratos internacionais do comércio', cap. X 'decisão').

49. Antonio Junqueira de AZEVEDO, faz análise brilhante da formação do negócio jurídico e de seus diferentes planos de exame, no excelente estudo *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia* (São Paulo, 1974).

50. Mirene GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé* (suite, *Les petites affiches*, n. 108, 8 sept. 1986, pp. 8 ss.).

51. Joanna SCHMIDT, no seu *Négociation et conclusion de contrats* (Paris, Dalloz, 1982, pp.22/23) observa:

Une personne peut souhaiter la négociation d'un contrat sans avoir la volonté de le conclure immédiatement. La pratique recourt alors, fréquemment, à la technique de la 'lettre d'intention', dont la dénomination indique qu'elle est, généralement, destinée à informer le partenaire de l'intention d'envisager la possibilité de conclure. Les lettres d'intention donnent lieu à des difficiles problèmes d'interprétation et de qualification; elles sont, parfois, considérées comme contenant une offre.

Dans d'autres cas, l'initiateur des pourparlers envisage la conclusion du contrat avec un degré supplémentaire de fermeté, qui se manifeste par la formulation d'un 'appel d'offres'.

L'auteur n'entend pas susciter l'acceptation, mais, au contraire, des offres relatives au contrat qu'il envisage de conclure. L'appel d'offres ne comporte pas d'énoncé précis des conditions du contrat projeté, mais fixe un cadre à la négociation qui sera complété par les offres effectivement formulées (ce cadre est fréquemment présenté sous la forme d'un cahier de charges).

Dans la mesure où de tels actes n'expriment qu'une intention et non une volonté ferme, ils ne peuvent être qualifiés d'offres.

Cette solution peut être appliquée à toutes les demandes de renseignements, de tarifs, de conditions de contrat. De manière générale on est en présence d'un appel d'offres ou invitation à entrer en pourparlers lorsque l'auteur indique clairement qu'il souhaite susciter des offres. Les réponses à une telle invitation seront, éventuellement, des offres que le proposant initial aura la possibilité d'accepter ou auxquelles il répondra par une contre-offre.

52. J. GHESTIN, *Le contrat* (in *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 161 ss.)

53. COUR DE COLMAR, Arrêt du 4 février 1936 (DH 1936, p. 187).

54. J. GHESTIN, *Le contrat* (op. cit., pp. 172/173).

55. Rudolf B. SCHLESSINGER et al., *Formation of Contracts – A study of the common core of legal systems*, Dobbs Ferry-London, Oceana Publ. Inc.-Stevens & Sons, 1968, 2 vols.).

56. Art. 3 LUF; art. 11 CVIM.

57. V. infra, cap. VIII.

58. O silêncio, em determinadas ocasiões, pode produzir efeitos jurídicos. A propósito, v. CCI Sent. 3344/81 (Clunet, 1982, p. 978).

59. V., a respeito, BECKER, *International telex contracts* (JWTL, 1983, p. 514); CARLINI, *La formazione del contratto tra persone lontane* (in *Aspetto della revisione delle comparazione tra common law e civil law nel quadro di un diritto comune*, RTDPC, 1984, p. 114); L. O. BAPTISTA, *Aspectos jurídicos das transferências eletrônicas internacionais de fundos* (tese de livre docência, apresentada à FADUSP, São Paulo, 1986).

60. Dois exemplos podem ilustrar a aplicação do modelo: os Códigos Civis brasileiro, regula a matéria nos seus arts. 1082 a 1087, e o italiano, no seu art. 1326 dispõe:

il contratto è concluso nel momento in cui chi a fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. L'accettazione deve giungere al proponente nel termine stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare e secondo gli usi. Il proponente può ritenere efficace l'accettazione tardiva, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte. Quallora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa. Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta.

61. O contexto inflacionário e seus efeitos sobre a moeda e a estabilidade e equilíbrio das relações jurídicas constituem capítulo fascinante e problemático, já bastante estudado, mas sempre renovado. Para enfoque da matéria nos Tribunais ingleses vale referir 'The Rt Hon' Lord DENNING, Master of the Rolls, no seu *The Discipline of Law* (London, Butterworths, 1979), analisando '*inflation and presumed intent*' (part I, cap. 4, section 12, pp. 48/50). Para bibliografia sobre a matéria v. PBC, *Aspectos legais do dinheiro, in Direito moderno em foco*, de Irineu STRENGER (São Paulo, Ed. RT, 1986).

62. Obra básica nesse campo, que sempre vale referir é o já citado estudo coordenado por Rudolf B. SCHLESINGER, *Formation of Contracts*.

63. Novamente, neste passo, vale lembrar Antonio Junqueira de AZEVEDO (op. cit.).

64. V., a respeito, GORLA, *La logica illogica del consensualismo* (Riv. dir. civ., 1966).

65. O que, segundo Aldo FRIGNANI (op. cit., 60), no direito italiano, vem restabelecer o equilíbrio entre "*il vantaggio che la teoria della cognizione, accolta dal nostro codice, concede all'offrente rispetto all'ablato*", observando a seguir que:

infatti nel sistema della LUFC la revoca dell'offerta è efficace soltanto in quanto dell'oblato, prima della spedizione dell'accettazione o prima del compimento di uno degli atti menzionati all'art. 6 (spedizione del bene o del prezzo), che corrispondono parzialmente all'inizio di esecuzione di cui all'art. 1327 c.c.it.

66. V. Sem. CCI: FCRPC, session I.9 '*definition of the law applicable to the precontractual relationship*'. Para análise detalhada das Convenções em matéria de venda internacional, v. H. LESGUILLONS, *Contrats internationaux* (op. cit., quarta div. 'la vente internationale').

67. Lord STOWELL, *Dartymple v. Dartymple* (1811) (2 Hag. Con. 54 at 105).

68. Sobre a *consideration*, v. infra, cap. IX.

69. Lord DENNING (op. cit., pp. 50/53).

70. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON's *Law of Contract* (London, Butterworths, 11th ed., 1986, pp. 106 ss.).

71. MERRIT v. MERRIT (1970) 2 A11 ER 760. (1970) 1 WLR 1211.

72. No mesmo sentido, v. tb.: Mc GREGOR v. Mc GREGOR (1888) 21 QBD 424 e PEARCE v. MERRIMAN (1904) 1 KB 80.

73. 2 KB at 578-579 (1918).

74. Judge ATKIN, v. supra, idem.

75. PETTITT v. PETTITT (1970) AC 777. (1969) 2 A11 ER 385.

76. V. supra, idem, at 822 e 413-414.

77. JONES v. PADAVATTON (1969) 2 A11 ER 616. (1969) 1 WLR 328.

78. (1969) 1 WLR at 322. (1969) 2 A11 ER at 620. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON's (op. cit., p. 110) observam que ambos os juízes mencionaram e aplicaram BALFOUR v. BALFOUR.

79. (1969) 2 A11 ER at 623. (1969) 1 WLR at 335.

80. (1955) 3 A11 ER 10. (1955) 1 WLR 975.

81. V. CHESHIRE et al., *Law of Contract* (op. cit., pp. 111/115).

82. CARLLIL v. CARBOLIC SMOKE BALL CO. (1893) 1 QB 256.

83. ROSE AND FRANK v. CROMPTON (1923) 2 KB 261; reversed (1925) AC 445.

84. (1923) 2 KB at 288.

85. (1925) AC at 455.

86. Por ex., no caso CARLLIL v. CARBOLIC SMOKE BALL CO. (cit., supra).

87. (1969) 2 A11 ER 481; (1969) 1 WLR 339.

88. Idem 86, supra.

89. O Industrial Relations Act, 1971, section 34, determinava que os acordos coletivos por escrito deveriam ser interpretados com presunção de executoriedade. Tal dispositivo parece ter tido efeitos práticos pouco consideráveis, considerando que a grande maioria dos acordos coletivos de trabalho previam expressamente que os mesmos não teriam força executória, o que, por sua vez, foi alterado pelo *Trade Union and Labor Relations Act, 1974*, com presunção contrária.

90. WILLINSTON, *On Contracts* (third ed., sect. 21).

91. WILLINSTON (op. cit., idem).

92. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON's (op. cit., pp. 106/107).

93. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON's (op. cit., loc. cit.) observam:

English lawyers may well be prepared to accept the first two of these propositions: decided cases refute the third. But acceptance does not necessarily justify the complete rejection of intention to create legal relations as an independent element in the formation of contract. It is certainly true, and of great significance, that the very presence of consideration normally implies the existence of such an intention. To make a bargain is to assume liability and to invite the sanction of the Courts. Professor WILLINSTON performed a valuable service by insisting that the emphasis laid by foreign systems on this element of intention is out place in common law, where it follows naturally from the very nature of contract. Consideration, bargain, legal consequences – these are unrelated concepts. But it is possible for this presumption to be rebutted. If A and B agree to lunch together and A promises to pay for the food if B pay for the drink, it is difficult to deny the presence of consideration and yet equally clear that no legal ties are contemplated and created. It seems necessary, therefore, to regard the intention to create legal relations as a separate element in the English law of contract, though, by the preoccupation of that law with the idea of bargain, one wich does not normaly obtrude upon the courts.

94. V. supra, os caps. sobre oferta, aceitação e intention to create legal relations.

95. Para análise da evolução do direito inglês, as fontes foram: C.H.S FIFOOT, *History and the Sources of Common Law: Tort and Contract* (1949), J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* (second ed., 1979) e G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese - le fonti* (Milano, Giuffre Ed., 1981, prefácios sobre 'il valore del diritto inglese come dato di comparazione', de X.BLANC-JOUVAIN, L.J. CONSTANTINESCO, J.L. DE LOS MOZOS, P. GROSSI, K. LIPSTEIN e P. RESCIGNO).

96. Caso julgado em 1778 pela Câmara dos Lordes.

97. René DAVID e David PUGSLEY (avec la collaboration de Françoise Grivart de KERSTRAT), *Les contrats en droit anglais* (Paris, LGDJ, 2eme. ed., 1985, pp.94 ss.).

98. René DAVID e David PUGSLEY (op. cit., loc. cit.).

99. René DAVID e David PUGSLEY (op. cit., loc. cit.).

100. René DAVID e David PUGSLEY (op. cit., loc. cit.).

101. POLLOCK, *On Contract* (13th. ed., cit).

102. POLLOCK (op. cit, pp. 133 ss.).
103. DUNLOP v. SELFRIDGE (1915)AC 847.
104. René DAVID e David PUGSLEY (op. cit., loc. cit.).
105. HART v. MILLS(1846) 15 M and W 85.
106. V. supra, nota 82 e o cap. precedente.
107. René DAVID e David PUGSLEY (op. cit., loc. cit.).

São Paulo, 27 de agosto de 1990.

O PRINCÍPIO DE IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES

Maria Regina Pagetti Moran

Mestra em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,
Auxiliar de Ensino da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos.

Resumo: O conceito de igualdade por provocar posições extremadas é o tema deste estudo. Enfoca-se em primeiro plano aspectos constitucionais do princípio de isonomia, bem como aspectos sociológicos da desigualdade da mulher, à guisa de fundamentar o tratamento desigual e o papel secundário atribuído à mulher pela legislação brasileira. Objetivou-se demonstrar a necessidade de releitura do Direito de Família inscrito no Código Civil de 1916, harmonizando-o com os dispositivos da Constituição Federal de 1988, principalmente quando esta consagra em seu corpo, não apenas uma igualdade formal, mas um princípio de isonomia verdadeiramente material - há igualdade de direitos e obrigações, sem quaisquer distinções de sexo, raça, cor ou credo e não apenas "igualdade perante a lei".

Abstract: The extreme positions produced by the concept of equity made us consider it as theme of this study. We focalize, first sight, constitutionals, and sociologicals aspects of the equity principle and womens'inequality, just to explain the inferior and secondary paper Brazilian's legislation gives to the married woman. The objective was to show the real necessity of to read again the Family Law we have written in the Civil Code of 1916, and to harmonize it with the new Constitutionals dispositives (Brasilians'Federal Constitution, of 1988). The subject gains a new and great importance today because the Federal Constitution ordains, not more a formal equity: "everybody is equal before the law"; but a material equity: "there is equity in rights and obligations, without no distinctions of sex, race, color or religion.

Unitermos: Igualdade entre Cônjuges; Isonomia; Igualdade de Direitos e Obrigações.

SUMÁRIO

I - Situação do tema

II - O princípio de igualdade entre cônjuges no Direito brasileiro

A. Código Civil de 1916

a.1 Chefia da sociedade conjugal

a.2 Representação legal da família

a.3 Administração dos bens comuns

- a.4 Domicílio conjugal
- a.5 Manutenção da família
- a.6 Direção material e moral da família
- a.7 O nome da mulher casada

B. Projeto de lei nº 634-B de 1975, o novo estatuto civil da mulher e o projeto de lei nº 2.022/1989.

III - O conflito: a nova ordem constitucional e o código civil

- A. Supremacia da Constituição
- B. Aplicabilidade do princípio de isonomia

IV - Propostas

V - Bibliografia

O princípio de igualdade entre cônjuges

I - Situação do tema

"Todo ser humano é pessoa, sujeito de direitos e deveres. Em uma convivência humana bem constituída e eficiente, é fundamental o princípio, de que cada ser humano é pessoa; isto é, natureza dotada de inteligência e vontade livre. Por essa razão, possui em si mesmo direitos e deveres universais, invioláveis e inalienáveis!" (João XXIII, *Pacem In Terris*, nº 9)

O conceito de igualdade provoca posições extremadas. Os nominalistas sustentam ser a desigualdade característica do universo. Os seres humanos nascem e perduram desiguais; a igualdade não passa de um simples nome, sem significado no mundo real. Os idealistas postulam igualitarismo absoluto entre as pessoas - estão no polo oposto. Os realistas, em posição intermediária, reconhecem que os homens são desiguais em vários aspectos, mas são iguais porque, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. Em essência os homens são iguais (SILVA, J. Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 5ª ed., 1989, p. 188).

A lei deve ser instrumento regulador da vida social e não fonte de privilégios ou perseguições. O princípio da isonomia absorve tal conteúdo político-ideológico e juridicisa-o nos textos constitucionais irradiando-o para os sistemas normativos vigentes.

Igualdade significa qualidade de igual, uniformidade; equidade, retidão, paridade; em matemática, expressão, da forma $A=B$, que indica serem duas quantidades (numéricas ou literais) iguais. Igual significa idêntico, liso, que tem a mesma grandeza ou mesmo valor; que tem a mesma condição ou categoria; uniforme, inalterável. (FERREIRA, A. B. de Hollanda. *Pequeno Dicionário*. Ed. 1972, p. 652)

Não há, entre os homens, igualdade aritmética, pois uns são altos, outros baixos; uns negros, outros brancos; artistas, cientistas, trabalhadores manuais, etc., mas a igualdade geométrica prevalece entre eles. Nesse sentido diz Pontes de Miranda: *"Também aí a divisão do trabalho, o aperfeiçoamento das aptidões, a própria utilização das compensações psíquicas e outras diferenças individuais servem a cada vez maior prevalência da igualdade geométrica. Porque os homens não são aritméticas iguais e, além disso, a igualdade é coisa a realizar-se, e não realizada, o conceito de 'igualdade' é sempre relativo"* (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. T. IV, p. 666).

A problemática da igualdade entre os sexos insere-se dentro de uma preocupação maior, a da igualdade entre os seres humanos. As constituições modernas, ora limitam-se a uma proclamação de igualdade do homem e da mulher perante a lei, equivalente a uma proibição de discriminações legislativas, ora à consagração de uma igualdade absoluta de direitos entre homens e mulheres.

A Constituição brasileira de 1988 filia-se ao segundo modelo. Apontam-se duas razões fundamentais: as relações entre homens e mulheres se dão em todos os campos da atividade social, indo desde as relações no trabalho, na política, nas religiões e organizações, em geral, até chegar ao recanto do próprio lar, onde homem e mulher se relacionam fundamentalmente sob a instituição do casamento.

Celso Ribeiro Bastos reconhece que esta disposição constitucional só se aperfeiçoará e se tornará eficaz na medida em que a própria cultura se altere (Cf. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989, 2 v. p.18). A regra do artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988 resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Não é mais admissível que sob a alegação de desigualdade biológica, fisiológica, psicológica e outras, encubra-se uma verdadeira diferenciação de dignidade jurídica, moral e social entre ambos os sexos.

A conquista da paridade é lenta e trabalhosa, depende de verdadeira Revolução Social. A mulher, tal como a história demonstra, tem sido marginalizada e discriminada ao longo dos séculos. Teorias se formaram na tentativa de justificar a inferioridade da mulher no contexto social. Inferioridade esta aplicada à luz da própria natureza, da biologia, da fisiologia, da psicologia, e outras ciências. Pode-se afirmar, porém, que a inferioridade feminina e a decantada superioridade masculina constituem apenas dado sócio-cultural, interferindo em nada, ou quase nada, a natureza.

A sociedade de classes é apontada por sucessivos autores como responsável pelo estado de divisão entre homem e mulher.

Estruturalmente, diz Leonardo Boff, a nossa sociedade, em moldes capitalistas e altamente competitiva, recalca a mulher. *"Em outras sociedades, nas quais se reduz a competitividade e se favorece a cooperação, existem as condições de gratificar mais a mulher. Num meio igualitário, os papéis sexuais são igualmente muito mais igualitários e fraternos. Uma divisão social do trabalho menos binária produz também menores diferenças entre os sexos: os varões possuem*

comportamentos mais femininos e as mulheres mais masculinos. Dados transculturais vêm confirmar este tipo de hipótese baseada na interação entre o biológico e o cultural" (Cf. *O Rosto Materno de Deus*. Petrópolis, Vozes, 1979, p.52/53).

Evelyn Reed, expoente da ala revolucionária do movimento feminista americano, confirma a visão acima exposta, embora com ênfase especial à luta de classes: *"Não foi a natureza, e sim a sociedade de classes que rebaixou a mulher e elevou o homem. Os homens obtiveram sua supremacia social através da luta contra a mulher e suas conquistas. Mas esta luta contra os sexos era somente uma parte da grande luta social: o desaparecimento da sociedade primitiva e a instituição da sociedade de classes. A inferioridade da mulher é produto de um sistema social que causou e proporcionou inúmeras desigualdades, inferioridades, discriminações e degradações. Mas esta realidade histórica foi dissimulada atrás de um mito da inferioridade feminina"*. (Ver *Sexo Contra Sexo ou Classe Contra Classe*. Ed. Proposta Editorial/Versus, 1ª ed., 1980, p.34).

Quando um indivíduo ou um grupo é mantido em situação de inferioridade, torna-se inferior; e, se as mulheres ainda hoje são inferiores na concepção cultural dos homens, a elas são oferecidas, por um mesmo modelo cultural, menores possibilidades de se livrar dele (Cf. VERUCCI, Florista. *A Mulher e o Direito*. São Paulo, Nobel, 1987, p.13).

Frei Leonardo Boff (*A Ave-Maria, O Feminismo e o Espírito Santo*. Petrópolis, Vozes, 1980, p.11/12), afirma que sem a integração consciente do feminismo ficamos todos mais pobres:

"A libertação não significa um processo de vindita histórica ou de concorrência dos sexos. Significa a ação que liberta a liberdade de uns e de outros, superando os mecanismos de dominação e propiciando os caminhos que vão do coração da mulher ao do varão e do coração do varão ao da mulher."

II - O princípio da igualdade entre cônjuges no direito brasileiro

A. Código Civil de 1916

O Código Civil Brasileiro de 1916 assume posição avançada em relação ao direito anterior, mas, inegavelmente, traz em si, bem nítidas, as marcas da predominância masculina.

O autor do Projeto do Código Civil Brasileiro, ao conservar o poder marital, justifica sua concepção mediante os altos propósitos de manutenção da unidade familiar.

O exercício desse poder, lembra Oliveira Deda, "conferia ao marido privilégios que, em última análise, redundavam na submissão da mulher a seu jugo" (Cf. *Direito Matrimonial*. In *Enc. Saraiva do Direito*, v.27:272-279).

Durante o Império, quando, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, ainda vigoravam no Brasil, as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, a mulher brasileira vivia em situação de insustentável opressão.

O lado triste e quiçá pitoresco da história das instituições jurídicas no Brasil é o fato de que, enquanto aqui se conservavam as vetustas e inadequadas Ordenações do Reino, que desta forma completaram 314 anos de existência, Portugal e toda a Europa viviam uma nova era do direito a era do individualismo, do liberalismo (ver Braga da Cruz. *A Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*. In *Revista da Faculdade de Direito da USP*, 1955, nº 50:67).

Maria Thereza Caiuby Crescenti Bernardes, em pesquisa inédita sobre as mulheres na sociedade carioca do século XIX, comenta vários artigos publicados, na Cidade do Rio de Janeiro, pelo *Jornal das Senhoras*, verdadeiros protestos contra a situação de desigualdade da mulher na sociedade brasileira do século XIX (Cf. *Mulheres de Ontem?* Rio de Janeiro - Século XIX. São Paulo, T.A. Queiroz Editor, 1989, p. 144).

Registre-se que em matéria civil, à época referida, vigorava no Brasil a Consolidação das Leis Cíveis, elaborada por Teixeira de Freitas, em 1858.

Clovis Beviláqua procura justificar os dispositivos do Código Civil de 1916 referentes à situação da mulher na família argumentando em linhas gerais o seguinte:

1) O marido encontrava-se (à época), perante o maior número de legislações vigentes, investido de uma certa autoridade ou tutela sobre a sua consorte;

2) Apesar do artigo 6, II do Código Civil Brasileiro, afirma o citado autor, não se podia afirmar que a mulher casada sofresse incapacidade civil;

3) O passado exerceu poderosa ação para a permanência da situação de inferioridade da mulher;

4) Reconhece que o futuro trará modificações ao regime que intitula de "caturrice", embora afirme: "*sem aliás pensar numa emancipação incompatível com o recato e os melindres próprios do sexo feminino*" (Cf. *Direito de Família*, Edição Histórica, Ed. Rio, 1976, p.154, § 28.

O Código Civil Brasileiro transformou o poder pessoal do marido em autoridade, bem mais próxima à idéia de função mas, introduziu a regra do artigo 6., a qual, em franca humilhação para a mulher casada, colocava-a ao lado dos incapazes, isto é, dos silvícolas, pródigos e menores entre 18 e 21 anos; tirando da mãe que contraísse novas núpcias o pátrio poder sobre os filhos do primeiro leito - tal pátrio poder passava para as mãos do novo marido.

A bem da verdade, Clóvis Beviláqua julgava desnecessária a consagração da incapacidade relativa da mulher casada. São palavras do autor do Projeto (*Código Civil Comentado*, 10ª ed., v.I, p.153): "*Realmente, a mulher possui capacidade mental equivalente à do homem, e merece igual proteção do direito. Já é um sacrifício à justiça submetê-la à autoridade do marido, pela necessidade de harmonizar as relações da vida conjugal*".

À época da aprovação do Código Civil Brasileiro algumas vezes se levantaram insurgindo-se contra a adoção do princípio da autoridade marital. O fato pode ser confirmado através do exame dos "Trabalhos da Câmara", volume IV, p.

113: "A concepção da sociedade, no momento presente, não exige mais, como outrora, que a família se apoie sobre a base egoística da autoridade, parece mais sólida, mas resistente e eficaz a base altruística do amor e do respeito mútuo".

Outro erro grave do legislador da época, ao elencar a mulher casada entre os relativamente incapazes, foi confundir o conceito de incapacidade com o de falta de legitimação.

O problema não é de incapacidade, mas de falta de legitimação. A incapacidade envolve uma inaptidão interna, um defeito de ordem física ou psíquica que impede o menor pela sua imaturidade, o amental pela escassez de siso, ou o silvícola pela falta de tirocínio, de julgarem de maneira adequada. Enquanto que a falta de legitimação ocorre quando a lei, tendo em vista a posição peculiar de determinadas pessoas em face de um negócio, lhes proíbe de atuar em uma dada relação jurídica (Ver Silvio Rodrigues. Direito Civil. São Paulo, Saraiva, 18a.ed., v.I, p.54 e nota 37).

O artigo 233 do Código Civil Brasileiro considerava a mulher como atendente do marido. Assim é que Pontes de Miranda, ao tecer considerações sobre a posição jurídica do marido, doutrina: "*O marido é o chefe da sociedade conjugal.*" Compete-lhe, assim, como corolários morais de sua situação no seio da família:

I - O direito a ser atendido pela mulher, devendo essa, no que seja justo e honesto, moldar suas ações pela vontade dele... A civilização moderna completou a obra do Cristianismo e igualou, em sua situação recíproca, a mulher e o marido. Já nos repugnam os textos das Ordenações Filipinas, Livro V, Título 36, § 1., e Título 95, § 4., que davam ao homem o direito de castigar a sua companheira" (Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo VIII, p. 116).

Diante da reforma promovida pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, bem como do princípio de isonomia material determinado pela Constituição Federal de 1988, ninguém mais pode, em sã consciência, atribuir à mulher casada a função de "atendente do marido".

a.1. Chefia da Sociedade Conjugal

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

§5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (Constituição Federal do Brasil).

A chefia da sociedade conjugal era corolário do antigo poder marital, expressão hoje em desuso. No poder marital estavam enfeixados uma gama de direitos particulares conferidos ao marido em razão de sua superioridade, decorrente dos "predicados do seu sexo", segundo concepção de Lafayette, o tornavam mais apto a exercê-lo (Orlando Gomes, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 7.ed., 1990, p. 131).

O marido, como conseqüência do poder marital, era titular dos seguintes direitos: a) o de exigir obediência da mulher, a qual era obrigada a moldar suas ações pela vontade dele em tudo que fosse honesto e justo; b) o de fixar e escolher o domicílio conjugal, no qual a mulher devia acompanhá-lo; c) o de representar e

defender a mulher nos atos judiciais e extrajudiciais; d) o de administrar os bens do casal, podendo dispor dos móveis livremente, dos imóveis com restrições da lei; e) o de corrigir a mulher, podendo castigá-la corporalmente.

O Código Civil de 1916 derogou várias dessas prerrogativas, mas a chefia da sociedade conjugal do marido não desapareceu.

Mesmo antes do advento da Constituição Federal de 88, sob a égide das constituições brasileiras anteriores, os dispositivos do Código Civil que contém discriminações em razão do sexo já eram considerados inconstitucionais.

Hoje, conforme dispõe o artigo 226, §5º da Constituição Federal "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*".

O artigo 233 do Código Civil Brasileiro encontra-se derogado, e, portanto, extinta a chefia da sociedade conjugal como direito do cônjuge varão.

Impõe-se uma releitura do tema - Não se deve falar mais em "chefia da sociedade conjugal", mas em direitos e deveres *cujos titulares são ambos os cônjuges em igualdade de condições*.

a.2. Representação Legal da Família;

Compete-lhe:

I - a representação legal da família;

A família não possui personalidade jurídica não sendo titular de direitos e obrigações na esfera civil.

O artigo 233, inciso I do Código Civil Brasileiro, deu margem a memoráveis equívocos por parte dos seus intérpretes e aplicadores.

Alguns acórdãos chegaram a entender que o legislador de 1916 tivera a intenção de outorgar ao marido o direito de representar a mulher e os filhos (Cf. Silvio Rodrigues. *Direito de Família*. 16ª ed., 1989, p. 137, nota 104).

O preceito da representação da família pelo marido foi introduzido no Código Civil Brasileiro por força de antiga tradição, justificado como corolário do poder marital. Assim é que a vetusta lição de Lafayette apregoava: "*ao marido, em virtude do poder marital, compete o direito de representar e defender a mulher nos atos judiciais e extrajudiciais*".

Mas, essa representação, advertia Beviláqua, não poderia importar na absorção da personalidade da mulher, nem tão pouco dos filhos (Cf. *Comentários*. v. II, p.90).

Atualmente, diante da Lei 4.121/62 e do artigo 226, § 5º da Constituição Federal, o inciso I do artigo 233 do Código Civil está derogado.

a.3. Administração dos Bens Comuns

Art.266 - Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum.

Parágrafo único - A mulher, porém, só os administrará por autorização do marido, ou nos casos do art.248, V, e art.251.

O inciso II do artigo 233 decorria da atribuição da chefia da sociedade conjugal ao marido e, entra em choque com o artigo 226, §5º e artigo 5º, I da Constituição Federal em vigor. O texto do artigo 266 do Código Civil Brasileiro encontra-se, também, derogado por força dos dispositivos constitucionais acima mencionados.

O preceito do artigo 274 exige releitura, substituindo-se a palavra *marido* por *ambos os cônjuges*; a expressão *por este contraídas* por *por dívidas por eles contraídas*; a expressão *particulares de um e outro cônjuge*, por *particulares de cada cônjuge*. Marido e mulher (artigos 5º,I e 226, § 5º da CF.), são iguais em direitos e obrigações e no exercício dos direitos da sociedade conjugal.

a.4. Domicílio Conjugal

Art.233 -

III - *o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique.*

A doutrina brasileira consagrou o princípio do inciso III do artigo 233, em sua primitiva redação, como decorrência lógica da posição do cônjuge varão na família. À jurisprudência coube a dosagem da aplicabilidade desta prerrogativa do marido que, conjugada com o artigo 233, II criava para a mulher uma verdadeira obrigação de acompanhar o marido, cada vez que este desejasse mudar o domicílio conjugal.

O abandono do lar estaria facilmente caracterizado se a mulher se negasse, injustificadamente, a acompanhar o marido, transcorridos dois anos, a contar da recusa. O preceito do artigo 317 do Código Civil, em vigor até que fosse revogado pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/77), autorizava o desquite, mesmo se a recusa datasse de menos de dois anos, pois havia o entendimento corrente de que o fato configurava injúria grave.

A Lei 4.121/62 cria um novo direito para a mulher ressaltando-lhe a possibilidade de recorrer ao juiz, nos casos de deliberação do marido que a prejudique.

Roberto Salles Cunha (*Os Novos Direitos da Mulher*. São Paulo, Atlas, 1990, p.86) reconhece ser, *"na prática, rara essa ação judicial, dada a passividade da mulher e o receio da perda dos alimentos, por abandono do lar (além do seqüestro temporário de parte dos rendimentos particulares - art.234 C.C.) - medida, porém, poucas vezes decidida"*.

A regra do artigo 233, III do Código Civil acabava por impedir o afastamento da mulher do lar conjugal, refletindo na proibição do exercício de profissão sem a autorização do marido. O exercício de uma profissão, fora do lar conjugal, criaria-lhe um centro de ocupações habituais possivelmente distinto daquele do marido.

a.5. Manutenção da Família

Art.233 -

IV - .

A Lei nº 4.121/62, em seu artigo 2º passou a dispor o seguinte:

Art.2º - A mulher, tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil) a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las.

Antes da reforma constitucional de 1988 incumbia ao marido o encargo de manutenção da família, com as exceções dos artigos 275 e 277 do Código Civil e art.2º da Lei 4.121/62.

O artigo 226, § 5º da CF, impõe situação de absoluta igualdade ficando reforçada a concepção de que a mulher deve participar, tanto quanto o marido, do sustento da família, na proporção dos seus bens e rendimentos do seu trabalho.

a.6. Direção Material e Moral da Família

Art.240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta (Redação cf. Lei nº 6.515/77).

O artigo 240 do Código Civil Brasileiro impõe ônus à mulher em todas as suas sucessivas formas redacionais. A mulher continua arcando com a dupla e injusta jornada de trabalho. Além do trabalho profissional, fora do lar, deve velar pela direção material e moral da família.

Enquanto a divisão equânime da carga extra de trabalho doméstico, criação e educação dos filhos, não imposta ao homem, não haverá equilíbrio, representado pela perfeita igualdade de direitos e obrigações.

Uma das propostas da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para coibir a discriminação do trabalho da mulher é, justamente, a instalação de programas de divisão das responsabilidades familiares.

Apesar da evolução registrada no campo educacional e formativo da mulher, ainda há diferenças substanciais no tipo de educação ministrada aos *meninos e meninas*. A mulher precisa receber uma educação adequada que corrija as distorções na sua formação e lhe possibilite desenvolver suas potencialidades máximas no seio do mercado de trabalho (Cf. Informe OCDE, 1984).

Judith Hole e Ellen Levine (*Rebirth of Feminism*, New York, Quadrangle Books, 1971, p. 85/86) escrevem que uma verdadeira parceria entre sexos requer um conceito diferente de casamento, onde haja a partilha equitativa das

responsabilidades do lar, das crianças e dos fardos econômicos para sustentá-los. Acreditam que um conhecimento apropriado deveria ser dado aos valores econômicos sociais representados pelo trabalho doméstico e cuidado da criança.

Manifestam-se igualmente contrárias às práticas protecionistas do Estado, da igreja, colégios, fábrica ou escritório que acabam, à guisa de proteção, por negar oportunidades e incutir nas mulheres *autodenigramento, dependência, e evasão de responsabilidade*, minando a auto-confiança e fomentando desrespeito pelas mulheres.

a.7. O Nome da Mulher

Art.240.....

Parágrafo único - *A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido (parágrafo acrescentado pelo art.50 da Lei nº 6.515 de 26/12/77).*

A tendência mais avançada não é a de se considerar a mulher como companheira, consorte e colaboradora, mas sim como portadora de mútua responsabilidade. O uso de apelidos (na lei civil, nome é denominado apelido; na linguagem comum, apelido é alcunha) do marido era uma tradição oriunda do direito romano; tratava-se de uma obrigação. A Lei do Divórcio (6.515/77) introduziu o parágrafo único do artigo 240, tornando o uso dos apelidos do marido uma faculdade. A antiga obrigação de assumir, com o casamento, os apelidos do marido transformou-se em direito. A mulher "poderá" acrescentá-los aos seus ou não, mantendo o seu nome de solteira. O marido não pode, sem anuência dela, modificar-lhe o nome no Registro Civil.

Comenta o Professor Rubens Limongi França que o artigo 50 da Lei do Divórcio (6.515/77) está em franca contradição com o artigo 18 do mesmo diploma. Isto porque defere à mulher o direito de usar o nome do marido, sem que se lhe imponha a obrigação respectiva. O artigo 18 da citada Lei do Divórcio dispõe: "*Vencedora na ação de separação judicial (art. 5ª "caput"), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do marido*".

O que implica reafirmar que o nome do marido, em princípio, é direito e obrigação, pois só se defere à mulher a faculdade de renúncia, se vencedora (Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *Comentário à Lei do Divórcio*, Belém, CEJUP, 1984, p.94).

O princípio de igualdade patenteado pela Constituição exige se faça uma releitura do artigo 240 do Código Civil, facultando a ambos os cônjuges (e não só à mulher) acrescentar ao seu os apelidos do marido.

O Projeto de Lei nº 2.022/89, apresentado por Irma Passoni (DCN, 20-04/1989, p.2.464), dispõe sobre o Código Civil e propõe a seguinte redação para o atual artigo 240 do C.C.:

Art.240 - Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos de família.

Parágrafo único - É facultado a ambos os cônjuges que um deles acresça aos seus os apelidos do consorte.

B. Projeto de Lei 634-B/75, Novo Estatuto Civil da Mulher e Projeto de Lei nº 2.022/89

O Projeto do Novo Código Civil Brasileiro (634-B/75) introduziu várias modificações e alguns avanços, mas, na verdade, não extinguiu a chefia da sociedade conjugal. Privilegia o marido em caso de divergência, prevalecendo a vontade deste, ressalvada à mulher a faculdade de recorrer ao judiciário, desde que não se trate de matéria personalíssima (art. 1.569, *caput* e Parágrafo Único).

O Novo Estatuto Civil da Mulher teve seu Anteprojeto elaborado por Florisa Verucci e Sílvia Pimentel, com a colaboração de vários juristas. Trata-se de trabalho valioso e atualizador dos textos do Projeto do Novo Código Civil, entretanto encontra-se no Congresso Nacional.

Os pontos principais do Anteprojeto do Novo Estatuto Civil da Mulher são os seguintes:

a) revogação do instituto da chefia da sociedade conjugal, com as conseqüências necessárias sob o enfoque da lógica jurídica, ou seja:

- equidade na atribuição da administração dos bens do matrimônio, assumindo a mulher as mesmas atribuições do marido em relação aos bens do casal e dos filhos menores;

- liberdade ampla para a escolha do nome da família, podendo a mulher adotar ou não o nome da família do marido, assim como este também poderia adotar o nome da família da mulher, como ocorre em algumas legislações estrangeiras.

b) - alteração da terminologia do *pátrio poder*, passando para *autoridade parental*, à semelhança do direito moderno francês e inspirada na realidade das relações entre pais, mães e filhos na sociedade de hoje, onde não cabem mais as formas de posse e poder, mas sim as de função e de responsabilidade.

c) eliminação dos dispositivos abertamente injustos, como os já referidos arts. 178 e 219 (erro essencial de pessoa) e art. 1.744,III (filha desonesta), já proposta pelo projeto.

d) - eliminação do instituto do regime total de bens, também revogado no Projeto do Código Civil, por estar em completo desuso há muitos anos.

e) - inclusão, no artigo sobre os *deveres do casamento*, de mais um dever expresso: *respeito e consideração mútuos*, a exemplo do Código Civil Português.

Sabemos que lei alguma, por si só, é suficiente para alterar os costumes. Apesar dos movimentos de mulheres e das conquistas dos últimos dez anos a sociedade brasileira passará ainda por uma longa luta até que a realidade se transforme.

Forçoso reconhecer que a participação da mulher nos negócios do casal e da família, dependerá de seu grau de consciência pessoal e de seu conhecimento, através da educação e dos meios de comunicação, das leis que lhes atribuem direitos e instrumentos legais para que exijam o cumprimento desses direitos (Cf. F. Verucci. *A Mulher e o Direito*. São Paulo, NOBEL, 1987, p.80).

III - O Conflito: A Nova Ordem Constitucional e o Código Civil

A. A supremacia da Constituição

Constituição, no sentido substancial, é o conjunto de normas que determinam a estrutura mesma do estado, ou seja - os principais traços de sua forma ou configuração, incluindo a organização do poder estatal em suas funções legislativa, executiva e judiciária, a definição de suas competências, bem como, usualmente, os direitos humanos e suas garantias fundamentais. Em sentido formal é conjunto das regras que foram postas como Constituição, compondo o seu texto, versem ou não sobre matéria tipicamente constitucional, e que têm a força vinculativa peculiar, específica, de Constituição. Constituição em sentido material é o conjunto, não de normas, mas das forças sociais, políticas, econômicas, ideológicas, fáticas, em suma, que conformam a realidade sociopolítica de determinado Estado, configurando sua particular estrutura ou maneira de ser (Cf. Ferraz Jr., Diniz e Georgakilas, *Constituição de 1988 (Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia)*, São Paulo, Atlas, 1989, p.94).

A Constituição Brasileira de 1988 foi *"prodigamente dotada de normas consagradoras da sua supremacia, o que não deixa de ser um sinal indicador da preocupação ou apreensão do constituinte (e dos cidadãos, indiretamente) com a possibilidade da sua desobediência, ou da desconsideração de tal supremacia pelos encarregados de lhe dar cumprimento"* (Cf. Georgakilas, ob. cit., p. 105). Mas, esta supremacia só se instaurará na medida em que os responsáveis pelo seu cumprimento reconheçam e respeitem tal qualidade, *"o que implica, por um lado, na ampla participação política da população, assim capaz de exercer o controle dos atos normativos de seu interesse e, por outro, numa certa adequação da Constituição formal à realidade material a que se refere"* (Georgakilas, ob. cit., p.123).

B. Aplicabilidade do princípio de isonomia

A lição corrente na doutrina é no sentido de serem todas as normas constitucionais dotadas de eficácia. Algumas, eficácia jurídica e eficácia social; outras, apenas eficácia jurídica. Assim, face ao artigo 5º, inciso I da Constituição Brasileira de 1988, não se pode dizer que há apenas um comando para o legislador ordinário. A aplicabilidade das normas constitucionais referentes aos direitos e garantias individuais é imediata. Há eficácia plena.

A *"garantia das garantias"*, diz José Afonso da Silva, *"consiste na eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais. Os direitos, liberdades, prerrogativas consubstanciadas no Título II, caracterizados como direitos fundamentais só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade"* (Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 5ª ed., 1989, p.402).

A Constituição preocupou-se com a questão da aplicabilidade imediata de seus dispositivos e, em seu artigo 5º, inciso LXXVII, § 1º determina: "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*". Incluindo-se aí todos os direitos fundamentais (individuais, coletivos e sociais, de nacionalidade e políticos).

Outros mecanismos foram previstos para tornar a declaração de aplicabilidade imediata eficiente; o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, por exemplo, são instrumentos de tutela constitucional das liberdades (Cf. J. Afonso da Silva, ob. cit., p. 402).

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988 todas as normas da legislação ordinária que são conflitantes com a nova ordem constitucional estão derogadas, portanto, sem eficácia. A continuidade na aplicação sistemática dos dispositivos do Código Civil, em flagrante contradição ao princípio de igualdade formal e material preconizado pela nova Carta Magna, compromete a credibilidade do sistema normativo comandado pela Constituição.

O artigo 226 da Constituição em vigor aponta com clareza os novos rumos do Direito de Família, resgatando-o do imobilismo dos séculos passados, acertando seus passos com o ritmo do século XXI.

IV - Propostas

Selecionados e coligidos os dados que viabilizaram o presente estudo sobre a problemática questão da igualdade entre cônjuges, desejamos concluí-lo apresentando algumas propostas com vistas a acelerar a modernização do Direito de Família Brasileiro. Arrolamos, como prioritárias as seguintes metas:

1 - Reforma integral do Código Civil vigente, principalmente no capítulo referente ao Direito de Família;

2 - Releitura de toda a obra doutrinária e jurisprudencial, escoimando-lhes as reproduções sistemáticas do passado que, já caducas, não servem mais à equânime função do direito e da justiça;

3 - Reconhecimento, por parte dos aplicadores do direito, da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais - afastando as constantes arguições de ineficácia da ORDEM CONSTITUCIONAL que acabariam por retirar a supremacia da CONSTITUIÇÃO;

4 - Conscientizar a população dos seus direitos e deveres, quebrando a passividade que permite a prevalência do perpétuo estado de injustiça na aplicabilidade do princípio de isonomia;

5 Exercício de maior e eficaz controle da constitucionalidade das leis.

À pergunta: quais os meios de que dispomos para concretizar os itens acima propostos?

Respondemos: A Constituição do Brasil em vigor dispõe de um instrumento denominado "INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO".

A Inconstitucionalidade por Omissão ocorre nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.

Se, por exemplo, os direitos de família previstos pela Constituição não se realizarem, por omissão do legislador em produzir as normas necessárias à plena aplicação de tais normas constitucionais, a omissão se caracterizará como inconstitucional.

A ação de "Inconstitucionalidade Por Omissão" tem por escopo obter do legislador a elaboração da lei em questão. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi elevada, pela atual Constituição, à categoria de garantia constitucional do indivíduo, visto constar do rol previsto no artigo 5º, LXXV.

O artigo 103, § 2º da Constituição Federal dispõe: "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*".

A proposta do item dois não necessita de maiores esforços para ser posta em prática; basta o trabalho da doutrina e da jurisprudência, sem dúvida ambas laboriosas, orientado para uma releitura do Direito de Família.

A terceira proposta é o desdobramento das primeiras. Se não houver um esforço, no sentido de se reconhecer a legitimidade, a vigência, a eficácia e a supremacia da Constituição de 1988, as normas constitucionais serão reduzidas a letra morta.

A conscientização da população faz parte da educação e evolução sociopolítica do povo. É função do Estado e de todas as Instituições Educativas, Entidades de Classes e demais segmentos da sociedade, trabalhar para tornar o povo brasileiro participante do seu próprio destino. A mulher brasileira, a mãe de família, não importa o seu nível socio-econômico ou cultural, deve ser esclarecida sobre os seus direitos e deveres.

Quando mantemos, propositalmente, alguém na ignorância, a intenção só pode ser a de podermos, com maior facilidade, dominá-lo, submetê-lo.

A quinta e última proposta pode concretizar-se através de outra modalidade de Controle de Constitucionalidade: a Inconstitucionalidade Por Ação.

A Inconstitucionalidade Por Ação acontece quando há produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios constitucionais. Pelo princípio de Supremacia da Constituição deve haver compatibilidade vertical entre todas as normas do ordenamento jurídico do país. As normas que não são compatíveis com a Constituição são inválidas (Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p.46).

V - Bibliografia

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação inadimplemento*. São Paulo : Bushatsky, 1976.
- _____. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2.ed. Belém, CEJUP, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1989, v.2.
- BERNARDES, Maria Thereza Caiuby Crescenti. *Mulheres de ontem?* Rio de Janeiro - Século XIX. São Paulo : T.A. Queiroz, 1989.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*. Ed. Histórica. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976.
- _____. *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11.ed., Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1965, vols. 1.2.
- BITTAR, Carlos Alberto. direito de família na Constituição de 1988. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.29, p.24-8, ago. 1989.
- BOFF, Leonardo. *O rosto materno de Deus*. Petrópolis : Vozes, 1979.
- _____. *A Ave Maria - Feminismo e o Espírito Santo*. Petrópolis : Vozes, 1980.
- BOUZON, E. *O Código de Hammurabi*. 3.ed., Petrópolis : Vozes, 1980.
- BUENO, Ruth. *Regime jurídico da mulher casada*. 3.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1972.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. *Divórcio e Separação*. 3.ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- CASTÁN TOBENAS, José. *La condicion social y jurídica de la mujer*. Madrid : Reus, 1955.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

- CUNHA, Roberto Salles. *Os novos direitos da mulher*. São Paulo : Atlas, 1990.
- DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Direito matrimonial*. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1977, v.27. p.272-9.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5.ed., São Paulo : Saraiva, 1989, v.5.
- ESPINOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Conquista, 1957.
- ESTRELLA, Hernani. *Direitos da mulher*. Rio de Janeiro : Konfino, 1975.
- FARHAT, Alfredo. *A mulher perante o direito*. São Paulo : Universitária de Direito, 1971.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. *Constituição de 1988 : legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo : Atlas, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17.ed., São Paulo : Saraiva, 1989.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- HOLE, Judith; LEVINE, Ellen. *Rebirth of feminism*. New York : Quadrangle Books, 1971.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº1/69*. Rio de Janeiro : Forense, 1987, T.4.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4.ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1974, T.8.
- _____. *Tratado de direito de família*. 3.ed., São Paulo : Max Limonad, 1947, v.2.

- MURARO, Rose Marie. *A mulher na construção do mundo futuro*. 7.ed., Petrópolis : Vozes, 1972.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 5.ed., São Paulo : Freitas Bastos, 1956.
- PIMENTEL, Sílvia. *Evolução dos direitos da mulher : norma-fato-valor*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- REID, Elizabeth. Los derechos de la mujer en el punto muerto: necesidad de un cambio radical. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v.91, n.6, jun. 1975.
- RODRIGUES, Sílvia. *Direito de família*. 16.ed., São Paulo : Saraiva, 1989.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo : Abril, 1973.
- SABINO JUNIOR, Vicente. *A emancipação sócio-jurídica da mulher*. São Paulo : Juriscredi, s.d.
- SANTOS, Lucy Rodrigues dos. *Bens reservados - proteção ao patrimônio da mulher casada*. São Paulo : Saraiva, 1980.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 13.ed., São Paulo : Saraiva, 1987, v.1.
- SCHMIDLIN, Bruno; CANNATA, Carlo Augusto. *Droit privé romain*. Gêneze : Payot Lausanne CJR, 1984. v.1 : sources, famille, biens.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5.ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- SOHM, Rodolfo. *Instituciones de derecho privado romano : Historia y sistema*. México : Ed. Nacional, 1975.
- SOUZA, Hersílio de. Código de Manu. *Revista Acadêmica*, Recife, v.32, 1924.
- SULLEROT, Évelyne. *A mulher no trabalho : história e sociologia*. Trad. de Antonio Teles. Rio de Janeiro : Ed. Expressão e Cultura, 1970.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

VERUCCI, Florisa. *A mulher e o direito*. São Paulo : Livr. Nobel, 1987.

_____. *Mulher*. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1980. v.53, p.363-78.

São Paulo, janeiro de 1990.

III - POLÍTICA LEGISLATIVA

LA NUEVA POLÍTICA ECONÓMICA O LA RESPONSABILIDAD EN LA FUNCIÓN DE ASESORÍA ECONÓMICA

Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo

Prof. Asistente Doctor de Legislación Tributaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo; Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

Resumo: Trata-se de um artigo cuja introdução aclara sua razão de ser e a primeira parte descreve o que é a nova economia e quais são as funções e responsabilidades do assessor econômico. A segunda parte contém a descrição dos princípios da nova economia, mostrando seu instrumental e analisando os resultados obtidos. As notas de rodapé' contém esclarecimientos sobre o texto do artigo ademais de explicações adicionais.

Resumen: Trátase de un artículo cuya introducción aclara las razones por las cuales ha sido escrito y en la primera parte del mismo se describe lo que es la nueva economía y cuales son las funciones y responsabilidades del asesor económico. La segunda parte contiene la enunciación de los principios de la nueva economía, enseñando su instrumental y analizando los resultados obtenidos. Las notas de pié de página contienen aclaramientos sobre el texto del artículo y explicaciones extras.

Unitermos: Economía; Responsabilidade (assessor econômico); Assessoria Econômica; Política Econômica.

Índice: Introducción. I. Las funciones y las responsabilidades del asesor económico. II. Los principios de la nueva economía.

Introducción

La publicación de este artículo no quiere decir que abogamos el retorno a la "policy mix" vigente en los Estados Unidos de América de los años sesenta pero, tratase de una invitación a la meditación de los principios que nortearon aquella victoriosa política económica. Fué John Kenneth Galbraith quien, en la "Era de la Incertidumbre" escribió que en economía más vale estar cierto que ser coherente. Esta frase, alejada del contexto en el cual ha sido dicha y teniéndola al pié de la letra, necesariamente conducirá a una distorsión del sentido que le ha dado su

conocido prolator, Premio Nobel de Economía, pues, solamente puede dejar de ser coherente quien es coherente.

En el Brasil de la Nueva República vimos el malogro de la política económica preconizada por cuantos han censurado veinte años de régimen militar. La búsqueda ávida del acierto económico en detrimento de la coherencia personal, de los principios económicos y de aquellos que rigen la función de asesoramiento económico, aliada al comprometedor silencio en la ocasión de la nefasta intervención de políticos preocupados mucho más con sus propios intereses que con los intereses de la Nación, ha hecho con que tales asesores, sin embargo de la incoherencia, perdieran un bien no evaluado económicamente pero, seguramente, computable en el éxito o fracaso de la política recomendada por los mismos: la credibilidad.

En este punto ubica la razón de la publicación de este artículo que invita a la meditación no solo de la función de asesoramiento económico y sobre las responsabilidades del ejercicio de semejante función, como también, sobre los principios de la formulación de una política económica y los problemas enfrentados para su aplicación práctica. Considerando la formulación de la política económica del nuevo gobierno brasileño que asumirá el mando en 15 de marzo de 1990, es interesante llamar la atención, entre los innumerables puntos que merecen especial consideración, para algunos que nos tocan más de cerca: 1º - "todas las grandes soluciones son precedidas de una revolución en el diccionario", hecho no verdadero para nosotros los brasileños; 2º - el CAE es compuesto de asesores económicos que abandonan por cierto período sus actividades académicas, a ellas retornando tras el tiempo en el cual han puesto en práctica sus ideas económicas; 3º - el final del artículo, donde son analizadas las condicionantes políticas del seguimiento de una formulación económica, principalmente el último período, humilde reconocimiento de la falibilidad humana pero, esperanzado incentivo al consciente asesor económico.

I - Las funciones y las responsabilidades del asesor económico

Nueva economía, nueva política fiscal o aún política mixta, son expresiones empleadas para designar la política económica seguida por los Estados Unidos de 1961 a 1968. En aquel año, que marca la posesión de John Kennedy como presidente, la economía americana atravesaba un período de progreso caracterizado por un alto nivel de paro. Coincidiendo con esa situación, asume la presidencia del Consejo de asesores económicos (CAE) el profesor Walter W. Heller, de la Universidad de Minnesota, que tuvo entonces la oportunidad de poner en práctica sus ideas. La puesta en práctica de estas ideas ha implicado en una metodología propia y en una ingente labor que constituyen el tema del libro "Nuevas dimensiones de la economía política", publicado en 1966, el primer libro escrito por el profesor Heller desde el regreso a su cátedra en 1965. ⁽¹⁾

En el prefacio de la citada obra, su autor esclarece que "en el título de este libro usé el término economía política deliberadamente, pues las nuevas dimensiones que yo exploro en estas páginas se refieren más a los usos de la economía que a la sustancia. El hablar hoy día de una revolución intelectual y de

una nueva economía no se debe a descubrimientos sorprendentes de nuevas verdades económicas, sino al rápido y progresivo papel de la economía moderna en el pensamiento y la política nacional".⁽²⁾ Aprovechando las lecciones de Keynes, la americanización de Keynes por parte de Alvin Hansen, los trabajos de Simon Kuznets sobre la conceptualización de renta nacional y producto nacional bruto, la síntesis neoclásica de Paul Samuelson y las contribuciones de una nueva generación de economistas, se corporifica la nueva economía que, relegando definitivamente el dogma clásico del equilibrio presupuestario, busca, entre otros cauces, un alto nivel de empleo con desarrollo económico. Actuando sobre los ingresos y gastos públicos, pero sin prescindir de la política monetaria, y utilizando la correcta sincronización ("fine tuning"), o empleo enérgico de la política discrecional fiscal y monetaria hacia la finalidad de intentar compensar las fluctuaciones del nivel de actividad económica, se persigue la estabilización de ésta, con la consecución de los objetivos visados.

El "Kennedy round", con la "nueva frontera", ha traído un formidable equipo de profesores universitarios, entre los cuales una pléiade de economistas que ocuparon varios cargos importantes en la administración, dando lugar a lo que Heller llamó "era del economista" y que otros, en una expresión mordaz, llamaron "era de los tecnócratas". La concepción de un plan de acción económica es algo que no se madura de la noche a la mañana y su formulación teórica requiere una uniformidad de puntos de vista entre aquéllos que intervienen en su elaboración. Preparar el plan es función del economista, pero no le cabe la decisión de ponerlo en práctica, limitándose a asesorar, aconsejar a quien o a quienes deben decidir y, la mayoría de las veces, supervisar su ejecución. El mundo del análisis económico, de la presentación de las posibles alternativas y opción por una de ellas, constituye el cotidiano del economista en su función de asesor. De ahí resulta interesantísimo el relato de Heller, en el primer capítulo de su obra, sobre el consenso en la elaboración de la política económica, una exposición vivida de los problemas enfrentados para que la nueva economía fuese realidad, campo de parada obligatorio para cuantos deseen profundizarse en el estudio de la efectividad de la política fiscal.

El CAE, creado por la Ley del Empleo de 1946, consta de tres economistas, secundados por un equipo de auxiliares, y por supuesto no se constituye en el único órgano asistente de la Presidencia de los Estados Unidos. Como asesor presidencial, el economista ejerce determinadas funciones que Heller clasificó en cuatro puntos:

- 1º - análisis económico, interpretación y previsión;
- 2º - asesoramiento político;
- 3º - educación;
- 4º adaptación e interpretación.

Heller define la función de analizar, interpretar y prever como aquella consistente en poner a disposición del presidente los estudios económicos realizados. Instituyóse la costumbre (alrededor de 1962-1964) de poner a disposición del Congreso y del público en general, a través del Informe anual del CAE, una buena parte de los estudios preparados para la presidencia, acompañados de testimonios, informes y discursos. La función de dar asesoramiento político es la de presentar las alternativas posibles, optando fundamentadamente por una de ellas cuando demandado. Educar es la tercera función que el mencionado autor desarrollaría con cierto énfasis, pues fue la árdua tarea de aglutinación de fuerzas (llamemos la catequesis) que permitió la concretización de las líneas básicas de la nueva economía. No menos importante función, la mayoría de las veces desapercibida y normalmente englobada en las anteriores, propositadamente destacada para realizarla, es la de adaptar la interpretación de los complejos estudios surgidos, tornando asequibles sus conceptualizaciones y abstracciones hacia la consecución de determinadas metas político-sociales. La verdad es que "todas las grandes revoluciones van precedidas por una revolución en el diccionario" ⁽³⁾ y la nueva economía también ha contribuido con una peculiar innovación semántica.

Establecidas las funciones del asesor, es lógico que se pase a las normas en la responsabilidad que le cabe, lo que se hace a continuación. Aquí Heller, aunque con rápidos trazos, empieza a delinear los obstáculos que tuvieron que vencerse para poner en práctica la nueva economía, al mismo tiempo que enseña las preocupaciones humanitarias de la actuación de los miembros del CAE. El frío lenguaje de los números de los análisis o planes económicos no tiene como finalidad última el crecimiento del PNB, el aumento de la renta "per capita" o conseguir un alto grado de desarrollo, mas son tan solo medios para alcanzar objetivos sociales, como magistralmente indicados en el Informe anual de 1962: "Los objetivos de la nación son objetivos humanos, y... la economía es simplemente un instrumento para conseguir una vida mejor para todos los norteamericanos. El paro involuntario es un signo de pérdida económica, pero el pecado fundamental del paro es el de ser una afrenta a la dignidad humana". ⁽⁴⁾ Integridad profesional es requisito fundamental para el desempeño de la tarea asesora que tiene en Estados Unidos una gran característica: no ser puesto de carrera, pero puesto relleno con personas que temporalmente abandonan la vida académica para volver a ella después de cumplida su misión pública. Así, las normas en la responsabilidad asesora se dividen en tres puntos:

1º - elecciones de valores;

2º - abogacía;

3º mantenimiento de la objetividad y de la perspectiva.

Elecciones de valores constituyen la primera norma, pues el asesor además de realizar estudios económicos de la situación y presentar las posibles alternativas de solución del problema, debe optar por una de ellas cuando demandado, lo que implica en una elección valorada, que solamente tiene sentido cuando en

consonancia con los objetivos buscados. Abogacía es la norma de responsabilidad por la defensa de la política presidencial. En el ejercicio del cargo, hay una grande comprensión entre explicación y defensa de la política económica y el asesor que no esté de acuerdo con la misma debe dimitirse. Puede haber divergencias entre los puntos de vista del consejero y del presidente, siendo que de la habilidad del asesor resultará el convencimiento o no del presidente. Sin embargo, lo fundamental es que haya confianza en la medida adoptada para resolver determinada situación. Mantener la objetividad y la perspectiva es la última norma. La responsabilidad profesional del economista concurre hacia la objetividad de su misión asesora, reforzada por el ya aludido regreso a sus actividades académicas en el cese de su función pública. La perspectiva es la centralización en las metas buscadas y, además de la objetividad, ayuda al asesor tener modestia y reconocer "las limitaciones de sus instrumentos, el papel desempeñado por la suerte, el papel del sector privado y las restricciones impuestas por distintas realidades".⁽⁵⁾

La insistencia en el punto educación es renovada y detallada a través de lo que llamó educación económica del presidente, por el presidente, para el presidente. Una nueva manera de encarar la situación y combatir los problemas existentes debería ser aceptada no solamente por el presidente, sino también por el Congreso y el pueblo en general. Plantear la nueva economía, convencer al presidente, al Congreso y educar al pueblo, fueron las magnas tareas atacadas por el CAE.⁽⁶⁾ Convencer al presidente del poder de las nuevas ideas para que la nueva política se tornase la política de la presidencia y no del CAE, fue el primer paso. Sugerir una disminución impositiva cuando la economía progresaba con alto grado de paro y el déficit presupuestario crecía así como los gastos, fue algo cuya implantación se consiguió con no pocos esfuerzos. Problemas políticos como la crisis de Berlín (verano de 1961) que debería ser financiada por un incremento de impuestos, tuvieron que ser contorneados hasta que se logró convencer al presidente que, en septiembre de 1962, solicitó la reducción impositiva al Congreso. Sin embargo, esa reducción solamente fue efectivada en principios de 1964 y la economía americana respondió en la conformidad de los estudios que recomendaban la medida, progresando enormemente y acercándose al pleno empleo (cerca de 97%).

La tarea continuó con el presidente haciendo importantes pronunciamientos económicos con algunos discursos que marcaron época, cosa bastante distinta de la tradición hasta entonces imperante. Verdad que la receptividad de los presidentes Kennedy y Johnson ayudaron demasiado, al punto de Heller llamarlos "los primeros economistas modernos en la Presidencia norteamericana".⁽⁷⁾ Los asesores se dedicaron también a ayudar al presidente a hacer las cosas en que estaría en mala posición para llevar a cabo, encargándose del diálogo en profundidad, contribuyendo para la explicación, ante los comités del Congreso y al público ante los medios informativos, de los conceptos e implantación de la nueva economía, cuidando, aún, del ensayo de nuevas ideas como los indicadores salarios-precios.

Antes de pasar a la enunciación de la promesa de la política económica moderna, Heller aclara algo del funcionamiento de la máquina asesora. El CAE es un órgano asesor de la presidencia, único de su estilo en el mundo, no está sujeto al control o a prestar cuentas al Congreso, siendo suspendido desde arriba (al contrario de la estructura de los ministerios). Otros órganos como por ejemplo el

Tesoro, la Oficina del Presupuesto, Comercio, etc. ejercen funciones de asesoría, siendo importante el problema del acceso de los asesores al presidente y, como ya dicho, que las opiniones económicas sean de la presidencia, no del CAE. Cumple al presidente hacer que todas las decisiones económicas pasen siempre por vía del CAE, de ahí la importancia del mantenimiento de relaciones constructivas con otras oficinas económicas del gobierno, cosa que Heller procuró asegurar.

II - Los principios de la nueva economía

Después de exponer los problemas para la puesta en práctica de las ideas de la nueva economía, natural pasar a la enunciación de su instrumental y al análisis de los resultados obtenidos. Así, Heller subraya que "... la promesa de la política económica moderna, en una democracia, radica en su capacidad de servir nuestros últimos objetivos sociales, en un contexto de igualdad", promesa esta que solamente será realidad si: "1 - el Gobierno cumple con su responsabilidad, según la Ley del Empleo de 1946, de crear y mantener las condiciones de una floreciente economía de pleno empleo; 2 - si emplea los medios que reconcilien el comportamiento racional del Gobierno en materias económicas con decisiones descentralizadas y libertad de elección económica; 3 - si pone los productos de la prosperidad y del crecimiento al servicio de unos usos que desarrollen las aspiraciones de una sociedad democrática, no sólo para el mejoramiento material, sino para una elevación de la calidad de vida y una creciente igualdad de oportunidades" ⁽⁸⁾.

Cúales son, pues, los objetivos económicos inmediatos visados por la nueva economía? Son cuatro, a saber:

- 1º - pleno empleo;
- 2º - crecimiento económico rápido;
- 3º - estabilidad de precios;
- 4º - equilibrio de la balanza de pagos.

Estos son objetivos medios porque, por detrás de cada uno de ellos, está una determinada finalidad social que es la meta deseada. La tasa de paro en 1961 estaba cerca del 7% y estudios realizados llevaron a la conclusión que establecer una meta de paro de 4% era algo factible, pudiendo y debiendo ser reducido más tarde. Del mismo modo, estimábase el crecimiento para 3,5% en aquella época.

Una política de estabilización por el especial empleo de instrumentos fiscales, fue la prescripción indicada bajo la forma de una nueva semántica. Esta política de estabilización cuenta con las siguientes armas: presupuesto, sistema impositivo, control de la oferta monetaria y del crédito. Su mira es el producto nacional bruto potencial de pleno empleo (PNB potencial), calibrada a través de cuatro puntos fundamentales:

- 1º - reducción de la diferencia entre el crecimiento real y el potencial;
- 2º la rémora fiscal;
- 3º - dividendos fiscales;
- 4º - superávit de pleno empleo.

Antes, pues, de explicarse los calibradores, es conveniente enseñar la mira, una importante pieza del nuevo arsenal semántico. El PNB potencial, que desplazó el tradicional dogma del equilibrio presupuestario, es el equilibrio de la economía en el pleno empleo. Cuidase, entonces, de potenciar la productividad hacia la estabilización económica en ese punto. Lo importante es el pleno empleo en una economía estable, donde cada ciudadano que busque trabajo encuentre puesto al nivel del salario vigente. ⁽⁹⁾ El miramiento de las metas u objetivos a través de esta mira, debidamente calibrada, permite acertar siempre, desde que se utilice el arma adecuada.

Explicando, ahora, los calibradores se tiene que reducción de la diferencia entre el crecimiento real y el potencial es la consecuencia de la labor en hacer aumentar el efectivo y actual crecimiento de la economía (PNB) hacia aquel punto en que puede llegar con pleno empleo y estabilidad de precios (PNB potencial). Esta se tornó la principal preocupación política y amplió quión de acción.

Rémora fiscal es el efecto de freno sobre la economía, operado por la flexibilidad del sistema fiscal que hace aumentar (automáticamente) la recaudación en la medida del crecimiento de la producción. Este efecto constituye una navaja de dos filos: por un lado frena una recesión, disminuyendo su ritmo, y por otro lado también frena un desarrollo, arrefeciendo su ímpetu. Esa rémora fiscal ("fiscal drag") actuando sobre la economía en un dado momento de expansión, puede venir a trabarla, haciéndola mermar. Para corregir ese efecto o minimizarlo se utilizó el vitalizante que viene a seguir.

Dividendos fiscales son resultantes del acréscimo de la recaudación por aumento del PNB y constituyen el estímulo contrarrestador de la rémora fiscal, los vitalizadores de la expansión hacia el punto de pleno empleo con precios estables. Los dividendos pueden venir por tres vías principales y bajo distintas formas:

- 1 - vía gasto público;
- 2 - vía impuestos (deducción, exención, crédito del impuesto, etc);
- 3 - vía transferencias de gobiernos provinciales y municipales.

El gran problema es dosificar los dividendos fiscales ⁽¹⁰⁾ en la conformidad de la situación.

Superávit de pleno empleo es "el superávit del presupuesto federal, sobre la base de cuentas de renta nacional, que se produciría por un presupuesto dado si la economía estuviera operando a pleno empleo con precios estables durante todo el ejercicio fiscal". ⁽¹¹⁾ Heller afirma que el dato de 3.800 millones de dólares de déficit presupuestario real del ejercicio americano de 1961, no pasa de un simple informe

poco aclarador del impacto económico del presupuesto, donde la necesidad de yuxtaponer con el presupuesto potencial de 96% de empleo, comparar con el presupuesto real del año anterior (1960) para, entonces, aquilatar la carga soportada por la economía para volver al pleno empleo y cuanto fue suprimido por una acción fiscal consciente. Es, pues, clara la importancia analítica atribuida a este concepto.

Los objetivos de la nueva economía son metas dinámicas que, una vez alcanzadas o casi alcanzadas, hacen desviar la política para la consecución de otros cauces del bien estar de la comunidad. Así, la visión de ellas proporcionada por la mira exige calibración para mejor mirarlas y arma apropiada para atingirlas. Eso significa usar el arma indicada, cambiándola cuando necesario, pero sin perder el objetivo de vista. La nueva semántica llama a eso discrecionalidad. Ésta constituye, juntamente con la política fiscal, trazo marcante de la nueva economía. En un famoso debate con el profesor Milton Friedman, abordando el plan fiscal, Heller subrayaba que el problema que cuenta no es la política fiscal, pero "... lo que importa es el grado en que este tipo de política es necesario y el punto hasta donde se puede basar para cambios discrecionales en materia fiscal y presupuestaria, a fin de sostener un crecimiento económico equilibrado dentro de una economía dinámica; la correlación estrecha entre política fiscal enérgica y fuerte expansión - que tiene por finalidad poner nuestra economía en la inmediata vecindad del pleno empleo - es de origen fortuita o causal?" ⁽¹²⁾ preguntaba el profesor, en tono confirmatorio del dicho anteriormente, para aclarar en seguida que, hasta aquel momento, no se disponía de la menor análisis, ni de la menor prueba para responder de modo incisivo a la cuestión. Bien más adelante, siguiendo su explanación y, contestando una de las principales acusaciones de Friedman a la política discrecional (fragilidad de las previsiones económicas de orientación política), aseveraba: "Mi punto de vista difiere totalmente del suyo (Friedman) en el sentido de que no veo como podríamos practicar un conjunto de políticas económicas orientadoras - sean públicas o privadas - sin la ayuda de las previsiones. Si nos cabe realizar la previsión más razonable posible del porvenir, debemos tornarla tan viva y maleable cuanto posible, a fin de poder ajustarla a las presiones y a los hechos imprevisibles". ⁽¹³⁾

Observando el espectacular desarrollo de la economía americana de 1961 hasta 1965, resultaría un equívoco, al juzgar la aplicación de la nueva economía, considerarla como consecuencia de la reducción impositiva de 1964. Aunque ella parezca como un divisor de aguas, el fin de una época y nacimiento de otra en el decir de Heller, la verdad es que, para impulsar una economía que estaba bajo el signo de una recesión, disminuir el número de parados y mantener estables los precios, había que contar con una serie de medidas. Así, se trató de incentivar la inversión mediante una reducción de impuestos para la renovación de la maquinaria e instalaciones; bajar los tipos de interés a largo plazo, para permitir el reequipo, e incrementar los tipos a corto plazo, para conseguir ese traspaso y evitar la salida de capitales para otros países; invertir en educación, mejorar el nivel de la mano de obra y probar la experiencia de los indicadores salarios-precios, de enorme fuerza educativa ⁽¹⁴⁾; desarrollar las regiones atrasadas, fomentar la investigación científica y la tecnología civil, fueron medidas de política pública que, entre otras,

acompañaron las ya relatadas. Por lo tanto, fue el conjunto de estas medidas a las cuales se acreció la reducción impositiva y la eficaz colaboración del sector privado que permitieron a la economía despegar de la retracción, creciendo ininterrumpidamente durante cinco años.

Sin embargo, a fines de 1965, inicio de 1966, la escalada de la guerra del Vietnam contribuyó demasiado para un recalentamiento de la economía, poniendo a prueba la capacidad de la nueva economía en mantener la estabilidad. Una gran expansión por encima de la oferta presionaba la situación cuando la armonía fue rota por el Sistema de la Reserva Federal, que acarrió la elevación del tipo de interés por alzar la tasa de descuento. De acuerdo con la política seguida hasta entonces, se debería incrementar los impuestos para atenuar la demanda, mas como tal medida dependía de un Congreso no propenso a aprobarla, se optó por una reducción de los gastos gubernamentales e institución de una sobretasa, pasibles de más fácil obtención. Buscando dotar la política fiscal de efectivo poder operativo en situaciones de corto plazo, se sugirió mayor flexibilidad, rapidez y selectividad, en otras palabras, una mayor discrecionalidad en detrimento de los ajustes automáticos. (15) Discurriendo sobre esas sugerencias, Heller deja patente la preferencia por la política fiscal (y el papel desempeñado por la política monetaria) y la discrecionalidad cuando aclara que: "La flexibilidad de la programación implica en una disposición a dirigir los tipos impositivos y de interés hacia arriba cuando existen presiones inflacionarias, y hacia abajo cuando la demanda decrece. Requiere cambios en las medidas monetarias y fiscales, generales y selectivas, en respuesta a cambios en la estructura de nuestro problema económico. Requiere asimismo rapidez. Las necesidades interconectadas de flexibilidad y rapidez sitúan a menudo la política monetaria en la primera línea de defensa. Los hábitos mentales, los procedimientos habituales, las elecciones limitadas y el acuerdo general sobre la forma de actuar tan pronto su dirección esté determinada, todo ello da a la política monetaria una ventaja decidida sobre la política fiscal en rapidez y acción. Para reducir el vacío se requiere el cambio de nuestra forma de pensar en la práctica fiscal, especialmente en la imposición" y "... aunque los cambios en los tipos impositivos no pudieran ser tan rápidos como los cambios en los tipos de descuento o en las obligaciones de reserva, los efectos directos y rápidos de los cambios de los tipos impositivos sobre el flujo de la renta, comparados con los efectos más lentos de los cambios monetarios a través de los tipos de interés y los cambios en los activos, harían que la política fiscal fuera mucho más efectiva". (16)

Infelizmente, desencuentros entre la Reserva Federal y el Gobierno, vacilaciones, compromisos políticos, elecciones para el Congreso y hechos imprevisibles hecharon un rude golpe en las decisiones económicas tomadas entre 1966 y 1968, comprometiendo la brillante hoja de resultados de la nueva economía. (17)

Sin embargo, Heller no olvida que, "... el crecimiento económico no es todo. En la vida económica hay más que bienes y servicios, y la vida es algo más que actividad económica. Justicia, libertad, valor, descanso y sabiduría no se cuentan en el producto nacional no porque no sean partes importantes de la vida, sino porque no pueden ser medidos; los mercados de la justicia y el valor son demasiado sutiles para figurar en las cuotas de precios", donde... "los primeros beneficios de los

estragos del proceso de crecimiento deberían servir para reparar los estragos del procesos de crecimiento". (18) Hay, por lo tanto, que dar un sentido humano al crecimiento de la economía y de ahí la importancia de los gastos gubernamentales en el desarrollo de recursos humanos, educación básica, investigación, construcción y operatividad pública. Se comprende así porque la nueva economía prescribe un incremento impositivo (más eficaz para una estabilización a corto plazo) y no un corte en el programa de gastos, recomendación que, como dicho, no pudo ser seguida por razones políticas. Lo que la reducción de impuestos había proporcionado en 1964, lo haría entonces el incremento, pero una serie de factores coincidieron hacia la prescripción de la reducción y, por suerte (expresión del propio Heller), persistían cuando la misma se tornó efectiva. Ese es un punto importante para ser considerado en toda oportunidad futura en que se piense en posible reducción impositiva, así como lo es el estudio de la situación para proponerse o no un incremento. (19)

Si se puede resumir la nueva economía en una única palabra, la más apropiada es: acción. El trazo marcante de su dinámica orientación es el empleo primordial de la política fiscal, con carácter discrecional, acompañada de una peculiar semántica que ensena el instrumental operativo. Sin embargo, nada mejor que una frase de Heller para expresar el nuevo ideal: "la política misma debe ser confeccionada de forma humilde e incierta, a la luz de un conocimiento imperfecto..., pues las decisiones políticas no pueden aguardar hasta que el conocimiento sea perfecto". (20)

Notas

1. Por tanto, Walter Heller ha sido presidente del CAE durante los casi 3 años de la administración Kennedy y el primer año de la administración Johnson.

2. Walter W. Heller, *Nuevas dimensiones de la economía política*, Barcelona, Labor, 1968, p.11.

3. Ibidem, p.28, citación de Irving Babbitt cogida en Norton E. Long, *The polity*, Chicago, Rand McNally, 1962, p.104. Morris West, el autor del "Abogado del diablo", en "Las sandalias del pescador", pone en la boca de uno de sus personajes una frase, según la cual, todas las grandes revoluciones, al principio, no pasaban de palabras. San Juan, en su evangelio dice claramente que "En el principio era la Palabra, la Palabra estaba con Dios y la Palabra era Dios" (Juan 1:1). Albert Einstein, en una conferencia sobre su teoría de la relatividad, poco tiempo después de haberla formulado, empieza por las transcritas palabras del evangelio de San Juan, justificando la falta de citaciones en el artículo de lanzamiento de su famosa teoría.

4. Ibidem, p.29, citación cogida de *The annual report of the Council of Economics Advisers*, Washington, D.C., GPO, 1962, p.37.

5. Ibidem, p.33.

6. Heller cuenta que, en el inicio de la Administración Kennedy, fue llamado por el presidente que le instó usar la Casa Blanca como un púlpito para la educación pública en economía. En general, la educación es un grave problema en Ibero-América, donde la continuidad administrativa no es tradicional. Un plan económico preparado por un gobierno con gasto de tiempo y dinero, no pocas veces es abandonado por el gobierno sucesor que lo considera como algo que no le concierne, tratando de hacer su propio plan, con increíble despilfarro de tiempo y dinero. La falta de planeamiento a largo plazo, su incumplimiento cuando existente, inestabilidad política y serios problemas estructurales, son algunas de las trabas que retrasan el desarrollo económico de grande parte del Nuevo Mundo.

7. Walter W. Heller, *Nuevas dimensiones de la economía política*. Barcelona, Labor, 1968, p. 42.

8. Ibidem, p.59.

9. Aunque parezca simple, es bastante complicado el cálculo del PNB potencial que ha proporcionado a la nueva economía una visión totalmente distinta de la impartida por la llamada "hacienda compensatoria", de actuación provisoria y transitoria, vigente en las décadas de 40-50. La nueva visión implica en una discrecionalidad que será vista un poco más adelante.

10. Interesante es notar la precisión de la nueva semántica de este término. Jurídicamente, dividendo corresponde al derecho del accionista en participar de las ganancias de la sociedad anónima. Aprovechando esta conceptualización, la nueva economía la traspone para su propio campo y, como que por ficción, llama de dividendos fiscales al acréscimo de la recaudación resultante del aumento del PNB, el cual es necesario devolver a la economía para permitir el alcance del pleno empleo. Resulta feliz la elección del término, pues dividendo abarca rectamente cualquiera de las tres vías por las cuales se puede hacer la devolución, cosa que, por ejemplo, no haría el término "incentivo fiscal", conceptualizado por el derecho financiero.

11. Michael E. Levy, El concepto de superávit presupuestario potencial de pleno empleo, en *Información comercial española*, 1969, n.425, p.87-92.

12. Milton Friedman et Walter W. Heller, *Politique monétaire ou politique fiscale*, Paris, Maison Mame, 1969, p.14-15. Cumple notar que el debate ocurrió en 1968, cuando los promovedores de la nueva economía ya estaban para salir del CAE.

13. Ibidem, p.56-57.

14. "Según los indicadores, los incrementos medios del tipo de salarios no mayores que los incrementos medios de la productividad... se han considerado no inflacionarios. Para mantener la estabilidad global de los precios, las reducciones de precios industriales con unos aumentos de la productividad por encima del promedio deberían contrarrestar los incrementos de precios donde los aumentos de la productividad están por debajo del promedio". Walter W. Heller, *Nuevas dimensiones de la economía política*, Barcelona, Labor, 1968, p.47.

15. En estas circunstancias, aparecieron planes para conceder al presidente poderes para incrementar impuestos o instituir sobretasas, "ad referendum" del Congreso, intentos esos para lograr una pronta efectividad de la política fiscal a corto plazo. Este aspecto de efectividad a corto plazo, ha merecido la atención de la OCDE en su estudio sobre la política fiscal.

16. Walter W. Heller, *Nuevas dimensiones de la economía política*, Barcelona, Labor, 1968, p.91-93.

17. Noticias de periódicos y el escándalo de los "papeles del Pentágono" echaron un poco más de luz sobre la escalada en Vietnam, pareciendo que los asesores económicos del Presidente Johnson no estaban a la par de los compromisos asumidos y los enormes gastos implicados, lo que ayuda a la comprensión de parte de los inexplicables desencuentros habidos. Se tiene la impresión que, además de la armonía, el intento de Heller de hacer con que todas las decisiones económicas pasasen por la vía del CAE, hubiera sido roto por cuestiones políticas.

18. Walter W. Heller, *Nuevas dimensiones de la economía política*, Barcelona, Labor, 1968, p.97-100.

19. La nueva economía, al formular una orientación dinámica de la política económica, planteó problemas para la estructura federal americana que fueron abordados por Heller en el último capítulo de su libro, bajo el título de "Refuerzo de la base fiscal de nuestro federalismo". Hablando de la importancia operativa de los estados y municipios como coayudantes de la consecución de los objetivos nacionales, aclara que "el federalismo creador requiere diversidad, disenso e innovación. Además, esto no puede simplemente bajar de lo alto. Tiene que venir de abajo. Si esto no ocurre, el Gobierno Central se hará más fuerte en autoridad y débil en ideas. De forma clara, según el federalismo creador del presidente Johnson, los gobiernos estatales y locales no son las únicas fuentes de talento creador. El proceso creador puede también encontrarse en las universidades, en las fundaciones filantrópicas, en los consejos de los programas para combatir la pobreza, en hospitales, etc. Pero los estados y los municipios son aún la parte más esencial de un mecanismo para suministrar ideas hacia arriba y recibirlas de retorno con el dinero asignado" (Ibidem, p.110).

Hay un sistema de subsidios federales a los estados y municipios que desarrollan actividades de interés nacional, que implican en el cumplimiento de unas condiciones, pero además de estos subsidios, Heller sugiere un plan de participación de los estados en los ingresos federales, más específicamente en el impuesto sobre la renta individual, con base distributiva por habitante. Resulta interesante que la proposición se refiere a participación en un determinado porcentaje (1 o 2%) de la base imponible del impuesto sobre la renta individual y no sobre el total recaudado. Se crearía un fondo en el que se depositaría el total recaudado y se haría la distribución proporcionadamente a la población de cada estado. La única restricción sería prohibir el producto de la participación en programas que cuentan con financiación por fondo especial, obligándose, no obstante, los estados a ajustarse a las prácticas usuales de auditoría, contabilidad y declaración de fondos públicos. La distribución sería automática, independiente de superávit o déficit presupuestario.

Brasil es un ejemplo de país federativo que aplicó tales ideas. En 1965, una enmienda constitucional cambió el sistema tributario entonces vigente, concentrando el poder impositivo en el gobierno federal que pasó a ser el centro rector de un gran plan de desarrollo. Los estados y municipios, de los cinco o seis impuestos que tenían anteriormente, quedaron reducidos a dos impuestos cada uno, pero fueron compensados de esa merma tributaria por la participación en la recaudación de ciertos impuestos federales. Existían ya en la Constitución de 1946 normas prescribiendo la participación de ellos en la recaudación de impuestos federales mas, debido a la falta de reglamentación, estos dispositivos quedaron letra muerta, salvedad hecha a raras excepciones. Buscando corregir omisiones de la legislación revocada, se creó un sistema automático de participación y distribución con base en la población, sistema adoptado y perfeccionado por la Constitución de 1967 y la Enmienda Constitucional nº 1, de 1969, mantenido en la actual Constitución de 05 de Octubre de 1988. Es el llamado "fondo de participación", del cual hay uno para los estados y otro para los municipios, alimentados por un total de 47% de la recaudación de los impuestos sobre la renta (tanto individual como de sociedades) y de productos industrializados (consumo) que la Unión destina a razón de 21,5% para el fondo de participación de los estados y 22,5% para el fondo de participación de los municipios y 3% para inversión en programas de financiación especiales a las regiones norte, noreste y centro. El Tribunal de Cuentas de la Unión fiscaliza la distribución y cuida de la prestación de cuentas de la aplicación de las cuotas que, infelizmente, tuvieron que vincularse al cumplimiento de ciertas condiciones o, más exactamente, aplicadas en consonancia de las directrices y prioridades establecidas por la Unión, por despilfarro de parte de alcaldes de muchos ayuntamientos.

Hay más artículos disponiendo sobre la participación de los estados y municipios en la recaudación de otros impuestos federales, pero la gran innovación de los "fondos" ha sido su desdoblamiento y automaticidad de la participación, sin embargo de la imposición de condiciones para aplicación de las cuotas. Es considerable la importancia de los "fondos" para los estados y municipios pequeños, de bajos ingresos tributarios. El sistema es perfeccionado continuamente y existe un fondo de participación de los municipios en la recaudación del principal impuesto de sus estados.

20. Walter W. Heller, *Nuevas dimensiones de la economía política*, Barcelona, Labor, 1968, p.33.

São Paulo, diciembre de 1989.

A RESERVA DE MERCADO, NO BRASIL, PARA A PRODUÇÃO DE BENS DE INFORMÁTICA

Eros Roberto Grau

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: Exposição das razões que justificam a institucionalização da reserva de mercado, no Brasil, para a produção dos bens de informática. Descrição da lei que institui uma Política Nacional de Informática no Brasil. Análise do instituto jurídico da reserva de mercado e do conceito de empresa nacional, destacando-se especialmente a noção de controle tecnológico e os contratos de joint venture. Enunciação dos efeitos da Política Nacional de Informática e da reserva de mercado neste setor da economia brasileira.

Résumé: Montrer les raisons qui ont fondé la réserve de marché, au Brésil, pour la production des biens de l'informatique. Description de la loi qui a introduit la Politique Nationale de l'Informatique. Faire l'analyse de l'institut juridique de la réserve de marché et de la notion de entreprise nationale, de la notion de contrôle technologique et de contrat de "joint venture". Enoncer les effets de la réserve de marché dans ce secteur de l'économie.

Unitermos: Política Nacional de Informática; Conceito Legal de Empresa Nacional.

Este trabalho é uma tradução do texto *Market Reserve in Brazil on the Production of Informatic Goods*, apresentado no 4º Congresso Internazionale Sul Tema Informatica e Regolamentazioni Giuridiche em Roma, maio de 1988.

I - Razões que justificaram a institucionalização da reserva de mercado, no Brasil, para a produção de bens de informática ⁽¹⁾.

01. A "modernização" da sociedade brasileira conduziu-a, tal como ocorre com as demais sociedades subdesenvolvidas, a uma situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.

Um dos sintomas mais evidentes dessa dependência encontra-se na dissociação entre a sofisticação da tecnologia usada e a pobreza daquela concebida ou concebível pela sociedade que se tem como dependente. Nosso processo de industrialização, expressão de um "capitalismo tardio", verificou-se, a partir da década quarenta, segundo um modelo que colocava nossos agentes econômicos na situação de verdadeiros intermediários entre os produtores estrangeiros e o mercado. Isso fez com que nos tornássemos um país usuário de tecnologia e levou à transformação de nossas indústrias em meras agentes, "comerciais", de repasse, ao consumidor, dessa tecnologia importada.

A consolidação, nos anos sessenta, das corporações multinacionais (CMNs) no mercado internacional conferiu nitidez plena ao papel que as sociedades subdesenvolvidas assumiam, de consumidoras de tecnologia externa.

02. A idéia de "modernização", ela própria contribuía como contribui - à perenização desse papel. Na medida em que, supondo a "profanização" da cultura ocidental, sustenta-se sobre a organização da empresa capitalista (ainda que também sobre a organização do Estado-aparato, se bem que este à serviço daquela), a "modernização" impõe a institucionalização de um agir econômico (e administrativo) orientado pela racionalização voltada aos fins (Zweckrationalität) ⁽²⁾.

No quadro ideológico da "modernização", a racionalidade da divisão internacional do trabalho leva naturalmente à condenação de toda e qualquer tendência à utilização de tecnologia local, pelas sociedades subdesenvolvidas, ou esforço para concebê-la, como "irracional".

Nesse mesmo quadro, por outro lado, os conceitos de Estado e de nação são apontados como obstáculos ao desenvolvimento, de modo que, sempre, a afirmação da busca de desenvolvimento tecnológico local é contestada sob o argumento de que o nacionalismo é retrógrado.

As críticas que se pode opor a tal ideologia são inúmeras, não sendo este, por certo, o momento adequado para delas cuidarmos. Rememoro tão-somente - até porque, tal como a língua, a tecnologia é um elemento antropológico - o argumento de Cláudio Mammana ⁽³⁾: a nação é uma globalidade antropológica semelhante a um animal, como unidade biológica; funções digestivas não podem ser repartidas entre diferentes animais, a alguns deles sendo atribuída a de comer e, a outros, a de digerir; o que sucede com os animais também sucede com as nações; o que aquela divisão internacional do trabalho propõe é antropológicamente inconcebível.

De toda sorte, não apenas naquele quadro ideológico, mas também na praxis hegemônica por ele informada, ainda que diante de tecnologias primitivas a engenharia local possa efetivamente participar do processo de sua concepção, finda por restar definitivamente alijada do processo produtivo quando a tecnologia é mais sofisticada.

03. Até a década setenta, no Brasil, a dissociação entre tecnologia usada e tecnologia concebida internamente era artificialmente tolerável. Uma série de fatores, todavia, passou a atuar, então, dando lugar a tentativas de sua superação.

Com o advento da crise do petróleo e das crises financeiras que àquela se seguiram ficaram evidentes as desvantagens que tal dissociação acarretava para a economia nacional.

Países com mão-de-obra cara expõem capitais para países de mão-de-obra barata. Quando o preço desta se eleva, no entanto, dá lugar à automação e à redução das atividades das CMNs nos países subdesenvolvidos. Isso decorre, de uma parte, do processo, ainda que sempre lento, de efetivação dos "direitos sociais", que as constituições, na sociedade capitalista, contemplam em termos meramente programáticos, despidos de eficácia ⁽⁴⁾. De outra parte, a melhoria dos produtos,

mediante o emprego de menor número de componentes, e a automação dos processos produtivos, fruto do desenvolvimento tecnológico, inarredavelmente induz aquela redução de atividades.

Além disso, ainda o desenvolvimento tecnológico permitiu a substituição de matérias-primas naturais por materiais sintéticos. Essa substituição, marcante em relação ao cobre, ao aço, às fibras naturais, por exemplo, só não se tornou ainda possível em relação ao petróleo.

Como a economia brasileira era baseada na exploração de mão-de-obra não qualificada barata e cumprimos a função de exportadores de matérias-primas, o advento da crise do petróleo, associado ao surto de desenvolvimento tecnológico então produzido, nos fez conscientes de que não nos manteríamos como participantes da economia mundial se não fôssemos capazes de produzir desenvolvimento tecnológico.

Isso se impunha, ademais, em virtude de a história da nossa indústria eletrônica ser inteiramente diversa da história da indústria eletrônica nos países do Sudeste Asiático. Neste campo, ainda que a influência da eletrônica sobre outros setores econômicos seja extremamente importante, estivemos sempre a privilegiar as importações, sem que nos empenhássemos no efetivo desenvolvimento da indústria de componentes. A inexistência de uma política responsável na Zona Franca de Manaus importou em que resultassem extremamente elevados os custos de produção de nossos produtos de tecnologia eletrônica.

04. Assim, no início da década sessenta, a convicção de que a engenharia nacional era detentora da capacidade suficiente para produzir minicomputadores, com o apoio dos resultados de pesquisas que o Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), a Escola Politécnica da Universidade de São Paulo e a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro empreendiam, uniu, no seio da Administração Pública Federal, alguns engenheiros brasileiros, muitos dos quais com estudos de pós-graduação nos Estados Unidos. O que os unia era o interesse comum na implantação do desenvolvimento tecnológico, no setor da informática, no país ⁽⁵⁾. Inicialmente, em 1971, em um grupo de trabalho, já no ano seguinte em uma comissão do Ministério do Planejamento - Coordenação de Atividades de Processamento Eletrônico (CAPRE) - esse grupo, que tem sido referido como de "guerrilheiros ideológicos", plantou as raízes institucionais da futura evolução da indústria brasileira de computadores.

Interessava especialmente à Marinha brasileira essa evolução, preocupada com o fato de que a modernização dos equipamentos militares ao seu dispor a deixava sob dependência da tecnologia estrangeira no setor. De outra parte, a modernização da burocracia federal, mediante a criação do SERPRO, empresa sob o controle do Ministério da Fazenda, reclamava a disponibilidade de *hardware* local. A experiência de trinta anos de transferência de tecnologia, com a qual acenavam as CMNs instaladas no Brasil, demonstrava que essa "transferência" consubstanciava verdadeiro estelionato tecnológico ⁽⁶⁾.

A CAPRE passou a exercer o controle das importações de componentes e, com isso, reproduziu a mecânica de reserva de mercado de fato que, há anos, já se institucionalizara no Brasil, em favor das CMNs, no setor automobilístico. Apenas, agora, a reserva era estabelecida em benefício da indústria nacional.

Uma série de outros fatores, então, prosperou no sentido de reforçar-se, institucionalmente, a atuação do estado como ordenador do mercado nacional de informática.

O mercado dos microcomputadores - mercado não reivindicado, na época, pela CMNs ampliou-se de modo marcante a partir da segunda metade dos anos setenta. Ainda que a política dos "guerrilheiros ideológicos" estivesse originariamente voltada à capacitação nacional para a produção de mini-computadores, atuava agora em benefício da consolidação da indústria de microcomputadores. Daí, então, o posicionamento do capital nacional, caudatário dela, em favor da sustentação dessa política - no que se encontra confirmação da tese segundo a qual, no Brasil, o empresariado privado deixa sempre ao Estado a iniciativa da busca de caminhos econômicos inovadores.

De outra parte, como observa Evans ⁽⁷⁾, dado que a tecnologia do microcomputador estava incorporada em *chips*, as barreiras tecnológicas para a transferência dela eram bem poucas. Devido à disponibilidade dos microprocessadores, a construção de um micro exigia capacitação tecnológica, mas não estava de modo algum fora do alcance de um engenheiro eletrônico com formação avançada. Como os microprocessadores eram produzidos por companhias de semicondutores que não produziam computadores - prossegue Evans - eles eram encontrados como uma mercadoria comum e não incorporados a produtos de demanda final como tecnologia patenteada.

Ao lado de tudo isso, o relatório francês elaborado, no final da década setenta, por Simon Nora e Alain Minc, antecipando a fusão das telecomunicações com a informática, chamava a atenção para a importância desta última e sua estrita vinculação aos ideais de segurança nacional ⁽⁸⁾.

O clima da ditadura militar que sofremos, buscando legitimidade em uma doutrina da segurança nacional, ensejou então, no final da década, a substituição da CAPRE pela Secretaria Especial de Informática - SEI. A esse tempo ainda, já na década oitenta, é sancionada a Lei nº 7.232, que institui a Política Nacional de Informática.

II - A Lei nº 7.232, de 29 de novembro de 1984

05. A Lei nº 7.232/84 estabelece o objetivo, os princípios e diretrizes da Política Nacional de Informática, seus fins e mecanismos de formulação, cria o Conselho Nacional de Informática e Automação, CONIN, dispõe sobre a Secretaria Especial de Informática (SEI), cria os distritos de Exportação de Informática, autoriza a criação da Fundação Centro Tecnológico para Informática (CTI), institui o Plano Nacional de Informática e Automação e o Fundo Especial de Informática e Automação.

O seu artigo 2º define que "a Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira. atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na orientação, coordenação e estímulo das atividades de informática;

II - participação do Estado nos setores produtivos de forma supletiva, quando ditada pelo interesse nacional, e nos casos em que a iniciativa privada nacional não tiver condições de atuar ou por eles não se interessar;

III - intervenção do Estado de modo a assegurar equilibrada proteção à produção nacional de determinadas classes e espécies de bens e serviços como crescente capacitação tecnológica;

IV proibição à criação de situações monopolíticas, de direito ou de fato;

V ajuste continuado do processo de informatização às peculiaridades da sociedade brasileira;

VI - orientação de cunho político das atividades de informática, que leve em conta a necessidade de preservar e aprimorar a identidade cultural do País, a natureza estratégica da informática e a influência desta no esforço desenvolvido pela Nação, para alcançar melhores estágios de bem-estar social;

VII direcionamento de todo o esforço nacional no setor, visando atendimento dos programas prioritários do desenvolvimento econômico e social e ao fortalecimento do Poder Nacional, em seus diversos campos de expressão;

VIII - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

IX - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas;

X - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos;

XI - fomento e proteção governamentais dirigidos ao desenvolvimento de tecnologia nacional e ao fortalecimento econômico-financeiro e comercial da empresa nacional, bem como estímulo à redução de custos dos produtos e serviços, assegurando-lhes maior competitividade internacional."

Está contemplada, neste artigo 2º, uma **norma-objetivo**, ou seja, norma que não define conduta nem organização, mas que determina, fixando-os, **fins a serem alcançados**. A consagração, no ordenamento jurídico, de normas como tais é de importância fundamental. Tal ocorre desde o instante em que o Direito passa a ser dinamizado como um instrumento de governo e deixa de ser sua finalidade, única e exclusivamente, a de **ordenação**. Enquanto instrumento de governo, agora, o Direito passa a ser atuado tendo em vista a **implementação de políticas**, políticas estas referidas a fins múltiplos e específicos. Essas normas jurídicas de novo tipo, pois, estão voltadas à definição jurídica desses múltiplos e específicos fins. Assim, operam a metamorfose de fins sociais e econômicos - políticos - em **jurídicos**. À propósito,

não será demais repetir, com Ihering ⁽⁹⁾, que "não existe nenhuma norma jurídica que não deva sua origem a uma finalidade, isto é, a um motivo prático". De outra parte, é de relevância extrema observarmos que a circunstância da contemplação delas no ordenamento jurídico importa no comprometimento da atividade da hermenêutica com os fins nelas inscritos: definidos os fins de determinado conjunto normativo, é imperiosa, tal como ocorre em relação à Lei nº 7.232/84, a necessidade de conferir-se interpretação teleológica às normas de conduta e de organização que o compõem ⁽¹⁰⁾.

O artigo 3º da Lei nº 7.232/84 define quais as atividades que, para os seus efeitos, são consideradas como de informática e o artigo 4º enuncia os instrumentos da Política Nacional de Informática.

06. O que ora importa objetivamente considerar, de toda sorte, é o preceito contido no artigo 9º da Lei nº 7.232/84 que, complementando-se em seus dois parágrafos e no artigo 10, institui a reserva de mercado para a produção de bens de informática, no Brasil. Dado que a disposição contida naquele preceito está diretamente referida à conceituação legal de empresa nacional, inscrita no artigo 12 da lei, é oportuna a transcrição de todos os artigos e parágrafos mencionados no presente texto:

"Art. 9º Para assegurar adequados níveis de proteção às empresas nacionais, enquanto não estiverem consolidadas e aptas a competir no mercado internacional, observados critérios diferenciados segundo as peculiaridades de cada segmento específico de mercado, periodicamente reavaliados, o Poder Executivo adotará restrições de natureza transitória à produção, operação, comercialização, e importação de bens e serviços técnicos de informática.

§ 1º - Ressalvado o disposto no artigo 10, não poderão ser adotadas restrições ou impedimentos ao livre exercício da fabricação, comercialização e prestação de serviços técnicos no setor de informática às empresas nacionais que utilizem tecnologia nacional, desde que não usufruam de incentivos fiscais e financeiros.

§ 2º - Igualmente não se aplicam as restrições do "caput" deste artigo aos bens de informática, com tecnologia nacional, cuja fabricação independe da importação de partes, peças e componentes de origem externa."

"Art. 10 - O Poder Executivo poderá estabelecer limites à comercialização, no mercado interno, de bens e serviços de informática, mesmo produzidos no País, sempre que ele implique na criação de monopólio de fato em segmentos do setor."

"Art. 12 - Para os efeitos desta Lei, empresas nacionais são as pessoas jurídicas constituídas e com sede no País, cujo controle esteja, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, sob a titularidade, direta ou indireta, de pessoas físicas residentes e domiciliadas no País, ou por entidades de direito público interno, entendendo-se controle por:

I - controle decisório: o exercício, de direito e de fato, do poder de eleger administradores da sociedade e de dirigir o funcionamento dos órgãos da empresa;

II - controle tecnológico: o exercício, de direito e de fato, do poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar de tecnologia de produto e de processo de produção;

III - controle de capital: a detenção, direta ou indireta, da totalidade do capital, com direito efetivo ou potencial de voto, e de, no mínimo, 70% (setenta por cento) do capital social."

III - A reserva de mercado e conceito de empresa nacional

07. À SEI, que é órgão subordinado ao CONIN, é atribuída, além de outras, as funções de adotar as medidas necessárias à execução da Política Nacional de Informática, no que lhe couber, de analisar e decidir sobre os projetos de desenvolvimento e produção de bens de informática e de manifestar-se previamente sobre as importações de bens e serviços de informática por oito anos a contar de 30 de outubro de 1984, atendidas as resoluções a respeito da matéria expedidas pelo CONIN (artigo 8º, IV, V, e VI da Lei nº 7.232/84).

A ela incumbe, assim, autorizar a instalação, no país, de indústrias de bens de informática, o que é precedido mediante a aprovação ou não aprovação de projetos de desenvolvimento e produção deles. Cuida-se, pois, de medida típica de disciplina pública da empresa privada ⁽¹¹⁾: em razão do interesse público - que, no caso, coincide com o interesse social - as empresas do setor ficam sujeitas a controle mediante autorização do poder público.

Reserva-se às empresas nacionais, assim, o mercado da produção - e comercialização - de bens de informática no Brasil ⁽¹²⁾.

08. O conceito legal de empresa nacional (definição estipulativa), é enunciado no artigo 12 da Lei 7.232/84, acima transcrito.

Este artigo toma três elementos como característicos da empresa nacional: há de ser pessoa jurídica; há de ter sido constituída e ter sede no Brasil; o controle dela há de estar, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, sob a titularidade, direta ou indireta, de pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil ou de entidades de direito público interno.

Considerada a circunstância de ser polissêmico o vocábulo controle, esse mesmo artigo 12 precisou o seu significado no texto e para os efeitos da Lei nº 7.232/84.

Assim, além de distinguir entre controle decisório, controle tecnológico e controle de capital, tem como descaracterizada a situação de controle direto ou indireto por pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil ou por entidades de direito público interno quando não sejam elas titulares de um apenas deles.

Vale dizer: esses três tipos de controle têm substância própria, autonomia; não há subordinação entre um e outro; um não deriva dos outros. Logo, para que uma empresa deixe de ser entendida como empresa nacional, para os efeitos da Lei nº 7.232/84, basta que a titularidade de qualquer daqueles controles - decisório, tecnológico ou de capital - não seja detido, em determinado momento, direta ou indiretamente, por pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil ou por entidades de direito público interno.

Assim, é certo que se o controle tecnológico de determinada empresa, pessoa jurídica constituída e com sede no Brasil, não estiver sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil ou de entidades de

direito público interno - ainda que os controles decisórios e de capital estejam sob a titularidade de umas ou outras - essa não poderá ser entendida, para os efeitos da Lei nº 7.232/84, como empresa nacional.

09. Os incisos I e III do sempre referido artigo 12 definem, respectivamente, **controle decisório e controle de capital.**

No inciso II, que nesta oportunidade mais importa conhecer a definição legal de **controle tecnológico**: "o exercício, de direito e de fato, do poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar de tecnologia de produto e de processo de produção".

Note-se, ademais, que o *caput* do artigo 12 exige que o controle inclusive o controle tecnológico esteja sob a titularidade das pessoas e entidades que refere **em caráter permanente, exclusivo e incondicional.**

Temos, destarte, que para que a pessoa jurídica constituída e com sede no Brasil seja entendida como empresa nacional, para os efeitos da Lei nº 7.232/84, além de os seus controles decisório e de capital estarem em caráter permanente, exclusivo e incondicional sob a titularidade direta ou indireta da pessoas ou entidades indicadas no seu artigo 12, é necessário que pessoas ou entidades como tais **exerçam, de direito e de fato, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, o poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar de tecnologia de produto e de processo de produção.**

O **controle tecnológico** a que respeita o inciso II do artigo 12 da Lei nº 7.232/84 configura modalidade de **controle externo**, ou seja, de **influência dominante**, que pode ser exercida por meios diversos do voto.

O que pretende o texto legal é a manutenção, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, do poder a que refere, em seu exercício de direito e de fato, direta ou indiretamente, por pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil ou por entidades de direito público interno. Observo que, embora o texto legal qualifique o controle como exercido, de direito e de fato, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, alude a um estado (verbo *estar*) e não a uma situação de permanência, que respeite à estrutura da empresa. Assim, fundamental é que a empresa **esteja** sob controle - controle decisório, controle tecnológico e controle de capital direto ou indireto, de tais pessoas ou entidades.

Essa a finalidade do preceito normativo, cujo conteúdo pleno há de ser discernido mediante a consideração também da norma-objetivo contemplada no artigo 3º da Lei nº 7.232/84.

Logo - não será demasiado repeti-lo - tratando-se do **controle tecnológico**, é imprescindível, para que a pessoa jurídica possa ser entendida como empresa nacional, para os efeitos da Lei nº 7.232/84, que pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil ou entidades de direito público interno exerçam, direta ou indiretamente, em relação a ela, de direito e de fato, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, o poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar de tecnologia de produto ou de processo de produção ⁽¹³⁾.

10. Um dos problemas mais debatidos, em torno da aplicação do conceito legal de empresa nacional, respeita ao seguinte fato: empresas nacionais que celebrem contratos de *joint ventures* personalizadas (as *equity joint ventures* do direito norte-americano) ou de consórcio com empresa não nacional permanecem sendo entendidas, para os efeitos da Lei nº 7.232/84, como empresas nacionais? ⁽¹³⁾

Em ambos os casos da *joint venture* personalizada e do consórcio - os sócios ou acionistas e os contratantes colaboram entre si, tendo em vista a realização de um empreendimento comum.

Os contratos de sociedade e de consórcio consubstanciam **contratos de comunhão de escopo**, ao passo que o contrato de transferência de tecnologia consubstancia **contrato de intercâmbio**, ainda que o preço recebido pelo cedente esteja sujeito a álea (percentual sobre as vendas do adquirente da tecnologia).

Essa distinção, equacionou-a já Von Ihering ⁽¹⁴⁾.

Nos contratos de intercâmbio os interesses das partes estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue os seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é meu lucro (*sein Schaden mein Gewinn*).

Nos contratos de comunhão de escopo Von Ihering refere-se aos contratos de sociedade os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Da solidariedade de interesses que o caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem (*sein Vorteil mein Vorteil, mein Vorteil sein Vorteil*).

A distinção, em verdade, fora já discernida por Grócio, no século XVII, como observa Ascarelli ⁽¹⁵⁾: os contratos de intercâmbio *dirimunt partes*, os contratos de escopo *communione adferunt*.

Se, nos contratos de intercâmbio, o elemento fundamental é o **sinálgma** - vínculo de recíproca dependência entre as obrigações do contrato bilateral - na sociedade e no consórcio o elemento fundamental é o **escopo (objetivo) comum** ⁽¹⁶⁾. Daí a observação, ainda de Von Ihering: o contrato de intercâmbio tem por pressuposto a **diversidade**, enquanto que o contrato de sociedade - contrato de comunhão de escopo - a **identidade** de objetivo ⁽¹⁷⁾.

Os subsídios até este ponto alinhados me permitem afirmar que, sem sombra de dúvida, a constituição de *joint venture* e a celebração de contrato de consórcio tecnológico conduzem à transferência, de fato - ainda que isso, de direito, não seja assim assumido - do controle tecnológico para a parte que empresta tecnologia à execução do empreendimento comum. Se e quando a prestadora de tecnologia for pessoa jurídica estrangeira, a esta, que a presta ao empreendimento comum: o sócio ou consorciado nacional torna-se dependente da capacidade tecnológica do outro sócio ou consorciado.

Estamos, em ambas as hipóteses, diante de **contrato de comunhão de escopo** que supõe no caso - no prestador de tecnologia, poder no mínimo suficiente para **influir** nas decisões relativas ao desenvolvimento, à geração, à aquisição e transferência e variação de tecnologia de produto e de processo de produção. Se assim não for não teremos, no caso, caracterizada a constituição de *joint venture* ou a

celebração de contrato de consórcio. Não se terá configurada a busca da realização de **empreendimento comum**, a **identidade de objetivo**.

A constituição de **joint venture** personalizada e a celebração de consórcio portanto, no caso, não podem deixar de levar, no mínimo, à atribuição de **influência**, ao prestador de tecnologia, em relação a tais decisões, o que compromete o exercício, de fato, direto ou indireto, pelas pessoas ou entidades indicadas no artigo 12 da Lei nº 7.232/84, do poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar tecnologia de produto e de processo de produção. A tecnologia não é transferida, mas emprestada pela empresa estrangeira à realização do empreendimento comum.

Pouco importa a forma de configuração de **joint venture**. Em qualquer hipótese, o detentor da tecnologia aplicada ao **empreendimento comum** exercerá poder de influência sobre a pessoa jurídica. Esta, destarte - porque o exercício, de fato, do poder para desenvolver, gerar, adquirir e transferir e variar de tecnologia de produto e de processo de produção não estará, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, direta ou indireta, sob a titularidade das pessoas e entidades indicadas no artigo 12 da Lei nº 7.232/84 - não poderá ser entendida como empresa nacional, para os efeitos desta última. A dinâmica do poder no interior dos contratos de comunhão de escopo, nos quais as partes concorrem para a realização de um mesmo objetivo, supõe - em especial quando se trate de contratação do tipo (**joint venture** e consórcio tecnológicos) - indispensável e necessária de quem presta a tecnologia ao empreendimento em relação às decisões, da pessoa jurídica, atinentes ao desenvolvimento, à geração, à aquisição, à transferência e à variação de tecnologia do produto e de processo de produção⁽¹⁸⁾. É fora de dúvida que, embora essa influência possa vir a ser de **direito** dissimulada na contratação, a admitir-se, para argumentar, que o **co-venture** ou o co-consorciado detentor da tecnologia não a exerçam de fato, teremos que um e outro não estarão colaborando para a realização de empreendimento comum. Não se terá, então, contrato de comunhão de escopo. Caracterizadas no entanto as **joint ventures** personalizadas e os consórcios tecnológicos como modalidades de colaboração entre empresas, em razão da identidade de objetivo - *sein Vorteil mein Vorteil, mein Vorteil sein Vorteil* - tem-se como presumido **juris et de jure**, nelas, o exercício, de fato, pelo **co-venture** ou pelo co-consorciado, de influência sobre o controle tecnológico do empreendimento comum.

11. A constitucionalidade da reserva de mercado e do conceito legal, da Lei nº 7.232/84, de empresa nacional é incontestável.

O princípio da liberdade de iniciativa econômica, consagrado no texto da hoje vigente Constituição brasileira, não é ferido mediante a institucionalização da reserva de mercado. Observe-se, inicialmente, que não há limitações ao **direito** de liberdade econômica, mas tão-somente à **liberdade econômica**, visto que o princípio e o regime de liberdade econômica são aqueles definidos pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto de cada ordem jurídica, tal como definiu esta ordem jurídica. O exercício da liberdade de iniciativa econômica só é possível quando autorizado pela ordem jurídica, **nos limites dessa**

autorização. Além de tais limites não há, obviamente, direito de liberdade econômica.

No caso, o controle das atividades de informática e a reserva de mercado, tal como instituídos na Lei nº 7.232/84, instrumentam a realização do desenvolvimento nacional, um dos fins da ordem econômica expressamente referido no hoje vigente texto constitucional brasileiro (norma-objetivo do ser artigo 160).

Também a enunciação de um conceito legal de empresa nacional pela Lei nº 7.232/84 não é incompatível com a hoje vigente ordem constitucional, visto que inteiramente adequado ao ideal de busca do desenvolvimento nacional.

De resto, além de ser flagrante a desigualdade entre **empresas nacionais e empresas não nacionais**, tal como concebidas pela Lei nº 7.232/84, desigualdade decorrente de características que nelas residem o que justifica e fundamenta tratamento discriminatório, em favor das empresas nacionais, que lhes atribui a lei - o princípio da igualdade, como observa **Fábio Konder Comparato**, em texto inédito, não é, entre nós, extensível às pessoas jurídicas. Esse princípio é inerente às pessoas naturais e a Constituição vigente entre nós, ao contrário da Constituição da República Federal da Alemanha artigo 19, alínea 3 não o faz alcançar as pessoas jurídicas.

Finalmente, relembre-se que, além de o direito positivo brasileiro consagrar algumas modalidades de reserva de mercado, tais como as que alcançam as atividades jornalísticas de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão, a atividade de navegação de cabotagem e, parcialmente, as atividades das instituições financeiras, outras, à margem dele subsistem - tal como a aplicável ao setor da indústria automobilística - sem nenhuma contestação, em especial das CMNs.

A reserva de mercado instituída pela Lei nº 7.232/84, insisto, instrumenta a modernização do capitalismo nacional e, por isso mesmo, é plenamente compatível com os seus princípios. Daí porquê as investidas de toda ordem contra ela assacadas partem sempre das CMNs, ainda que envolvendo setores econômicos nacionais mais diretamente subordinados às ações do capitalismo internacional. O episódio da retaliação das exportações brasileiras, ameaça com que acenam os Estados Unidos, é bastante expressiva: o preço da "proteção" por eles conferida a nossa economia de exportação seria o da revogação da reserva de mercado.

12. Devo porém observar que, ao tempo em que este texto está sendo escrito, reune-se, no Brasil, uma Assembléia Nacional Constituinte, sem que o título da ordem econômica tenha, até então, sido votado.

Pressões de toda ordem são desencadeadas sobre ela e, significativamente, muitas na tentativa de introduzir conceitos da empresa nacional que inviabilizem a eficácia da Política Nacional de Informática. Muito em breve saberemos da capacidade nacional de resistência diante das imposições das CMNs e do capitalismo internacional⁽¹⁹⁾.

IV - Os efeitos da Política Nacional de Informática e, especialmente, da reserva de mercado neste setor da economia brasileira.

13. A institucionalização de uma Política Nacional de Informática e, especialmente, da reserva de mercado, entre nós, gerou efeitos extremamente positivos.

Ainda que o País não se tenha libertado de todo da dependência em relação às CMNs e à tecnologia internacional, essa dependência se transformou ⁽²⁰⁾.

Em termos quantitativos, aquela instituição possibilitou o surgimento de quatrocentas empresas nacionais no setor, com um faturamento de 1.5 bilhão de dólares norte-americanos no ano de 1986. A participação no mercado nacional, dessas empresas, é superior a cinquenta por cento, situação apenas superada pela dos Estados Unidos e do Japão. Por outro lado, dos empregos diretos gerados, um terço deles é ocupado por profissionais de nível superior, situação também excepcional em uma economia não desenvolvida.

Em termos qualitativos, a engenharia nacional encontrou vias de inserção na atividade de concepção de tecnologias e, daí, verificou-se também o surgimento de marcas nacionais. Permitiu o surgimento e a expansão de competências técnicas exercitando atividades anteriormente inexistentes ou meramente embrionárias, economicamente insignificantes. E mais, ensejou o desenvolvimento do efeito "mecatrônico" (acoplagem da mecânica com a eletrônica), dando lugar à ampliação das possibilidades de inovação a partir da interação entre diversas tecnologias de produto e de processamento industrial.

O País encontra um caminho firme para a conquista de autonomia, entendida esta, aqui, como a capacidade de tomar decisões e adotar valores próprios. Onde apenas havia usuários de tecnologia passam, agora, a atuar concebedores dela. Essa capacidade, de criação de tecnologias, é um dos pressupostos daquela autonomia. Daí porque o poder das CMNs, de impor suas decisões sobre a nossa economia, é relativamente reduzido.

Tudo poderia ser resumido, singelamente, em duas afirmações: verifica-se uma metamorfose em nossa situação de dependência; a evidência de que essa metamorfose é favorável ao interesse nacional é atestada pelas pressões que as CMNs e os países de economia desenvolvida desencadeiam contra a Política Nacional de Informática e, especialmente, contra a reserva de mercado.

Notas:

1. Agradeço a Cláudio Zamitti Mammana não apenas a oportunidade de termos debatido longamente o tema desta parte da presente exposição - como assim daquela referente aos efeitos da Política Nacional de Informática - mas também o acesso ao texto, não publicado, de sua conferência na Universidade de Londres, em outubro de 1984 (*Transfer of technology in the field of informatics - the brazilian case*).

2. Habermas, *Il discorso filosofico della modernità*, trad. di Emilio Agazzi, seconda edizioni, Editori Laterza, Roma, 1988, p. 2.

3. Conferência citada na nota 1.

4. Eros Roberto Grau, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, Ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1988, pp. 123/130. Para uma visualização dessas normas como instrumento de transformação das lutas sociais em um jogo - o jogo capitalista - vide p. 17/18.

5. Peter Evans, *Informática - a metamorfose da dependência*, trad. de Paulo Lopes e Kevin Mundy, in *Novos Estudos*, Cebrap, nº 15, julho de 1986, p. 14 e ss. e Emanuel Adler, *Ideological "guerrillas" and the quest for technological autonomy: Brazil's domestic industry*, in *International Organization*, Summer 1986, p. 673 e ss.

6. A expressão é de Cláudio Zamitti Mammana, in conferência citada na nota 1.

7. p. 22.

8. Daí, inclusive, a emenda de 1984 no Trade Act norte-americano (Secção 301).

9. *Der Zewck in Recht*, Druk und Berlag von Britkopt & Hartel, Erster Band, zweite umgearbeitete auflage, Leipzig, 1884, p. VIII.

10. A propósito da noção de **norma-objetivo**, Eros Roberto Grau, ob. cit., pp. 130/153.

11. Massimo Severo Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 175 e ss e Vincenzo Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, I Romano Editore, Pompei, 1962, p. 193 e ss.

12. A comercialização do *software* é objeto de regulação pela Lei nº 7.646/87.

13. Cuida-se de saber, no primeiro caso, se a *joint venture* personalizada pode ser entendida como empresa nacional.

14. ob. cit., p. 212/213.

15. *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado*, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1969, p. 255.

16. Fábio Konder Comparato, *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 137 e *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 44.

17. ob. cit., p. 208.

18. Luiz Olavo Baptista et Pascal Durand-Barthez, *Les Associations D'Entreprises (Joint Ventures) dans le Commerce International*, FEDUCI-L.G.D.J, Paris, 1986, p. 56.

19. A fim de que se possa ter uma tênue idéia da intensidade dessas pressões, que são desencadeadas sem nenhum refinamento, observo que uma das emendas do projeto de texto constitucional singelamente propõe a supressão de disposição que estabelece que "o Estado e as entidades da administração direta e indireta privilegiarão a capacitação científica e tecnológica nacional como critérios para a concessão de incentivos, compras e acesso ao mercado brasileiro" (destaque 1532 ao parágrafo único do artigo 254 do projeto).

20. Peter Evans, ob. cit. p. 24.

São Paulo, 12 de setembro de 1988.

IV - HISTÓRIA DO DIREITO

O CASAMENTO NO PENTATEUCO

Antonio Cláudio da Costa Machado

Professor Assistente do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito.

Resumo: A clara exposição da disciplina do casamento nos cinco livros de Moisés é o objetivo deste trabalho. A visão prévia do Código de Hammurabi é importante porque permite a compreensão do contexto cultural sob o qual viveu Abraão. Os muitos aspectos do casamento judaico são examinados, inclusive a questão ética envolvida com a poligamia, o divórcio e a endogamia, ao lado das regras legais relativas aos detalhes do relacionamento entre marido e mulher em Israel nos tempos da entrega da Lei por Deus.

Abstract: The clear exposition of the marriage treatment in the five books of Moses is the target of the present work. The previous vision of the Hammurabi Code is important because permits the comprehension of the cultural context under which Abraham lived. The many aspects of the Jewish marriage are examined, including the ethic question involving the polygami, the divorce and the endogami, besides the legal rules concerning to the details of the husband and wife relationship in Israel in the time of God's Law delivery.

Unitermos: Casamento; Pentateuco; Hammurabi; Direito hebraico; Poligamia; Endogamia; Repúdio; Direito antigo.

1. Introdução: Objeto do Trabalho e seu Método Analítico - O escopo deste estudo é a exposição clara e precisa da disciplina jurídica da instituição casamento nos cinco primeiros livros do Velho Testamento, ou seja, no Pentateuco de Moisés.

O tema é digno de toda a atenção. Em primeiro lugar, porque é indiscutível a relevância histórico-cultural deste monumento jurídico, promulgado há 3.500 anos, e que, ao lado do Código de Hammurabi, representa o que de melhor e mais antigo se conhece em termos de corporificação de leis civis em toda a história da humanidade. Em segundo, porque apesar de sua magnitude e repercussão, o conteúdo de muitas das suas disposições é pouco conhecido e difundido fora dos estreitos limites da cultura e literatura judaicas, malgrado a estrondosa influência do Cristianismo sobre o mundo ocidental.

É importante observar, e isto é reconhecido pelos que se debruçam sobre a História do Direito, que a civilização egípcia, apesar do grande desenvolvimento que experimentou nas ciências e nas letras, não produziu, até aonde se sabe, uma grande

legislação civil. Pelo contrário, a preocupação legiferante desse povo se concentrou mais no direito processual do que no substancial, não se comparando, assim, em termos qualitativos, a lei babilônica ou hebraica com a egípcia sob o ponto de vista dos direitos civis (Flávio Queiroz de Moraes Júnior, *Da Estrutura Filosófica do Ministério Público, Justitia*, 123:34).

Quanto ao método de análise escolhido para a realização deste trabalho, optamos, num primeiro instante, pelo levantamento minucioso de todos os textos constantes do Pentateuco que, de uma forma ou de outra, se relacionavam com o tema casamento.

Em seguida, procuramos separar os textos estritamente legais dos históricos que nos fornecem o pano de fundo das relações sociais dos hebreus; quanto a estes últimos, ainda, a distinção entre narrativas pré ou pós êxodo é importantíssima, para se saber até que ponto a lei mosaica representou ruptura com os costumes sumerianos que permearam as origens da Nação de Israel com Abraão. É sabido que os descendentes de Jacó se transformaram em verdadeira nação no curso dos 430 anos (entre 1875 e 1445 AC) em que permaneceram como escravos no Egito. Sobre este período pouco ou quase nada se conhece acerca da história hebraica, razão porque qualquer pretensão de estudo comparado deve se ater à civilização babilônica do século XVIII AC. Ademais, estes quatro séculos de história egípcia de dominação dos Icsos são identicamente obscuros aos historiadores.

Por fim não poderíamos desprezar, como não desprezamos, a interpretação e a doutrina teológica acerca de determinados textos menos claros e as lições de história que pudessem ajudar na compreensão do contexto do qual emerge o instituto casamento.

2. O Pentateuco: localização literária e conteúdo A palavra pentateuco, transliteração de "pentateuchos" do grego, significa livro de cinco volumes, correspondendo aos primeiros livros do Velho Testamento (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuterônômio), todos de autoria de Moisés ⁽¹⁾.

Para os judeus o Pentateuco é comumente identificado como "sepher hattôrâ", "o livro da lei"; ou ainda como "hattôrâ", "a lei", palavras estas que no hebraico parecem significar basicamente "ensino" ou "instrução" ⁽²⁾.

Ainda sob este prisma é interessante a observação de que o que a cultura cristã conhece como Velho Testamento é chamado pelos judeus de "tanach", cuja primeira parte é o "toráh", o livro da lei, seguido pelo "nabiim" composto dos livros proféticos e o "ketubim", identificado com tudo o que não seja "a lei" ou "os Profetas". Já o "Talmude" corresponde à compilação dos comentários rabínicos ao "Toráh" e tem por conteúdo normas éticas, leis, poesias, poemas, orações, rituais, sermões, folclore, lendas e comentários sobre as escrituras e teologia como nos informam Robert J. Brennan e David R. D. Corrêa (*Profecias Messiânicas*, S. Paulo, edição autônoma, 1989, p. 157). O "Talmude" é composto, por sua vez, pelo "Mishna" ou "Halak" (comentários sobre o "Toráh"), "Gemara" (comentários sobre o "Mishna", detalhes acerca da lei) e "Hagada" (sermões e histórias). Anote-se que a seqüência dos livros do "Tanach" é diferente daquela obedecida pelo Velho Testamento.

C. I. Scofield, comentando a Bíblia Sagrada em obra clássica da literatura teológica, ensina que o Velho Testamento possui quatro grupos bem definidos, assim divididos: a lei (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio); história (Josué, Juízes, Rute, I e II Samuel, I e II Reis, I e II Crônicas, Esdras, Neemias e Ester); poesia e sabedoria (Jó, Salmos, Provérbios, Eclesiastes e Cantares de Salomão); e profecias (Isaías, Jeremias, Lamentações, Ezequiel, Daniel, Oséias, Joel, Amós, Obadias, Jonas, Miquéias, Naum, Habacuque, Sofonias, Ageu, Zacarias e Malaquias). Particularmente a respeito do Pentateuco, assevera este teólogo com propriedade que, apesar de ser a redenção de Israel, o tema geral, "cada um dos cinco livros tem sua parte distinta no todo: Gênesis é o livro dos começos e explica a origem de Israel. Êxodo conta a história do livramento de Israel; Levítico fala do culto de Israel como um povo libertado; e Deuteronômio adverte e instrui esse povo à vista de sua iminente entrada e posse da herança" (4).

Quanto à Lei de Moisés, técnica e especificamente considerada como corpo de normas ou conjunto de regras propriamente dito, dela se ocupam em primeiro lugar os capítulos 20 a 31 de Êxodo, sendo que os capítulos 20 a 23 prescrevem regras de caráter preponderantemente jurídico (os dez mandamentos, leis acerca dos altares, servos, violência, propriedade, civis e religiosas, o testemunho falso e injúria, deveres dos juízes, ano de descanso, sábado e as três festas oficiais), enquanto que os capítulos 24 a 31 estabelecem leis de natureza preponderantemente cerimonial e espiritual (instruções sobre a construção do tabernáculo: arca, propiciatório, mesa, candelabro, cortinas, véu e colunas, altar do holocausto, átrio, azeite, vestes sacerdotais, sacrifícios e cerimônias de consagração, ofertas contínuas, altar do incenso, resgate, bacia de bronze, óleo da unção, incenso sagrado, artífices da obra do tabernáculo, a disciplina do sábado e as tábuas do testemunho). Nos capítulos 32 a 40 o que se encontra são narrativas históricas (o comportamento reprovável do povo, a atuação intercessória de Moisés, a construção do tabernáculo e de todos os seus utensílios), entremeadas pela repetição da lei das festas e do sábado, além de admoestações diretas de Deus à obediência feita ao povo. Em meio a tudo isso, inúmeras referências ao casamento e sua disciplina jurídica são claramente identificadas.

No que concerne ao livro de Levítico a mesma divisão classificatória pode ser observada, preponderando, no entanto, quantitativamente as regras de cunho cerimonial e espiritual. Assim, nos capítulos de 1 a 7 têm disciplina o holocausto, as ofertas de manjares e os sacrifícios (pacíficos, pelos pecados de ignorância, pelos pecados ocultos, pelo sacrilégio, pelos pecados voluntários, pela culpa), além da proibição de comer gordura e sangue e a instituição da porção dos sacerdotes. Identicamente de natureza cultural mostram-se os capítulos 11 a 15 que tratam de vários aspectos relativos à purificação (animais limpos e imundos, purificação da mulher depois do parto, leis sobre a lepra, imundícies do homem e da mulher); o capítulo 16 que impõe o Dia da Exposição e a festa anual da exposição, o capítulo 23 que volta a disciplinar as festas solenes e a primeira parte do 24 que fala do azeite para o candelabro e do pão para a mesa do Senhor. Já de caráter preponderantemente jurídico revelam-se as disposições contidas nos capítulos 18, 19, 20, 21, 22, 25 e 27. O capítulo 18 interessa diretamente ao nosso estudo, posto tratar dos casamentos ilícitos; o 19 traz a repetição de várias leis; o 20 prevê as penas

para vários crimes; o 21 estabelece regras para os sacerdotes; o 22 a disciplina do comer coisas santas; o 25 institui o ano do descanso, o ano do jubileu e prescreve regras específicas a favor dos pobres e dos escravos (quanto a estes últimos de forma minuciosa); e, finalmente, o 27 regulamenta os votos, sua avaliação e resgate, além das dízimas. Os capítulos 8 a 10, por outro lado, contém narrativas históricas (a consagração de Arão e seus filhos, a oferta de sacrifícios por parte de Arão e a morte de Nadabe e Abiú), enquanto que o 26 expressa admoestações contra a idolatria e prevê a bênção de Deus no caso de obediência e o castigo pela desobediência. Ainda que fora do campo estritamente jurídico, encontramos, aqui e acolá, variadas regras disciplinadoras do casamento judaico.

A respeito do Livro de Números é interessante observar a presença de uma grande quantidade de textos histórico-narrativos: capítulo 1 (censo de Israel); 7 (ofertas dos príncipes); 8 (consagração dos levitas); 9 (celebração da Páscoa e a nuvem sobre o tabernáculo); 10, segunda parte (partida do Sinai); 11 (murmuração do povo e as codornizes no deserto); 12 (a sedição de Mirian e Arão); 13 (o envio dos espias); 14 (sedição do povo e o castigo de Deus); 16 (a rebelião de Coré); 17 (florescimento da vara de Arão); 20 (morte de Mirian, rocha de Meribá e a morte de Arão); 21 (derrota de Arade, serpente de bronze, jornada dos israelitas, vitória sobre alguns reis); 22 a 24 (história de Balaão); 25 (o zelo de Finéias); 26 (censo de todos os israelitas); 27, parte final (predição da morte de Moisés); 31 (vitória sobre os medianitas); 32 (a questão da Transjordânia); e 33 (acampamentos desde o Egito). No que diz respeito aos textos propriamente jurídicos, uma particularidade chama bastante atenção que é a natureza administrativa-organizacional de muitas das regras estabelecidas: capítulo 2 (ordem das tribos no acampamento); 3 (número e ofícios dos levitas); 4 (responsáveis pelos serviços religiosos); 10 (trombetas de prata); 11, terceira parte (a designação de setenta anciãos para ajudarem Moisés); 35 (o estabelecimento das cidades dos levitas e das cidades de refúgio). Leis civis, em pequeno número, são encontradas no capítulo 5 (lei sobre os leprosos e lei da restituição, além da interessantíssima disciplina da prova da mulher suspeita de adultério); 18 (deveres e direitos dos sacerdotes); 28 (a solução do caso concreto acerca dos direitos hereditários das filhas de Zelofeade); 30 (lei sobre os votos) e, no 35, parte final (execução do homicida). Por derradeiro, encontram-se, ainda, em Números algumas regras cerimoniais: capítulo 6 (lei do nazireado); 15 (ofertas e sacrifícios pelos pecados de ignorância); 19 (purificação); 28 (ofertas contínuas) e, 29 (ofertas nas outras festas solenes).

Relativamente ao conteúdo do Livro de Deuteronômio (literalmente, em grego, "outra lei") percebe-se, com clareza, a predominância do seu caráter jurídico, presente nele, contudo, alguns textos jurídico-histórico-narrativos nos capítulos 1 a 3 (primeiro discurso de Moisés acerca da história de Israel); 5, parte final, e 9, parte final (a mediação de Moisés); 10 (as segundas tábuas da lei e a vocação da tribo de Levi); 27 (a promulgação solene da lei); 29 (a nova aliança de Deus com o povo); 31 (a sucessão de Moisés); 32 (o cântico de Moisés e o último dia de sua vida) e, 34 (a morte de Moisés), bem como reiteradas exortações de Deus a seu povo nos capítulos 4, 6, 10 e 11 (à obediência à lei); 7 (contra a infidelidade seguidas da alusão às bênçãos decorrentes da obediência); 8 (à memória dos benefícios alcançados); 27, parte final, e 28 (bênçãos e castigos) e a expressa consignação de promessas do

grande profeta no capítulo 18 e de misericórdia no capítulo 30, além da bênção de Moisés no 33. Estritamente jurídicos, mas de cunho cerimonial, revelam-se os textos contidos nos capítulos 12 (leis acerca da prestação de culto a Deus); 13 e 17, primeira parte (tratamento dos idólatras), 14 proibição do mutilamento do corpo, animais limpos e imundos e dízimos) e 18 (tratamento dispensado aos adivinhos e feiticeiros). De natureza administrativo-organizacional são as regras contidas no capítulo 4 (separação das três cidades de refúgio); 16, primeira parte (regulamentação das festas oficiais) e 19, primeira parte (disciplina das cidades de refúgio). De natureza civil, a maioria: capítulo 15 (ano da remissão e leis a favor dos servos e escravos); 16 em sua parte final (deveres dos juízes), 17, parte final (julgamento de questões difíceis, eleição e deveres de um rei), 18, primeira parte (direitos dos levitas), 19, segunda parte (execução do homicida, marcos e testemunhas), 20 (disciplina da guerra), 21 (homicídio de autoria desconhecida, mulher prisioneira, filhos desobedientes e cadáver no patíbulo), 22 (coisas perdidas, várias leis, lei sobre castidade e casamento), 23 (pessoas excluídas das assembleias, limpeza do acampamento, fugitivos, prostitutas, usura e votos), 24 (divórcio), 25 (açóites, levitara, pesos e medidas), 26 (primícias da terra e dízimos) e 31, parte final (a lei da leitura das leis de sete em sete anos).

Por derradeiro, não podemos deixar de aludir ao Livro de Gênesis e seu conteúdo: exclusivamente histórico-narrativo: capítulo 1 (a criação do universo e da terra); 2 (a criação do homem e da mulher); 3 (a origem do pecado e da redenção); 4 a 8 (origem das famílias); 9 a 10 (origem das nações); 11 (origem das línguas); 12 a 50 (origem do povo de Israel).

No que concerne ao objeto específico deste estudo, o casamento, é evidente que a contribuição do Livro de Gênesis assume feição completamente distinta das dos outros quatro livros do Pentateuco, cujo conteúdo histórico se imiscui com o momento da outorga da lei. Diversamente destes, Gênesis nos servirá como grande fonte de informações e subsídios do contexto histórico, do pano de fundo sócio-cultural sobre o qual veio a incidir a codificação mosaica. A sua importância para o trabalho é, pois, indubitável.

3. O Direito Vigente no Tempo de Abraão - Gênesis 11:27 a 31 relata que Terá descendente de Sem, filho de Noé - tinha três filhos, dentre os quais Abraão e que viveu com eles em Ur dos caldeus. Concordam teólogos e historiadores que o relato de Gênesis situa-se há aproximadamente 4.000 anos, isto é, 2.000 AC. Sobre a civilização caldéia - surgida no Sul da Mesopotâmia como fusão das civilizações da Suméria e da Acádia no curso do terceiro milênio antes de Cristo* - pouco se conhecia até meados do século passado, quando se iniciaram pesquisas e escavações arqueológicas na região do Oriente Próximo. Até então, tudo, ou quase tudo, que se sabia era fundado nos relatos bíblicos. Concretizadas as escavações e realizadas inúmeras descobertas, não só ficou demonstrada a exatidão das Escrituras como, também, novas e importantíssimas informações sobre aquele período de tempo vieram à luz.

Sabe-se hoje que os sumérios constituíram a base cultural das civilizações mesopotâmicas e que muitos conhecimentos atribuídos, até há pouco tempo, aos babilônios e assírios são de origem nitidamente sumeriana ⁽⁵⁾. Com a invasão dos

acádios, povos semitas do deserto da Síria, por volta do Século XX AC, foram sendo fundadas várias cidades, inclusive a Babilônia que, mais tarde, se transformou na capital do Primeiro Império Babilônico em 1800 AC, reunindo sob o poder de Hammurabi (1792 a 1750 AC) todas as cidades da Mesopotâmia ⁽⁶⁾.

É justamente nesta época embrionária do Primeiro Império Babilônico, entre os séculos XX e XIX AC, que viveu em Ur dos Caldeus uma das mais notáveis cidades-estado fundadas pelos sumérios o precursor da nação israelita, Abraão. É necessário, portanto, para melhor compreensão da formação e conteúdo da legislação mosaica que se conheça a cultura sob a qual viveu o "pai da fé" e que teve grande influência sobre os costumes e o direito que disciplinaram o povo judeu durante os 430 anos em que permaneceu no Egito. Nossas atenções, é evidente, restringir-se-ão especificamente ao direito de família da época.

De acordo com Emmanuel Bouzon, autor de importante obra denominada *O Código de Hammurabi* (Petrópolis, Ed. Vozes, 4ª. ed., 1987), este conhecido estadista reinou sobre a Babilônia de 1792 a 1750 AC, tendo conseguido, ao final deste período, reunir sob seu poder quase toda a Mesopotâmia (op. cit. pp. 17 e 20). Hammurabi não foi apenas um grande conquistador, mas um excelente político e hábil administrador. O império que construiu deveu-se em grande parte à inteligência da utilização da política de pactos e alianças, por um lado, e por outro à conquista da confiança dos povos vencidos, o que realizava reconstruindo suas cidades, reerguendo seus templos e implantando o direito e a ordem no país, fundamentando, assim, a unidade do seu reino (op. cit. pp. 20 e 21). Vê-se aí a grande importância do direito que fez vigorar em toda a Mesopotâmia de seu tempo.

Sobre o chamado "Código de Hammurabi" - mais uma obra literária para enaltecer a figura do rei do que propriamente um código e seu conteúdo, tomamos a liberdade de transcrever a precisa lição de Emmanuel Bouzon, "verbis": "... o material legal da estela de Hammurabi espelha, em parte, a atividade do rei como juiz. Diversos parágrafos legais são, provavelmente, sentenças proferidas por Hammurabi, que seus escribas aproveitaram, dando-lhes uma formulação abstrata em estilo casuístico. Assim sendo, não admira que esse material legal trate, principalmente, de questões de maior interesse para o palácio. As diversas 'leis' casuísticas são organizadas pelo princípio de atração, pela semelhança de temas e assuntos tratados. A parte legal da estela de Hammurabi pode, grosso modo, ser estruturada da seguinte maneira: §§ 1-5: Determinam as penas a ser impostas em alguns delitos praticados durante um processo judicial; §§ 127-195: Regulam o direito de família, filiação e heranças; §§ 196-214: Determinam as penas para lesões corporais; §§ 215-240: Regulam os direitos e obrigações de algumas classes de profissionais; §§ 241-277: Regulam preços e salários; §§ 278-282: Contém leis adicionais sobre a propriedade de escravos" (op. cit. p. 29).

Particularmente no que diz respeito ao tema do qual nos ocupamos, o Código de Hammurabi deixa claramente antever que também na Babilônia a família era considerada a célula-mater da sociedade. Como bem salienta Emmanuel Bouzon, o sistema familiar era patriarcal (op. cit. p. 36). De fato, examinando-se com cuidado o poder conferido ao pai de família, chega-se indubitavelmente a tal conclusão, bastando mencionar a prescrição expressa do §§ 117 do Código que

alude à permissão que tem o pai de vender a esposa, o filho, a filha em virtude de dívida, ainda que somente por quatro anos.

No que concerne ao casamento, a peculiaridade que mais chama a atenção é indiscutivelmente a forma exigida pela lei para a sua constituição: o contrato escrito. Dispõe o § 128 do Código de Hammurabi que "se um *awilum* tomou uma esposa e não redigiu o seu contrato, essa mulher não é esposa". Também o que conhecemos hoje como noivado, ao que tudo indica, era equiparado ao casamento e celebrado por escrito, uma vez que o § 130 faz alusão a crime sexual praticado contra "esposa de um outro *awilum*, que (ainda) não conheceu um homem e mora na casa de seu pai.

A respeito da poligamia, observa Emmanuel Bouzon que embora esta "não fosse proibida, o casamento era, em geral, monogâmico" (op. cit. p. 36). Frente ao exame do texto do Código de Hammurabi, a monogamia pode ser afirmada como prática geral, por duas ordens de circunstâncias: primeira, a de que na parte relativa aos direitos hereditários não existem disposições disciplinando divisão de bens entre pessoas (§§ 170, 171, a, e 171, b, que falam da concorrência entre os filhos da "primeira esposa" e de uma escrava; segunda, a de que o segundo casamento sem rompimento do primeiro era expressamente vedado em uma hipótese (§ 144) e permitido em duas outras com imposição de garantias à primeira esposa (§§ 145 e 148). O § 144 proíbe o segundo casamento com sacerdotisa *sugitum* se a primeira esposa era sacerdotisa *naditum* e houvesse dado filhos ao *awilum* por meio de uma escrava. O § 145 permitia o segundo casamento na situação anterior apenas se a esposa *naditum* não houvesse gerado, mas a segunda esposa *sugitum* não seria igualada à *naditum* em termos jurídicos. O § 148 permitia o segundo casamento, mas se a primeira esposa tivesse, antes, sido acometida da doença *labum*, o *awilum* não poderia repudiar, sendo direito da primeira morar em sua casa e ser alimentada ali enquanto vivesse. Toda esta rígida disciplina mostra que o Código Hammurabi não incentivava a bigamia ou poligamia, pelo contrário sugere que a monogamia era a regra na sociedade babilônica daquela época.

Outro importante aspecto do casamento disciplinado expressamente pelo Código de Hammurabi é o repúdio. O § 138 expressamente dispõe que se um *awilum* quiser abandonar sua primeira esposa que não lhe gerou filhos, poderá fazê-lo desde que lhe dê o correspondente em prata ao seu *terhatum* (o preço pago pelo pai do noivo ao pai da noiva), além da devolução do dote. O § 139 afirma que se não houver *terhatum*, pagará o marido uma mina de prata "como indenização do repúdio"; se o marido é um *muskenum* (alguém socialmente inferior ao *awilum*), pagará um terço de uma mina de prata, diz o § 140. Caso a repudiada fosse uma *sugitum* ou *naditum*, além da devolução do dote, a mulher deveria receber a metade do campo, do pomar e dos bens móveis, ficando ela, ainda, com o direito de educar os filhos e, após educá-los, teria o direito, ainda, à parte correspondente a um herdeiro e a liberdade de casar outra vez. Grandes eram, assim, as prerrogativas de que gozavam as sacerdotisas entre os babilônios. Já o § 141, por outro lado, previa que se uma mulher viesse a apropriar-se secretamente de bens do marido, ou dilapidasse sua casa (gastasse excessivamente), o que representava desprezo ao marido, este poderia repudiá-la sem qualquer indenização ou, simplesmente, casar-se com outra, mantendo a primeira como escrava. Bastante interessante, de outra

sorte, é a disposição do § 142 que regula o repúdio pela mulher que, negando-se ao relacionamento sexual com o marido, mas provando perante o juiz que não tem nenhuma falta e que o marido a despreza, traindo-a, tem o direito de receber de volta seu dote e ir para a casa de seu pai. Contudo, se ficar apurado que a negação do sexo é injustificada, porque a mulher leva vida suspeita fora do lar e gasta demais, o que representa desprezo ao seu marido, ela será "lançada na água", diz o artigo 143, isto é, será condenada à morte por afogamento.

O adultério é outra circunstância minuciosamente disciplinada pelo Código de Hammurabi, tanto sob o prisma substancial, quanto processual. Materialmente falando, tratam do assunto vários parágrafos do referido Código. O primeiro é o § 129 que prescreve que se a esposa de um *awilum* fosse surpreendida dormindo com outro homem, ela seria amarrada e lançada n'água (pena de afogamento). A segunda parte deste parágrafo, porém, dispunha que se o esposo perdoasse a esposa, o rei também deixaria viver seu servo, ou seja, o rei deixaria de aplicar-lhe a pena capital. O § 130, já referido neste trabalho, dispunha sobre a violência sexual cometida por meio de imobilização contra a mulher casada, porém virgem que ainda morasse com o pai (a noiva de nossos dias), crime cuja pena era identicamente a morte do agressor; a mulher era libertada. Já o § 133 previa como adultério a interessante situação da mulher, cujo marido fosse feito prisioneiro, que tendo meios de subsistência em sua própria casa viesse a se juntar a outro homem: "se essa mulher não cuidou de si e entrou na casa de um outro, comprovarão (isto) contra essa mulher e a lançarão n'água". Entretanto, se na "casa do que foi feito prisioneiro não há o que comer, sua esposa poderá entrar na casa de um outro. Essa mulher não tem culpa", segundo o disposto no § 134. E o § 135 completa a disciplina dizendo que se nesta última situação (falta de meios de subsistência e ajuntamento a outro homem) a "esposa gerou filhos, e mais tarde seu marido voltou e chegou à sua cidade, essa mulher voltará para o seu primeiro marido; os filhos seguirão o pai". E, finalmente, segundo o § 136, "se um *awilum* abandonou a sua cidade e fugiu, ocorrendo qualquer uma das hipóteses atrás referidas, o marido que venha a retornar não recuperará a sua esposa "porque ele desprezou sua cidade e fugiu".

Quanto ao direito processual, duas normas precisam ser mencionadas ainda no que atine ao adultério. A primeira é a do § 131 que prescrevia que "se o marido acusou sua esposa (mas), ela não foi surpreendida dormindo com outro homem, ela pronunciará o juramento de Deus e voltará para a sua casa". É que inexistindo flagrante e provas do adultério, a mulher poderia demonstrar validamente sua inocência, fazendo apenas juramento perante o deus de sua cidade. A outra regra processual para a matéria no Código de Hammurabi é a prevista no § 132 que dispõe que "se contra a esposa de um *awilum* foi apontado o dedo por causa de outro homem, mas ela não foi surpreendida dormindo com outro homem, para o seu marido ela mergulhará no rio" Como observa Emmanuel Bouzon, trata-se de uma acusação de adultério fundada, provavelmente, "na opinião pública da cidade", na "fama de adúltera em relação àquela mulher... o ato da mulher mergulhar no rio deve ser considerado como um ordálio. Caberá ao deus 'Rio' como juiz divino demonstrar ao esposo, e à opinião pública da cidade, a inocência ou a culpabilidade dessa mulher" (op. cit. pp. 141 e 142).

Para encerrar este capítulo introdutório sobre o direito babilônico não podemos deixar de referir alguns outros institutos vinculados ao casamento e regulamentados pelo Código de Hammurabi. O primeiro a que fazemos menção era o "terhatum" aludido, por exemplo, nos §§ 159, 164 e 166, e que representava a quantia que se pagava ao pai da noiva como compensação pela entrega de sua filha, já que era "geralmente o pai do noivo que escolhia a esposa para seu filho e pagava a quantia em prata", como observa Emmanuel Bouzon (op. cit. p. 36). O dote era outra figura disciplinada detalhadamente pelo Código - como nos §§ 162, 163, 164, 172, 180, 182, 183, 184 entre outros - e pertencia à esposa, mas era administrado pelo marido. Por fim, merecem referência ainda o presente nupcial que era acrescentado ao "terhatum" pelas famílias mais ricas e que é tratado, v.g. nos §§ 171, "b", 172, e o incesto que era caracterizado perfeitamente nas leis de Hammurabi como se vê pelas normas contidas nos §§ 154 a 158.

Concluídos este prévio exame acerca do direito babilônico vigente no tempo de Abraão, que serve de paradigma legítimo para o estudo do Pentateuco mosaico, passemos a enfocar o casamento entre os judeus.

4. O Casamento no Pentateuco.

4.1 Questões Prévias Acerca do Casamento no Pentateuco e Demais Porções das Escrituras.

4.1.1 - O Casamento como Instituição Divina Teologicamente, casamento pode ser conceituado como o estado estabelecido por Deus no qual um homem e uma mulher podem viver juntos em relação sexual com a aprovação do seu grupo social. A partir deste conceito percebe-se claramente que o Pentateuco, como toda a Bíblia, considera o casamento como uma instituição divina, isto é, como uma experiência humana originada do coração de Deus, estabelecida historicamente mediante o poder criador de Deus e abençoado por Deus sejam quais forem as pessoas, sem distinção de tempo, espaço, raça ou credo que a ela venham a se submeter. Ainda sob este aspecto do casamento como instituição divina é importantíssimo salientar que os relatos bíblicos acerca da promessa de Deus a Adão de uma companheira em Gênesis 2:18 ("Disse mais o Senhor Deus: não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma auxiliadora que lhe seja idônea"), a formação da mulher em Gênesis 2:22 ("E a costela que o Senhor Deus tomara ao homem, transformou numa mulher, e lha trouxe") e a ordem de Deus expressa em Gênesis 2:24 ("Por isso deixa o homem pai e mãe, e se une à sua mulher, tornando-se os dois uma só carne"), revelam que o casamento corresponde ao relacionamento íntimo e único entre um homem e uma mulher, unidade inquebrantável esta que ilustra a relação espiritual e eterna existente entre Deus e seu povo (Jr. 3; Ez. 16; Os. 1-3) e entre Jesus Cristo - o Filho de Deus, o Messias Salvador e sua Igreja (Ef. 4:22-23). Como bem acentuam Frank Lawes - Stephen Olford (*A santidade do sexo*, São Paulo, Ed. Fiel, 1974), "o casamento é o desejo de Deus. Foi Deus quem tomou a iniciativa, lendo o coração de Adão. Foi Deus quem se achegou a Adão para prover-lhe uma companheira de existência... o matrimônio é da vontade de Deus, e Seu propósito é a satisfação humana" (op. cit. pp. 87, 88 e 91).

4.1.2 - A Questão Ética Acerca do Incesto e da Poligamia no Pentateuco

Embora o Pentateuco tenha sido escrito apenas no século XV, antes da era cristã, Moisés, sob inspiração direta de Deus, relata no Livro de Gênesis a história de toda a criação, deixando patente que a raça humana não é fruto de qualquer evolução biológica, mas resultado imediato da soberana vontade de Deus: Gênesis 1:1 ("No princípio, criou Deus os céus e a terra"); e 2:7 ("Então formou o Senhor Deus ao homem do pó da terra, e lhe soprou nas narinas o fôlego da vida e o homem passou a ser alma vivente"). Fica, assim, absolutamente afirmado que a raça humana surgiu a partir de um único e exclusivo homem, Adão.

Ora, se assim é, tem procedência a pergunta tantas vezes repetida por cientistas e pensadores nos últimos séculos: como, então, surgiram as gerações a partir dos filhos de Adão? A resposta é tão óbvia como simples: os filhos e filhas de Adão casaram-se entre si e geraram novos homens e mulheres que, pela repetição do processo, povoaram a terra como era do desejo de Deus (Gn. 1:28). É importante salientar que Gênesis como toda a Bíblia, não é um livro científico, mas o relato da história de tudo o que existe, permitindo, assim, por meio de seu detalhado estudo a conclusão de que na primeira sociedade humana o incesto não só não tinha qualquer conotação imoral como representava o único meio de cumprimentos dos desígnios de Deus comunicados ao homem, dentre os quais se encontra o de povoar o planeta.

Duas observações de caráter teológico se colocam para fundamentar a assertiva acima. Em primeiro lugar, não pode jamais o estudioso das Escrituras afastar-se do princípio hermenêutico consubstanciado na idéia de que a revelação divina, a propósito da história da humanidade, não é completa. Sem dúvida, não é por outro motivo, que alguns teólogos chegam a defender a "teoria da brecha" (ou "gap", em inglês) que seria um intervalo indefinido de tempo existente entre Gênesis 1:1 e 1:2. Baseiam-se tais teóricos na significação exata do "sem forma e vazia" de Gênesis 1:2 que no hebraico quer dizer literalmente "arruinada" ("torru va torru"). O raciocínio é este: se o versículo 1 afirma que "no princípio criou Deus os céus e a terra" e logo no 2 está consignado que a terra estava "arruinada" é porque algo aconteceu neste intervalo, sustentando alguns que esta ruína representaria o caos provocado pela revolta de Satanás (Ez. 28:11-15, Is. 14:12-17). Só este exemplo de argumentação bíblico-teológica já seria suficiente para demonstrar a correção do princípio de que a revelação de Deus não é completa. Mas para confirmar tal validade principiológica citamos duas outras importantes inferências a partir de textos bíblicos. A primeira concerne à possível mutação biológica do planeta, a partir do evento do dilúvio (Gn. 7:11 a 8:19) com a cessação da longevidade pela alteração ambiental, a troca de costumes alimentares, tornando-se o homem carnívoro entre outras coisas. A segunda diz respeito à origem das raças, havendo quem defenda que todas elas tiveram origem em Noé e seus três filhos, Sem, Cão e Jafé (Gn. 9:18-19): de Sem teria surgido a raça branca; de Cão, a raça negra e, de Jafé, a raça amarela. Em suma, tudo isso mostra que a tese do incesto como meio natural de reprodução não é, em absoluto, afastada pela narrativa bíblica de Gênesis, pelo contrário, é fortemente sugerida. Um segundo princípio hermenêutico-teológico que demonstra a perfeita compatibilidade do incesto com os

desígnios de Deus é o de que a revelação divina é progressiva. Lendo-se e estudando-se as Escrituras com cuidado e profundidade percebe-se que Deus abençoou homens pelo simples fato de terem exercido fé, não exigindo deles retidão moral senão na exata medida daquilo que o próprio Deus já lhes havia revelado no que concerne à Sua Santidade. É em função disto, por exemplo, que se afirma que a idéia e a prática do monoteísmo só ficaram consagrados definitivamente com a Lei de Moisés, promulgada 500 anos depois da promessa de Deus a Abraão (Neste sentido afirma Paul Johnson, *História dos Judeus*, Rio de Janeiro. Imago Editora, 2ª ed., 1989, pp. 27 e 28). O que não se dizer, então, a respeito dos demais usos e costumes praticados pelos precursores da Nação de Israel como, por exemplo, aqueles relativos à guerra, à escravidão, aos crimes e suas penas, à família e, especialmente, quanto ao que nos interessa, ao casamento. A revelação plena da vontade de Deus só veio muito mais tarde com o Messias prometido, o Ungido do Senhor, aquele que "é a imagem do Deus invisível, o primogênito de toda a criação, pois nele foram criadas todas as coisas", como afirma, por inspiração divina, Paulo aos colossenses (Col. 1:15-16), isto é, Jesus Cristo, Nosso Senhor, que nos legou o Evangelho da Salvação, com o Novo Testamento, este sim, a plena revelação da Santidade e da vontade de Deus para o homem.

Ora, se aceitamos como válidos os princípios interpretativos de que a revelação histórica da palavra de Deus não é completa e de que a revelação da moral de Deus ao homem é progressiva, chegamos então à conclusão de que nada infirma a tese de que o incesto fosse legitimamente praticado nos primórdios da sociedade humana e, fundados especificamente no segundo princípio aludido, que a poligamia fosse, ainda bem mais tarde, admitida por Jawé na incipiente comunidade judaica.

Assim, a respeito da poligamia e seu enquadramento ético-social, é importante ficar salientado que em todo o Antigo Testamento esta figura não é tida como sexualmente reprovada, posto constituir um estado matrimonial juridicamente reconhecido pelas civilizações que participaram da formação cultural do povo hebreu. Como tivemos a oportunidade de ver, a sociedade babilônica na qual viveu Abraão admitia a poligamia, embora com restrições, e este comportamento social, assim como o incesto na sociedade pré-histórica, existia para atender a uma necessidade perfeitamente definida: a permanência da raça e da família e o fortalecimento do grupo com o aumento do número de filhos, futuros homens de guerra. Se este dado sociológico explica a poligamia da forma geral no mundo antigo, o que não se dizer de uma nação fundada por um único homem, Abraão, que recebeu a promessa (mas por quê não dizer a ordem) de tomar posse de Canaã, uma terra habitada e disputada palmo a palmo por inúmeros povos guerreiros. É evidente que a poligamia seria um dos instrumentos usados por Deus - embora esta não fosse reconhecidamente a Sua vontade perfeita para que Israel conquistasse séculos mais tarde a terra "que mana leite e mel".

4.1.2 - O Valor da Família entre os Judeus - Frente a tudo que já estudamos até aqui é fácil compreender a enorme importância de que se revestiu a família desde o nascimento de Israel com Abraão. As circunstâncias históricas extremamente adversas ao surgimento desta Nação - a escravização de um pequeno

povo no Egito, a sua saída à força do cativeiro e seu destino rumo a uma terra prometida humanamente inatingível somadas à revelação do propósito de Deus de manter com este povo uma aliança perpétua de fidelidade equiparada ao relacionamento do marido com sua esposa, explicam o valor exacerbado dado pelo judeu à família.

Ensina-nos Henri Daniel-Rops (*A Vida Diária nos Tempos de Jesus*, Editora Vida Nova, 2ª ed., 1986, pp. 81 e 82) que em Israel a família era a base vital da sociedade, sua pedra fundamental, constituindo nos primeiros tempos até mesmo uma entidade separada sob o prisma da lei, uma parte da tribo. A lei, disciplinando-a sob vários aspectos, tinha o intuito de prover a sua permanência e resguardar a sua pureza e autoridade: "enquanto os judeus desejassem permanecer fiéis à Lei (e isto era quase universal) eles jamais deixariam de admitir o lugar predominante da família na sociedade", conclui o autor (op. cit. p. 81).

A família judaica não era apenas um agregado social, era uma verdadeira comunidade religiosa com suas festas próprias como, v.g., a Páscoa de caráter estritamente familiar. Em hebraico, o termo família (*aha, ah*) significava irmão, meio-irmão, primo e até mesmo um parente próximo (op. cit. p. 81), o que mostra a extensão subjetiva dada a este vínculo e a relevância social desta entidade. Tal importância é demonstrada, ainda, pelo fato da boa sorte de um membro significar a alegria de todos e a infelicidade de um enlutar todo o grupo; uma única desonra afligia a família inteira. Henri Daniel-Rops nos lembra, finalmente, que "nada podia quebrar o laço de sangue, e todos tiravam proveito disso. Certificar-se da perpetuação da família, isto é, casar-se, era então uma questão da maior importância para o homem" (op. cit. p. 82).

Estabelecida, em linhas gerais, a feição da família judaica, vejamos, a partir de agora, como o Pentateuco regulamenta o casamento que lhe dá origem.

4.2 A Constituição do Casamento no Pentateuco.

4.2.1. - **A Escolha da Noiva** - Assim como ocorria na Mesopotâmia no tempo de Abraão, também entre seus descendentes, o povo judeu, era comum que a noiva fosse escolhida pelo pai do noivo, embora também acontecesse do próprio noivo ter a prerrogativa da escolha. Gênesis 24:1 a 4 relata que Abraão ordenou ao seu mais antigo servo que procurasse em meio a sua parentela uma esposa para Isaque. A procura, o encontro da noiva, a concordância do pai e irmão de Rebeca e a sua própria concordância encontram-se minuciosamente descritos nos versículos 5 a 61 que se seguem.

Embora o texto faça referência à concordância da noiva, parece certo que tal era dispensável em virtude do poder conferido ao pai num regime patriarcal (a inexistência de outros textos no mesmo sentido identicamente aponta na mesma direção). Também Isaque enviou Jacó à Padã-Arã "para tomar de lá esposa para si" (Gn. 28:6); Judá tomou esposa para seu primogênito (Gn. 38:6); Hagar casou Ismael com mulher no Egito (Gn. 21:21). Quanto à necessidade de concordância dos pais da noiva não há a menor dúvida, bastando lembrar de Gênesis 29:21 que narra o pedido de Jacó a Labão: "Dá-me minha mulher, pois já venceu o prazo, para que me case com ela" Em síntese, tudo dependia da vontade dos pais dos noivos, do

contrato que se celebrasse entre eles. Já no que concerne a escolha da noiva pelo próprio noivo, sabe-se que isto ocorria, mas a negociação deveria envolver seus pais como no caso de Siquém e Diná (Gn. 34:4 a 8). Era raro, por outro lado, que um jovem casasse contra a vontade de seus pais, como ocorreu com Esaú (Gn. 26:34 e 35), mas o casamento forçado pela lei (contra a própria vontade do homem) também existia. Êxodo 22:16 prescreve que "se alguém seduzir qualquer virgem, que não estava desposada, e se deitar com ela, pagará seu dote e a tomará por mulher". E Deuteronômio 22:29 explicita a sanção, prevendo: "então o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e uma vez que a humilhou, lhe será por mulher; não poderá mandá-la embora durante a sua vida".

4.2.2 - O Noivado - Há pelo menos dois textos no Pentateuco que revelam claramente a existência da figura daquilo que conhecemos hoje como noivado. O primeiro deles se encontra em Deuteronômio 20:7 que prescreve: "Qual o homem que está desposado com alguma mulher e ainda não a recebeu? Vá, torne-se para sua casa, para que não morra na peleja e outro homem a receba". Esta regra acerca da guerra mostra que era possível a um homem estar desposado sem ainda ter "recebido" a sua mulher, isto é, sem ter tido ainda relações sexuais e sem viver sob o mesmo teto com ela. Estavam noivos somente, posto que o casamento ainda não havia sido consumado (a posse - "hakhnashah" era a união física e espiritual por toda a vida). O segundo texto importante está em Deuteronômio 22:23, aonde se lê: "Se houver moça virgem, desposada, e um homem a achar na cidade e se deitar com ela..." A previsão legal é justamente a mesma; a da mulher virgem desposada, quer dizer, noiva (v., ainda, Êxodo 22:16).

Embora o noivado se distinguisse nitidamente do casamento pela ausência de coabitação nos dois sentidos, o fato é que o noivado da lei de Moisés como, na verdade, o noivado em todo o Oriente Próximo daquela época - era algo muito mais vinculativo sob o ponto de vista jurídico do que o noivado do nosso tempo. Henri Daniel-Rops chega mesmo a afirmar que a despeito das figuras do noivado e do casamento serem "teoricamente muito diversas, elas na verdade se confundiam. O fato é que a lei reconhecia direitos e obrigações durante o noivado que eram quase as mesmas do casamento", citando, como exemplo, a submissão da noiva à prova da água, no caso de suspeita de adultério, ao apedrejamento no caso deste estar caracterizado, bem como a titularidade de algumas prerrogativas, tais quais a de não poder ser rejeitada senão por carta de divórcio, a de ser considerada viúva se o noivo morresse, além de ter o filho nascido na constância do noivado considerado legítimo (op. cit. p. 85).

Deve-se observar, ainda, que o Pentateuco não fala do rompimento do noivado enquanto espécie de contrato prévio (pré-requisito do casamento) - como fazia o Código de Hammurabi que previa a perda do presente original e nupcoal e do "terhatum" pelo noivo desistente (§ 159) ou a devolução destes em dobro no caso do sogro desistente (§ 160). Por isso, não se sabe ao certo se a figura existia entre os judeus.

4.2.3 - O Dote - O Pentateuco, em algumas passagens histórico-narrativas e em alguns textos estritamente legais, nos dá uma clara visão de como o dote era disciplinado entre os judeus, sendo certo tratar-se de um instituto muito importante e uma questão que levava os pais dos noivos a prolongadas negociações ⁽⁹⁾.

O dote judaico não se confunde, em absoluto, com a moderna feição desta figura que, ao que parece, tem sua origem mais remota nas previsões do Código de Hammurabi, mencionadas anteriormente, aonde o dote correspondia a um presente dado pelo pai à sua filha, mas que era administrado pelo marido (§§ 162, 163, 164, 172, 180, 182, 183, 184 do referido Código). Este presente do pai da noiva existia entre os judeus, mas não era chamado de dote. Gênesis 24: 60 a 61 nos informa que Rebeca, após por ter sido abençoada por seus parentes, se levantou com suas moças-servas e partiu; as moças-servas certamente foram dadas como presente a Rebeca pelo seu pai. Também Gênesis 29:24 refere a situação de um presente sem denominá-lo de dote: "Para serva de Lia, sua filha, deu Labão sua serva Zilpa".

Na verdade, o que a Lei de Moisés qualificava como dote ("mohar") era o que os babilônios conheciam como "terhatum", ou seja, uma quantia paga ao pai da noiva como compensação pela entrega da filha. As normas jurídicas expressas em Êxodo disciplinam a figura: "Se alguém seduzir qualquer virgem que não estava desposada, e se deitar com ela, pagará seu dote e a tomará por mulher" (v.16); "Se o pai dela definitivamente recusar dar-lha, pagará ele em dinheiro, conforme o dote das virgens" (v. 17). É interessante notar, neste diapasão, que a lei veio apenas a consolidar normativamente o que o incipiente povo judeu já praticava há quatrocentos anos. Gênesis 34:12 relata o pedido que o hebreu Siquém fez a Jacó e a seus filhos, "verbis": "Majorai de muito o dote de casamento e as dádivas, e darei o que me pedirdes; dai-me, porém, a jovem por esposa". A esta figura, o "mohar" e também a este tempo, se referem dois textos, embora sem alusão expressa: Gênesis 24:53 que diz que o servo de Abraão, enviado a buscar esposa para Isaque "tirou jóias de ouro e de prata e vestidos, e os deu a Rebeca; também deu ricos presentes a seu irmão e a sua mãe", Gênesis 29:18 que alude à conhecidíssima situação de Jacó que amava Raquel e disse a Labão: "Sete anos te servirei por tua filha moça, Raquel". A proposta de Jacó a seu futuro sogro era, como se vê, a de pagar com seu trabalho por um tempo determinado o "mohar" ⁽¹⁰⁾.

Discute-se entre os teólogos e historiadores se o dote judaico teria natureza de preço de compra. *O Novo Dicionário da Bíblia* afirma categoricamente que não, haja vista que a noiva não era comprada como escrava (op. cit. Vol. II, p. 1.014). O argumento tem procedência frente a Lei Mosaica. O dote era apenas mais um elemento, embora importantíssimo, no acordo que celebravam os pais dos noivos para acertar o noivado com vista ao futuro casamento.

Por fim, há de se fazer menção ao terceiro elemento envolvido com o noivado e casamento judaicos, o presente do noivo, que ao lado do presente da noiva e da compensação pecuniária dada ao pai da noiva (o dote, para os judeus), compunha o complicado arcabouço econômico desta prolongada negociação. Os textos de Gênesis 34:12 e 24:53, já citados, mencionam, respectivamente, "as dádivas", além do dote, que Siquém ofereceria à noiva e as "jóias de ouro e de prata e vestidos" que o servo de Abraão deu a Rebeca, quando da conclusão do contrato do noivado desta com Isaque. Estes presentes tinham o nome de "mattan" entre os

judeus que, segundo Henri Daniel-Rops, teria a função de resguardar a noiva economicamente no caso de viveuz (op. cit. p. 85).

4.2.4 - A Consumação do Casamento e sua Informalidade - Malgrado as enormes responsabilidades advindas do noivado com o desencadeamento de um sem número de deveres e a própria criação do "status" de "desposada(o)" para os noivos, a sociedade judaica só considerava verdadeiramente casados aqueles que se unissem fisicamente pelo ato sexual e cujo relacionamento conjugal fosse do conhecimento público. Quanto ao ato sexual, como fato consumativo do casamento, não existe nenhuma regra escrita no Pentateuco que o preveja, mas é evidente que dada a enorme relevância da virgindade e sua severa tutela jurídica na Lei de Moisés (Êx. 22:16 e 17; Nm. 5:11 a 31) parece legítima a afirmação de que o casamento só se consideraria devidamente consumado, quando o marido e a mulher se "conhecessem". Corrobora tal entendimento o fato de que a história dos patriarcas, transmitidas oralmente durante séculos e relatada no Livro de Gênesis, nos dá conta de que os casamentos se consumavam desta maneira. Gênesis 24:67 conta que "Isaque conduziu-a até à tenda de Sara, mãe dele, e tomou Rebeca, e esta lhe foi por mulher. Ele a amou..."; 29:23, diz que Labão "à noite, conduzia Lia, sua filha, e a entregou a Jacó. E coabitaram"; 38:2, falando de Judá, afirma que ele viu "a filha de um cananeu chamado Sua; ele a tomou por mulher e a possuiu". Não parece crível, assim, que no curso do desenvolvimento da nação israelita no cativo egípcio tenha este costume originário e simples cedido a exigências formais que dificultassem a prática do casamento, permanecendo, ao que tudo indica, a coabitação como fator decisivo para o seu reconhecimento.

No que diz respeito ao reconhecimento público como elemento essencial da constituição do matrimônio, também não há no Pentateuco qualquer regra que o estabeleça expressamente. Contudo, pelo fato de o casamento ter um significado tão especial para a comunidade judaica é de se supor que o conhecimento público representasse parte integrante da formação do vínculo matrimonial, pelo menos dentro de circunstâncias normais de vida. É que tanto no Egito, enquanto povo escravizado, quanto na peregrinação no deserto, como ainda nos primeiros tempos na terra de Canaã na condição de guerreiros conquistadores, as circunstâncias de vida social não eram nem de longe favoráveis à formalização do casamento.

Talvez isto explique a diferença crucial existente entre o casamento judaico, da Lei de Moisés de caráter informal como temos procurado demonstrar, e o casamento babilônico dos tempos de Abraão tão formal a ponto de exigir o Código de Hammurabi contrato escrito, sob pena de inexistência de vínculo matrimonial (§ 128). A Babilônia de Hammurabi era a capital de um Império (o I Império Babilônico), a estabilidade sociopolítica uma realidade pelo menos durante alguns séculos, a vigência de um direito formal, unificado em todo o território, um fator decisivo de segurança e de dominação. Já a nação de Israel na terra prometida não passava de um povo quase nômade à procura de assentamento, vivendo em constante pé-de-guerra com seus vizinhos para alcançar a posse de um território que por promessa e intervenção de Deus lhe pertenceria. Tais diferenças gritantes justificam a informalidade de muitos dos institutos jurídicos da Lei de Moisés e,

principalmente, daquele de que mais dependia a sobrevivência da nação como povo guerreiro.

Contudo, se parece certo que nos primeiros tempos de Israel não havia a figura de contrato escrito (no livro apócrifo de Tobias, 7:14 há referência a tal contrato que no "Mishnah" se chama "Kethubhâh")⁽¹²⁾, não podemos esquecer que as festividades de casamento sempre fizeram parte da cultura judaica, cumprindo a relevantíssima função de dar publicidade ao relacionamento conjugal. Quanto a tais festividades o Livro de Gênesis nos dá idéia de alguns de seus detalhes como, por exemplo, que era comum a realização de uma ceia que poderia ser realizada na casa da noiva (Gn. 29:22); que a noiva usava um véu (Gn. 24:65); que os pais e amigos abençoavam o casal e desejavam-lhes felicidades (Gn. 24:60); que os noivos eram escoltados até um aposento pelos pais (Gn. 29:23); que a consumação do casamento acontecia pelo ato sexual, como já vimos (Gn. 24:67; 29:23; 38:2) e, finalmente, que as festividades duravam uma semana (Gn. 29:27). Frente a ausência de normas jurídicas disciplinadoras das festas de casamento especificamente na Lei de Moisés (que regulamentava muitas outras) é de se supor que em relação a estas, o costume forjado pelo tempo e pela tradição fosse perfeitamente suficiente para dar força de instituição a tais cerimônias, tornando-se, assim, desnecessária a regulamentação formal. Provavelmente, os costumes vigentes a respeito de casamento na época em que a lei foi promulgada eram aqueles mesmos de que nos dá notícia, Gênesis, parcialmente acrescidos de novos detalhes surgidos no curso dos quatrocentos e trinta anos em que o povo judeu permaneceu cativo no Egito. Qual seja a exata feição destas cerimônias no tempo do êxodo é difícil de se saber ante a falta de outros relatos, mas é importante observar que fora do Pentateuco, isto é, nos livros escritos posteriormente a Moisés, inclusive nos do Novo Testamento, inúmeras referências ao casamento judaico se fazem presentes e todo este material nos fornece uma boa visão do desenvolvimento desta instituição em Israel, através dos tempos⁽¹³⁾. Entretanto, como o objeto deste trabalho se circunscreve ao matrimônio no Pentateuco, quanto às festividades paramos por aqui.

4.3 - A Poligamia no Pentateuco - Estudando-se com profundidade o Pentateuco à luz dos propósitos divinos para a humanidade, não se pode deixar de reconhecer que embora a poligamia atendesse e se adequasse à necessidade de crescimento do povo israelita - vocacionado para se tornar "uma grande nação" (Gn. 12:2) -, a vontade perfeita de Deus sempre foi a de que o homem se unisse pelo casamento a uma só mulher (Gn. 2:24), o que é corroborado pelos livros proféticos do Velho Testamento, aonde a aliança entre o Senhor e Israel é simbolizada pelo matrimônio monogâmico (Oséias, Jeremias, Isaías e Ezequiel)e, também, por todo o ensino de Jesus Cristo expresso no Novo Testamento (nos Evangelhos sinóticos e nas cartas dos Apóstolos)⁽¹⁴⁾. O fato é que embora a poligamia entre os judeus pudesse ser histórica e sociologicamente justificada, espiritualmente a nação judaica nunca perdeu a visão de que a monogamia era um ideal elevado a ser perseguido. Henri Daniel-Rops esclarece que "toda uma trama de tradições religiosas, remontando a um período anterior à Lei Mosáica, considerava a monogamia como a união ideal desejada por Deus, estando também de acordo com a natureza. No relato da criação da mulher o misterioso jogo de palavras 'chamar-se-á varoa (*isha*),

porquanto do varão (*ish*) foi tomada' era interpretado como a licença para o casamento monogâmico" (op. cit. p. 82). De fato, a monogamia está implícita em toda a história de Adão e Eva, já que Deus criou uma só esposa para o primeiro homem.

Já tivemos a oportunidade de ver anteriormente (item 3.1.2) que a questão ética envolvida com a poligamia é perfeitamente equacionada, tentando-se em consideração que a revelação de Deus é progressiva, não havendo, assim, nenhuma contradição no fato de a cultura judaica admitir esta prática e nem na circunstância da Lei Mosaica discipliná-la formalmente. Deus, portanto, permitiu ao homem descobrir sozinho que a poligamia é inconveniente e traz pecado, sendo as próprias Escrituras que relatam os problemas que os grandes homens enfrentaram por causa dela: Abraão com Sara e Hagar (Gn. 21), Jacó com Lia e Raquel (Gn.29) e Salomão praticando idolatria por causa de suas muitas mulheres (I Reis 11) ⁽¹⁵⁾, para mencionar apenas alguns exemplos. Todavia parece extremamente importante consignar que assim como acontecia com a sociedade babilônica dos tempos de Abraão, cuja lei disciplinava a poligamia, sem contudo incentivá-la (fizemos esta observação quando estudamos o Código de Hammurabi), o mesmo se dava entre os judeus que receberam a Lei de Moisés. E isto pode ser percebido por três ordens de fatores: um espiritual, um socioeconômico e outro jurídico. Quanto ao primeiro, a ele já dedicamos atenção suficiente em linhas atrás. No que concerne ao segundo, é de se supor que dada a carência econômica do povo judeu que saiu do Egito, poucos fossem os homens que tivessem condições de sustentar mais de uma mulher; muito provavelmente, destarte, os casamentos poligâmicos existiam nas classes ricas e não entre o povo em geral. E no que diz respeito ao terceiro, basta que se atente para o conteúdo nitidamente restritivo das normas disciplinares da poligamia. Examine-mo-las, portanto.

O texto legal e mais longo e também o mais genérico a respeito da poligamia no Pentateuco é indubitavelmente o de Deuteronômio 21:15 a 17 que transcrevemos: "Se um homem tiver duas mulheres, uma a quem ama e outra a quem aborrece, e uma e outra lhe derem filhos, e o primogênito for da aborrecida" (v.15) "no dia em que fizer herdar a seus filhos da aborrecida reconhecerá por primogênito, dando-lhe dobrada porção de tudo quanto possuir; porquanto aquele é o primogênito do seu vigor: o direito da primogenitura é dele (v.17)". Este texto bíblico nos revela algumas coisas importantes: primeira, a de que esta norma jurídica não estava criando nada de novo, apenas regulamentando algo que já existia antes; segunda, a de que o início do texto deixa clara a possibilidade de alguém não ter duas mulheres, já que é empregado o vocábulo "se"; terceira, a de que esta regra que é abstrata e geral --- revelando, assim, o que deveria ser mais usual na época --- prevê a hipótese de existência de apenas duas mulheres e não mais; e, finalmente, a quarta, a de que a questão central que exigia solução era a titularidade da primogenitura e não a poligamia em si, o que mostra que a "mens legis" era a de restringir o direito do marido poligâmico e garantir o direito do primogênito ainda que nascido da mulher não amada.

Outro texto legal que põe às claras a restrição imposta a quem desejasse a poligamia e a proteção jurídica dada a mulher é o de Êxodo 21:9 e 10: "Mas se a filha de um judeu vendida como escrava, (v.7) casar com seu filho outra mulher, não

diminuirá o mantimento da primeira, nem os seus vestidos, nem os seus direitos conjugais" (v.11). Mais uma vez o que se nota é que a questão importante é o tratamento da escrava judia e não a poligamia em si. A restrição estava em impor ao pai que desse ao filho um segundo casamento a obrigação de sustentar a primeira esposa (obrigação alimentícia); a garantia da mulher em se tornar titular ao direito de não ser restringida, em nenhum aspecto, no seu relacionamento conjugal.

Deuteronomio 17:17, por outro lado, disciplinando os deveres do rei --- que Israel só teria quatro séculos mais tarde, em 1051 AC --- dispõe, em tom de recomendação, que o monarca se abstivesse da prática da poligamia: "Tão pouco para si multiplicará mulheres, para que o seu coração se não desvie; nem multiplicará muito para si prata e ouro". A regra, na verdade, profetizava exatamente o que aconteceria mais tarde com Salomão que, por causa das muitas mulheres, se entregou à idolatria desagradando ao Senhor (I Reis, 11) ⁽¹⁶⁾.

Em conclusão, o que se pode dizer pelo exame destes três textos do Pentateuco que regulamentam o casamento poligâmico é que a Lei Mosaica reconhecia a instituição sem, contudo, incentivá-la. Pelo contrário, as limitações e restrições impostas à sua prática e a recomendação no sentido da sua abstenção revelam nítida resistência à figura, o que ia, na verdade, ao encontro daquele ideal maior e mais elevado, originário do coração de Deus: o matrimônio monogâmico.

4.4 - O Marido, a Mulher e as Outras Mulheres no Casamento Poligâmico

Assim como acontecia em todo o mundo antigo, também entre os judeus a mulher ocupava uma posição de inferioridade social e jurídica. Num regime patriarcal, aonde a família tinha o *status* de entidade autônoma, tantos quantos fossem os casais tantos seriam os líderes espirituais, os "cabeças" cheios de poder sobre a esposa, os filhos (a quem poderiam matar: Gn. 22; ou vender como escravos, Dt. 21:7) e as propriedades. Tal era a prominência do marido na família judia que a mulher normalmente o chamava de senhor (*baal*) ou mestre (*adon*), o que mostra a sua clara subalternidade na relação conjugal. Para se ter uma idéia de até aonde chegava o poder do marido, basta referir a interpretação deturpada que se dava ao texto de Êxodo 20:17 (repetido em Deuteronomio 5:21) que reza: "Não cobiçarás a casa do teu próximo. Não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma que pertença ao teu próximo". Como nos lembra Henri Daniel-Rops "os homens concluíram, então, com demasiada facilidade, que a esposa lhes pertencia como qualquer outro bem. A mulher era de tal forma considerada como sujeita ao marido que segundo a lei a mulher de um escravo era vendida juntamente com ele" (Ex. 21:3). "A esposa era uma possessão excessivamente valiosa e ninguém mais tinha o direito de tocá-la". ⁽¹⁷⁾ E se ninguém podia tocá-la isto significava, entre outras coisas, que a fidelidade exigida da mulher era absoluta e que o adultério por ela cometido era um crime gravíssimo. Todavia, a recíproca não era verdadeira, tanto que o adultério do marido era em certos casos brandamente apenado, a ele era facilmente facultado o repúdio e, quanto ao que aqui nos interessa, a ele era dado o direito de contrair outras núpcias na constância do primeiro casamento. Mas se assim acontecesse, como ficavam juridicamente a esposa originária e as demais?

Vejamos:

A grande dificuldade com que se defronta o estudioso do Pentateuco para responder à pergunta formulada reside em duas circunstâncias: primeira, não existe uma disciplina formal na lei a respeito do assunto, e, segunda, os vários textos que aludem à poligamia referem-se a pelo menos quatro classes de mulheres: esposas, concubinas, escravas e criadas. Genesis 4:19 - o primeiro texto bíblico atinente à poligamia - diz que "Lamenque tomou para si duas esposas"; 25:1, afirma que "desposou Abraão outra mulher" e nos versículos 5 e 6 que "Abraão deu tudo o que possuía a Isaque" (v.5). "Porém aos filhos das concubinas que tinha, deu ele presentes..." (v.16); 29:28 e 30 relata que Labão deu a Jacó "por mulher Raquel do que Lia" (v. 30); 30: 3 e 4 expressa que Raquel disse a Jacó: "Eis aqui Bila, minha serva; coabita com ela, para que dê à luz e eu traga filhos ao meu colo, por meio dela". (v.3). "Assim lhe deu Bila, sua serva, por mulher; e Jacó a possuiu". (v.4); 32:22 refere que Jacó "levantou-se naquela mesma noite, tomou suas duas mulheres, suas duas servas e seus onze filhos, e transpôs o vau do Jaboque"; 36:2 diz que "Esaú tomou por mulheres dentre as filhas de Canaã: Ada... Oolibama... e Basemate"; 36:12 diz que "Timna era concubina de Elifaz"; e Levítico 19:20, por seu turno, faz expressa alusão à escrava desposada"

Bem, procuremos definir a situação de cada uma. Pelo exame dos textos transcritos a primeira conclusão a que se chega é a de que as servas não eram consideradas como esposas do chefe da família judaica. É que em Gênesis 32:22 existe clara distinção entre estas e aquelas e não se pode perder de vista que Bila já anteriormente tinha dado filhos a Jacó (Gn. 30: 5 e 7). Na verdade, esta prática da mulher estéril ter filhos por intermédio de servas era comum, tanto entre os hebreus (Gn. 16: 1 a 4), fala de Abraão) quanto entre os babilônicos (Código de Hammurabi, §§ 144 a 147) e tudo isto sem afetar o status de esposa única (ou não) da estéril. Parece não existir motivo para que se pense que nos tempos do êxodo a prática tivesse sido abolida ou alterada.

Quanto às escravas, um primeiro aspecto importante a ressaltar é que alguns estudiosos afirmam que o senhor da casa tinha direitos sexuais sobre todas as suas escravas⁽¹⁸⁾. Isto não pode significar em absoluto que a cada relação sexual, se tal é verdade, o chefe da família passasse a ter mais uma esposa. É evidente que não.

Contudo, nada impedia que deliberadamente o marido tomasse dentre suas escravas uma ou algumas como esposas mesmo segundo nos dão a entender alguns textos da Lei de Moisés. Êxodo 21: 7 e 8 prescreve que " Se um homem vender a sua filha para ser escrava, esta não lhe sairá como saem os escravos" (v. 7). "Se ela não agradar ao senhor que se comprometeu a desposá-la, ele terá de permitir-lhe o resgate...". A regra se refere, como se vê, ao compromisso de casamento com escrava judia, o que lhe daria a condição de esposa (observe-se que os escravos hebreus tinham o direito à libertação no sétimo ano, conforme Ex. 21:2 e Dt. 15:12). Já Deuteronômio 21:10 a 13 prevê a situação de um guerreiro judeu que desejasse se casar com uma cativa (v. 10 e 11). Depois de tomada uma série de providências de purificação, ele se tornaria seu "marido" e ela sua "mulher" (v. 12 e 13). Os dois textos, portanto, mostram que a escrava poderia ser feita esposa⁽¹⁹⁾, o que significa, também, como é óbvio, que poderia permanecer escrava e nesta condição viver por toda a vida se não pertencesse à nação de Israel.

No que concerne às concubinas é ainda mais difícil dizer qual fosse a sua exata posição dentro da família poligâmica, uma vez que a Lei de Moisés não faz qualquer referência a elas (talvez isto também signifique a intenção de não fomentar a prática). Entrementes, algumas informações sobre o concubinato nos fornecem certos trechos bíblicos e isto nos servirá de apoio na procura da determinação da provável posição jurídica de tais mulheres. O texto básico que é preciso referir é evidentemente o de Gênesis, 25: 1,5 e 6 já citado em linhas atrás, aonde se encontra expresso que "desposou Abraão outra mulher" (v. 1), que "Abraão deu tudo o que possuía a Isaque" (v. 5); "Porém aos filhos das concubinas que tinha deu presentes" (v. 6). Esta narrativa nos permite algumas constatações: primeira, a de que a proximidade dos versículos 1, 5 e 6 (já que os v. 2 a 4 trazem apenas a relação dos filhos) mostra que a "mulher" do v. 1 é evidentemente uma das "concubinas" do v.6; segunda, a de que o texto chama de "concubina" (v.6) a mulher de Abraão que ele desposou e que dificulta, de uma certa maneira, a distinção entre "esposa" e "concubina"; terceira, a de que os filhos das concubinas podiam ser discriminados quanto ao seu direito hereditário (v.6); quarta, a de que a referência a "concubinas" englobava todas as mulheres de Abraão que não Sara" (Gn. 16:1), dada a Abraão para gerar-lhe um filho (Gn. 16: 2 a 4). Embora reconheçamos a dificuldade interpretativa parece plausível afirmar frente ao texto examinado que a concubina não se equiparava juridicamente a esposa: era discriminada quanto à sua denominação (Gn.25:6). Ainda no que concerne à discriminação nominal um outro texto de Gênesis a confirma expressamente. Gênesis 36: 11 e 12 relata que: "Os filhos de Elifaz são: Temã, Omar, Zefô, Gaetã e Quenaz". (v.11).

"Timna era concubina de Elifaz, filho de Esaú, e teve de Elifaz a Ameleque" (v. 12). ⁽²⁰⁾. E se havia discriminação nominal é porque no plano jurídico a situação da concubina era diferente da esposa. Em face do exposto, é possível concluir que a concubina não era uma segunda esposa e, sim, uma mulher secundária ou complementar e que, por isso, possuía uma situação jurídica inferior que não é bem esclarecida no Pentateuco.

Por derradeiro, duas importantes observações. Primeira: ao marido judeu era possível possuir duas ou mais esposas no sentido de esposas "legítimas", se podemos assim chamar, o que significava a presença na mesma família de duas ou mais mulheres com direitos conjugais plenos, mulheres igualmente de classe jurídica superior. Era a situação, por exemplo, de Jacó casado com Lia e Raquel, relatada por Gênesis 29. ⁽²¹⁾ Segunda: há quem pense que o fato de o marido ter contínuo relacionamento sexual com uma serva dava a esta a condição de concubina. ⁽²²⁾.

4.5 - O Dever de Fidelidade e o Adultério - Examinando-se o relacionamento conjugal à luz da Lei de Moisés, conclui-se facilmente, e com segurança, que ao esposo era dado exigir da esposa total fidelidade, mas a recíproca não era verdadeira, em absoluto. A justificativa para o tratamento dicotômico dos cônjuges tem origem sociológica e é encontrada na grande importância que o judeu dava à família, de sorte que o adultério da mulher correspondia a uma ameaça permanente à pureza e integridade do lar pela possibilidade de introdução de um bastardo na linhagem e na herança. Por isso, a lei, suprema guardiã da família, era tão severa com o adultério da mulher e complacente em determinados casos com o

marido. Já sob o ponto de vista estritamente espiritual, há perfeita base bíblica para se afirmar a indiscriminada repulsa de Deus ao adultério: Gênesis 20: 2 a 3 relata que após Abraão dizer ao rei de Gerar, que Sara era sua irmã (v.2), "Deus, porém, veio a Abimeleque em sonhos de noite e lhe disse: Vais ser punido de morte por causa da mulher que tomaste, porque ela tem marido" (v.3). Corroboram a afirmação os claros ensinamentos de Jesus Cristo, a plena revelação da vontade do Senhor, a respeito do assunto (Mt. 5:27-32).

Seja como for, vejamos a feição da disciplina jurídica contida no Pentateuco acerca do adultério, sendo de rigor observar, desde logo, que consideremos a figura num sentido amplo --- e não na acepção técnico-jurídica que possui hoje ---, posto que a lei mosaica assim regulamenta.

A primeira regra explícita alusiva ao dever de fidelidade e à proibição do adultério se encontra nos "Dez Mandamentos" de Êxodo 20: "Não adulterás" (v. 14); "Não cobiçarás a casa do teu próximo. Não cobiçarás a mulher do teu próximo..." (v. 17). Fais mandamentos eram absolutos e abrangiam tanto o ato (v.14) quanto a intenção (v.17); a reprovação do comportamento era a um só tempo social, moral e espiritual, além de cerimonial, sendo este último aspecto especificamente contemplado em Levítico 18:20 que reza: "Nem te deitarás com a mulher de teu próximo, para te contaminares com ela". Já Deuterônimo (a repetição da lei escrita por Moisés pouco antes da entrada em Canaã) 5:21, reitera: "Não cobiçarás a mulher do teu próximo. Não desejarás a casa do teu próximo..." Aqui, simplesmente, inverteu-se a ordem das proibições de Êxodo 20:17, ficando fora o aspecto cerimonial próprio das disposições do Livro de Levítico. Observe-se, outrossim, que enquanto o "não cobiçarás a mulher do teu próximo" (Ex. 20:17; Dt. 5:21) é mandamento especialmente dirigido aos homens, "não Adulterarás" é genérico, impondo dever de fidelidade também às mulheres.

Malgrado a equiparação disciplinar *a priori* --- e até a maior ênfase do comando dado ao marido --- a caracterização do adultério da mulher se dava pela simples infidelidade, enquanto que o adultério do marido só se caracterizava se da infidelidade fosse praticada com mulher noiva ou casada.

Como vimos, ao marido, não só era reconhecido o direito de possuir outras mulheres e concubinas, como o de exercer poder sexual sobre suas escravas, de sorte que apenas o que representasse agressão à família alheia (a sedução de uma noiva ou casada) era tido pela lei como ilícito. Vejamos, então, as provisões do crime de adultério e suas diversas penas no Livro de Levítico, capítulo 20: "Se um homem adulterar com a mulher do seu próximo, será morto o adúltero e a adúltera" (v. 10). No mesmo sentido Dt. 22:22 "O homem que se deitar com a mulher de seu pai, terá descoberto a nudez de seu pai; serão mortos esta e aquele; o seu sangue cairá sobre eles" (v. 11); "Se um homem se deitar com a sua nora, ambos serão mortos; fizeram confusão; o seu sangue cairá sobre eles" (v.12); "Se um homem tomar uma mulher e sua mãe, maldade é: a ele e a elas queimarão com fogo, para que não haja maldade no meio de vós" (v. 14); "Se um homem tomar a sua irmã, filha de seu pai ou filha de sua mãe, e vir a nudez dela, e vir a dele, torpeza é: portanto, serão eliminados na presença dos filhos do seu povo; descobriu a nudez de sua irmã, levará sobre si a sua iniquidade" (v. 17); "Se um homem se deitar com mulher no tempo da enfermidade dela, e lhe descobrir a nudez, descobrindo a sua

fonte, e ela descobrir a fonte do seu sangue, ambos serão eliminados do meio do seu povo" (v. 18) ⁽²⁴⁾. "Também a nudez da irmã de tua mãe, ou da irmã de teu pai não descobrirás, porquanto descobriu a nudez da sua parenta; sobre si levarão a sua iniquidade" (v.19), isto é, sofrerão a pena de morte como nas hipóteses dos versículos anteriores; "Também se um homem se deitar com a sua tia, descobriu a nudez de seu tio; seu pecado sobre si levarão; morrerão seus filhos" (v. 20); "Se um homem tomar a mulher de seu irmão; ficarão sem filhos" (v. 21). É interessante observar que pelo menos está última figura de adultério tem como sanção uma medida proveniente diretamente de Deus: a infertilidade.

O capítulo 23 de Deuteronômio nos apresenta uma outra situação bastante particularizada de crise de adultério, que merece menção e que se encontra assim descrita: "se houver moça virgem, desposada, e um homem a achar na cidade e se deitar com ela", (v.23) "então trareis ambos à porta daquela cidade, e os apedrejareis até que morram; a moça porquanto não gritou na cidade, e o homem, porque humilhou a mulher do seu próximo: assim eliminarás o mal do meio de ti" (v.24). Esta é a hipótese que caracteriza o adultério da noiva (já que o só noivado gerava para ela o dever absoluto de fidelidade) e não, como poderia parecer, o estupro da noiva. A razão está no fato de que a falta do grito de socorro na cidade faz presumir o consentimento e o adultério, gerando, destarte, a pena de apedrejamento de ambos. Se a noiva gritasse, evidentemente a ela não se aplicaria qualquer espécie de sanção. Mas o estupro da noiva também se encontra previsto em Deuteronômio 23, *verbis*: "Porém se algum homem no campo achar moça desposada, e a forçar, e se deitar com ela"; (v. 25) "à moça não farás nada: ela não tem culpa de morte; porque, como o homem que se levanta contra o seu próximo, e lhe tira a vida, assim também é este caso" (v.26) "Pois a achou no campo; a moça desposada gritou, e não houve quem a livrasse" (v. 27). O crime aqui caracterizado é claramente o de estupro, posto presumir a lei no v.27 que a noiva gritou por socorro, mas ninguém a ouviu para acudir-lá. Como então, presuntivamente, não houve consentimento, não há adultério punível. Só ao homem (ou marido) é aplicada a pena de morte.

Façamos referência agora a uma última situação específica de crime de adultério, cuja sanção para o marido (ou um homem não-casado) é bem mais branda. Referimô-nos à previsão de Levítico 19: 20 a 22: "Se alguém se deitar com uma mulher, se for escrava desposada com outro homem e não for resgatada, nem se lhe houver dado liberdade, então serão açoitados: não serão mortos, pois não foi libertada". (v. 20); "O homem como oferta pela sua culpa, trará um carneiro ao Senhor, à porta da tenda da congregação" (v. 21); "Com o carneiro da oferta pela culpa, o sacerdote fará expiação por ele perante o Senhor, pelo pecado que cometeu, e ser-lhe-á perdoado o pecado que cometeu" (v.22). Como se vê, a penalização é bem menos severa, porque a condição de escrava da ofendida torna o ato menos lesivo à família. Russel P. Shedd esclarece, ainda, que "a moça escrava tinha direitos, mas suas circunstâncias lhe tolhiam sua possibilidade de exercê-los. Era o homem que tinha que procurar a expiação pela sua transgressão, e a moça não podia ser morta: o motivo desta clemência legal é que a escrava, sendo considerada a propriedade particular de um homem, por ser sua concubina (Ex. 21:7-11), não podia morrer sem causar uma perda injusta ao seu Senhor ou dono que a comprara". (*A Bíblia Vida Nova*, São Paulo, Ed. Vida Nova, 1980, p. 132).

Finalmente, não podemos deixar de fazer referência a uma situação que poderia ser caracterizada como de adultério (se o agressor fosse um homem casado), mas que perante a Lei de Moisés não constituía crime e sim mero ilícito civil. Deuteronômio 22:28 e 29 estatuiu: "Se um homem achar moça virgem, que está desposada, e pegar nela, e se deitar com ela, e forem apanhados" (v. 28) "então o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta ciclos de prata; e uma vez que a humilhou, lhe será por mulher; não poderá mandá-la embora, durante a sua vida" (v. 29). Não se trata de crime, porque as sanções são meramente civis, embora severas: a indenização paga ao pai da noiva, a obrigação de não repudiá-la por toda a vida. A razão da menor reprovabilidade do ato é clara: como a agredida é "solteira", não há agressão frontal, direta à mãe de família e, por conseguinte, à família. Observe-se quanto ao que dissemos (agredida "solteira"), que não há no Velho Testamento nenhuma alusão a vocábulo que possa ser traduzido em português por "solteiro" ou "solteira". Isto talvez se deva ao fato de o jovem e de a jovem judia na Antiguidade casarem-se muito cedo (assim que habilitados à procriação), o que tornaria este estado civil pouco importante.

4.6 - A Prova do Adultério da Mulher Suspeita - Para duas situações de suspeita do marido de que a mulher houvesse praticado adultério, prevê o Pentateuco interessantíssimos meios de prova, através dos quais a verdade seria estabelecida.

A primeira hipótese se encontra prevista em Deuteronômio 22:13 a 21 que transcrevemos: "Se um homem casar com uma mulher e, depois de coabitar com ela, a aborrecer" (v.13) "e lhe atribuir atos vergonhosos, e contra ela divulgar má-fama, dizendo: Casei com esta mulher e me cheguei a ela, porém não a achei virgem"; (v.14) "então o pai da moça e sua mãe tomarão as provas da virgindade da moça, e as levarão aos anciãos da cidade, à porta" (v. 15). "O pai da moça, dirá aos anciãos: Dei minha filha por mulher a este homem; porém ela a aborreceu;" (v. 16) " e eis que lhe atribuiu atos vergonhosos, dizendo: Não achei virgem tua filha: todavia, eis aqui as provas da virgindade da minha filha. E estenderão a roupa dela, diante dos anciãos da cidade..." (v.17). Como se percebe, a hipótese legal versa sobre a acusação de adultério, praticado pela noiva antes da consumação do casamento, feita pelo marido publicamente, ante a circunstância de não tê-la achado virgem. Nota-se que a lei parece presumir relativamente pela divulgação extraconjugal da má-fama, o adultério, tanto que impõem aos pais da noiva o ônus do recurso ao judiciário (a procura dos juizes da cidade, os "anciãos") e o ônus da prova da virgindade, prova esta perfeitamente possível dado o costume de guardarem-se os lençóis manchados de sangue do leito nupcial da primeira noite. Tal solução legislativa, deve-se consignar, é totalmente distinta da prevista pelo Código de Hammurabi que em situação similar permitia à mulher livrar-se da acusação pronunciando um juramento diante do deus da sua cidade e voltando para casa (§131), posto que não foi surpreendida em flagrante. Talvez a diferença de tratamento se explique pelo fato de sempre ter existido entre os hebreus o costume de guardar o lençol ensangüentado da noite de núpcias; ou o contrário, por sempre ter havido o costume por causa de maridos inescrupulosos....

Na seqüência, dispõe os versículos 18 e 19 sobre a sanção imposta ao marido que houvesse acusado falsamente sua mulher e os versículos 20 e 21 sobre a pena a que se sujeitaria a mulher caso não ficasse provada a sua virgindade. Quanto aos dois primeiros versos diz a lei que os anciãos da cidade "tomarão o homem, e o açoitarão", (v.18) "e o condenarão a cem ciclos de prata, e o darão aos pais da moça; porquanto divulgou má-fama sobre uma virgem em Israel. Ela ficaria sendo sua mulher, e ele não poderá mandá-la embora, durante a sua vida" (v.19). A sanção jurídica para a hipótese, assim como ocorria na situação de Deuteronomio 22: 28 e 29, era civil, obrigando o marido a indenizar o pai da noiva por dano moral e impedindo-o de repudiá-la por toda a vida. Quanto aos últimos versos mencionados temos: "Porém se isto for verdade que se não achou na moça a virgindade", (v.20) então a levarão à porta da casa de seu pai, e os homens de sua cidade a apedrejarão, até que morra; pois fez loucura em Israel, prostituindo-se na casa de seu pai: assim eliminarás o mal do meio de ti" (v.21). Atente-se para o detalhe da execução da pena e seu caráter humilhante: a mulher era apedrejada publicamente (na porta da casa de seu pai) por todos os homens da cidade, disciplina esta que tinha evidentemente escopo intimidatório para o resto da comunidade.

A segunda hipótese de prova de adultério da mulher suspeita vem longamente descrita em Números 5:11a a 31 que não podemos deixar de transcrever ante a extraordinária peculiaridade do meio probatório instituído: a revelação divina acerca do adultério. Vamos ao texto, *verbis*: "Disse mais o Senhor a Moisés:" (v.11) "Fala aos filhos de Israel, e dize-lhes: Se a mulher de alguém se desviar e lhe for infiel" (v.12), "de maneira que algum homem se tenha deitado com ela, e for oculto aos olhos de seu marido, e ela o tiver ocultado, havendo-se ela contaminado, e contra ela não houver testemunho, e não for surpreendida em flagrante", (v.13) " e o espírito de ciúmes vier sobre ele, e de sua mulher tiver ciúmes, por ela se haver contaminado, ou o tiver, não se havendo ela contaminado" (v.14) "então esse homem trará a sua mulher perante o sacerdote, e juntamente trará a sua oferta por ela: uma décima de efa de farinha de cevada, sobre a qual não deitará azeite, e nem sobre ela porá incenso, porquanto é oferta de manjares de ciúmes, oferta memorativa, que traz a iniquidade à memória (v.15)" "O sacerdote a fará chegar, e a colocará perante o Senhor" (v.16). "O sacerdote tomará água santa num vaso de barro; também tomará do que houver no chão do tabernáculo, e o deitará na água" (v.17). "Apresentará a mulher, perante o Senhor, e soltará a cabeleira dela; e lhe porá nas mãos a oferta memorativa de manjares, que é oferta de manjares de ciúmes. A água amarga, que traz consigo a maldição, estará na mão dos sacerdotes" (v.18). "O sacerdote a conjurará e lhe dirá: se ninguém contigo se deitou, e se não te desviaste para a imundície, estando sob o domínio de teu marido, destas águas amargas, maldiçoantes, serás livre".(v.19) "Mas, se desviastes, quando sob o domínio de teu marido, e te contaminastes, e algum homem que não é teu marido, se deitou contigo (v.20)" então o sacerdote fará com que a mulher tome o juramento de maldição e por praga no meio de teu povo, fazendo-te o Senhor descair a coxa e inchar o ventre" (v.21). "E esta água amaldiçoante penetre nas suas entranhas, para te fazer inchar o ventre, e te descair a coxa. Então a mulher dirá: Amém, amém!" (v.22) " O sacerdote escreverá estas maldições num livro e com a água amarga estas maldições serão apagadas" (v.23) "E fará que a mulher beba a água amarga que traz consigo a

maldição; e, sendo bebida, lhe causará amargura" (v.24). "Da mão da mulher tomará o sacerdote a oferta de manjares, da oferta memorativa, e sobre o altar o queimará e depois dará a beber a água à mulher (v.26). "E, havendo-lhe dado a beber a água será que, se ela se tiver contaminado e a seu marido, tenha sido infiel, a água amaldiçoante entrará nela para a amargura e o seu ventre se inchará, e a sua coxa descairá; a mulher será por maldição no meio do seu povo" (v.27). "Se a mulher se não tiver contaminado, mas estiver limpa, então será livre, e conceberá" (v.28). "Esta é a lei dos costumes, quando a mulher, sob o domínio do seu marido, se desviar e for contaminada; (v:29) "ou quando sobre o homem vier o espírito de ciúmes, e tiver ciúmes de sua mulher, apresente a mulher perante o Senhor, e o sacerdote nela execute toda esta lei" (v.30). "O homem será livre da iniquidade, porém a mulher levará a sua iniquidade" (v.31) O texto fala por si mesmo, cabendo apenas observar a título de esclarecimento, como faz Russel P. Shedd, que o "sacerdote... depois de escrever a lei que condena este pecado, a escreveria num pergaminho, e, antes que as letras secassem, mergulharia a sentença num recipiente de água, à qual era acrescentado um pó amaríssimo. Esta água amarga, tendo dissolvido as palavras condenatórias, dava-se a mulher para beber e, mediante a intervenção divina, talvez acompanhado pelo fator psicológico de culpa, a mulher cairia doente com a inchação do ventre, infecção do útero, descaimento da coxa, arrastando a perna ao andar, comprovando-se, assim, a sua infidelidade. Desta maneira a lei mantinha a pureza conjugal, a fidelidade da mulher em sua rejeição ao amor do seu marido, e controlava os ciúmes" (op. cit. p. 191).

4.7 - O Divórcio (O Repúdio da Mulher) - Assim como aconteceu em toda a antiguidade, também entre os judeus o divórcio, ou o repúdio da mulher, era praticado com maior ou menor freqüência. Em relação à nação israelita especificamente, é possível ligar de maneira direta a instituição ao contexto cultural do seu primeiro precursor, Abraão, que viveu na fase embrionária do Primeiro Império Babilônico, cuja sociedade e seus costumes impunham o divórcio e, ainda, a legislação posterior; o Código de Hammurabi, o disciplinava sem incentivá-lo, o que é mostrado pelas garantias outorgadas à mulher repudiada, como tivemos a oportunidade de ver. Este fator originário ligado à fé de Abraão num Deus Único, cujo propósito até então revelado, e transmitido verbalmente por muitas gerações, era de que o homem e sua mulher fossem "uma só carne" (Gn. 2.24), contribuiu, assim, para que nos tempos do êxodo o divórcio fosse visto como algo necessário socialmente, mas posto sob suspeita quando encarado pelo prisma moral e espiritual. Talvez isto explique o fato de a Lei de Moisés dedicar tão pouco espaço ao tratamento deste importante instituto, como que revelando o descompasso da prática do repúdio com o ideal divino do casamento monogâmico indissolúvel. E isto ficou mais tarde provado com os envios proféticos de Oséias (Os. 1:3), Jeremias (Jr. 3:8), Ezequiel (Ez.23), Malaquias (Ml. 2:13) e, finalmente, nas palavras de Jesus Cristo que afirmam enfaticamente que Moisés permitiu o divórcio por causa das durezas dos corações dos judeus (Mt. 19:8).

O fato é que a sensação que se tem, examinando os poucos textos do Pentateuco que falam do divórcio, é a de que a Lei Mosaica, assim como o "Código de Hammurabi", não ordenou o divórcio como mandamento, mas simplesmente

regulou uma prática já existente, sem, contudo, incentivá-la. Isto fica bem claro, por exemplo, quando Levítico 21:13 e 14, estatuinto leis para os sacerdotes ⁽²⁵⁾, prescreve: "Ele tomará por mulher uma virgem" (V.13). Viúva, ou repudiada, ou desonrada, ou prostituta, esta não tomará, mas virgem do seu povo tomará por mulher" (v.14). Levítico 21:7 é ainda mais severo: "Não tomarão mulher prostituta, ou desonrada; nem tomarão mulher repudiada de seu marido, pois o sacerdote é santo a seu Deus". Ora, esta regra jurídica e sua concisa exposição de motivos revela a desprezibilidade do divórcio à luz da perfeita vontade de Deus.

Seja como for, vejamos como Deuteronômio 24, o principal texto sobre o assunto, disciplina o divórcio, "verbis": "Se um homem tomar uma mulher e se casar com ela, e se ela não for agradável aos seus olhos, por ter ele achado causa indecente nela, e se ele lhe lavrar um termo de divórcio, e lho der na mão e a despedir de casa (v.1) "e se, saindo da sua casa, for, e se casar com outro homem, (v.2)" e se este a aborrecer, e lhe lavrar termo de divórcio e lho der na mão, e a despedir de sua casa, ou se este último homem, que a tomou para si por mulher, vier a morrer", (V.3) "então o seu primeiro marido, que a despediu, não poderá tornar a desposá-la, para que seja sua mulher, depois que foi contaminada; pois é abominação perante o Senhor; assim não farás pecar a terra que o Senhor teu Deus te dá por herança". (V.4).

Antes de procurarmos os detalhes da disciplina do divórcio encontráveis no texto, fiquemos com um comentário hermenêutico genérico dos mais interessantes. *O Novo Dicionário da Bíblia*, que várias vezes citamos no curso deste trabalho, adverte que, "algumas versões deixam subentender que um imperativo consta na segunda metade do primeiro versículo desse capítulo, mas nossa versão portuguesa, acompanhando outras versões que seguem Keil, Delitzsch, S.R. Driver, e a Septuaginta, deixa o condicional "se" ser repetido até o fim do versículo terceiro, de maneira que é somente o quarto versículo que contém o próprio regulamento" (op. cit. vol. II, p. 1.016). Ora se o preceito é secundário (ou sanção) se encontra apenas no versículo 4 (o mandamento de que o marido que repudiou não pode tornar a desposar a repudiada), tendo toda a narrativa anterior a natureza do preceito primário, fica corroborada textualmente a idéia de que o divórcio era disciplinado em tom de tolerância e não como ordem; em outras palavras, à "cousa indecente" achada na mulher "pode" se seguir o divórcio e não "deve" se seguir o divórcio. E a partir desta interpretação talvez também caiba uma inferência: se o divórcio "podia" ser dado (e não "devia" ser dado) é porque a prática deste instituto na época da promulgação da lei não era assim algo tão comum como se poderia supor ⁽²⁶⁾, já que Moisés apenas reconheceu o que já existia.

O primeiro detalhe importante, quanto à exegese do texto legal transcrito, está na dúvida sobre o que se deva entender por "cousa indecente" (no hebraico *earwath dabhar*, literalmente "nudez de uma coisa") que o marido podia achar na esposa que a tornasse desagradável, justificando, assim, o repúdio (Dt. 24.1). Concordam os comentaristas bíblicos de que o adultério era o principal dos fundamentos, o que os leva a uma outra importante conclusão, qual seja, a de que nem todos os maridos traídos buscavam a pena de morte para as suas mulheres (o perdão era contemplado pelo "Código de Hammurabi"). Mas que outros motivos podiam ser incluídos no "cousa indecente"? Não há base histórica-informativa para

se responder satisfatoriamente à indagação quanto à época de Moisés, mas talvez a referência a interpretações rabínicas surgidas séculos depois sobre o mesmo texto nos apresenta algo que pareça verossímil e adequado aos primeiros tempos. Henry Daniel-Rops nos revela tais subsídios, dizendo que "os doutores da lei não estavam de acordo quanto as razões que davam direito ao repúdio", sendo que "alguns entendiam a expressão 'indecente' em Deuteronomio como indicando algo repugnante ou desagradável, o que era avançar demasiado. Uma escola mais liberal considerava que apenas a infidelidade se achava envolvida; mas outra escola dizia que se uma esposa estragasse regularmente o alimento que cozinhava, isso bastaria para estabelecer o fato de que era desagradável e repugnante. O rabino Akkiba julgava até mesmo a idéia de procurar uma mulher de melhor aparência como razão suficiente para o repúdio da esposa", informação esta que se encontra no "Gittin" 9.10, tratado talmúdico sobre o divórcio (op. cit. p. 92). As situações aventadas não aparecem nada irreais também para o século XV AC.

Fazendo agora uma comparação com o passado, e mais precisamente com o Código de Hammurabi, nada estranharia se entre os judeus recém-egressos do Egito a esposa fosse repudiada por não poder dar filhos ao marido (parágrafo 138) ou pelo fato de gastar imoderada e reiteradamente (parágrafo 141). Na verdade, ante os termos tão genéricos de Deuteronomio 24:1 nenhum elenco de motivos para o divórcio pode ser aceito sem discussões.

De acordo com o texto de Deuteronomio 24, o repúdio para se concretizar dependia de uma formalidade essencial: a lavratura de um termo de divórcio que é mencionado nada menos de que duas vezes (v.1 e 3). Era este documento escrito, elaborado unilateralmente pelo marido, que sacramentava e publicizava o ato; era ele que servia de prova do novo estado civil da mulher, permitindo-lhe outro casamento, conforme a prescrição legal (v.2 e 3). Note-se, outrossim, que a lei não exigia o recurso ao juiz para o aperfeiçoamento do divórcio: bastava que o marido expulsasse de casa a esposa (o que provavelmente acontecia com algum ou muito alarde)⁽²⁷⁾ e concomitante ou posteriormente lhe entregasse o documento, aonde manifestava formalmente a vontade de romper o vínculo conjugal. Ainda segundo o texto que ora comentamos, a prática do ato de repúdio e a sua formalização tinha um efeito irrevogável e definitivo para o marido, que era o de jamais voltar a desposar a mulher repudiada, mesmo que ela se tornasse livre do segundo casamento, quer por sucessivo repúdio, quer pela morte de segundo esposo (V.4). Como vimos anteriormente, toda a passagem sobre o divórcio de Deuteronomio 24 gira em torno deste efeito restritivo do direito do marido que repudia.

Em duas situações especiais o divórcio era expressamente vedado pelo Pentateuco: quando o marido tivesse falsamente acusado sua esposa de infidelidade pré-marital (Dt 22:13 a 19 que já transcrevemos e examinamos à luz do tema adultério); e quando um homem tivesse tido relações sexuais com uma virgem e o pai da jovem o tivesse compelido a casar-se com ela (Dt. 2:28 e 29; Êx. 22: 16 e 17 que identicamente foram objetos de estudo). Em ambas as hipóteses a restrição ao direito de repudiar significava sanção civil, como visto e estudado.

Já no que concerne à mulher repudiada, algumas observações se fazem necessárias: primeira, a mulher repudiada jamais poderia ser tomada por um sacerdote (Lv. 21:7 e 14); segunda, só a repudiada, filha de sacerdote, sem filhos e

que vivesse com ele poderia comer do pão de seu pai (Lv. 22:13); terceira, todo voto realizado por divorciada valia plenamente (Nm. 30:9); e quarta, toda mulher prisioneira que se casasse e fosse repudiada tinha o direito de ir para onde quisesse e de não ser vendida, nem maltratada (Dt. 21:14). Observe-se, por fim, que normalmente, seja qual fosse a situação, a mulher repudiada retornava para a casa dos pais (Lv. 22:13); mantinha a guarda dos filhos até seis anos e das filhas até que se casassem, se o motivo do divórcio não fosse o da infidelidade; e fazia jus a uma indenização pelo repúdio⁽²⁸⁾.

Mas e quanto à esposa, seria possível a ela própria repudiar o marido? Para responder a mais esta indagação trazemos à lume outra vez as precisas informações de Henry Daniel-Rops que, fundado em lição de Cohen, assevera: "Em teoria, a mulher não tinha direito de pedir divórcio: a única maneira de consegui-lo era tornar-se tão desagradável ao marido que este viesse a tomar a iniciativa. A doutrina rabínica permitia, entretanto, que a Assembléia 'fizesse pressão' sobre o marido a fim de induzi-lo a repudiar a esposa em certos casos --- impotência devidamente estabelecida em executar adequadamente os deveres conjugais; crueldade habitual, moléstia repulsiva e incurável, tal coma a lepra; mundana de profissão e envolvimento num trabalho repugnante, tal como a coleta de estrume de cachorro para os curtumes, ou deixar a Palestina e viver numa terra distante" (op. cit p. 92). Embora o ensinamento transcrito se vincule à "doutrina rabínica", muito posterior ao êxodo, não é improvável que os comportamentos acima elencados tivessem lugar logo após promulgada a Lei Moçaica⁽²⁹⁾.

4.8 - O Levirato - Se a família tinha enorme importância na cultura judaica, o que é certo, e perfeitamente compreensível, é que a necessidade de preservá-la e de perpetuá-la fosse uma constante preocupação das leis que a regulamentavam. Temos visto até aqui que de muitas maneiras diferentes a Lei Moçaica tutelava os interesses da família como instituição. Deuteronômio 25: 5 a 10 nos apresenta uma figura, cujo escopo era especificamente a perpetuação do vínculo familiar pela impositiva outorga de descendência ao hebreu que falecesse sem deixar filhos: o levirato.

O texto da lei é o seguinte: "Se irmãos morarem juntos, e um deles morrer, sem filhos, então a mulher do que morreu não se casará com outro estranho, fora da família; seu cunhado a tomará e a receberá por mulher, e exercerá para com ela a obrigação de cunhado" (v.5). "O primogênito que ela lhe der será sucessor do nome de seu irmão falecido, para que o nome deste não se apague em Israel" (v.6). "Porém, se o homem não quiser tomar sua cunhada, subirá esta à porta, aos anciãos, e dirá: Meu cunhado se recusa a suscitar a seu irmão nome em Israel; não quer exercer para comigo a obrigação de cunhado" (v.7). "Então os anciãos da cidade devem chamá-lo e falar-lhe; e, se ele persistir, e disser: Não quero tomá-la"; (v.8) "então sua cunhada se chegará a ele na presença dos anciãos, e lhe descalçará a sandália do pé, e lhe cuspirá no rosto, e protestará, e dirá: Assim se fará ao homem que não quer edificar a casa de seu irmão"; (v.9) "e o nome de sua casa se chamará em Israel: A casa do descalçado" (v.10).

A palavra levirato tem sua origem no vocábulo latino "levir" que significava "cunhado" ou "irmão do marido". É por isso que a obrigação criada pela lei é chamada de "obrigação de cunhado" no versículo 5. A primeira referência bíblica ao instituto do levirato é encontrada em Gênesis 38:8 a 10 --- o que prova a antiguidade do costume tornado lei em Moisés ___ onde se encontra narrada a história de Onã que advertido por Judá ("Possui a mulher de teu irmão, cumpre o levirato e suscita a descendência a teu irmão", (v.8), mas sabendo que " o filho não seria tido como seu... Todas as vezes que possuía a mulher de seu irmão deixava o sêmem cair na terra, para não dar descendência a seu irmão" (v.9), terminando o episódio com a sua morte ("Isso, porém, que fazia, era mau perante o Senhor, pelo que também a este que fez morrer", v.10).

É interessante notar que o levirato nada mais era do que a obrigação do irmão do marido de se casar com a cunhada viúva, o que fica bem claro no versículo 5 pela expressão "Tomará e a receberá por mulher"; tratava-se, assim, de hipótese de casamento forçado, imposto pela lei, ao cunhado solteiro ⁽³⁰⁾ (casamento exigido, não desejado) que, no entanto, podia ser objeto de recusa (v.7 e 8). O casamento realizado nestas condições tinha o fim exclusivo de provocar a gravidez da cunhada e a concepção de um rebento que seria "sucessor de nome" do irmão para que o "nome deste não se apague em Israel" (v.6). Observe-se, outrossim, que a lei do levirato representava uma exceção expressa às normas que proibiam que um homem desposasse a mulher de seu irmão (Lv: 18:16; 20:21). A proibição, portanto, era vigente em todas as situações que não a de viuvez sem filhos, tais como: adultério puro e simples com a cunhada; casamento com a mulher repudiada pelo irmão (que seria também adultério); e o casamento com a viúva do irmão que tivesse filho ou filhas deste. É que a lei do levirato não se aplicava se a viúva tivesse filhas, posto que estas herdavam o nome e os bens do pai falecido ("Quando alguém morrer, e não tiver filho, então fareis passar a sua herança a sua filha": Nm. 27:8) ⁽³¹⁾.

Bastante interessante, por outro lado, era a sanção imposta ao cunhado que não quisesse cumprir o levirato e a forma de sua aplicação. A cunhada deveria se dirigir ao órgão jurisdicional da época --- que eram os anciãos, cujo trabalho judicante se dava na "porta" da cidade --- e lá como que acionar o cunhado para cumprir sua obrigação (v.7).

Citado o cunhado e mostrando este mais uma vez a sua resistência (v.8), passava ele a sofrer a pública e humilhante sanção executada pela própria viúva (v.9), o que certamente ocorria com ou sem emprego da força, após um sumário julgamento da causa pelos juízes.

4.9 - O Casamento Endogâmico - Assim como em relação a vários aspectos da Lei Mosaica é possível distinguir aquilo que está de acordo com a perfeita vontade de Deus, daquilo que é simplesmente tolerado por razões culturais e sociológicas --- e porque, como visto, a revelação divina é progressiva ---, também a disciplina do casamento endogâmico no Pentateuco admite esta declarada dicotomia.

Historicamente, desde a fundação da nação de Israel, percebe-se claramente a necessidade de que os casamentos não se realizassem fora dos estreitos limites da parentela de Abraão, haja vista que um povo novo, monoteísta, começava a ser

forjado por Deus e isto representava um dos maiores rompimentos culturais já vistos em toda a história da humanidade. Logo, é evidente, que o sucesso da empreitada dependia, humanamente falando, da manutenção da pureza da raça. É, por isso, que Abraão, já idoso, fez seu mais antigo servo jurar que não tomaria esposa para seu filho dentre as filhas dos cananeus, mas que iria a sua parentela para tomar a esposa para Isaque (Gn. 24:1 a 4). Por esse motivo também Isaque, chamando Jacó, e dando-lhe sua bênção, disse: não tomarás esposa dentre as filhas de Canaã (Gn. 28:1). Esaú, irmão de Jacó, recebeu a aprovação de seu pai por se casar com mulheres cananéias (Gn.28.8) ⁽³²⁾. Contudo, a idéia de casamento endogâmico --- que encontrou ambiente perfeito para se desenvolver durante os 430 anos de escravidão no Egito --- só veio a ser consagrado como ordem explícita de Deus na Lei de Moisés, mais exatamente no Livro de Êxodo, capítulo 34, aonde o Senhor faz aliança ⁽³³⁾ com o povo de Israel nestes termos: "Então disse (Deus): Eis que faço uma aliança; diante de todo o teu povo farei maravilhas que nunca se fizeram em toda a terra, nem entre nação alguma: de maneira que todo este povo, em cujo meio tu estás, veja a obra do Senhor; porque cousa terrível é o que faço contigo" (v.10). "Guarda o que eu te ordeno hoje: eis que lançarei fora na tua presença os amorreus, os cananeus, os heteus, os ferezeus, os heveus e os jebuseus" (v.11). "Abstém-te de fazer aliança com os moradores da terra para aonde vais; para que te não sejam por cilada" (v.12). "Mas que derrubareis os seus altares, quebrareis as suas colunas e cortareis os seus postes ídolos" (v.13). "(porque não adorarás outro deus: pois o nome do Senhor é zeloso; sim, Deus zeloso é ele);" (v.14) "para que não faça alianças com os moradores da terra: não suceda que em se prostituindo eles com os deuses, e lhes sacrificando. alguém te convide, e comas dos seus sacrifícios"; (v. 15) "e tome mulheres das suas filhas para os teus filhos, e suas filhas prostituindo-se com seus deuses, façam que também os teus filhos se prostituam com os seus deuses" (v.16). "Não farás para ti deuses fundidos" (v. 17). Era realmente impossível distinguir nas regras jurídicas o seu conteúdo estritamente social dos seus fundamentos espirituais. Mas seja como for, o que este longo texto nos apresenta é a consagração não só da endogamia (transitória), como também do próprio monoteísmo (definitiva) e a abominação a Deus representada pela idolatria.

A mesma proibição é repetida genericamente em Deuteronômio 7:3, onde se lê: "nem contrairás matrimônio com os filhos dessas nações: não darás tuas filhas a seus filhos, nem tomarás suas filhas para teus filhos". A *ratio* da ordem encontra-se expressamente prevista no versículo seguinte, aonde se percebe o claro espiritual conteúdo: "pois elas fariam desviar teus filhos de mim, para que servissem a outros deuses ⁽³⁴⁾, e a ira do Senhor se acenderia contra vós outros, e depressa vos destruirá" (v.4).

Todavia a despeito da vedação genérica, pelo menos uma outra passagem do Pentateuco nos apresenta exceção expressa. Deuteronômio 21 afirma: "Quando saíres à peleja contra os teus inimigos, e o Senhor teu Deus os entregar nas tuas mãos, e tu deles lewares cativos" (v.10), "e vires entre eles uma mulher formosa e te aperfeiçoares a ela e a queiras tomar por mulher" (v.11), "então a trarás para a tua casa: e ela rapará a cabeça, cortará as unhas" (v.12), despirá o vestido do seu cativo, e ficará na tua casa, e chorará a seu pai e a sua mãe, durante um mês. Depois disto a tomarás: tu serás seu marido, e ela tua mulher" (v.13). Sobre a regra,

Russel P. Shedd tece o seguinte comentário, fundado na prescrição geral já aludida de Deuterônimo 7: 1 a 3: "Era permitido o casamento com mulheres estrangeiras que vivessem em cidades fora da Palestina. As mulheres estrangeiras que vivessem na própria Palestina tinham de ser mortas com todos os demais cananeus" (35).

Observe-se, por fim, e mais uma vez, que a exceção aberta à regra do casamento endogâmico naquele contexto significava apenas a tolerância a uma situação já existente e que, por isso, dependia de regulamentação; não que fosse esta, como o visto, a vontade de Deus para aquele momento. Não se deve perder de vista, e isto é importante, que o povo de Israel era uma nação guerreira, cujas lutas geravam despojos (coisas e pessoas) e, por conseguinte, a necessidade de se estabelecerem regras que disciplinassem as relações entre os vencedores (no caso Israel) e os vencidos; a própria escravidão, como instituto jurídico, era o corolário lógico desta necessidade (36).

4.10 Casamentos Ilícitos A severa proibição do casamento judeu com mulheres gentias pela observância do princípio do matrimônio endogâmico, a Lei de Moisés vedava terminantemente a união entre pessoas vinculadas pelo parentesco ou pela afinidade. A regra proibitiva e genérica sobre a matéria era indubitavelmente Levítico 18:6, que rezava: "Nenhum homem se achegará a qualquer parente da sua carne, para lhe descobrir a nudez: "Eu sou o Senhor". Na seqüência, neste mesmo capítulo de Levítico, a lei passava a elencar, uma por uma, as hipóteses de casamentos ilícitos.

Antes, contudo, da referência ao rol minucioso de casamentos vedados (casamento no sentido de vínculo entre pessoas de sexos diferentes) fazemos alusão a três uniões consideradas abomináveis. A primeira que mencionamos era a que envolvia um homem ou uma mulher com animais (Lv.18:23, 20:15 e 16), cuja sanção era a morte (Êx.22:19) e maldição (Dt. 27:21). A segunda era o relacionamento homossexual, cuja conseqüência era, da mesma forma, a morte (Lv.18:22; 20:13). E a terceira, a relação sexual com mulher no tempo da sua menstruação (Lv.18:19; 20:18), o que se explicava por motivos de saúde e higiene (37), concluindo Levítico 18, mais a frente: "com nenhuma destas causas vos contamineis, porque com todas estas causas se contaminaram as nações que eu lanço fora de diante de vós" (v.24). "E a terra se contaminou; e eu visitei nela a sua iniquidade, e ela vomitou os seus moradores" (v.25). "Todo que fizer alguma destas abominações, sim, aqueles que as cometerem, serão eliminados do seu povo" (v.29).

Quanto aos casamentos ilícitos propriamente, vejamos o que o Pentateuco estatua, valendo a pena observar que nem todas as hipóteses foram previstas e, também, que várias situações proibidas haviam ocorrido com os antepassados dos israelitas que presenciaram a promulgação da lei.

Era proibida a união da filha com o pai e do filho com a mãe: "Não descobrirás a nudez de teu pai e de tua mãe: ela é tua mãe; não lhe descobrirás a nudez" (Lv. 18:7). No passado, as filhas de Ló praticaram incesto com seu pai (Gn. 19:30 a 38). Ainda na linha reta vedava-se expressamente o casamento do homem com sua neta: "nudez da filha do teu pai, ou da filha de tua filha, a sua nudez não

descobrirás, porque é a tua nudez" (Lv. 18:10). Embora a lei não fosse expressa, certamente eram consideradas ilícitas as uniões com avôs e avós ou da avó com o neto.

Identicamente proibido era o casamento entre irmãos: "A nudez da tua irmã, filha de teu pai, ou filha da tua mãe, nascida em casa, ou fora de casa, a sua nudez não descobrirás" (Lv. 18:9). No mesmo sentido: Levítico 18:11 e 20:17. A situação já havia ocorrido: Sara era meia-irmã de Abrão (Gn. 12:13; 20:2; 26:7). Segundo a lei, a pena para tal hipótese era a morte (Lv. 20:17), além da maldição que recairia sobre os praticantes (Dt. 27:22).

Sobrinho e tia, da mesma forma, não podiam se casar: "Também a nudez da irmã de tua mãe, ou da irmã do teu pai não descobrirás; porquanto descobriu a nudez da tua parenta; sobre si levarão a sua iniquidade" (Lv. 20:19). a regra é repetida no verso subsequente com explicitação diferenciada da sanção: "Também se um homem se deitar com sua tia, descobriu a nudez de seu tio; seu pecado sobre si levarão; morrerão sem filhos" (Lv. 20:20). Em igual sentido, Levítico 18:12 a 14. Esta prática, ao que tudo indica, não era incomum entre os judeus: Arão e Moisés eram filhos de Arão com sua tia Joquebede (Êx. 6:20).

Dó texto de Levítico 18 não consta qualquer referência a união de primos e primas, o que revela a plena legitimidade deste costume, perante a Lei de Moisés: "... as filhas de Zelofeade, se casaram com os filhos de seus tios paternos" (Nm. 36:11).

De igual maneira o casamento entre afins não era permitido em certas hipóteses: "A nudez de tua nora não descobrirás: ela é mulher de teu filho: não lhe descobrirás a nudez" (Lv. 18:15), "... ambos serão mortos: fizeram confusão..." (Lv. 20:12); Maldito aquele que se deitar com sua sogra..." (Dt. 27:23). "Se um homem tomar a mulher de seu irmão, imundícia é; descobriu a nudez de seu irmão; ficarão sem filhos" (Lv. 20:21). No mesmo sentido: Levítico 18:16. Não haveria qualquer ilicitude nesta hipótese, entretanto, se o irmão tivesse morrido sem deixar filhos: o casamento do irmão com a cunhada viúva era obrigatório (o Levirato, de Deuteronômio 25:5 a 10 que já estudamos). "Não descobrirás a nudez da mulher de teu pai; é nudez de teu pai" (Lv. 18:8) e "...serão mortos esta e aquele; o seu sangue cairá sobre eles" (Lv. 20:11). Era proibido, assim, o matrimônio com a madrasta, norma expressamente repetida em Deuteronômio 22:30 e 27:20 (neste último como ato sujeito à maldição). Por "mulher de teu pai", talvez pudesse ser entendida também a concubina, como na situação de Rúben que se deitou com Bila, concubina de Jacó (Gn. 35:22).

Por último, três outras atuações, ou melhor, situações de casamento ilícito: "A nudez duma mulher e de sua filha não descobrirás; não tomarás a filha de seu filho, nem a filha de sua filha, para lhe descobrir a nudez; parentes são: maldade é" (Lv. 18:17; "Se um homem tomar uma mulher e sua mãe? Maldade é, a ele e a elas queimarão com fogo, para que não haja maldade no meio de vós" (Lv. 20:14). A lei vedava rigorosamente, como se vê, o casamento de um homem com uma mulher e sua filha concomitantemente e, também, com uma mulher e sua mãe, neste último caso sob pena de morte "com fogo", o que era absolutamente excepcional no sistema de penas do Pentateuco. E, por fim, considerava a Lei de Moisés união abominável e criminosa o casamento com mulher casada: "Nem te deitarás com a mulher de teu

próximo, para te contaminares com ela" (Lv. 18:20); "Se um homem adúlterar com a mulher do seu próximo, será morto o adúltero e a adúltera" (Lv. 20:10) (sobre a abominação deste ato, leia-se Levítico 18:24 a 30). Observe-se que todas as hipóteses previstas como de matrimônios ilícitos eram reputadas identicamente como práticas criminosas (sobre este aspecto, comparem-se os capítulos 18 e 20 do Livro de Levítico).⁽³⁸⁾

4.11 - Outros Aspectos do Casamento no Pentateuco - Nesta parte final do trabalho queremos fazer referência a várias regras jurídicas constantes do Pentateuco, cujas matérias não comportam itens autônomos, mas que tangenciam, de uma forma ou de outra o tema casamento. Agrupamos, assim, sob um mesmo envólucro todo o remanescente conteúdo disciplinar do matrimônio encontrável nos cinco livros de Moisés.

Precisamos abordar, em primeiro lugar, algumas questões estritamente espirituais, envolvidas com o casamento judaico: a idolatria, a desobediência, suas conseqüências, e a contaminação ritual.

Sobre a idolatria é importante salientar que este pecado é reputado como gravíssimo por Deus que o qualifica como abominação no sentido daquilo que gera asco, aversão, nojo. A tal ponto chega a repulsa divina por essa prática que Deuteronômio 13:6 a 10 autoriza expressamente o marido a executar sumariamente sua esposa no caso de incitamento à idolatria, "verbis": "Se... a mulher do teu amor (entre outras pessoas)... te incitar em segredo, dizendo: "Vamos, e sirvamos a outros deuses..." (v.6) "...não concordarás com ele, nem o ouvirás; não o olharás com piedade, não o pouparás, nem o esconderás"; (v.8) "mas certamente o matarás. A tua mão será a primeira contra ele, para o matar, e depois a mão de todo o povo" (v.9). Apedreja-lo-ás até que morra, pois te procurou apartar do Senhor teu Deus, que te tirou a terra do Egito, da casa da servidão". (V10). Pouco mais à frente, em Deuteronômio 28, a Palavra de Deus fala genericamente a respeito da desobediência e estabelece maldições que atingem o casamento e a família, nestes termos: "Será, porém, que se não deres ouvidos à voz do Senhor teu Deus, não cuidando em cumprir todos os seus mandamentos e os teus estatutos, que hoje te ordeno, então virão todas estas maldições sobre ti, e te alcançarão:" (v.15) "...Esposar-te-ás com uma mulher, porém outro homem dormirá com ela... (v.30) "...teus filhos e tuas filhas serão dados a outro povo..." (v.32)..." Gerarás filhos e filhas, porém, não ficarão contigo; porque serão levados ao cativeiro" (v.41). Tais maldições se cumpriram algumas vezes no curso da história do povo de Israel por causa de sua infidelidade⁽³⁹⁾.

Corolário dessa repulsa pela desobediência eram, ainda, algumas prescrições específicas dirigidas a pais e a filhos: "Das filhas de Israel haverá quem o faça" (Dt. 23:17); "Não contaminarás a tua filha, fazendo-a prostituir-se: para que a terra não se prostitua, nem se encha de maldade" (Lv. 19:29).⁽⁴⁰⁾ Tratava-se da proibição da prostituição cultural, realizada nos templos aos deuses dos povos vizinhos. Aos filhos a lei dirigia estas ordens: "Honra a teu pai e a tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá (Êx. 20:12); Este, o primeiro mandamento com promessa; "Maldito aquele que desprezar a seu pai ou a sua mãe..." (Dt. 27:16). O pecado da desobediência dos filhos aos pais era

considerado tão grave que a lei chegava mesmo a prescrever em Deuteronômio 21: "Se alguém tiver um filho contumaz e rebelde, que não obedece à voz de seu pai e à de sua mãe, e, ainda, castigado, não lhes dá ouvidos" (v.18), "pegarão nele seu pai e sua mãe e o levarão aos anciãos da cidade, à sua porta" (v.19), "e lhes dirão: Este nosso filho é rebelde e contumaz, não dá ouvidos à nossa voz: é dissoluto e beberrão" (v.20). "Então todos os homens da sua cidade o apedrejarão, até que morra; assim eliminarás o mal do meio de ti: toda a Israel ouvirá e temerá" (v.21).

Outro aspecto relacionado diretamente com o casamento era a contaminação ritual. Várias situações são previstas e disciplinadas nos capítulos 12 a 15 do Livro de Levítico.

A mulher que concebesse um menino seria imunda por sete dias (Lv. 12:1); o menino era circuncidado no oitavo dia (12:3); depois ficaria a mulher trinta e três dias a "purificar-se do seu sangue" (12:4). Se uma menina nascesse, a imundície duraria duas semanas (12:5). Em qualquer caso, seguir-se-ia um holocausto em expiação pela mulher que assim ficaria purificada (12:6 e 7).

Os capítulos 13 e 14 de Levítico regulamentavam detalhadamente a contaminação e a purificação do leproso. Como o assunto não se relacionava imediatamente com o casamento deixamos de expor o tratamento.

Já o capítulo 15 do mesmo livro de Levítico prevê várias hipóteses de contaminação do homem e da mulher: "Qualquer homem que tiver fluxo seminal do seu corpo, será imundo por causa do fluxo" (Lv. 15:2), seguindo-se a contaminação da sua cama (15:4), dos que a tocarem (15:5 e 6), dos que tocarem seu corpo (15:7), da sua cela (15:9) e tudo o mais que ele tocar (15:10); quando estivesse limpo, contar-se-iam sete dias para a sua purificação e após lavadas as suas vestes e banhado o seu corpo estaria limpo (15:13); ao oitavo dia seria realizado um holocausto com o que se consumava a expiação pelo seu fluxo (15:14 e 15).

"Também o homem, quando se der com ele emissão do sêmen, banhará todo o seu corpo em água e será imundo até à tarde" (Lv. 15:16). "Toda a veste e toda pele em que houver sêmen, se lavarão em água e serão imundas até à tarde" (15:17). Sobre a "poluição noturna" do guerreiro, sua saída do acampamento e purificação, há a fala de Deuteronômio em 24:9 a 14.

"Se um homem coabita com a mulher e tiver emissão do sêmen, ambos se banharão em água e serão imundo até à tarde" (Lv. 15:18).

"A mulher, quando tiver o fluxo de sangue, se este for fluxo costumado do seu corpo, estará sete dias na sua menstruação, e qualquer que a tocar será imundo até à tarde" (Lv. 15:19). "Tudo que ela tocasse era imundo (15:20 a 23, 26 e 27), inclusive o homem que com ela coabitasse, por sete dias, e depois será limpa" (15:28). Ao oitavo dia, era feita uma oferta pelo pecado e um holocausto com o que ficava expiado o "fluxo da sua impureza perante o Senhor" (15:29 e 30). Levítico 18:19 e 20:18 concluíam a disciplina: "Não te chegarás à mulher, para lhe descobrir a nudez, durante a sua menstruação" (18:19); "Se um homem se deitar com mulher no tempo da enfermidade dela, e lhe descobrir a nudez, descobrindo a sua fonte, e ela descobrir a parte do seu sangue, ambos serão eliminados do meio do seu povo" (20:18). Interessante observação sobre o assunto nos ministram Tim e Beverly LaHaye que tomamos a liberdade de transcrever, fazendo-a nossa: "As leis cerimoniais, em geral, tinham objetivos espirituais. Mas essas leis foram dadas há

3.500 anos atrás, quando não haviam chuveiros e duchas, tão convenientes ao nosso uso, e nem havia tampões absorventes, desinfetantes e outros meios de higienização. A morte de Cristo acabou de uma vez por todas com as leis cerimoniais, ritos e ordenanças (Hb. 9:1 a 10 e 25)" (*O ato conjugal*, Belo Horizonte, Editora Betânia, 6a. ed., 1984, p. 256).

O voto ou juramento, declaração unilateral de vontade como fato gerador de obrigações, era conhecido do povo judeu e expressamente disciplinado na Lei de Moisés, que assim dispunha em termos gerais no Livro Levítico, capítulo 30: "Quando um homem fizer voto ao Senhor, ou juramento para obrigar-se a alguma abstinência, não violará a sua palavra; seguindo tudo o que prometeu, fará" (v.2). Quanto à mulher casada a disciplina era a seguinte: "Porém se ela se casar, ainda sob seus votos ou dito irrefletido dos seus lábios, com que a si mesma se obrigou", (v.6) "e seu marido, ouvindo-o calar-se para com ela no dia em que ouvir, serão válidos os votos dela, e lhe será preciso observar a abstinência a que se obrigou" (v.27). "Mas se seu marido o desaprovar no dia em que ouvir, e anular o voto que estava sobre ela, como também o dito irrefletido dos seus lábios, com que a si mesma se obrigou; o Senhor lhe perdoará" (v.8). No tocante ao voto da mulher solteira a disciplina jurídica era exatamente a mesma, cabendo, no entanto, ao seu pai validá-lo com o seu silêncio ou anulá-lo (Lv. 30:3 a 5); já quanto à viúva ou divorciada, "tudo com que se obrigar lhe será válido" (30:39), exceto se o voto tivesse sido proferido anteriormente à morte do marido ou ao divórcio e o esposo o tivesse anulado "no dia em que o soube" (30:10 a 14). É interessante notar, outrossim, que em caso de anulação o marido passava a responder pela obrigação da mulher (30:15).

Também o costume hoje conhecido como "lua-de-mel" encontrava expresso regramento no Pentateuco. Deuteronômio 24:5, assim prescrevia: "Homem recém-casado não sairá à guerra, nem lhe imporá qualquer encargo; por um ano ficará livre em sua casa e promoverá felicidade à mulher que tomou". Vê-se que o casamento -- normalmente contraído muito cedo em toda a Antiguidade, inclusive em Israel -- trazia para os nubentes algumas significativas regalias...

O aborto involuntário identicamente possuía disciplina explícita no Pentateuco. Êxodo 21:22 rezava que: "Se homens brigarem e ferirem mulher grávida, e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, será obrigado a indenizar, segundo o que lhe exigir o marido da mulher; e pagará como os juízes lhe determinarem". Agora, se o dano fosse grave, aplicar-se-ia a Pena de Talião do olho por olho, dente por dente, tão conhecida dos babilônios e do Código de Hammurabi, *verbis*: "Mas se houver dano grave, então darás vida por vida", (v.23) "olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé" (v.24) "queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe" (v.25). Observe-se que a Pena de Talião é repetida mais duas vezes no Pentateuco: Levítico 24:19 e 20 e Deuteronômio, 19:21.

Voltando à questão da filiação, três importantes regras precisam ainda ser mencionadas: a primeira sobre o filho do escravo; a segunda sobre o filho ilegítimo; e a terceira sobre o filho do estrangeiro. Êxodo 21:4 dispoñdo sobre os servos (ou escravos) prescrevia que: "se o seu senhor lhe der mulher, e ela der à luz filhos e filhas, a mulher e seus filhos serão do seu senhor, e ele sairá sozinho". Quer dizer,

havendo escravatura --- ainda que transitória para o hebreu (Ex. 21:2) --- o vínculo de sangue não gerava para o pai o direito de dar nome ao filho, nem de o ter sob sua guarda. Quanto ao filho ilegítimo, a Lei de Moisés o restringiria no que concerne ao exercício do direito de culto. Deuteronômio 23:2 dispunha: "Nenhum bastardo entrará na assembléia do Senhor". Já no que atine ao filho do estrangeiro, restrição também lhe era imposta no plano cultural, a despeito da aplicação irrestrita da Lei de Moisés a estrangeiros (Lv. 24:22; Nm. 9:14): Deuteronômio 23:8, estabelece que: "Os filhos que lhes nascerem (dos estrangeiros referidos no V.7) na terceira geração, cada um deles estrará na assembléia do Senhor". Embora sem tangenciar o tema casamento, mas ainda relacionando-se com as restrições culturais, queremos aludir a uma última hipótese bastante interessante prevista pela lei: "Aquele a quem forem trilhados os testículos, ou cortado o membro viril, não entrará na assembléia do Senhor" (Dt. 23:1).

Outra situação curiosa relacionada com o casamento e regradada pelo Pentateuco era a prevista por Deuteronômio 25:11 e 12: "Quando brigarem dois homens, um contra o outro, e a mulher de um chegar para livrar o marido da mão do que o fere, e ela estender a mão, e o pegar pelas suas vergonhas", (v.11) "cortar-lhe-á a mão: não a olharás com piedade" (v.12). A severidade da pena era devida ao fato, como nos informa Russel P. Shedd, de que "o órgão masculino não devia ser maltratado (Dt. 23:1)", posto que era a "fonte da fertilidade e também trazia o sinal do pacto de Deus com o seu povo (Gn. 17:11)" (op. cit. p.220). Para a Glória de Deus.

Notas ao texto

1- Sobre as longas discussões a respeito da autoria e unidade do Pentateuco, leia-se *O Novo Dicionário da Bíblia*, São Paulo, edições Vida Nova, 1986, Vol. II, pps. 1258 a 1265.

2- *O Novo Dicionário da Bíblia*, Vol. II, p. 1257. Já houve quem defendesse a tese da existência de um hexateuco pela inclusão do livro de Josué, cuja narrativa se liga a do Pentateuco e, também, a de um Testamento com a supressão de Deuteronômio que é repetição da lei (op. cit. 1.257 e seguintes).

3- Robert J. Brennan e David R.D. Corrêa (op. cit. p.157) nos ensinam, ainda, que o *Talmude* mais importante é o babilônico completado em 600 DC que contém 2.947 pastas (do *Talmude* de Jerusalém, completado em 400 DC não restou muita coisa e não é muito usado). Todo o material contido no *Talmude* foi compilado para funcionar como cerca protetora em torno da lei. Entretanto, observam os autores que a cerca se tornou tão grande e confusa que a verdade da lei de Deus foi enterrada numa pirâmide de detalhes e racionalizações humanas.

4- *A Bíblia Sagrada*, São Paulo, Imprensa Batista Regular do Brasil, 1983, p. VIII.

5- A respeito do grande desenvolvimento da civilização caldeia e especialmente da fascinante "Ur dos Caldeus", examine-se Werner Keller, *E a Bíblia tinha razão...* São Paulo, Melhoramentos, 1973, Cap. 2, pps. 27 a 38.

6- A. Souto Maior, op. cit., p. 38. Antes, em 2550 AC., Sargão I, o grande soberano assírio já havia tentado a unificação acádio-sumeriana que durou dois séculos apenas. Antonio José Borges Hermida, op. cit. p. 30, informa que com a fusão dos sumérios e acádios surgiram os caldeus, cuja capital era a Babilônia. Os caldeus habitavam ao Sul, a Baixa Mesopotâmia, e os Assírios, seus inimigos, viviam no Norte, na Alta Mesopotâmia.

7- *O Novo Dicionário da Bíblia*, Vol. II, p. 1.013.

8- *O Novo Dicionário da Bíblia*, Vol. II, p. 1.014. Esta obra nos informa que a origem destas disposições do Código de Hammurabi está, respectivamente, no Código Lipit-Istar, 29, e Eshnunna, 25, as mais antigas codificações de que se tem notícia.

9- Henri Daniel-Rops, *A Vida Diária nos Tempos de Jesus*, p. 85.

10- *O Novo Dicionário da Bíblia*, Vol. III, p. 1.014, também ilustra o pagamento do "mohar" com trabalho referindo o texto de Deuteronômio 3:4 que alude ao fato de Moisés apascentar o rebanho de Jetro, seu sogro.

11- Nem se diga que o Código de Hammurabi é posterior a Abraão e que suas regras não teriam influenciado a cultura judaica. Embora se possa concordar que Abraão é anterior aproximadamente cem anos ao Código, deve-se lembrar que Hammurabi apenas consolidou juridicamente o que já existia antes na cultura mesopotâmica, inclusive em termos de direito de família e casamento.

12- *O Novo Dicionário da Bíblia*, Vol. II, p. 1.015.

13- *O Novo Dicionário da Bíblia*, Vol. II, pp. 1.014 e 1015, apresenta o casamento judaico sobre a perspectiva global do Velho Testamento, cuja cerimônia compreendia os seguintes passos: vestes dos noivos, damas de honra e amigas da noiva, procissão, a festa do casamento, cobertura da noiva, a bênção, a câmara nupcial, a consumação, a prova da virgindade e as festividades. Sobre o casamento nos tempos de Cristo, leia-se a excelente e detalhada descrição que oferece Henri Daniel-Rops, op. cit. pps. 86 e 87.

14- Neste sentido, Henri Daniel-Rops, op. cit. p. 83.

15- *O Novo Dicionário da Bíblia*, Vol. II, p. 1.012.

16- Deuteronômio 17 impunha ainda as seguintes condições para o estabelecimento da monarquia: a escolha deveria ser de Deus (v. 15, primeira parte); o rei deveria ser homem da nação israelita (v. 15, segunda parte); o rei não deveria procurar multiplicar cavalos (v. 16); nem mulheres, prata e ouro (v. 17); deveria ter um traslado da lei (v.18) para lê-los diariamente (v.19) para que o seu coração não se ensoberbe-se e nem se desviasse da justiça (v.20).

17- *A vida diária nos tempos de Jesus*, op. cit. p. 88.

18- *O Novo Dicionário da Bíblia*, op. cit. p. 1013.

19- Talvez houvesse alguma cerimônia simples para dar publicidade ao casamento com a escrava (*O Novo Dicionário da Bíblia*, op. cit. p. 1.013).

20- Davi e Salomão, relata a Bíblia, possuíam, ao lado das esposas, muitas concubinas (examine-se II Sam. 5:13; I Rs.11:3; Ct.6:8 e 9).

21- I Samuel 1:1 e 2 afirma que Elcana tinha duas mulheres: uma se chamava Ana e a outra Penina (v.2).

22- *O Novo Dicionário da Bíblia*, op. cit. p. 1.013.

23- Russel R. Shedd (*A Bíblia Vida Nova*, São Paulo, Editora Vida Nova, 1980, p. 133) ensina que maldade, no hebraico, (Zimmah), tem uma raiz que significa planejar, intentar, pensar em fazer, mentalizar e que está ligado tal vocábulo à idéia de malícia, premeditação, torpeza, depravação.

24- Sobre a menstruação como impureza examine-se o que escrevemos à frente no item 3.11 dedicado à contaminação da mulher.

25- Levítico 22:12 e 13 apresenta outras duas regras, envolvendo casamento e os sacerdotes que examinaremos à frente.

26- Desta idéia, porém, sem o fundamento exegético apresentado, comunga Henri Daniel-Rops, op. cit. p.93.

27- Oséias 2:2 e 3 faz crer que quando o marido repudiava a mulher ele bradava: "ela não é minha mulher, e eu não sou seu marido" (V.2). E caso isto não fosse suficiente, ele poderia deixá-la despida... como no dia em que nasceu".

28- Neste sentido Henry Daniel-Rops, op. cit. p. 83.

29- Sobre o tema repúdio nas escrituras como um todo, leia-se Robert S. Plekker, *O Divórcio à luz da Bíblia*, São Paulo, Editora Vida Nova, la. ed., 1985.

30- Neste sentido, *O Novo Dicionário da Bíblia*, op. cit. p. 1.016. Ainda na mesma página, esta obra nos lembra que o Livro de Rute demonstra que tal costume se estendia para além do irmão do marido. Aqui, um parente, cujo nome não é dado, tinha o dever primário, e foi somente quando ele se recusou que Boaz pode se casar com Rute.

31- Sobre o assunto, com maiores detalhes, *O Novo Dicionário da Bíblia*, op. cit. p. 1.016.

32- A questão racial encontrava-se ao lado do adultério na base subjetiva da traição de Simão e Levi, filhos de Jacó, contra os siquemitas (Gn 34.2). Esta questão, por outro lado, não impediu José de receber como presente de Faraó no Egito, por razões óbvias, uma mulher filha de um sacerdote (Gn. 41.45).

33- A idéia de aliança de um deus (Deus) com um povo determinado é insinuada na história da civilização.

34- Números 25:1 a 4 nos relata este episódio ocorrido, durante a peregrinação de Israel no deserto: "Habitando Israel em Sitim, começou o povo a prostituir-se com as filhas dos moabitas"(v.1). "Estas convidaram o povo aos sacrifícios dos seus deuses; e o povo comeu, inclinou-se aos deuses delas". (2). "Juntando-se Israel a Baal-Peor, a ira do Senhor se acendeu contra Israel" (v.3). "Disse o Senhor a Moisés: Toma todos, todos os cabeças do povo, e enforca-os ao Senhor ao ar livre, e a ardente ira do Senhor se retirará de Israel" (V.4). Pouco mais a frente em Números 31, outra narrativa nos mostra a gravidade com que Deus encarava a influência estrangeira. Após derrotarem os midianitas"... os filhos de Israel levaram presas as mulheres... e suas crianças; também levaram todos os seus animais, e todo o seu gado, e todos os seus bens" (v.9). Contra este ato indignou-se Moisés: "... Deixaste viver todas as mulheres" (v.15). Agora, pois, matai de entre as crianças todas as do sexo masculino; e matai toda a mulher que coabitou com algum homem, deitando-se com ele" (v.17). "Porém todas as meninas, e as jovens que não coabitaram com algum homem, deitando-se com ele, deixai-as viver para vós outros" (v.18).

35- *Bíblia Vida Nova*, op. cit. p. 215, notas 10 e 11. Nas notas subsequentes (12 e 13) assevera o comentarista que: "Esses atos de purificação simbolizam sua remoção do estado de escrava. O mês de luto era para lhe dar tempo de refazer-se no seu íntimo e também testar a sinceridade do amor do homem".

36. Levítico 25:44 previa que os escravos que os israelitas tivessem viriam das nações vizinhas; Deuteronômio 20:10 e 11 estabelecia que, na iminência de guerra, a paz deveria ser oferecida (v.10) e, uma vez aceita, o povo que na terra se achasse seria submetido a trabalhos forçados (v.11). Ainda no que diz respeito ao casamento especificamente, Levítico 22:12 previa que: "Quando a filha do sacerdote se casar com estrangeiro, ela não comerá da oferta das coisas sagradas". Tratava-se,

como se vê, de restrição jurídica imposta à filha do sacerdote que não se casasse com judeu (Veja ainda v.13).

37- Examinaremos o assunto no item 3.11 à frente.

38- Há quem entenda que as proibições de Levítico (mais detalhada no capítulo 18 do que no 20) seriam válidas durante a vida da primeira esposa como após a sua morte: só Levítico 18:18 fala em "Durante a vida".

39-Bênçãos em profusão também haviam sido prometidas (Dt. 7: 12 a 26; 28; 1 a 14). Tudo era uma questão de escolha.

40- Deuteronômio 23:18 arremata: "Não trarás salário de prostituição nem preço de sodomita à casa do Senhor teu Deus por qualquer voto; porque uma e outra cousa são igualmente abomináveis ao Senhor teu Deus".

Referências Bibliográficas

BÍBLIA Sagrada, São Paulo : Imprensa Batista Regular do Brasil, 1983.

BOUZON, Emmanuel. *O Código de Hammurabi*, Petrópolis : Vozes, 1987.

BRENAM, Robert J.; CORREA, Davi R.D. *Profecias Messiânicas*. São Paulo, Ed. Autônoma, 1989.

JOHNSON, Paul. *História dos Judeus*, 2.ed. Rio de Janeiro : Imago, 1989.

KELLER, Werner. *E a Bíblia tinha razão*. São Paulo : Melhoramentos, 1973.

LAWES, Frank; ORFORD, Stephen. *A santidade do sexo*. São Paulo : Fiel, 1974.

MIRANDE, Dominique. *Le code de Hammurabi*. Paris : Ernest Leroux, 1913.

MORAES JUNIOR, Flavio Queiroz de. Da estrutura filosófica do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v.45, n.123, p.25-39, out./dez. 1983.

O NOVO dicionário da Bíblia. São Paulo : Vida Nova, 1986.

PLEKKER, Robert J. *O divórcio à luz da Bíblia*. São Paulo : Vida Nova, v. 1 e 2.

ROPS, Henry Daniel- *A vida diária nos tempos de Jesus*. 2.ed. São Paulo : Vida Nova, 1986.

São Paulo, janeiro de 1990.

TESES E DISSERTAÇÕES

DIREITO CIVIL E ROMANO

Candidato: *Nestor Duarte*
Título: **Proteção jurídica dos bens de incapazes**
Orientador: Yussef Said Cahali

Resumo: Em **Proteção jurídica dos bens de incapazes**, o autor aborda a evolução histórica e o direito comparado; segue a explanação definindo a incapacidade de exercício e sua classificação. A adoção, a tutela e os institutos de proteção dos incapazes são tratados inclusive sob a óptica dos capítulos definidos junto ao projeto de Código Civil (Projeto de Lei nº 634/B/1975), a curatela, a ausência e o nascituro também são abordados junto aos bens de incapazes, aquisição, administração e alienação. Em um dos itens de suas conclusões, o autor verifica que o regime legal vigente acha-se desatualizado e que ainda é grande o descompasso existente entre a norma legal e a realidade. Essa realidade posterior ao Código exige um tratamento diferente, na medida em que se trata de um incapaz rico ou de um incapaz pobre.
Defendida em 29/05/1989

Candidato: *Roberto João Elias*
Título: **O direito do menor à família**
Orientador: Walter Moraes

Resumo: O trabalho do autor é dividido em capítulos, desde **A Família**, passando pelas origens e as escrituras sagradas, a época da Antiguidade, as instituições de Direito Natural. Traça um paralelo entre o *status familiae* e o direito de personalidade como também entre a família e o Estado e o Direito de Família, comentando outras normas de proteção. Define a família legítima e os efeitos jurídicos do casamento. Divórcio e separação, a família ilegítima, os filhos de pais separados e os filhos ilegítimos estão em **A Crise da Família**. O **Pátrio Poder**, a crise do menor abandonado, o menor abandonado, as causas do abandono, o desajustamento familiar, a ausência da mãe no lar e a internação tuitiva são comentados de maneira bem atualizada. As medidas para resolver a crise do menor, através das medidas aplicáveis ao menor abandonado, ao menor carente e ao menor infrator, a guarda (provisória e definitiva), o conceito de delegação do pátrio poder, a tutela e a adoção. A adoção é comentada utilizando-se dez códigos internacionais, acrescentado ao do nosso. A conclusão é que, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, o menor deve crescer em uma família. De preferência a sua e, caso não seja possível, em uma substituta.
Defendida em 14/09/1989

Candidato: *Hélio Borghi*
 Título: **O negócio jurídico casamento e os impedimentos do adultério e do homicídio**
 Orientador: Fábio Maria de Mattia

Resumo: O trabalho é dividido em três partes; na primeira, é estudado o casamento sob os mais variados ângulos e legislações, desde o Direito Romano, passando pelo Direito Canônico e pelos direitos positivos de França, Itália e Argentina, até o Direito Brasileiro, via Ordenações do Reino e legislações precedentes, anteprojetos e projetos anteriores ao atual CCB, chegando finalmente ao direito projetado em tramitação no Congresso Nacional. Na segunda parte, vistos já todos os aspectos principais e detalhados do casamento, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, é dado enfoque específico a dois dos dezesseis impedimentos matrimoniais contemplados na legislação pátria (art. 183 do CCB) e que são o adultério anterior e o homicídio do cônjuge de um dos pretendentes ao matrimônio, pelo outro pretendente (incisos VII e VIII do citado art. 183). Também nesta segunda parte é estudado o assunto com passagens pelo Direito Romano, legislações estrangeiras, Direito Brasileiro anterior e atual projetado.

Finalmente, na terceira parte do trabalho são apresentadas conclusões e, principalmente, sugestões do autor acerca de modificações a serem introduzidas no Projeto nº 634/B de 1975, sobre o crime do homicídio, especialmente nos arts. 1.518, inciso VII, 1.549, 1.559, etc., a fim de que fiquem melhor adaptados à realidade do Direito moderno.

Objetivos da tese: a) O casamento é um negócio jurídico; b) Os crimes de adultério e homicídio, como estão dispostos no CCB, não refletem a realidade das coisas, atualmente.

Defendida em 25/10/1989.

Candidato: *Sérgio Carlos Covello*
 Título: **O sigilo bancário como proteção à intimidade**
 Orientador: Rui Geraldo Camargo Viana

Resumo: O autor parte da premissa de que o sigilo bancário é manifestação do direito à intimidade e desenvolve o tema em três tópicos. O primeiro, intitula-se **Intimidade e sua proteção**. A intimidade como necessidade humana, como um bem jurídico, no Direito Civil e como norma de sigilo. O segundo é destinado ao sigilo bancário com breve notícia histórica, passando pelo Direito Comparado e o Brasileiro. E finaliza com a tutela civil do sigilo bancário, a garantia jurídica do sigilo, a tutela preventiva e a tutela reparadora. Há conclusões no final da tese, dentre elas a do sigilo bancário ser uma obrigação que têm os bancos de não-revelar, salvo justa causa, as informações que obtenham em virtude de sua atividade profissional.

Defendida em 27/10/1989

Candidato: *Paulo Guilherme de Almeida*
Título: **A reforma agrária no Brasil**
Orientador: Rubens Limongi França

Resumo: O autor demonstra neste trabalho as características da reforma agrária no Brasil à luz da Constituição de 1988 e do Estatuto da Terra. Para tanto, cuida em primeiro lugar do objeto da reforma agrária que é o imóvel rural, sugerindo critérios para a adequada distinção entre os imóveis rural e urbano. Outra preocupação foi a de distinguir o instituto da reforma agrária de seus institutos afins, a saber: a colonização, a discriminatória, a regularização da posse, a legitimação da posse, o usucapião *pro labore* e a tributação da terra. Neste sentido, elabora um sistema visando ordenar as diversas situações encontradas na complexa realidade fundiária brasileira. Assim, destaca a indefinição e distorção fundiária, ambas geradoras de conflitos, detalhando os remédios jurídicos para cada caso. Defendida em 8/05/1990.

Candidato: *Olavo Acyr de Lima Rocha*
Título: **A desapropriação agrária**
Orientador: Rubens Limongi França

Resumo: A tese divide-se em seis partes. A primeira estuda a evolução conceitual da propriedade desde a Antiguidade greco-romana até a atualidade com destaque, nessa fase, à propriedade com função social. Também examina o tratamento dado à propriedade nas Constituições brasileiras, no Código Civil e na Lei Agrária. A segunda cuida do instituto da desapropriação, seu conceito, origem e evolução, a partir do Direito Romano até os nossos dias. Ainda, do tratamento a ela dado nas Constituições do Brasil e nas leis ordinárias. A terceira parte volta-se para a desapropriação agrária nas Constituições e nas leis ordinárias, assinalando seu aspecto inovador. A quarta parte oferece uma súmula dos aspectos de maior interesse relativos a essa desapropriação versados na jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal. A quinta parte cuida da desapropriação agrária como instrumento jurídico apto a viabilizar a execução da reforma agrária. Finalmente, a sexta parte oferece as conclusões relacionadas com os aspectos tratados ao longo do trabalho desde a evolução conceitual da propriedade até o advento, entre nós, da desapropriação agrária e o tratamento a ela dado pela Lei Fundamental e pela legislação ordinária. Defendida em 5/07/1990.

Candidato: *Luiz Fabiano Corrêa*
Título: **Aparência de direito em matéria patrimonial**
Orientador: **Fábio Maria de Mattia**

Resumo: Para-o esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo Direito Privado Brasileiro, à confiança na aparência de direito, em matéria patrimonial, tomam-se em conta as disposições do Direito Positivo Brasileiro, à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias e em comparação com outros sistemas jurídicos. Após a apresentação do tema, há uma breve notícia sobre a evolução da teoria da aparência de direito em geral e especificamente no que se refere à aquisição *a non domino*. Prossegue o trabalho com uma parte especial, em que estuda a aparência de direito em matéria de propriedade, de crédito, de herança, de sociedade e de poder (capacidade, representação e poder de império). Na parte geral apresentam-se os pressupostos de eficácia da aparência de direito: a situação de fato externa que a produz, a imputabilidade dessa situação de fato externa ao prejudicado, a boa-fé do favorecido, o nexó de causalidade entre a aparência de direito produzida pela situação de fato externa e o comportamento do favorecido, e a onerosidade desse comportamento. Conclui-se com a formulação de um princípio geral, segundo o qual, em matéria patrimonial, sempre que estiverem presentes esses pressupostos, dever-se-á reconhecer a eficácia jurídica da aparência de direito, para efeito de proteção a quem nela confia.
Defendida em 06/12/1989.

DIREITO COMERCIAL

Candidato: *Sebastião José Roque*
Título: **Contrato de transporte de pessoas**
Orientador: **Nelson Abrão**

Resumo: O progresso constante dos meios de circulação, o aumento da produção, a internacionalização do comércio, a conquista de novos mercados e outros fatores fizeram com que se realçasse a necessidade de transportes. Realçou-se o contrato de transporte como um dos principais, dos mais comuns e importantes, superando em aplicação quase todos os demais contratos, estando hoje só superado pelo contrato de compra e venda. A criação da Embratur. Transportes rodoviário, marítimo, ferroviário e aéreo. O contrato de transporte de pessoas no direito estrangeiro. As convenções internacionais. Há ainda vasta gama de decisões dos tribunais brasileiros, com os respectivos comentários.
Defendida em 02/05/1989.

Candidato: *Ary Brandão de Oliveira*
 Título: **Regime de ações escriturais no Direito Brasileiro**
 Orientador: Fabio Konder Comparato

Resumo: A sociedade anônima aberta, a sociedade anônima e o mercado de valores mobiliários com as medidas de regulamentação, espécies e estrutura no Direito Brasileiro. As ações de sociedades anônimas, a experiência da legislação comparada são os assuntos abordados na primeira parte da tese. Na seqüência, o autor faz um preâmbulo da ação escritural no ordenamento societário brasileiro, através dos aspectos: estático e dinâmico. No capítulo final uma qualificação jurídica das ações escriturais e algumas opiniões na doutrina brasileira.
 Defendida em 16/06/1989.

Candidato: *José Alexandre Tavares Guerreiro*
 Título: **Fundamentos da arbitragem comercial internacional**
 Orientador: Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Resumo: A arbitragem internacional tem como último fundamento a autonomia da vontade, que permite às partes, desde que capazes, de transigirem, estipularem a cláusula compromissória (ou o próprio compromisso), da qual deriva a função jurisdicional em que se investem os árbitros. Tem-se caracterizado, ao longo da História do Direito, no Ocidente, como jurisdição de equidade. O prestígio contemporâneo da arbitragem comercial internacional e a progressiva institucionalização da *lex mercatoria* constituem indicações razoavelmente seguras de que pode haver direito e justiça fora dos quadros estatais e que o Direito Comercial se forma, atua e se desenvolve, em certas épocas históricas, à margem dos regulamentos estatais.
 Defendida em 12/09/1990

Candidato: *Carlos Henrique Abrão*
 Título: **Pedido de restituição na concordata e na falência.**
 Orientador: Fabio Konder Comparato

Resumo: O pedido de restituição na concordata e na falência visa preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico; desenvolvido em seis capítulos o trabalho aborda as origens do instituto, passando pelo Direito Comparado, enfocando a matéria tanto na concordata quanto na falência, sem se descuidar no âmbito processual, apresentando síntese direcionada à completa reforma do instituto. As imperfeições do sistema são ainda maiores quando nos deparamos com a presença de três súmulas do Supremo Tribunal Federal, disciplinando a matéria. Analisa-se qual a razão de ser da restituição na concordata preventiva, o conceito de mercadoria, além é claro dos pressupostos necessários ao pedido e a forma singular

da restituição em dinheiro. Abordou-se ainda a pluralidade dos contratos empresariais em vigor que apresentam variedades tanto na sua forma quanto em relação à restituição. O procedimento é assaz moroso e dificulta sobretudo que o interessado encontre no patrimônio do concordatário ou da massa o bem alienado, colecionando o autor a doutrina mais atualizada e inúmeras decisões dos tribunais do país, concluindo pela necessidade primeira de mudanças substanciais para redimensionar a finalidade do instituto e encerrar de uma vez por todas o acentuado casuísmo que invariavelmente desnaturou a disciplina pertinente à restituição de mercadorias na concordata e na falência.

Defendida em 29/05/1990

DIREITO DO ESTADO

Candidato: *Alvacir Alfredo Nicz*
 Título: **A igualdade entre as empresas públicas e as empresas privadas na Nova Constituição**
 Orientador: **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

Resumo: A tese inicia com a parte expositiva da evolução do Estado liberal ao Estado providência. A ordem econômica constitucional é tratada em título próprio, destacando-se um capítulo dedicado a significação da Constituição, onde se estabelece a diferenciação conceitual entre as Constituições política e econômica. Após, ingressa na parte específica da ordem econômica constitucional, abordando extensivamente seus objetivos e princípios.

Em seguida trata dos modos de atuação do Estado no domínio econômico, do planejamento estatal, bem como a atuação legiferante que teve o Estado à época do Estado liberal comparativamente com o Estado intervencionista. Aborda os aspectos das pessoas jurídicas do poder público, como as autarquias, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, quando atuantes na ordem econômica do Estado contemporâneo.

No núcleo da tese busca-se demonstrar que o princípio da igualdade na competição entre as empresas públicas e as empresas privadas decorre do primado da livre iniciativa consagrado no texto constitucional. Assim, a norma se destina a pôr fim à concorrência desleal do Estado ao particular, no campo da atividade econômica. É o respeito e a consagração do princípio da igualdade posta no texto da Constituição. Neste campo a preferência pela iniciativa privada é a regra, sendo a exceção, a atuação pelas entidades do Estado.

Desta forma, a igualdade caracteriza-se pela impossibilidade de o Estado conceder vantagens às suas empresas sob pena de desestimular as empresas privadas e, ainda, contrapor-se ao texto da Constituição.

Defendida em 31/03/1989

Candidato: *Antonio Augusto Queiroz Telles*
Título: **Do tombamento e seu regime jurídico**
Orientador: José Cretella Júnior

Resumo: Instituto ainda recente entre nós, o tombamento passou a existir, de fato, desde a edição do Decreto nº 25/37 apoiado na Constituição de 1934, que previa a limitação ao direito de propriedade em prol da proteção "das belezas naturais e monumentos de valor histórico ou artístico".

Sua importância, na atualidade, é enorme, exigindo a atenção dos estudiosos do Direito, especialmente daqueles voltados ao Direito Constitucional, Administrativo e Urbanístico.

Por se tratar de figura jurídica não totalmente estratificada, de vez que revela pontos duvidosos, a doutrina ainda dissente sobre a sua própria natureza, seus fundamentos, mormente no que se refere ao tormentoso tema do poder de polícia onde, para a maioria, ele se aloja.

Reconhecem, por esta razão, indistintamente, os autores, hospedar-se o instituto entre aqueles havidos por mais complexos e contraditórios, revelando arestas que se inclinam para o campo da alta indagação doutrinária.

Nos vários capítulos em que se desdobra o trabalho, após considerações de ordem histórica, debruça-se o autor, principalmente, sobre os seguintes tópicos:

a) dependendo da incidência sobre o direito de propriedade, em si, o tombamento poderá ser considerado, respectivamente, como limitação ou servidão administrativa;

b) como limitação, o tombamento será indenizável; como servidão, poderá ou não comportar indenização, dependendo do alcance dos efeitos da medida sobre o direito do particular;

c) o bem particular tombado passa a ser regido por um regime semipúblico;

d) o tombamento de bens públicos altera a natureza jurídica de uma posição para outra, dentro da escala prevista no Código Civil, art. 66. Opera-se a tresdestinação quando o tombamento de bem público é cancelado, voltando, assim, à situação patrimonial;

e) tendo em conta a alta expressão do direito de propriedade entre nós, seria mais adequado que o tombamento compulsório se materializasse via ato legislativo, em cada caso, especialmente e, não fundamentado exclusivamente, na discricionariedade da administração. Dessa providência só resultariam vantagens para a administração e maior segurança para o administrado;

f) é da competência do Judiciário o exame não só dos aspectos formais da legalidade, mas também, das próprias condições de fato, mediante as quais o tombamento se realizará.

Finalmente, a par da análise da competência constitucional para legislar e efetuar o tombamento, o trabalho procura possibilitar, no mesmo passo, visão panorâmica do instituto no direito pátrio.

Defendida em 4/05/1989

Candidato: *Joaquim Cândido de Oliveira Neto*
 Título: **São Paulo e a vontade nacional**
 Orientador: Dalmo de Abreu Dallari

Resumo: O trabalho, voltado à presença de São Paulo nas decisões nacionais, é dividido em três partes.

A primeira examina o fenômeno do federalismo, sua manifestação no contexto do Estado e no âmbito internacional. Estuda, em seguida, a teoria da Federação, a questão fundamental da soberania e o princípio da participação dos Estados na vontade da União.

A segunda parte vai ao exame da Federação Brasileira e a forma assumida, em suas várias fases, pela vontade dos Estados. Visualiza, também, a existência de uma vontade regional no Nordeste e as características assumidas pelo Estado Brasileiro, que seguiu as tendências mundiais de centralização e fortalecimento do Executivo. A terceira parte começa por perquirir as características socioeconômicas de São Paulo e seu reflexo na comunhão federativa. Volta-se, então, para o surgimento do P.R.P., braço político da oligarquia do café, e do seu domínio nas decisões do Estado e do país.

A sub-representação de São Paulo no Congresso Nacional é objeto, igualmente, de estudo, para concluir que a nova ordem, instaurada em 88, pode favorecer a presença paulista nas decisões nacionais, graças ao processo de escolha, nela consagrado, para a eleição do presidente da República.

Defendida em 27/06/1989

Candidato: *Ercílio Antonio Deny*
 Título: **O contratualismo rousseauiano e algumas de suas implicações jurídicas**
 Orientador: Dalmo de Abreu Dallari

Resumo: O autor enfoca a problemática rousseauiana de forma restrita, balizando a visão dentro dos estritos limites da idéia de contrato em geral e do contrato social em especial. Para tanto, a metodologia escolhida foi a pancrônica, isto é, a diacronia dos antecedentes de Rousseau e a sincronia, não-somente das idéias da época, como, também, da projeção imediata em outros pensadores. Colocadas essas premissas, a vetorialidade da tese se orienta para as estruturas jurídicas em geral para, ao final, mostrar que a humanização rousseauiana desembocou na problemática da igualdade, solucionada por esta, de forma absolutamente original. Sem abordar muito as implicações revolucionárias, fica nítido que, para Rousseau, a revolução se entronca, primeiro, com a idéia da igualdade e, após, com a idéia de juridicidade. A problemática do contrato é focada desde os seus aspectos mais teóricos (como no Direito Natural da bondade) e em seus desdobramentos práticos (como no Direito Penal, Civil...). O autor demonstra que, muito mais que um teórico, é um pensador profundamente preocupado com os aspectos pragmáticos de suas colocações.

Defendida em 19/04/1990

DIREITO PROCESSUAL

Candidato: *João Lenzi da Fonseca*
Título: **Apontamentos sobre o título executivo**
Orientador: Celso Neves

Resumo: A importância atual do título executivo justifica a atenção a tão antigo instituto que surgiu na Idade Média como meio termo entre o rigor do Direito Romano no admitir a execução e a liberdade do germânico. A divergência no conceituar o título executivo como ato ou documento decorre, entre outras razões, de se dar maior relevância ora ao sentido substancial, também denominado material, ora ao formal, conforme a terminologia corrente. Conceituação inspirada em João Mendes permite distinguir os sentidos subjetivo, objetivo, material e formal, além de ensejar se designe com os mesmos termos o formal do título, correntemente denominado documento. Em sentido objetivo o título executivo é ato de atribuição do direito (em acepção ampla), que pode ser feita através de declaração de vontade ou de atribuição (em acepção restrita) mediante a ocorrência de um fato e incidência da lei e que torna adequado o processo de execução. Em sentido formal, diversamente do conceito da doutrina reiterada, é o ato que se considerado como continente e independentemente do conteúdo. O formal, agora substantivado, é o documento. Essa conceituação, além de superar antiga divergência sobre ser o título ato ou documento, abre caminho para o exame das questões relativas à função do título executivo, a seu conteúdo e requisitos e de outras correlatas.

Defendida em 09/05/1989

Candidato: *Antonio Magalhães Gomes Filho*
Título: **Presunção de inocência e prisão cautelar.**
Orientadora: Ada Pellegrini Grinover

Resumo: O trabalho analisa as principais conseqüências que decorrem da adoção expressa do princípio da presunção de inocência pela Constituição de 1988, com especial referência à disciplina da prisão de natureza cautelar.

Na primeira parte da exposição, o autor estuda as raízes históricas do preceito e seu tratamento doutrinário, mostrando o seu caráter de princípio eminentemente político do processo penal, cujo alcance tem sido sempre debatido, segundo as ideologias dominantes.

Partindo de tais observações, procura-se extrair o significado da presunção de inocência em relação à disciplina da prova e também como regra de tratamento do acusado durante o processo, relacionando-a à garantia do devido processo legal.

A parte final do texto é dedicada à análise das regras que disciplinam a prisão cautelar no Direito Brasileiro, na tentativa de verificar se as finalidades atribuídas à restrição da liberdade do acusado são compatíveis com a afirmação constitucional da presunção de inocência.

Defendida em 15/09/1989.

Candidato: *Antonio Scarance Fernandes*
 Título: **Incidente processual. Questão incidental. Procedimento incidental**
 Orientador: Cândido Rangel Dinamarco

Resumo: O autor apresenta um plano de trabalho em capítulos com explanação sobre as breves considerações históricas. Os significados etimológicos do vocábulo *incidente*, a diversidade de uso do vocábulo. O procedimento *incidental*, a classificação dos incidentes e a teoria geral do processo. A lei, o juiz e o uso *incidente*.

Defendida em 22/09/1989.

Candidato: *Antonio Carlos Marcato*
 Título: **Das exceções rituais no processo civil brasileiro (incompetência, suspeição e impedimento)**
 Orientador: Cândido Rangel Dinamarco

Resumo: Ação e exceção. Notícias históricas. Observações gerais. Noções fundamentais. Processamento da exceção de incompetência. Exceções de impedimento e de suspeição do juiz e o processamento das exceções de impedimento e de suspeição.

Defendida em 17/09/1989

Candidato: *Walter Piva Rodrigues*
 Título: **Sobre os limites objetivos da coisa julgada em matéria tributária**
 Orientador: Vicente Greco Filho

Resumo: O problema da coisa julgada tributária numa visão unitária do processo, o processo judicial tributário, o instituto denominado "coisa julgada tributária". Os limites objetivos da coisa julgada em matéria tributária: a essência da coisa julgada e sua função prática, a imutabilidade e o conteúdo da sentença, os limites objetivos da coisa julgada material e aplicação dos princípios expostos à coisa julgada tributária.

Defendida em 04/10/1989.

Candidato: *Roque Komatsu*
 Título: **Da invalidade no processo civil**
 Orientador: Antonio Carlos de Araújo Cintra

Resumo: Tema de invalidade processual, a partir de categorias jurídicas, precedido do estudo da História do Direito e do Direito Comparado. Apresenta os contornos do campo da invalidade: desvinculando-a da inexistência jurídica e da ineficácia e ligando-a a atos jurídicos lícitos e a ônus. Afirma-se, contra a voz corrente, não ser uma sanção. E a invalidade (cuja autonomia, em face dos outros ramos do Direito, se defende) é gênero, sendo espécies a nulidade (absoluta e relativa) e a anulabilidade. E com respeito ao aspecto da eficácia, a invalidade não é fenômeno absolutamente oposto à validade, já que existem vários atos válidos, que não produzem efeitos próprios e típicos e atos inválidos, com produção de certos efeitos. E o nulo processual nasce com a decisão do juiz, que deve observar uma série de princípios e regras, previstos para cada espécie, e admitidos menos para torná-los nulos do que para que conservar os atos processuais e, em consequência, o processo.

Defendida em 30/05/1990

DIREITO ECONÔMICO E FINANCEIRO

Candidato: *Renato Guimarães Júnior*
 Título: **Direitos e deveres ecológicos: efetividade constitucional e subsídios do Direito norte-americano**
 Orientador: Fábio Nusdeo

Resumo: As garantias constitucionais asseguram instrumentos capazes de o cidadão fazer a defesa de seus direitos ecológicos e a proteção do meio ambiente. Tais remédios, embora oriundos do Direito Americano, não encontram paralelo em nenhum sistema jurídico do mundo, e devem servir de modelo para outros países em desenvolvimento, em especial por ocasião da Conferência da ONU, em 1992. Tanto no cível quanto no crime, o brasileiro, e o estrangeiro, mesmo de fora do Brasil, podem entrar, aqui, com ações ecológicas. Essa possibilidade ao estrangeiro acomoda a evolução no Direito Internacional de ações contra poluição transnacional e sem ferir a soberania nacional. No lugar do antigo EIA-RIMA no Brasil agora impera o EPIA, processo e substância decisória muito mais democráticos e completos. O histórico do Direito Ecológico, inclusive no Brasil, é registrado: longe de novo, retorna ele à tradição lei-natureza. É o renascimento jus-ecológico. A interpretação constitucional, específica no caso, leva à Teoria Planetária, cujo núcleo é a expressão "todos", do art. 225, a partir da qual novo desdobramento dos direitos difusos, alcançando as próximas gerações, desenvolve as indenizações e processo

penal ecológico do modo rico, e vigoroso, reestruturando a ação do judiciário segundo o Direito posto. Outros temas: prova, certeza, riscos, crime e legítima defesa e vitimologia ecológicos. Abrem-se oportunidades para o cidadão defender o ambiente, em escala mundial, na justiça do Brasil. Inovações definitivas, a partir do Direito Comparado, eleva a Constituição do País, segundo idéias de fácil prática forense, viabilizando a participação pública em prol do ambiente futuro. Jurisprudência americana atualizada através de satélites via Lexis.

Defendida em 29/06/1990

Candidato: *Carlos Celso Orcesi da Costa*
 Título: **Da obrigação e da relação jurídica tributária**
 Orientador: **Geraldo de Camargo Vidigal**

Resumo: Iniciação à idéia de obrigação e relação jurídica. Da obrigação jurídica tributária. Lançamento tributário (idéia nova de que pode ser praticado pelo contribuinte). Relação jurídica tributária e conceito. Crítica às doutrinas obrigacional (estática) e procedimentalista (dinâmica) do Direito Tributário, a primeira por não perceber a importância do lançamento (p. ex., há lançamentos sem obrigação ou pagamento), a segunda porque começa a funcionar a partir do surgimento do fato impositivo, sem explicar o nascimento da obrigação (inclusive as do Estado para com o contribuinte, na restituição de tributos, "obrigações de Direito Tributário"), além da inspiração ideológica positivista, que através dos anos se tem revelado nefasta para as relações fiscais. Teoria Geral do Direito e Jusfilosofia. Importância da tridimensionalidade da relação jurídica tributária. Teoria que fornece explicação nova para um conjunto de situações comuns do Direito Tributário, como por exemplo: 1 - obrigação extrafiscal; 2 - relações que se iniciam e não apuram crédito (lançamento negativo); 3 - obrigações devolutórias ou compensatórias do Estado ao contribuinte; 4 - participação de mais de um sujeito no conjunto de uma mesma relação jurídica (p. ex., a retenção na fonte do IR por terceiros).

Defendida em 26/10/1989.

Candidato: *Fernando Antonio Albino de Oliveira*
 Título: **Poder regulamentar da comissão de valores mobiliários**
 Orientador: **Geraldo de Camargo Vidigal**

Resumo: O autor inicia a tese conceituando a âmbito de atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para, a seguir, demonstrar as funções normativas atribuídas à CVM. Desenvolve em capítulos seguintes a natureza das funções normativas da CVM, através do princípio da separação dos poderes, das delegações legislativas do Poder Regulamentar e do Princípio da Legalidade e a natureza jurídica das normas editadas pela CVM. Finaliza-se definindo as

atribuições normativas da CVM pelo Princípio da Separação de Poderes, das delegações legislativas, do poder regulamentar, dos campos reservados à lei e da ordem econômica: crédito e poupança e as atribuições da CVM.
Defendida em 07/12/1989.

DIREITO INTERNACIONAL

Candidato: *Owondo Joseph*
Título: **Os direitos humanos na África Francófona: o caso particular do Gabão**
Orientador: Vicente Marotta Rangel

Resumo: A tese analisa a ativação dos direitos humanos no Gabão, porém Estado da África Francófona, onde irregularidades de ordem política, econômica, social e cultural conduzem à violação dos direitos fundamentais. O tema desdobra-se em doze capítulos, aos quais se segue uma conclusão geral. Integram a tese, além da bibliografia, vários textos de Direito francês e gabonês assim como normas internacionais concernentes ao tema. Após a introdução, alguns capítulos se dedicam às questões de caráter preliminar. Os dois primeiros, referem-se a noções de direitos humanos, assim como à origem e evolução desses direitos. O terceiro capítulo é referente à Declaração Universal dos Direitos Humanos; segue-se o capítulo sobre tratados internacionais e o sistema de proteção dos direitos humanos. A partir do quinto, inclusive, o autor se dedica ao exame da prática e das normas gabonesas, focalizando a história e emancipação do Gabão e o universo tradicional desse país. Enquanto o capítulo sétimo analisa a situação do Gabão diante das normas internacionais, o capítulo oitavo aprecia a legislação gabonesa. Análise minuciosa dessa legislação é realizada nos capítulos seguintes, relativos à proteção da autonomia individual, à liberdade de pensamento, à vida coletiva, à corrupção no serviço público.

A conclusão da tese é a necessidade de aperfeiçoar a legislação do Gabão, harmonizando-a com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Enfatiza-se a necessidade de que as soluções a respeito sejam alcançadas através de um processo educativo de que participe toda a sociedade gabonesa.

Defendida em 10/05/1990.

FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

Candidato: *Carlos Aurélio Mota de Souza*
Título: **Evolução do conceito de equidade e sua influência sobre a jurisprudência**
Orientador: Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Resumo: Após a parte introdutória, onde é explanada a relevância jurídica do estudo da equidade, a crise do Direito contemporâneo e os fundamentos, hoje, da equidade, o autor se transporta para o conceito da equidade na história. A seguir, um paralelo entre o Direito Natural e equidade e a equidade e a jurisprudência. As transformações sociais e a apreciação judicial da conciliação, a nova Constituição e o mandado de injunção vêm completar a tese, para finalizar com a equidade e a humanização da justiça, além das conclusões finais.
Defendida em 16/06/1989.

Candidato: *Christiano José de Andrade*
Título: *A hermenêutica jurídica no Brasil*
Orientador: *Aloysio Ferraz Pereira*

Resumo: A parte introdutória ou genérica versa a noção de interpretação jurídica para abordar problemas internos como os métodos ou técnicas de interpretação e a questão da hierarquização desses métodos. A parte genérica é a plataforma de onde decola a parte específica, que é a mais desenvolvida. Esta versa sobre a evolução doutrinária da hermenêutica jurídica no país, percutindo às obras principais sobre o tema. Em outra parte é examinada a interpretação no Direito Positivo Brasileiro e nos tribunais, ressaltando que o dispositivo principal sobre hermenêutica jurídica é o art. 5º da LICC, o qual expressa a adoção do evolucionismo teológico: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". A orientação interpretativa do art. 5º da LICC é extensiva e impositiva a toda a ordenação jurídica, exercendo, assim, uma função metanormativa.
Defendida em 28/09/1989

Candidato: *Paulo Eduardo Bicudo Vieira*
Título: *A justiça aristotélica*
Orientador: *Aloysio Ferraz Pereira*

Resumo: O autor tem como objetivo à justiça aristotélica, analisando a democracia grega a seu líder máximo, Péricles. A influência de Platão, o pensamento de Aristóteles como a da moral aberta ou noções como a de bem, felicidade, virtude e prudência. A ambigüidade da palavra admite vários sentidos como, por exemplo, justiça particular, justiça universal, justiça distributiva, comutativa e corretiva. De cada um conforme sua capacidade, à cada um consoante suas necessidades, o que aproxima Marx de Aristóteles. Estuda, igualmente, o Direito Natural e a equidade. Aclara o papel da dialética e da tópica no direito. Na tese, em conclusões finais, o autor assevera a atualidade de Aristóteles, filósofo do povo, do bom-senso e da justiça.
Defendida em 27/06/1990.

DISSERTAÇÕES APRESENTADAS NOS ANOS DE 1989/1990.

DIREITO CIVIL E ROMANO

Candidata: *Débora Gozzo*
Título: **Pacto Antenupcial**
Orientador: Yussef Said Cahali
Realizada em 27 de março de 1989.

Candidata: *Iolanda Moreira Leite*
Título: **Da Divisão da Terra: loteamentos e desmembramentos**
Orientador: Yussef Said Cahali
Realizada em 06 abril de 1989

Candidato: *Oscarino Moeller*
Título: **Fundamentos da Irresponsabilidade Civil**
Orientador: Álvaro Villaça Azevedo
Realizada em 21 de junho de 1989.

Candidato: *Carlos Alberto Americano*
Título: **Cláusula da Escala Móvel e a sua Utilização à Título de Penalidade**
Orientador: Antonio Junqueira de Azevedo
Realizada em 27 de junho 1989.

Candidata: *Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos*
Título: **Dever de Assistência Imaterial Entre Cônjuges**
Orientador: Álvaro Villaça Azevedo
Realizada em 27 de junho 1989.

Candidato: *Lorelei Mori de Oliveira*
Título: **Dos Prazos Mínimos nos Contratos Agrários Típicos**
Orientador: Fábio Maria de Mattia
Realizada em 25 de abril de 1990.

Candidato: *Guilherme Gonçalves Strenger*
Título: **Guarda de Filhos**
Orientador: Rubens Limongi França
Realizada em 22 de maio de 1990.

DIREITO COMERCIAL

Candidato: *José da Ponte Neto*
Título: **Efeitos Jurídicos do Contrato de Câmbio na Falência e na Concordata do Exportador**
Orientador: Nelson Abrão
Realizada em 10 de março de 1989.

DIREITO DO TRABALHO

Candidata: *Mécia de Arruda Botelho e Cunha*
Título: **Salário Maternidade**
Orientador: Amauri Mascaro Nascimento
Realizada em 26 de abril de 1989.

Candidata: *Dorothee Susane Rudiger Verona*
Título: **Experiências de Comissões de Fábrica no Brasil e no Direito Comparado**
Realizada em 23 de maio de 1990.

Candidata: *Mônica de Mello Alves Ribeiro*
Título: **Conflitos Coletivos de Trabalho: Destitucionalização Jurídica e Mudança Social**
Orientador: Amauri Mascaro Nascimento
Realizada em 12 de junho de 1990

DIREITO DO ESTADO

Candidato: *Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho*
Título: **O Ombudsman e o Controle da Administração**
Orientadora: Odete Medauar
Realizada em 28 de março de 1989.

Candidato: *José Luiz de Siqueira Cavalcanti*
 Título: **O Poder Judiciário no Estado Federal Brasileiro (Peculiaridades que o Estado Apresenta no tipo de Estado Federal, Principalmente o Brasileiro)**

Orientador: Dalmo de Abreu Dallari
 Realizada em 15 de maio de 1989.

Candidata: *Therezinha Mansur Silva*
 Título: **Estado Contingente**
 Orientador: Dalmo de Abreu Dallari
 Realizada em 15 de maio 1989.

Candidato: *Heli Alves de Oliveira*
 Título: **Do Licenciamento Ambiental**
 Orientador: José Cretella Júnior
 Realizada em 18 de agosto de 1989.

Candidato: *Luiz Sérgio Modesto*
 Título: **Escusa de Consciência: O Delito Travestido de Direito**
 Orientador: Dalmo de Abreu Dallari
 Realizada em 13 de novembro de 1989.

Candidata: *Sônia Sterman*
 Título: **Responsabilidade do Estado pelos Danos Causados por Movimentos Multitudinários**
 Orientador: José Cretella Junior
 Realizada em 01 de junho de 1989.

DIREITO PENAL

Candidato: *José Eduardo Goulart*
 Título: **Os Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**
 Orientador: Miguel Reale Júnior
 Realizada em 14 de abril 1989.

Candidato: *Carlos Alberto Marchi de Queiroz*
 Título: **O Direito de Fugir**
 Orientador: Paulo José da Costa Júnior
 Realizada em 05 de maio de 1989.

Candidato: *Luiz Flávio Gomes*
Título: **O Erro nas Discriminantes Putativas**
Orientador: Paulo José da Costa Júnior
Realizada em 20 de setembro de 1989.

Candidato: *Ricardo Claro*
Título: **As Circunstâncias do Crime**
Orientador: Miguel Reale Júnior
Realizada em 27 de novembro de 1990.

Candidato: *David Teixeira de Azevedo*
Dissertação: **Do Arrependimento Eficaz**
Orientador: Miguel Reale Júnior
Realizada em 02 de agosto de 1990.

DIREITO PROCESSUAL

Candidato: *José Roberto dos Santos Bedaque*
Título: **Poderes Instrutórios do Juiz**
Orientador: Cândido Rangel Dinamarco
Realizada em 10 de janeiro de 1989.

Candidato: *Vicente Miranda*
Título: **Embargos da Declaração no Processo Civil Brasileiro**
Orientador: Vicente Greco Filho
Realizada em 19 de Abril 1989

Candidata: *Silvana Campos Moraes Lira*
Título: **Meios Processuais e Extraprocessuais para Solução de Pequenos Conflitos**
Orientadora: Ada Pellegrini Grinover
Realizada em 18 de maio 1989.

Candidato: *Luiz Arthur de Godoy*
Título: **Embargos de Devedor**
Orientador: Cândido Rangel Dinamarco
Realizada em 14 de junho de 1989.

Candidato: *Milton Paulo de Carvalho*
 Título: **Inalterabilidade do Pedido no Processo Civil de Conhecimentos**
 Orientador: Vicente Greco Filho
 Realizada em 22 de junho de 1989.

Candidato: *Antonio Claudio da Costa Machado*
 Título: **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**
 Orientador: Vicente Greco Filho
 Realizada em 21 de setembro 1989.

Candidato: *José Damião Pinheiro Machado Cogan*
 Título: **Mandado de Segurança na Justiça Criminal e Ministério Público**
 Orientador: Rogério Lauria Tucci
 Realizada em 06 de novembro de 1989.

Candidata: *Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci*
 Título: **Chamamento ao Processo**
 Orientador: Vicente Greco Filho
 Realizada em 17 de outubro 1989.

Candidato: *José Raimundo Gomes da Cruz*
 Título: **Conceito de Parte e de Terceiro no Processo Civil**
 Orientador: Cândido Rangel Dinamarco
 Realizada em 04 de abril de 1990.

Candidato: *Jorge Araken Faria da Silva*
 Título: **Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária**
 Orientador: José Roberto Franco da Fonseca
 Realizada em 20 de junho de 1990.

DIREITO ECONÔMICO E FINANCEIRO

Candidato: *Juan José Carro Rodrigues*
 Título: **Fatos Geradores Confrontantes: Colisões entre IPI-ICM-ISS- e outros Impostos**
 Orientador: Alcides Jorge Costa
 Realizada em 03 de Julho de 1989.

Candidato: *Antonio Pinto*
 Título: **Direito Econômico no Brasil e na Guiné Bissau: uma Abordagem Comparativa**
 Orientador: Fábio Nusdeo
 Realizada em 28 de novembro de 1990.

Candidata: *Angelita de Almeida Vale Gomes*
 Título: **Aspectos do Imposto Sobre Serviços e os Limites Constitucionais para sua Instituição**
 Orientador: Walter Barbosa Corrêa
 Realizada em 19 de novembro de 1990.

DIREITO INTERNACIONAL

Candidata: *Maria Cecília de Goes Ribeiro*
 Título: **A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos**
 Orientador: Vicente Marotta Rangel
 Realizada em 12 de maio de 1989.

Candidata: *Maria Fernanda de Barros*
 Título: **Os Aspectos Jurídicos da Controvérsia Relativa às Fronteiras Marítimas entre as Repúblicas da Guiné-Bissau, da Guiné (Conakri) e do Senegal**
 Orientador: Irineu Strenger
 Realizada em 16 de maio de 1989.

Candidata: *Therezinha Souza de Almeida Baptista*
 Título: **As Regras do Comércio Internacional: Cinco Décadas de Mudanças e Perplexidades**
 Orientador: Guido Fernando Silva Soares
 Realizada em 17 maio de 1989.

Candidata: *Lúcia Maria Messina*
 Título: **As Garantias Bancárias no Direito do Comércio Internacional**
 Orientador: Irineu Strenger
 Realizada em 15 de maio de 1990.

Candidata: *Luise Gisela Lydia Schmalz*
 Título: **A Convenção Arbitral nas Arbitragens entre Particulares: a Instituição do Tribunal Arbitral**
 Orientador: João Grandino Rodas
 Realizada em 17 maio de 1990.

Candidato: *Carlos Eduardo Silva Marcato*
 Título: **Contribuição à Análise da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais**
 Orientador: Guido Fernando Silva Soares
 Realizada em 11 de junho de 1990.

Candidata: *Valéria Simões Lira da Fonseca*
 Título: **O Direito Internacional Face à Saúde e as Moléstias Transmissíveis**
 Orientador: João Grandino Rodas
 Realizada em 27 de junho de 1990.

Candidato: *Beat Walter Rechsteiner*
 Título: **Aplicação do Direito Estrangeiro no Processo Civil pelos Tribunais Suíços em Relação ao Brasil**
 Orientador: Guido Fernando Silva Soares
 Realizada em 04 de junho de 1990.

Candidato: *Rui Décio Martins*
 Título: **Questão Christie: um Estudo de Caso de Direito Internacional**
 Orientador: Guido Fernando Silva Soares
 Realizada em 8 de junho de 1990.

FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

Candidato: *Alfredo Attié Junior*
 Título: **Sobre a Alteridade: para uma Crítica da Antropologia do Direito**
 Orientador: Aloysio Ferraz Pereira
 Realizada em 07 junho de 1989.

Candidato: *Ignácio Maria Poveda Velasco*
 Título: **Compra e Venda: Responsabilidade do Vendedor pelos Vícios Redibitórios no Direito Romano**
 Orientador: Alexandre Augusto de Castro Corrêa
 Realizada em 25 de outubro de 1990

Candidata: *Taís Borja Gasparian*
 Título: **Lei nº 7.505/86: suas Condições de Eficácia**
 Orientador: José Eduardo Campos de Oliveira Faria
 Realizada em 09 de maio de 1990

Candidato: *Paulo de Tarso Ramos Ribeiro*
Título: **Constituinte e Decisão Jurídica: os Paradoxos da Legitimação Institucional**
Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior
Realizada em 18 de maio de 1990.

Candidato: *Mozart da Costa Oliveira*
Título: **Paixão, Razão e Natureza (Investigação Sobre o Discurso Normativo)**
Orientador: Miguel Reale
Realizada em 24 de outubro de 1990.

Candidata: *Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux*
Título: **O Significado Perdido da Função de Julgar**
Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Realizada em 17 de dezembro de 1990.

*CONTRIBUIÇÃO PARA AS
MEMÓRIAS ACADÊMICAS*

**Discurso de posse no cargo de Diretor da Faculdade de Direito da USP,
realizada na Reitoria em 13/07/1990.**

Magnífico Reitor Roberto Leal Lobo e Silva Filho;
Magnífico Vice-Reitor Professor Ruy Laurenti;
Exm^o Sr. Deputado Federal, José Egreja;
Exm^o Sr. Dr. Milton Luiz Pereira, Digníssimo Presidente do Tribunal Federal da 3^a Região;
Exm^o Sr. Secretário de Estado, Paulo Salvador Frontini;
Exm^o Sr. Pró-Reitor de Graduação Professor Celso de Rui Beisiegel;
Exm^o Sr. Pró-Reitor de Cultura e Extensão Universitária, Professor João Alexandre Costa Barbosa;
Exm^o Sr. Professor Emérito Goffredo da Silva Telles;
Exm^o Sr. Professor Dalmo de Abreu Dallari;
Exma. Sra. Secretária Geral, Professora Lor Cury.

Minha Senhoras e Meus Senhores.

Nesta espécie de apresentação que o Diretor, a quem se dá posse, faz de seus planos futuros, eu gostaria, de início, de voltar brevemente ao passado, para agradecer, quer minha escolha pelos companheiros de Faculdade e, por "companheiros", signífico professores, e funcionários -, quer minha posterior designação pelo Magnífico Reitor.

Gostaria, ainda, de deixar consignados meus elogios a meu antecessor, Professor Dalmo de Abreu Dallari. Especialmente, em três pontos, dois bem visíveis e o outro, invisível, realizou ele grande gestão; os visíveis são: a introdução da informática na Faculdade de Direito - estão informatizadas a administração, a biblioteca e há cursos regulares para estudantes e professores - e a construção do prédio de apoio, que deverá trazer realmente um "novo tempo" para o ensino nas Arcadas. A atividade invisível foi uma espécie de resgate da condição dos funcionários da Escola, hoje organizados e participantes, uma "pequena grande obra", bem de acordo com o caráter humanista do professor Dalmo de Abreu Dallari.

Quanto ao futuro, tenho consciência de que a inauguração do prédio novo trará algumas dificuldades de adaptação: desde a distribuição dos novos espaços até a introdução de métodos de ensino mais atualizados. São, porém, dificuldades bem-vindas, porque as classes regulares da Faculdade de Direito são compostas, por força das condições ainda existentes, de 110/120 alunos e, até hoje, convém dizer, na nossa Escola, nenhum professor tem sala própria, onde possa receber e orientar seus alunos.

Inteiramente de acordo com a prioridade dada pela Reitoria ao ensino de graduação, espero que, com as novas perspectivas, também a estrutura curricular possa ser renovada, com a participação de professores e alunos, a fim de obter

maior adequação à realidade nacional e corrigir senões, consistentes em falta de harmonia nos programas das disciplinas e em rigidez no currículo propriamente dito.

Quanto às relações da Escola com as demais unidades da USP, seria importante que as informações sobre pesquisas que estão sendo realizadas, especialmente na FEA, na Faculdade de Educação e na Faculdade de Filosofia, fossem, pelo menos semestralmente, cruzadas com as informações sobre pesquisas que se realizam na Faculdade de Direito. Na condição de membro da CERT, pude verificar que há temas praticamente idênticos, tratados em uma e outra unidade, como os relativos às funções do Estado, à redução ou acréscimo de salário, aos direitos humanos e à geopolítica.

Por outro lado, a introdução de um "posto avançado" da Faculdade de Direito, aqui, no *campus* central, é uma idéia que, levada adiante, poderá produzir ótimos resultados. Não só traria maior integração da Faculdade, na USP, como poderia abrir oportunidade a uma espécie de curso experimental na área de Humanidades, um projeto-piloto, consistente, por exemplo, segundo idéia do Pró-Reitor de Graduação, num círculo básico de formação profunda em Antropologia, inclusive Antropologia Filosófica, ao qual se seguiriam as especializações: direito, educação, filosofia, história, jornalismo, etc.

Magnífico Reitor, minhas senhoras e meus senhores, a Faculdade de Direito tem tido tradicionalmente uma dupla função na sociedade brasileira. Aquilo de que vínhamos falando até aqui diz respeito à primeira função: é o papel profissionalizante, de formação de quadros. Trata-se, como já diziam os velhos Estatutos do Visconde de Cachoeira, de formar "homens hábeis para serem um dia sábios magistrados e peritos advogados, de que tanto se carece", bem como "dignos deputados e senadores para ocuparem os lugares diplomáticos e mais empregos do Estado". Como demonstração do comprimento desta função, a Faculdade de Direito poderia arrolar aqueles inúmeros ministros, senadores e conselheiros do Império, já chamados de "72 notáveis", ou de 45 governadores (ou presidentes) do Estado de São Paulo, ou os 10 presidentes da República que passaram pelos bancos acadêmicos: Prudente de Moraes, Campos Salles, Rodrigues Alves, Afonso Pena, Venceslau Brás, Delfim Moreira, Artur Bernardes, Washington Luis, José Linhares e Jânio Quadros. Mais modestamente, a Faculdade poderia, ainda, dar como prova do adimplemento de seu dever profissionalizante o fato de seus formandos continuarem a obter os primeiros lugares nos concursos à magistratura e ao ministério público.

Mas, paralelamente a esta função, que se poderia qualificar, sem qualquer desdouro, de conservação e aprimoramento da sociedade existente, tem também a Faculdade de Direito um papel inovador, uma tradição de inconformismo, de crítica social, admiravelmente expressa no lema do Centro Acadêmico XI de Agosto: *ridendo, castigat mores*, "pelo riso, corrigem-se os costumes". A mim, este lema agrada: a primeira parte, o *ridendo*, indica a alegria de viver, o riso, o senso do ridículo; e a segunda, o *castigat mores*, a consciência de que o homem é um ser social que se aperfeiçoa permanentemente.

Foi esta segunda tradição, de crítica, que levou a Faculdade de Direito, no passado, por seus estudantes e por muitos de seus professores, a ser abolicionista, no tempo da escravidão, republicana, no tempo da monarquia, constitucionalista, quando o país não tinha lei maior, e democrática, nos tempos de ditadura.

Ora, também essa tradição, "política", no melhor sentido, eu não gostaria de ver extinta. O Brasil é, hoje, um país sem vontade nacional. Falta-nos coesão e há, pelo menos, três sérios riscos de ruptura: uma horizontal, geográfica, entre Estados do Norte e Estados do Sul; outra vertical, social, entre as camadas de nível econômico mais elevado (identificadas antes com os países desenvolvidos) e a própria população brasileira mais simples; e a terceira, uma espécie de ruptura cultural, entre um presente, que parece ter perdido a cadeia de uma continuidade histórica, e o passado nacional. Oxalá, a Faculdade de Direito mantenha sua tradição de participação política no mais alto sentido, porque, como se percebe, há muito que fazer. Para isso temos disposição.

Magnífico Reitor, minhas senhoras e meus senhores. Na minha pequenez, na minha falta de carisma, ousou terminar pronunciando, como manifestação de desejo, uma notável frase evangélica, inscrita em uma das igrejas de Roma: "*Ignem veni mittere in terram et quid volo nisi ut accendatur?*", "Vim trazer o fogo à Terra e que quero senão que arda?"

São Paulo, 13 de julho de 1990

Antonio Junqueira de Azevedo



O professor Antonio Junqueira de Azevedo ladeado pelo reitor Roberto Leal Lobo e Silva Filho (à esq.) e professor Dalmo de Abreu Dallari (à dir.)

Discurso de posse como professor - titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 7 de agosto de 1989.

Celso Lafer

Antes de ingressar, em 1960, na Faculdade, como aluno do primeiro ano do curso de bacharelado e muito antes de aspirar a nela vir a ser professor, esta Casa fazia parte da minha casa. Inseria-se para evocar o livro de Natalia Ginzburg - no léxico-familiar, suscitando um mundo de presenças e lembranças.

A mais profunda dimensão a que remetia e remete qualquer referência à nossa Faculdade é ao mundo de meu Pai - A. Jacob Lafer - que se formou em 1930, que cursou, em 1932 e 1933, sem chegar a concluir, a segunda seção de doutorado da época - e que sempre teve com a Faculdade um relacionamento intenso. Este passava, profissionalmente, pelo Prof. Octavio Mendes - o então catedrático de Direito Comercial - em cujo escritório começou a trabalhar ainda estudante, e com o qual foi aprendendo, na relação mestre-aprendiz, o significado da experiência jurídica.

Ao escrever sobre Octavio Mendes em 1969, o Prof. Miguel Reale observou que a ele ajustava-se como uma luva a luminosa apreciação de San Tiago Dantas sobre os juristas brasileiros do início do século XX: "um real conhecimento do Direito Positivo; uma argumentação concisa, livre de prolixidade acadêmica; uma intuição do caso, ainda não falseada pelo gosto das teorias; e uma robusta visão do Direito como arte prevalecendo sobre a do Direito como ciência."⁽¹⁾

Para meu Pai, para quem pensar era antes fazer e construir do que ver ou contemplar - e por isso veio ele a ser um grande empreendedor, sempre, no entanto, atuando na empresa a partir do comando do setor jurídico - a visão do Direito que hauriu com Octavio Mendes foi muito fecunda. Ele a transmitiu de maneira pessoal à sua equipe - da qual, depois de formado, tive a oportunidade de participar sublinhando o apurado significado das artes da construção jurídica, com intuição, força de vontade e extraordinária capacidade de pensar as coisas na sua inteireza.

O Direito como experiência profissional de fazer e construir soluções, foi o que, creio, em retrospecto, vivi e aprendi a respeitar com o mundo do meu Pai. Mas, meu Pai, imbuído da melhor tradição judaica, sempre entendeu fundamental o trabalho associado ao estudo. Por isso apoiou e estimulou as minhas atividades acadêmicas, acompanhando com afetuosa solicitude a minha carreira universitária, por ele tida como desdobramento de suas próprias curiosidades intelectuais. É, portanto, com imensa saudade que hoje evoco a sua memória, certo de que, mais do

(1) Miguel Reale, Posição de Octavio Mendes no Direito Comercial Brasileiro, in: Centenário de Octavio Mendes - 1869-1969 - subsídios para uma biografia e apreciação sobre o vulto e a obra, São Paulo, 1969, p. 274; San Tiago Dantas, Figuras do Direito, Rio, Liv. José Olympio, Edit., 1962, p. 45.

que a ninguém, a minha posse hoje, como titular de Filosofia do Direito, seria para ele uma fonte de alegria e realização.

Meu Pai seguiu o caminho do Direito estimulado por Horácio Lafer, que, mais do que seu primo, foi o irmão mais velho que ele não teve. Horácio Lafer foi o primeiro de minha grei a cursar a nossa Faculdade, e o seu mundo, na minha infância e juventude, integrava o léxico-familiar, com sua vigorosa presença de líder de clã. Este mundo, nas suas origens, compunha-se de importantes reminiscências políticas da Liga Nacionalista da qual participou ativamente na defesa do voto secreto e da instrução popular; de lembranças de Ruy Barbosa que parainfou a sua turma com a *Oração aos Moços* e de inquietações intelectuais que posteriormente condensaram-se no seu pioneiro livro de 1929, *Tendências Filosóficas Contemporâneas*, no qual discutiu, pela primeira vez em nosso país, a fenomenologia de Husserl e, entre outros, o pensamento de Dilthey, Simmel, Rickert, Vaihinger.

As vicissitudes de uma vida pública e privada multiforme, frustraram - como ele mesmo disse, em discurso pronunciado em 1951, quando recebeu o título de doutor "honoris causa" da Universidade de São Paulo - a sua mais íntima vocação: a vida universitária. Isto não o impediu, no entanto, de ter uma mentalidade universitária, muito explicitamente consciente dos riscos do tecnicismo de uma "cultura de fábrica" e de unilateralismos amesquinhantes. Estes, dizia ele, impedem o caminho do Espírito na sua mais nobre faculdade, que é a de um permanente corrigir-se, na busca, numa época de crise, de um conceito satisfatório de pessoa humana ⁽²⁾.

Foi, portanto, o universo das inquietações filosóficas associado, obviamente, ao da política internacional e ao do desenvolvimento econômico e institucional do Brasil, aquele que, acredito eu, Horácio Lafer me transmitiu, com remissões à nossa Faculdade, na intimidade familiar.

Estas camadas da memória, que apontam nas suas origens para a década de 10 e de 20, viram-se superpostas pelo mundo da Faculdade do final dos anos 30 e início dos anos 40, por obra de Horácio Cherkassy. Horácio Cherkassy, primo-irmão mais moço de minha Mãe, que ela ajudou a criar, trouxe, para a convivência da família, a forte presença do que foi o combate ao Estado-Novo, que teve, na nossa Faculdade, um dos seus redutos mais atuantes. Como destacado líder da resistência ao arbítrio, empreendida pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, Horácio exemplificou com sua vivência o papel da generosa escola de cidadania representado pela Faculdade, para sucessivas gerações de estudantes ⁽³⁾.

II

Era este quadro de referências haurido em família, quando, em 1960, ingressei na Faculdade. A minha vida de acadêmico de Direito deu-se, portanto, num contexto decisivo para a configuração do Brasil dos nossos dias. Com efeito, até a minha formatura, no final de 1964, vivenciei, na companhia dos meus colegas: (i) a experiência do término da grande Presidência de Juscelino Kubitschek que

(2) Horácio Lafer, *A Cultura e a Universidade*, Rio de Janeiro, O Jornal, 17/8/1951.

(3) Cf. John W. F. Dulles, *A Faculdade de Direito de São Paulo e a resistência anti-Vargas*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1984.

descortinou, com a sua liderança, o potencial do país em todos os campos; (ii) a curta, brusca e, afinal frustrante, gestão de Jânio Quadros; (iii) o tumultuado período de João Goulart e os vivos debates que suscitou - e confesso que, ainda hoje, sinto a desilusão de ter, neste debate, presenciado o desmoronamento político do lúcido esforço reformista de San Tiago Dantas - e, (iv) finalmente, com o advento do regime de 1964, o início do longo ciclo autoritário.

A política estudantil, ecoando a cena nacional, foi, conseqüentemente, muito intensa no meu tempo e, tendo dela participado, a Faculdade também representou para mim uma experiência de cidadania, propiciadora da fraternidade que deriva da participação no espaço público. Fiz, como é natural, amizades duradouras. Entre elas tomo a liberdade de destacar a que me une a Tércio Sampaio Ferraz Jr., que hoje com tanta generosidade me saudou em nome da Congregação. Desde que nos conhecemos, calouros - já lá vão quase 30 anos num relacionamento sem nuvens, assinalado pela afetuosa igualdade da estima recíproca, juntos estudamos e discutimos os grandes temas da Justiça e do Direito - na fraternal intimidade daqueles que se entendem em mútua complementariedade tanto que Norberto Bobbio, que ele e eu acompanhamos quando de sua visita ao Brasil, em 1982, terminou, depois de muitas conversas, por nos chamar de Castor e Pollux.

Na Faculdade, fui aluno, no primeiro ano, do Prof. Goffredo Telles Jr., que veio a ser paraninfo de minha turma e um grande incentivador da minha carreira universitária. Com ele aprendi a grande lição do Direito, como Justiça e Generosidade, e a importância de "cultivar rosas em nosso pátio de pedras" para usar suas palavras sobre Spencer Vampré, seu antecessor na disciplina de Introdução, que hoje integra o nosso Departamento ⁽⁴⁾.

Fui, também, aluno, no terceiro ano, do Prof. Cesarino Jr. que, com a seriedade que imprimiu ao curso de Direito do Trabalho, chamou a minha atenção para o papel social do Direito em relação aos hiposuficientes (segundo sua terminologia), de tamanha relevância para um país como o nosso, que precisa superar o hiato entre a miséria e a riqueza, para alcançar a modernidade.

No quarto ano, fui aluno do Prof. Vicente Marotta Rangel, que deu conteúdo jurídico ao meu interesse pelas relações internacionais. Foi por sua iniciativa que iniciei as minhas atividades de professor na nossa Faculdade, em 1971. Tive a felicidade de ser, durante longos anos, seu assistente e, com ele, que foi o mais generoso dos chefes, pude consolidar a lição do rigor, da profundidade e da atualização no trato dos temas do Direito das Gentes, que são marcas identificadoras da sua trajetória de *scholar*. O seu apoio foi decisivo para a afirmação da minha vocação de internacionalista que, na linha que vai de Grócio a Kelsen, pessoalmente considero indissociável da Filosofia do Direito, seguindo, neste sentido, a tradição do magistério de Avelar Brotero, que remonta ao início da nossa Faculdade.

Finalmente, no quinto ano, para arrematar estas referências aos professores que, na Faculdade, marcaram os rumos da minha carreira universitária, fui aluno do Prof. Miguel Reale - esta poderosa inteligência, permanentemente estimulada por

(4) Cf. Goffredo Telles Júnior, Spencer Vampré, S. Paulo Ed. da Academia Paulista de Letras, 1964.

uma viva e aberta curiosidade intelectual, capaz, tanto de afirmar, sem reducionismos e sem ingenuidades, a aptidão sintetizadora do Espírito quanto de viver, sem cisões, o Direito como teoria e como ação. É uma honra e uma responsabilidade dar seguimento, na Faculdade, à disciplina que ele, nos seus quarenta anos de professor catedrático, aparelhado por um grande saber, renovou, com ampla e merecida ressonância nacional e internacional. Fui, também, aluno de seu sucessor imediato, na minha época seu primeiro assistente, o Prof. Renato Cirell Czerna, cuja rara erudição impactou-me como exemplo do que pode e deve ser o nível dos estudos filosóficos na Faculdade de Direito.

Quando aluno do bacharelado, complementei a minha formação com duas significativas experiências. A primeira foi a do Curso de Letras, que não cheguei a concluir, na então Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da nossa Universidade. Lá, fui aluno do Prof. Segismundo Spina, e graças a ele mergulhei na obra de Gil Vicente e de Camões, e tomei gosto pela filosofia, o que me marcou de maneira definitiva. Lá tive o privilégio de ter sido aluno do primeiro curso de Teoria Literária do Prof. Antonio Cândido e, com isso, a oportunidade de ter este grande intelectual e grande homem "melhor que as palavras possíveis da gente", no dizer de Guimarães Rosa - como Mestre e Amigo pela vida afora.

A segunda experiência foi a do estágio profissional, no escritório de um eminente jurista, Rubens Gomes de Souza, consolidador teórico e codificador do Direito Tributário em nosso país, e tive - e tenho, felizmente, até hoje - no seu então companheiro de escritório, Alcides Jorge Costa, o Amigo mais velho que foi me ajudando intelectualmente a separar o joio do trigo com o discernimento de sua límpida inteligência e o seu sempre pertinente saber.

Com esta bagagem, estimulado por Hélio Jaguaribe mestre dos mestres da Ciência Política no Brasil - fui para os Estados Unidos fazer a minha pós-graduação no Departamento de Governo da Universidade de Cornell, na qual, em 1970, obtive o meu Ph.D. Em Cornell, além da experiência da disciplina intelectual característica da pós-graduação nos Estados Unidos, fui aluno de um excepcional internacionalista, Herbert W. Briggs, que considero representativo da melhor linhagem intelectual norte-americana; de Octavio Paz, esta grande voz da poesia e do pensamento latino-americano, que me permitiu vislumbrar as possibilidades da coincidência entre a palavra viva e a palavra vivida, e, é claro, passei pela incomparável experiência de ter tido Hannah Arendt como professora.

A especificidade da minha formação, que acabo de sucintamente descrever, não destoa, no entanto, da tradição da nossa Faculdade, pois ao mesclar, na sua trama, o Direito, as Letras, a Filosofia e a Política, identifico-me com vetores e valores que sempre estiveram presentes entre os alunos e os professores da nossa Casa, desde os seus primórdios.

Sou, portanto, filho espiritual das Arcadas e muito consciente de que a tradição é o fio condutor que nos liga ao passado, para no presente ajudar-nos a compreender o significado das transformações e, deste modo, preparar o futuro, devo agora apontar as linhas gerais do compromisso que ora assumo como professor titular.

O primeiro ponto que quero destacar - ainda que óbvio - é o compromisso pedagógico. Para recorrer, mais uma vez, ao léxico-familiar, apreendi com a suave e tolerante firmeza de minha Mãe, Betty que foi normalista, professora primária e trabalhou nas Delegacias de Ensino de Araraquara e Campinas, na década de 30, época em que se implantava em nosso país uma nova mentalidade em matéria de educação - a importância de se atentar constantemente para a qualidade dos métodos de ensino e para a responsabilidade do professor numa *res publica* que queira, sem paternalismos, promover a maioria dos homens, ensejando o *sapere aude* da razão.

Sei que um problema básico da educação contemporânea reside, como diz Hannah Arendt, em não poder abrir mão nem da autoridade nem da tradição, mas ser obrigada, apesar disso, a caminhar em um mundo que não é estruturado pela autoridade nem tampouco mantido pela tradição ⁽⁵⁾. Por isso, parece-me relevante explicar como proponho dar andamento à minha caminhada, muito consciente de que nela, segundo o dizer de Guimarães Rosa, "Mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende".

As dicotomias, porque realçam diferenças relevantes, podem ter uma função esclarecedora das coisas. Entre as dicotomias que considero singularmente fecundas, está a distinção kantiana entre o pensar e o conhecer. Este, na minha leitura, edifica o sistema de conhecimentos que, por meio da técnica, transforma as sociedades e cria o meio no qual o homem contemporâneo vive. Já o pensar, critica e abrange o saber do conhecer, buscando o seu significado.

No campo jurídico, hoje, o conhecer requer o cuidadoso aprendizado do que é a doutrina do direito positivo, pois este é, a partir do ângulo interno ao sistema da dogmática do Direito, o como se realiza a experiência jurídica. Entretanto, para lidar, na sua inteireza, com este sistema, é preciso também parar para pensar o seu significado, e perguntar para que serve e quais são os fins e valores que busca tutelar.

Da importância dessa dialética de mútua complementariedade entre o pensar e o conhecer na vida do Direito, dei-me conta, com muita clareza, no ensino e na pesquisa do Direito Internacional Público. Com efeito, dada a distribuição individual, ainda que assimétrica, do poder entre os estados no mundo, um internacionalista não pode cingir-se apenas ao ângulo interno do Direito Positivo, uma vez que a correspondência entre as normas jurídicas e a ordem mundial não é um pressuposto dogmático, mas uma realidade problemática. Por isso é sempre necessário verificar para que servem as normas do Direito das Gentes e quais são os fins a que se destinam enquanto proposições que têm como função direcionar condutas. Foi assim que estudei, na minha tese de livre-docência de 1977, o papel da reciprocidade dos interesses na criação, aplicação e transformação de normas jurídicas em matéria de cooperação econômica internacional.

Quando, em 1978 - a convite do Departamento e sugestão do Prof. Miguel Reale comecei a reger, no curso de bacharelado, a disciplina de Filosofia do Direito, esta dimensão problematizante do Direito Internacional Público foi-me

(5) Hannah Arendt, *Entre o Passado e o Futuro* (trad. Mauro W. Barbosa de Almeida), S. Paulo, Perspectiva, 1972, pp. 245-246.

muito útil, pois sedimentou a minha convicção de que a função didática da Filosofia do Direito é a de ensinar, para os alunos, a oportunidade de pararem para pensar o conhecimento que já têm do Direito, normalmente adquirido teórica e praticamente a partir de um ângulo interno ao sistema jurídico.

Com o tempo como procurei mostrar na minha tese de titularidade cheguei à conclusão que a própria Filosofia do Direito é um paradigma de reflexão, elaborado a partir do século XIX, que resultou, e resulta, de um parar para pensar o conhecimento do Direito Positivo. Foram juristas com inquietações filosóficas - como o testemunham entre nós Pedro Lessa e Miguel Reale - os que construíram o novo paradigma, tendo em vista, de um lado as insuficiências do repertório do paradigma do Direito Natural diante da crescente positivação do Direito pelo Estado, e, de outro, os problemas específicos, suscitados pelas necessidades práticas de ir além dos dados empíricos através dos quais se exprime o Direito Positivo, para com ele poder lidar apropriadamente.

É a inquietação a respeito do "status" epistemológico dos procedimentos intelectuais de que se vale o jurista para comprovar, aplicar e conciliar normas de Direito Positivo o que está na base da reflexão metodológica. É a necessidade de definir o que é Direito pela forma, dada a contínua mudança do Direito Positivo nas sociedades contemporâneas, o que explica o normativismo formalista e a importância da categoria da validade. É o problema da distância entre as normas jurídicas e os comportamentos reais o que alimenta o discurso sobre a efetividade. É a crise da legitimidade do poder, que positiva a legalidade, o que torna dilemática a identificação da justiça com a lei, propiciando a reflexão deontológica.

Neste elenco de temas abrangidos, no todo ou em parte pelo paradigma da Filosofia do Direito em função da maior ou menor amplitude a ela dada pelos jusfilósofos o campo da minha predileção é o que resulta da confluência entre Filosofia Política, Teoria da Justiça e Filosofia do Direito.

Esta confluência explica-se com facilidade, pois é difícil discutir a justiça das normas, sem examinar a legitimidade do poder, que representa uma proposta de organização da vida em sociedade.

É evidente que a indispensável clarificação conceitual da conexão entre a justiça da norma e a legitimidade do poder, um tema recorrente na tradição do pensamento ocidental, deve ser instigada pela percepção da agenda dos problemas concretos colocados pela conjuntura histórica. Não se pensa o Direito e o Poder sem a História, que eu não encaro nem como uma sucessão de eventos, que no seu turbilhão escapa à razão, nem como um enredo cujo desenlace está, na sua inteireza, ao alcance da coruja de Minerva. Vejo a História como um processo criativo - e por isso mesmo dotado de imprevisibilidade, ao qual não falta, no entanto, a objetividade e a universalidade que se prestam ao exame de um racionalismo crítico.

Este exame, para recorrer à imagem de Bobbio, corresponde ao da experiência do labirinto, em que cabe à razão o papel de ajuda a orientar-nos na História, indicando quais são, na convivência coletiva, os caminhos bloqueados que

não levam a nada e estimulando, ao mesmo tempo, a procura de novos horizontes ⁽⁶⁾.

Novos horizontes são necessários, no Brasil e no Mundo, diante da multiplicidade de situações-limite. Estas nos obrigam a parar para, questionando, pensar o significado das coisas, e muito especialmente a desproporção entre a cada vez mais rápida ampliação do repertório dos conhecimentos, e a muito mais lenta capacidade de traduzir isso em progresso humano. Daí é que derivam, por exemplo, no sistema internacional, paradoxos como o do excesso de poder das armas nucleares, que coloca em risco a própria sobrevivência da humanidade, e o excesso de impotência que conduz parcela expressiva da população mundial à fome e à miséria. É a verificação da existência generalizada deste tipo de situações-limite, no mundo que nos cerca, o que eticamente me leva, ao tomar posição perante a realidade, a uma postura inconformista mas não desesperançada, pois animada pela crença de que está ao nosso alcance transformar paradoxos em possibilidades de progresso humano.

A esta crença chego pela esperança kantiana do discurso conjectural, que é e aqui sigo a lição de Miguel Reale um discurso problemático que encaminha soluções plausíveis - que não são nem necessárias nem prováveis ⁽⁷⁾- para evitar os becos sem saída, a que pode levar, no mundo contemporâneo, a vida coletiva.

Neste horizonte de soluções problemáticas mas plausíveis, entendo, com Bobbio, que o verdadeiro salto qualitativo na História é o da efetiva passagem do estado de violência para o de não-violência que, aliás, está na origem da melhor reflexão sobre o papel do Direito como técnica de aprimoramento da convivência coletiva. É só esta passagem, na sua inteireza, que pode assegurar à *civitas* a *civilidade* do efetivo reconhecimento dos direitos humanos que, positivados pelas Revoluções Americana e Francesa, consolidaram a perspectiva "ex parte populi" em relação ao poder, ao afirmar que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo ⁽⁸⁾. É com esta civilidade que me identifico, seguindo a lição de Tocqueville - que afirmava em carta de 1835 a Stuart Mill amar a liberdade por gosto e a igualdade por instinto e por razão. É assim que, espero, em ação conjunta com os caros colegas, na nossa Faculdade, direcionar minhas atividades na condição de professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito.

7 de agosto de 1989

(6) Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 21-25.

(7) Miguel Reale, *Verdade e Conjetura*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983.

(8) Norberto Bobbio, *Le Ideologie e il potere in crisi*, Firenze, Le Morrier, 1981, p.84; cf. *La Rivoluzione Francese e i Diritti dell'uomo*, Roma, Camera dei Deputati, 1988.

EM NOME DA DECÊNCIA

Goffredo da Silva Telles Júnior
Professor Emérito da FDUSP

O sonho, o ideal, o pensamento do futuro. A vontade de agir, de realizar, de construir. O anseio de interferir na marcha dos acontecimentos, para corrigir os rumos, dar ao Brasil a seriedade perdida. A determinação de repudiar a corrupção institucionalizada, de protestar contra ela e de lutar para aniquilá-la. O propósito de não transigir com a patifaria generalizada, de não cooperar em seus desígnios, nem mesmo com o silêncio, a abstenção, o recolhimento, a fingida indiferença. A decisão de não tolerar o preceito do "levar vantagem em tudo", que é a ética da esperteza, da astúcia, do sem-vergonhismo, da trapaça. A resolução de denunciar e combater o suborno, a negociata, a depravação, na área dos serviços e negócios públicos. A disposição de renegar e repelir, nas atividades políticas, a displicência criminosa, o desprezo pela opinião pública, o atentado à moral, o desrespeito à Constituição.

Tudo isto é o que nos apaixonou neste instante. É o que proclamamos, a título de manifesto, em nome da dignidade do ser humano e da ressurreição dos bens soberanos das pessoas. Em nome da Decência, da Honradez, da Justiça, da Fraternidade, da Beleza.

Como Patrono da Turma, venho trazer meu abraço comovido. Mas eu gostaria que este abraço tivesse um sentido especial. Eu gostaria que este abraço tivesse o valor de um vínculo. Vamos unir nossos corações. Vamos formar uma grande Aliança. Vamos constituir uma Frente, pela reabilitação moral da nossa Terra.

Aqui estamos juntos, numa noite de festa.

É como se estivéssemos em nosso Pátio das 20 Arcadas; no Pátio evocativo de tantas campanhas pela liberdade.

É como se estivéssemos no Território Mágico da eterna Academia.

A nossa Aliança é a Aliança do Pátio, a Aliança do Território Livre. É um prolongamento da Aliança de nosso Círculo das Quartas-Feiras.

Daqui é que devemos partir, levando conosco, por toda parte, a tocha acesa de nosso inconformismo, de nosso ímpeto de renovação e renascimento.

Pela determinação, que nos há de congregar, transmutaremos nossas desilusões numa afirmação de esperança.

Tenho noção clara de que estaremos nos colocando na contramão das tendências de uma mentalidade cada vez mais difundida no País de hoje.

Mas, precisamente, o de que precisamos é uma insurreição!

* **Discurso do Patrono**, pronunciado em 11 de dezembro de 1989, na solenidade de Formatura da Turma "Centenário da República", da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A sessão foi realizada no Palácio das Convenções do Anhembi.

E nossa insurreição estará toda voltada para o futuro. O que almejamos é influir na obra de construção de um Brasil diferente. O que não queremos, para o Brasil, é um futuro que seja uma simples repetição de um passado recente, uma simples continuação de um presente sombrio. Não queremos um País corroído pela safadice e pelo cinismo, marcado pelo desfibramento do caráter e pela sinistra inversão dos valores morais.

Haverá, certamente, os que vão rir de nós. Vão rir os descrentes, os céticos, os desiludidos, os cansados.

Haverá, também, os que passarão por nós, com seus ares de superioridade maliciosa, ou com olhos de ódio, porque estaremos atrapalhando os seus negócios.

Haverá os que vão nos chamar de "sábios" ou de "poetas", de habitantes da fantasia de "Don-Quixotes da República". É que sempre se manifestarão os que se deixaram arrastar pela onda deletéria do meio circundante. Sempre hão de aparecer, como é óbvio, os que caíram em tentação, e calculadamente optaram pela filosofia do "vale-tudo", quando se trata de conquistar poder e os gozos da vida.

Mas haverá - ninguém duvide! - nos mais diversos setores do território nacional, multidões de brasileiros aflitos, aflitos como nós, pensando como nós, e que somente aguardam uma oportunidade para reclamar sua revolta e sua esperança. Esses nos entenderão. Esses virão formar conosco, na FRENTE que acabamos de constituir.

Alguns dirão, quem sabe, que nosso ideal é lindo, mas é um sonho. Responderemos que sim: nosso ideal é um sonho. É um sonho de decência, um sonho de seriedade, um sonho de beleza.

De fato, pertencemos à legião que acredita no poder extraordinário do sonho, na força revolucionária dos ideais de pureza, para mudar os rumos da história e para construir o futuro.

Triste é o povo que haja perdido a chama encantada de seus sonhos!

Aqui estamos reunidos, filhos da Academia do Largo de São Francisco. Vamos firmar nossa Aliança, em torno de um sonho. Vamos erguer uma Frente, em defesa da Decência. Em defesa daqueles bens espirituais, que são a alma e o valor de nossos diplomas de bacharéis em Direito.

Esta é a frente que vai construir um Brasil moderno, um Brasil sério, um Brasil disposto a realizar as reformas de fundo, que os ideais da justiça aconselham.

Esta é a frente que vai construir um Brasil atento aos movimentos sociais da atualidade.

Nós sabemos - nós bacharéis do Largo - nós sabemos que o capitalismo brasileiro é tão obsoleto, tão atrasado, quanto o primitivo socialismo, anterior à perestroika. Nós sabemos que o capitalismo daqui e o coletivismo militarizado de lá levam à miséria e à fome.

Vamos formar a Aliança do Bom-Senso Nacional, para derrubar o muro entre a riqueza desmedida e a miséria total, antes que a fome e o desespero ponham fogo no Brasil.

Vamos formar a Aliança do Entendimento Nacional, com abertura franca entre o Poder Executivo e a imensa coletividade dos trabalhadores e empresários de todas as categorias econômicas e culturais da Nação.

Vamos formar a Aliança pelo Desenvolvimento. Mas o desenvolvimento dessa Aliança não pode ser o desenvolvimento selvagem do obsoleto capitalismo individualista. O desenvolvimento dessa Aliança há de ser rigorosamente planejado, para que a riqueza produza o que é necessário para extinguir a miséria triste dos departamentos.

Vamos formar a Frente Ética da Mudança. Mas a mudança que nos referimos não pode ser a mudança apregoada pelos delfins dos fisiologismos dominantes. Não pode ser a mudança dos "coronéis", a mudança daqueles que usam a palavra mudança, para resistir à mudança. Não pode ser a "mudança seletiva", que só vai servir aos que estão por cima.

Nosso sonho de mudança traz a marca de nosso Páteo. Tem a perene ressonância de nosso Território Livre.

Nossa mudança se inspira na compreensão humana, na solidariedade, na generosidade, num profundo sentimento de fraternidade.

Nossa mudança se inspira nos mesmos ideais que levantaram a nossa Faculdade, na luta contra a escravatura; nas guerras contra o arbítrio e o despotismo; nos movimentos pela constitucionalização do País e pelo Estado de Direito; na campanha das "Diretas-já".

Nós, bacharéis do Largo de São Francisco, não toleramos mais a riqueza escondida dos multimilionários, ao lado da fome dos miseráveis. Não toleramos mais as imensidões de terras desocupadas ao lado dos que não têm quatro ou cinco hectares para plantar o arroz, o feijão, o milho. Não agüentamos mais o fantasma da dívida externa, que nem sequer sabemos em quanto monta, nem como negociá-la com os banqueiros. Não suportamos mais os fracassos sucessivos dos planos econômicos, como, por exemplo, a atual vergonha do programa do álcool. Não toleramos mais a corrupção nos órgãos do governo e nas Estatais; a impunidade escandalosa dos delinquentes de colarinho branco.

Vamos formar uma frente de revolta contra o analfabetismo crescente de nosso povo, e contra o desamparo e a angústia das populações carentes.

Aqui estamos reunidos, nesta noite de festa. Vim trazer-lhes meu abraço: o abraço de minha infinita gratidão, e meu abraço de exortação e estímulo.

Os arquitetos dão o nome de abraço ao entrelaçamento das folhagens de pedra, esculpidas em volta de uma coluna.

Com minha eleição para Patrono desta Turma, ficamos nós todos abraçados, ficamos entrelaçados, em torno da coluna de nossas convicções.

Bacharéis de 89! Eu os saúdo e felicito! Pertencemos à mesma família, à família espiritual da Velha e sempre Nova Academia!

Aqui vim trazer-lhes meu abraço, o abraço de um estudante de Direito, que conhece o papel do Direito na crônica da Liberdade.

Este quente abraço é o sinal de nossa Aliança.

Nossa Aliança é realidade viva e é sonho.

Haverá os que vão rir dos sonhadores da moderna Democracia.

Que importa?

* Ver José Neumann, O muro da Belíndia, in O Estado de S. Paulo, de 06/12/89.

Eu por mim, prefiro ser o sonhador da fraternidade universal, a ser poderosa engrenagem na maquinaria do capitalismo desumano.

Queridos companheiros! Queridos bacharéis! Nesta noite, que é quase noite de Natal, recebam o abraço fiel de um advogado.

Recebam o forte abraço de um trabalhador. Recebam o abraço encantado de um homem livre.

TRABALHOS ACADÊMICOS

EM DEFESA DO NASCITURO

Renato Luis Bueloni Ferreira
Aluno de Graduação da FDUSP

Resumo: O aborto é um dos temas mais polêmicos da atualidade e muitas vezes é analisado de forma superficial. Uma análise mais aprofundada, mostra que as razões para que o aborto seja permitido são fragilmente fundamentadas e não vão de encontro aos avanços tecnológicos.

Abordamos no trabalho os aspectos médicos e ético-filosóficos para demonstrar que o aborto deve ser proibido. Em face destes estudos, torna-se hipócrita o artigo 128 do Código Penal, que permite o aborto.

Mostramos também que a personalidade jurídica do nascituro é a posição doutrinária mais fiel à tradição dos grandes civilistas brasileiros, devendo o feto ter proteção na ordem civil de seu direito à vida e ser reconhecido como sujeito de direitos.

Abstract: Abortion is one of most controversial subjects of our times and it is often analysed in a superficial way. A more profound analysis shows that the arguments for the permission of abortion are founded in weak evidence and do not accompany technological developments.

In this paper, we discussed the medical and the ethnical-philosophical aspects to demonstrate that abortion should be prohibited. As the study shows, article 128 of the Penal Code, which permits abortions, becomes hypocritical.

Also, we demonstrated that the juridical personality of the fetus is the doctrinary position which is more loyal to the tradition of the great Brazilian civil jurists; therefore, the fetus should have protection in the civil sphere of his/hers right to life and be recognized as a full person.

Sumário

I. Introdução.

II. Aspecto Ético-Moral.

III. Aspecto Médico.

IV. Aspecto Jurídico.

A) Do Âmbito Penal.

B) Do Âmbito Civil.

1. Pessoa e Personalidade.

2. O Artigo 4º do Código Civil.

V. Conclusão.

VI. Bibliografia

I. Introdução

Com o decorrer dos anos, notamos uma tendência humana em reexaminar a história, redescobrir o passado e observar sociedades antigas para não cometermos os mesmos erros do passado no presente e no futuro. Pesquisamos o porquê da queda de grandes impérios ou a causa da desumanização de certas classes. Tomemos o escravo por exemplo. Hoje, percebe-se que o escravo é um ser humano igual a todos os demais, independente de sua cor ou estado de nascença. Sentimos vergonha de falar deste período da história brasileira ou apontamos como uma das causas da queda do Império Romano.

A desumanização do ser humano. Como será que civilizações futuras nos verão? Indubitavelmente, acharam nobre a luta pelos direitos humanos e pela liberdade inerente ao ser humano. Porém, começarão a notar uma certa contrariedade, uma certa hipocrisia. Perceberão os imensos gastos para salvar baleias e o desprezo pelos famintos abandonados nas ruas das grandes cidades. Perceberão, também, que estes seres matavam seus próprios filhos antes de nascerem, por simples egoísmo ou comodismo.

O aborto é uma prova clara da desumanização do ser humano, do excesso de individualismo que assola a nossa sociedade. Referimo-nos ao aborto causado, que consiste na expulsão intencional do feto do seio da mãe. Procuraremos demonstrar neste trabalho, que se trata de um homicídio doloso e enquadra-se tanto na ordem penal quanto na ordem civil, pois afeta o direito à vida do nascituro. Utilizaremos os vocábulos feto e nascituro como sinônimos.

II. Aspecto Ético-Moral

Partimos da posição de que o direito não se reduz à norma e portanto deve este defender na ordem jurídica a conduta moral do ser humano. Procuraremos nesta parte abordar o aspecto ético-moral e tentar chegar a uma conclusão do ponto de vista filosófico, se o feto já é ser humano.

Angel Rodriguez Luno afirma que "os governantes podem exigir que a conduta pública dos cidadãos respeite o conteúdo da lei moral natural". Portanto, se a lei moral natural garantir a proteção do nascituro, deve a ordem jurídica positivá-la.

Perguntar-nos-emos, primeiramente, o que é o homem? A resposta procede da Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* de 7 de dezembro de 1965, número 14, que declara: "O homem, ser uno, composto de corpo e alma, sintetiza em si mesmo, pela sua natureza corporal, os elementos do mundo material, os quais, por meio dele, atingem a sua máxima elevação e louvam livremente o Criador". Conclui-se que o homem tem uma parte espiritual e outra material. Parece-nos que hoje está havendo um inversão de valores, colocando como centro de todas as coisas o próprio homem, esquecendo-se da parte espiritual.

Mais adiante, a *Gaudium et Spes* (nº 26) afirma que "a consciência da eminente dignidade da pessoa humana, por ser superior a todas as coisas e os seus direitos e deveres serem universais e invioláveis", devendo estes serem protegidos pela ordem jurídica de cada país. Ademais, aponta a Constituição Pastoral (nº 27)

que "são infames as seguintes coisas: tudo quanto se opõe à vida, como seja toda espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário". Nota-se, portanto, claramente, que o aborto não está de acordo com a natureza, pois priva o homem de um de seus mais preciosos dons, a vida. Na questão material, sabemos que o corpo é eterno; no âmbito espiritual, concordamos com a posição da imortalidade da alma, sendo esta defendida pelo magistério da Igreja e por São Tomás de Aquino, que fundamenta o porquê desta posição. Ademais, Platão e Aristóteles já falavam na imortalidade da alma.

Rodriguez Luno concorda que "a vida é um dos maiores dons que o homem recebeu de Deus; é ilícito todo atentado direto contra o bem corporal de um inocente. Este dever impõe o respeito à vida e à integridade física alheia; dar e retirar a vida humana é um direito soberano de Deus". Portanto, só Deus pode criar e só Ele pode destruí-la. Deus porém, por ser infinitamente bom, não a destruirá e respeitará a sua liberdade. Deus une a alma ao corpo e estes separam-se apenas com a morte; morte esta que não pode ser causada por um ser humano, pois não é soberano sobre algo que não lhe pertença, no caso a vida alheia. A alma é infundida na carne no momento da concepção e passa-se a sujeitar apenas à consciência própria, respondendo o ser humano, somente a Deus pelos seus atos. Daí decorre a luta pelos direitos fundamentais, pois sem estes o ser humano não pode desenvolver a sua personalidade em plenitude.

Regis Jolivet, decano da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica de Lyon, concorda que "o homem não é autor nem, por conseguinte, o senhor absoluto de sua vida. Sobre esta tem ele só um domínio de uso, sujeito, aliás, por sua vez à lei moral. Não pode, pois, a seu talento renunciar à vida".

Eberhard Welty, professor da Universidade de Stuttgart, também afirma que "a vida humana existe onde houver uma alma imortal unida a um corpo mortal. Que este corpo esteja ou não plenamente formado, com todos os seus membros, não tem importância para o caso. Deus infunde a alma no próprio momento da concepção de uma nova vida no seio da mãe, e desde esse momento existe um homem. É certo que é uma vida que se deve desenvolver e crescer desde o germe até à sua plenitude, mas já é pessoa humana".

Conclui-se portanto que o nascituro já é ser humano desde a concepção e, portanto, deve ter a proteção da ordem jurídica. Percebe-se também que pelo fato de o homem não ser soberano sobre sua própria vida, nem sobre a vida de outrem, proíbe-se qualquer tipo de aborto voluntário e em qualquer circunstância.

III. Aspecto Médico

Com o aperfeiçoamento e desenvolvimento tecnológico da medicina, caminha-se a um consenso de que o feto é ser humano e que os meios modernos de salvação da mãe não justificam o aborto terapêutico.

Atualmente, a tecnologia consegue decodificar o código genético humano. Este código é um programa para o desenvolvimento do ser humano. Sabe-se também que o código genético de um indivíduo é diferente de todos os outros, não havendo dois iguais. O espermatozóide, contendo parte do código genético do pai, e o óvulo, contendo parte do código genético da mãe, unem-se formando o zigoto e

um novo indivíduo, pois surge um código genético individual, próprio e irrepêvel. Este código permanece inalterável da concepção até a morte do indivíduo; Portanto, conclui-se que o feto não é parte do corpo da mãe e biologicamente já é ser humano. A moderna biologia nada mais faz do que confirmar esta experiência elementar.

A outra questão muito discutida é a do aborto terapêutico. O médico brasileiro João Evangelista dos Santos Alves, laureado em 1982 pela Academia Nacional de Medicina com o prêmio de Ética Médica, afirma que "o apelo ao chamado 'abortamento terapêutico' como meio de salvar a vida da gestante não constitui recurso científico, sobretudo nos dias atuais, em face das modernas conquistas da medicina". Andrew C. Varga em obra recente declara que "a medicina moderna tem meios de resolver a maioria dos problemas de saúde feminina relacionados com a gravidez, sem chegar ao aborto; a prática do aborto, em tais casos, se deve ou à imperícia do médico ou ao desejo de eliminar 'pela raiz' ou drasticamente o problema".

O testemunho é de peritos conceituados apesar de contradizer o texto do Código Penal. Cremos que cabe aos juristas dar atenção aos médicos, quando da decisão de normas que regulem matérias de caráter médico. O professor francês, Jérôme Lejeune, finaliza, contradizendo os que afirmam ser o feto algo inerte: "Isso que tomais por uma mórula informe dir-vos-á um dia o que era, convertendo-se, como vós, mesmos, num homem".

IV. Aspecto Jurídico

A) Do Âmbito Penal

O nascituro, de modo geral, encontra proteção no Código Penal que proíbe o aborto. Os artigos 124, 125, 126 especificam e punem abortos cometidos pela gestante em si mesma, com ou sem o consentimento desta. Há apenas duas exceções à regra, que encontram-se no artigo 128. Este especifica:

"não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de um representante legal".

Vimos e demonstramos na parte III, que o inciso I atualmente poderia ser derogado pois os médicos já dispõem de meios suficientes para salvar a gestante. No caso do inciso II, o fim não justifica os meios. Andrew C. Varga, da Universidade de Fordham, clama que o "problema do início da vida humana é um problema científico, mas filosófico e ético". Portanto, o jurista deve fazer uma reflexão mais profunda e não apenas de acordo com o que é aceito pela sociedade, pois pode esta estar equivocada. Cremos e defendemos que a mãe não deve ter o direito de abortar, pois o feto é inocente e nada de culpa tem com a situação da mãe. Ora, a solução dada pelo Código Penal é de se resolver um ato mal com um muito pior, pois no segundo está em jogo a vida humana, que ao ser destruída implica homicídio. Logo, o inciso II, em caso de constatação de estupro, consente a pena de morte ao nascituro, que vai de choque frontal ao artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Conclui-se que, também nestas

exceções às regras, deve haver mudança para uma completa proibição do aborto em qualquer circunstância. Abordamos o âmbito penal, apenas para registro, pois nos propusemos a discutir o tema na ordem civil.

B) Do Âmbito Civil

1. *Pessoa e Personalidade.*

Os dois conceitos não devem ser confundidos. Orlando Gomes define pessoa da seguinte forma: "as pessoas naturais, ou físicas, são os seres humanos. Todo homem é pessoa". Clóvis Bevilacqua afirma que "pessoa é o ser a quem atribuem direitos e obrigações". Ora, o nascituro tem direitos e contrai obrigações, e portanto é pessoa.

O maior conflito está no conceito de personalidade. Adotaremos a definição dada pelo redator do Código Civil Brasileiro, Clóvis Bevilacqua, que declara ser personalidade "o conjunto dos direitos atuais ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser".

Procuraremos na parte seguinte explorar estas definições.

2. *O artigo 4º do Código Civil.*

Quanto ao conceito de pessoa, não resta dúvida que o nascituro é pessoa, pois "é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". Porém, quanto à questão da personalidade a doutrina apresenta várias correntes.

O texto do artigo 4º é o seguinte: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com a vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro". A questão é a seguinte: que direitos têm o nascituro? Indubitavelmente, o nascituro tem direitos pois o legislador não parou após "nascimento com vida", mas prosseguiu resguardando os direitos deste. O Código Civil especifica o direito de curatela (art. 462), doação (art. 1.169), direito a herança (art. 1.718) e reconhecimento de filho ilegítimo (art. 357). Nota-se que o nascituro é sujeito de direito. Surge uma contradição: como se pode ser sujeito de direitos e não ter personalidade jurídica?

Trataremos de duas correntes. A primeira que inclui os juristas Teixeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda e José Tavares, é de que a personalidade começa com a concepção. O projeto do Código Civil Brasileiro de 1899 também assumiu a posição de que a personalidade civil do ser humano começa com a concepção. A Consolidação das Leis Civis de 1865 também concorda com tal posição. Percebe-se que a tradição civilista no Brasil é a de que a personalidade civil se inicia com a concepção.

A outra corrente é a da ficção, que inclui entre seus defensores Orlando Gomes. Para ele, apresenta-se um caso de personalidade fictícia pois a "a lei assegura direitos ao nascituro, se nascer com vida. Não tem personalidade, mas, desde a concepção, é como se estivesse". Ora, mesmo sendo fictícia, o nascituro tem personalidade. "A questão da proteção dos interesses do nascituro tem sido focalizada por autores modernos, que não se mostram, entretanto, muito convencidos de que não haja reconhecimento de verdadeiros direitos, e, por conseguinte, admitem, de alguma sorte, a personalidade da criança, no tempo que vai da concepção ao nascimento". A posição de Eduardo Espínola demonstra uma

certa fragilidade na teoria da personalidade fictícia, pois acaba-se por consentir que o nascituro tem personalidade. Defendemos esta posição e cremos que o nascituro é protegido pelo artigo 4º do Código Civil.

V. Conclusão

Procuramos demonstrar que o feto é um ser humano vivo e portanto suscetível de proteção jurídica. Parece-nos que uma interpretação extensiva do artigo 4º do Código Civil garantiria a defesa do nascituro em plenitude na ordem civil. Propomos também, uma revisão do artigo 128 do Código Penal, para constatar se ainda é viável tal permissão. Cremos também que deve ser feita uma análise mais profunda do problema em todos os aspectos discutidos neste trabalho.

Finalizamos, comentando que nenhuma pessoa tem direito sobre outra pessoa e que o ser humano não é soberano sobre vida alheia. O grande jurista português José Tavares concorda que "o direito sobre a própria pessoa é inadmissível mesmo quando referido ao seu elemento material ou corpóreo. Com efeito, tratando-se do corpo em vida, tal direito teria como necessária consequência o direito de suicídio, ... de provocar ou consentir o aborto..., e, em geral, de dispor por qualquer modo do próprio corpo ou da própria liberdade, como coisa que nos pertence. Ora, a verdade é que nenhuma legislação de povos cultos admite semelhantes direitos, que são incompatíveis com a própria dignidade humana e contrários à existência normal da sociedade".

VI. Bibliografia

- ALVES, João Evangelista dos Santos. Aborto Terapêutico e Ética Médica. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 22, n.1, jan. 1976.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Liv. Francisco Alves, 1908.
- CHAVES, Antonio. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- DE SANCTIS, Orlando, org. *Encíclicas e Documentos Sociais*. São Paulo : Ed. LTr, 1971.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro : Livr. Ed. Freitas Bastos, 1941. v.10.
- ESTAL, Gabriel del. *Derecho a la vida e Institución familiar*. Madrid : EAPSA, 1979.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*. Rio de Janeiro : Tip. Universal de Laemmert, 1865.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- JOLIVET, Regis. *Tratado de Filosofia Moral*. Trad. de Geraldo Dantas Barreto. Rio de Janeiro : Agir, 1966. v.4.
- LEJEUNE, Jerome. *O princípio do ser humano*. In. LAISSEZ les vivre. Paris : Ed. Pierre Lethielleux, 1975.
- LUNO, Angel Rodriguez. *Ética*. Pamplona : EUNSA, 1982.
- MESSNER, Johannes. *Ética social*. Trad. Alípio Maria de Castro. São Paulo : Quadrante, EDUSP, 1972.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1967. v.2.
- ONDEI, Emilio. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*. Torino : Unione Tipografica--Editrice Torinese, 1965.
- PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino : Jovene Ed. 1972.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955. v.7 : Parte especial.
- TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do Direito Civil*. Coimbra : Coimbra Ed., 1922.
- TOBENAS, José Castan. *Los Derechos de La Personalidad*. Madrid : Reus, 1952.
- VARGA, Andrew C. *Problemas de Bioética*. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo, RS : UNISINOS, 1982.
- VILADRICH, Pedro-Juan. *Aborto e a sociedade permissiva*. Trad. José Gabriel P. Madureira. São Paulo : Quadrante, 1987.
- WELTY, Eberhard. *Catecismo social*. Trad. Manuel da Costa Maia, Lisboa : Ed. Aster, 1960. v.2

São Paulo, setembro de 1989.

CÓDIGO DO DIREITO PRIVADO: APENAS TRÊS ARGUMENTOS

Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo

Aluno de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo: O trabalho visa mostrar três diferenças entre o Direito Civil e o Direito Comercial. É discutida a idéia de código, o caráter cosmopolita do Direito Comercial e, ainda, a Teoria das Fontes, sob o prisma de princípios de física.

Abstract: This paper tried to show three differences between Civil and Commercial Law. First of all, the idea of code is discussed. Secondly, under historical points, the cosmopolitan aspect of commercial law is analysed. Finally, ideas of physics and law are mixed.

Unitermos: O Papel dos Códigos; Caráter Cosmopolita; Distinções dos dois ramos; Adição de Princípios de Física; Teoria das Fontes.

"na atual crise de valores, o mundo pede aos juristas idéias novas, mais que sutis interpretações" (Tullio Ascarelli)

Introdução

Não deve se espantar quem com tal estudo se depara, quando vê tão extenso tema reduzido a três argumentos sucintos.

A justificativa, poder-se-ia encontrá-la na tentativa de restringir a análise, buscando em pontos específicos, trabalhar as idéias predominantes na cultura jurídica contemporânea, dentro de novos caminhos.

A ambição, tem de se concordar, não se desenha tão pequena.

O primeiro raciocínio se limita a examinar o papel dos códigos. O segundo, sob prisma histórico, investiga o caráter cosmopolita do direito comercial. Finalmente, o último e mais difícil, se degladia para marcar as distinções dos dois ramos do Direito: Civil e Comercial, a partir da adição de princípios de física à teoria das fontes.

O resultado, só os mais doutos estão aptos a dizer se positivo. Trazê-lo ao prelo emerge, somente, meio de me livrar do dilema de Borges: publicar ou dispender a vida em aprimoramentos. Há, afinal, sempre algo a corrigir.

Parte 1 - Código: nova função

Em 1825, Pereira e Souza ⁽⁰¹⁾ definiria o vocábulo código:

"Esta palavra vem da Latina Codex, que em geral quer dizer Colleção, mas em sentido de jurisprudência he a Colleção de Direito, ou de lei, ou composta por autoridade do Soberano, ou pelo zelo de alguns jurisconsultos particulares".

Ainda, que incompleto, o conceito nos fornece perfil do que se pensara, no início do século XIX, sobre o assunto.

Observe-se que a codificação, no primeiro instante, se apresenta simples conjunto ou reunião, privada ou oficial, de leis da mesma natureza ou que têm qualquer relação entre si.

Poder-se-ia crer que tal concepção provém do citado termo romano *Codex*, o qual designou as coletâneas de fontes jurídicas (*Codex Gregorianus*, *Codex Hermogenianus*, *Codex Theodosianus*, *Codex Justinianus* e outros).

Mais adiante, o próprio Pereira e Souza, de modo curioso, escreveria:

"Ultimamente se publicou em 1804 o Codigo Civil dos franceses concebido em ordem systematica. He tambem systematico o Codigo Frederico..."

Aqui, numa aceção mais específica, adequada às idéias do séc. XVIII e princípios do séc. XIX, o autor percebe que, de mera compilação, os diplomas legislativos passam a ser elaborados segundo critérios sistemáticos e científicos, os quais respeitam a todo um importante setor, ou ramo, do direito e se destinam a regulá-lo duradouramente a partir de certo momento. Conforme ensina Mário Bigotte Chorão ⁽⁰²⁾, eram: *"Conjunto de elementos postos em conjugação funcional."*

As codificações, como sistema, inserem-se numa nova forma de conceber o Estado. Correspondem, pois, às exigências políticas de seu tempo.

Variadas ideologias, conseqüentemente, surgem no movimento codificador. Para Pufendorf, o direito consiste em mandatos emanados de uma autoridade. Para Leibniz, de índole racionalista, o direito é um sistema de proposições fundadas na natureza das coisas e nos ditames da reta razão.

Os códigos emergem como a identificação do direito com o sistema normativo, garantido pelo poder coativo estatal. Os códigos são, portanto, expressão máxima do **positivismo jurídico**.

As codificações tentaram racionalizar a multiplicidade, muitas vezes, confusa e dispersiva, das fontes do direito. Buscou-se unidade, bem como, clareza, como expressa Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

"Os códigos, não obstante, representam um esforço técnico de domínio prático de um material, conforme as exigências de decidibilidade de conflitos em uma sociedade complexa, submetida à celeridade das transformações" ⁽⁰³⁾.

Seriam o instrumento, o qual tornava mais fácil o conhecimento e a aplicação do sistema normativo.

Parece, no entanto, que o aspecto a ser hipervalorizado surge a **segurança jurídica**, pois as codificações transmitem cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade do direito, de modo a poder cada um saber aquilo a que se ater na ordem jurídica ⁽⁰⁴⁾.

Além disso, limitariam o poder estatal, preocupação esta originada, provavelmente, nas obras dos autores do oitocentos.

A construção da crítica ao movimento codificador, em contrapartida, poderia ser elaborada no tocante ao imobilismo legislativo, ao conservadorismo doutrinal e à idolatria legalista. A última tão ao gosto dos lusos-brasileiros, por força das quatro Ordenações: Afonsinas, Manuelinas, Sebastiãoicas e Filipinas.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. escreveu: "*Os códigos que conhecemos hoje são marcados por um espírito de rigidez e conservadorismo que contrasta, mas fornece uma impressão de segurança e certeza, com a mutabilidade multefaria da civilização industrial, nos quadros do predomínio do Estado-gestor e das exigências da unidade política*"⁽⁰⁵⁾.

Aqui, o ponto-fundamento, o qual não pode ser esquecido: o código único, como sistema que se propõe a englobar parte geral e parte especial, foge à dinâmica das necessidades da sociedade (capitalista, em principal) contemporânea.

O Estado, hoje, tem que, por meio de leis, dar respostas eficientes às questões, nascidas nas relações econômicas, por exemplo. E, conjuntamente, tem dever de proteger as camadas prejudicadas da população, numa determinada circunstância histórica.

Neste sentido, Fábio Konder Comparato:⁽⁰⁶⁾

"O Estado Social não se legitima simplesmente pela produção de direito, mas antes de tudo pela realização de políticas (policies), isto é, programas de ação".

O Estado não só intervém na ordem social como produtor de direito e realizador de segurança, mas passa a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo, como meio de implementação de políticas públicas⁽⁰⁷⁾.

O Código, como predefinimos, contém matérias afins, organizadas por critério sistemático. Daí, a idéia de conjunto funcional ou operacional, antes mencionada. Quando em medida provisória ou lei complementar, consideradas como instrumento jurídico de política pública, há diversa regulamentação sobre a matéria pertinente à código específico, temos ou não, quebra do sistema?

A resposta parece positiva, afinal os elementos, constitutivos do todo, deixam de ser coordenados entre si, passando a existir fragmentação necessária do conjunto, graças aos anseios da sociedade por respostas mais eficazes.

Ao pensarmos, concluindo, na unificação do direito privado, em Código *uno*, estamos cometendo engano.

Poderia-se, preliminarmente, criticar o mito que envolve as codificações, o qual ilude o jurista ligado à dogmática, como ciência dos dogmas jurídicos, expressos em lei. Note-se que tal mito obriga o "legislador a se esmerar num casuismo exaustivo"⁽⁰⁸⁾, visando à satisfação das questões trazidas pelo cotidiano.

Momento, talvez, fosse de se reavaliar a idéia de código e a sua respectiva função. Fábio Konder Comparato, sugere, na trilha do ensinamento de Ascarelli:

"... a função precípua de um código é exprimir um conjunto de regras jurídicas gerais, constituintes de um novo jus commune, que enforma e ilumina a interpretação desse mare magnum da legislação extravagante"⁽⁰⁹⁾.

Conseqüentemente, a unificação do direito privado em si se mostra censurável, quando analisamos as origens, os princípios e a aplicação dos dois ramos do direito. Se o código deve conter princípios gerais, não se podem combinar

Direito Civil e Comercial. A unificação traria dificuldade imensa, por exemplo, para se disciplinarem, coerentemente ao sistema, os títulos de crédito.

Enfim, descuido há ao se ignorar a face fragmentária do direito. Hoje, é notável que partes do Direito Comercial se vão destacando aos poucos: direito bancário, marítimo, cooperativo, de seguro e da propriedade industrial. Tratam-se das partes especiais, as quais, à medida das necessidades da realidade, podem ser modificadas.

Parte 2 - O Caráter Cosmopolita do Direito Comercial: Aspectos Histórico-Jurídicos

O jurista se torna desnecessário, quando encherça o direito como algo distante da realidade concreta, presente ou passada.

Repensar os institutos, sob prisma histórico, emerge obrigação suprema daquele que pretende compreender o fenômeno jurídico, para além da ética da conveniência. Observe-se, contudo, que a conceituação de história muito se tem alterado neste século. Hoje, refutam-se: *"uma história idealista, onde as idéias se geram por uma espécie de partogênese, ... uma história guiada pela concepção de um progresso linear, ... uma história que interpreta o passado com os valores do presente. Pelo contrário, François Jacob propõe a história numa ciência que dá conta das condições (materiais, sociais, mentais) da sua produção e que individualiza, em toda a sua complexidade, as etapas do saber"* (Jacques Le Goff).⁽¹⁰⁾

Régine Pernoud é uma das historiadoras que muito contribuiu para a compreensão da Idade Média, dentro dos novos conceitos e métodos de investigação. Em seu livro, *As origens da Burguesia*⁽¹¹⁾, aponta bem que o comércio medieval; a partir do século X, passou a ser uma ampla corrente de trocas, que conduz aos mercados europeus produtos da Ásia Menor, transportados pelas caravanas, até os postos ou às cidades comerciais da Síria, do Egito e da África do Norte. Complementa, então:

"Deste movimento surgiu e multiplicou-se uma população cuja densidade, no quadro da sociedade feudal do século X, era impossível prever. A burguesia nascera, é como representava uma força inteiramente nova, teve que criar o seu lugar nesse mundo. Cada qual, na sociedade medieval, desfrutara os privilégios inerentes ao seu estado: o burguês tinha necessidade de certos privilégios. Em primeiro lugar, tinha necessidade de liberdade de circulação".

Tal liberdade de circulação terminou por criar necessidade de um direito de caráter internacional, ou transnacional, que bem se distinguisse do Direito Romano.

Note-se, portanto, que "um novo espírito empreendedor do burguês e uma nova organização dos negócios", nas palavras de Tullio Ascarelli⁽¹²⁾, acabaram dando à luz a práticas, as quais se podem considerar verdadeiros embriões do Direito Comercial.

Assim, apesar dos avanços no estudo do Direito Romano durante o século XII, na Itália, e século XIII em outros locais da Europa, o mesmo não satisfazia, por exemplo, às necessidades da atividade mercantil. Havia ruptura entre o direito romano-canônico comum e as práticas econômicas, postas em emergência nova.

Tullio Ascarelli ⁽¹³⁾, citando Benvenuto Stracca, autor do século XVIII, aproxima o direito comercial ao *jus gentium*. Contudo, a idéia de *jus gentium*, da qual se utiliza, não é a romana: "direito dos estrangeiros dentro do território". Mas, sim, a de Jeremias Bentham, que ampliou o conceito: "direito comum a todos os povos", ou *International Law* ⁽¹⁴⁾.

Observe-se que o caráter universal do Direito Romano desapareceu com o fortalecimento dos Estados Nacionais.

Veja-se, ainda, que o Direito Romano, apesar de perder sua universalidade, continuou vivo. Os Estados Nacionais justificaram a criação de um direito próprio mirando-se no exemplo do Direito Romano (direito oriundo de estado centralizado). Além disso, boa parte dos seus institutos seria transferida às novas ordenações jurídicas ⁽¹⁵⁾.

Ascarelli apontou:

"De um lado, a lo largo del siglo XVII, se fueron fortaleciendo los Estados Monarquicos centralizados que luego reivindicaron para si el monopolio de la funcion legislativa. El derecho comercial pasa entonces a formar parte del derecho estatal... a diferencia de lo que acontecio con los demás derechos autonomos de determinadas clases sociales... no es absorbido por el derecho comum; por el contrario... no solo conserva su autonomia... sino que influencia el propio derecho comum..." ⁽¹⁶⁾.

O Direito Comercial nasceu, quando da fragmentação do antigo direito entre as nações, que se moldavam. O comércio continuava sendo o modo pelo qual os Estados se aproximavam.

Muito bem comprovam, a relação dos povos por meio do comércio, as leis do século XIV, chamadas *Las Siete Partidas*, na Quinta Partida, título VII, Lei III:

"Onde mandamos, q todos los que viniere a las ferias de nuestros reynos, tan bié cristianos, como judíos, e moros: e otrosi los que viniere en otra sazón, qualquier, a nuestro senorio: maguer non venga a ferias, que sean salvos, e seguros, sus cuerpos, e sus mercadurias, e todas sus cosas, tambien en mar, como en tierra, en viniendo a nuestro senorio, e estando y, en yendose de nuestra tierra" ⁽¹⁷⁾.

O caráter supranacional do Direito Comercial, pode ser constatado na Lei da Boa Razão de 1769:

"Ou aquela boa razão que se estabelece nas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas, que as mesmas nações cristãs têm promulgado... em casos de necessidade ao subsídio" ⁽¹⁸⁾.

Fundamental, também, a obra de José, da Silva Lisboa, Visconde de Cayru, que cuidadosamente trata da matéria ⁽¹⁹⁾.

Muitos autores se apóiam neste argumento, na defesa da separação, como Cesare Vivante que, no § 3 do seu *Tratado de Direito Comercial*, se dedica à Indole Cosmopolita do Comércio e do Direito Comercial que o governa ⁽²⁰⁾.

O aspecto cosmopolita pode ser confirmado, sem empirismo algum, quando se percebe, por exemplo, que o Direito Comercial herdou: o endosso, que revolucionou a letra de câmbio dos franceses; os negócios em bolsa, dos primeiros praticados em Flandres e as patentes de invenção dos estatutos ingleses dos monopólios, que tinha precedente em Veneza dos séculos XV e XVI (conforme Ascarelli). ⁽²¹⁾

A condensação dos institutos observados na prática de diversos países, caminhando do sistema subjetivo a um sistema objetivo, teve triunfo no Código Napoleônico.

Interessante, porém, se faz notar que o sistema objetivista, forma de expressão do poder do Estado, significa segurança jurídica. Era o comerciante em busca de garantias.

Parte 3 A Dinâmica no Direito Comercial

Galileu demonstrou que a tradição aristotélica estava enganada, quanto a dois aspectos: **Primeiro**, quando acreditava que era possível formular todas as leis, que governam o universo, unicamente, por meio do pensamento, sem a necessária comprovação objetiva; **Segundo**, ao afirmar ser a inércia o estado natural dos corpos.⁽²²⁾

As suas idéias surgem, pois, como efeito de processo **construído**, com a combinação de elementos ou **dados**.

Galileu deve, provavelmente, ter ordenado, pela compreensão, ou repulsa, os pensamentos, inclusive os oriundos do passado, adicionando-lhes a observação da realidade, para chegar à devida conclusão (método científico).

Toda esta seqüência, (**construção**) se tornaria, posteriormente, um dado na elaboração de novos princípios de física (dinâmica do sistema).

O direito, como sistema, "não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana" (Teoria das Fontes)⁽²³⁾.

Quando se medita sobre a distinção entre o Direito Civil e o Comercial, fazem-se essenciais o conhecimento da teoria das fontes e as suas classificações:

"De um lado temos, assim, as fontes substanciais, que são dados, como é o caso dos elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos) que não são prescrições, mas que contribuem para a formação do direito, dos elementos históricos (representados pela conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando-se), ou dos elementos racionais (representados pela elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e dos elementos ideais (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos dos seus interesses)"⁽²⁴⁾.

Para comprovar a diferenciação do civil/comercial, cumpre observar que seus dados se apresentam, manifestamente, distintos, quando observados.

O elemento material, sob o aspecto psicológico, no Direito Comercial, se configura na intenção do homem, participante da atividade mercantil, de sobreviver em sociedade, graças ao lucro de seus empreendimentos⁽²⁵⁾.

No Direito Civil, as relações de patrimonialidade se apresentam genéricas, podendo ser esparsas no tempo, e não se caracterizam pela vontade do sujeito de subsistir por meio de bem-sucedidas e constantes transações.

O elemento histórico parece, claramente, distinto nos dois. No Direito Comercial, aliás, as suas origens próximas, cidadinas na Idade Média, foram a consequência da inoperabilidade ou ineficiência do direito romano-canônico, frente às necessidades da burguesia. Impossível seria compreendê-lo em determinadas

normas e cláusulas contratuais sem o estudo histórico, como ensina Tullio Ascarelli ⁽²⁶⁾.

O elemento racional diverge quando, no Direito Comercial, o jurista fica obrigado a sistematizar o novo material, que a prática mercantil cria, com excessiva rapidez.

O elemento ideal, no Direito Civil, se desenha no bem resolver os conflitos de ordem privada. Já o Código Comercial vem regular, especificamente, a atuação humana no campo dos negócios. Não há, pois, diversidade, mas sim, especialidade da norma de Direito Comercial, voltada às idéias de empresa e empresário.

Retornando-se às teorias das fontes:

"De outro lado, fala ele (François Geny) em fontes formais, correspondendo ao construído, significando a elaboração técnica do material (fontes substanciais) por meio de formas solenes que se expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos reguladores, etc..." (27).

A distinção, aqui, pode ser expressada pela afirmação do hipervalor do costume dentro do Direito Mercantil (ver arts. 130 e 131, n. 4 do Cód. Comercial), o que não ocorre com o Direito Civil, o qual foi racionalizado pelos legisladores temerosos ao *Ancien Regime*.

Tal aspecto vem, seguidamente, abordado por John Gilissen:

"O costume, pelo menos na aparência, deixou de desempenhar qualquer papel como fonte de direito desde a época da Revolução Francesa... foi varrido pela legislação revolucionária e pelos códigos napoleônicos.

Certos domínios escaparam, no entanto, à atividade legislativa... Evitou-se, entretanto, empregar o termo costume, que cheirava muito a Antigo Regime, fala-se antes de usos: usos bancários, usos comerciais, usos profissionais" (grifo meu, 28).

"O Código Civil francês (do século XIX) não contém qualquer texto relativo ao costume como fonte do direito.

Em Direito Civil e em Direito Penal o papel do costume é relativamente limitado.

Em contrapartida, o costume continua a desempenhar um grande papel nos domínios onde há pouca legislação. Antes demais, ..., nomeadamente no dos grupos sociais profissionalizantes, como os comerciantes" (29).

Mesmo hoje, o costume ⁽³⁰⁾ tem sua autoridade repousada na força conferida ao tempo e ao uso contínuo ⁽³¹⁾. Sem esquecer o pouco formalismo.

Poder-se-ia dizer que o tempo seja, também, fator que contribui para a ratificação da norma costumeira, pela ordenação jurídica.

Aqui, mais uma diferença, pois o Direito Comercial é mais veloz que o Civil nesta passagem.

Adicionando-se, numa extrapolação de raciocínio, tal concepção ao início do capítulo e às idéias de Galileu, se chega à conclusão de que o costume, como ato reiterado e observado na realidade, sai de seu movimento inercial, tornando-se acelerado e passa a ser norma jurídica em tempo mais curto, dentro da dinâmica do direito comercial.

Notas

01 - PEREIRA e SOUZA, Joaquim José Caetano, *Esboço de Hum Dicionário Jurídico, Theorético e Prático, remissivo às Leis compiladas e extravagantes*, Lisboa, Typografia Rollandiana, 1825, T.I, verbete "Código". Deve-se, de plano, observar que o campo de estudo explorado nesta parte 1 foge da análise do direito romano clássico e da *commom law*. Ascarelli (Tullio), brilhantemente, fez in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, p. 53-98.

02 - CHORÃO, Mário Bigotte, verbete Código, in *Polis Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa-São Paulo, Edit. Verbo, 1983, p. 920-924.

03 - FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Editora Atlas, 1988, p. 214-5.

04 - Opus cit, Chorão... p. 920; Ascarelli... p.63.

05 - Opus cit, Ferraz Jr. p. 215.

06 - COMPARATO, Fábio Konder. *Um Quadro Institucional para o desenvolvimento democrático in Brasil, Sociedade democrática*, Hélio Jaguaribe et alii, pp. 407-408 (Conf. Grau, Eros Roberto).

07 - GRAU, Eros Roberto. *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, ed. particular para concurso de professor titular, 1990, p. 19.

08 COMPARATO, Fábio Konder. *Projeto de Código Civil in Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Edit. Forense, 1978, p. 19.

09 - Opus cit, Comparato, Projeto... p. 545; Ascarelli... p. 70.

10 LE GOFF, Jacques, verbete "História" in *Enciclopédia Einaudi*, Lisboa, Imprensa nacional - Casa da Moeda, 1968, v.1, p.238.

11 - PERNOUD, Regine. *Origem da Burguesia*. Póvoa de Varzim, Tipografia Camões, 1973, p.21.

12 - ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale - Introduzione e Teoria dell'Imprensa*. 3ª ed. Milano, A. Giufre, 1962, p. 4.

13 - ASCARELLI, Tullio. *Introducion al Derecho Comercial*, (trad. Melendo, Santiago Santis). Buenos Aires, Editar SA Editores, 1974, p. 18 e p. 30.

14 - FRANCO, João Melo e outros. *Conceitos e Princípios Jurídicos*. Coimbra, Almedina, 1983, p. 496.

15 - Opus cit, Ascarelli... *Problemas*, p. 55-6.

16 - Opus cit, Ascarelli... *Intr...* p. 19. Direito Autônomo aqui, entendido como aquele que não se vincula ao direito estatal, fundado no consentimento e nos costumes dos interessados (p.15).

17 - Note-se, aqui, que as leis citadas, tão-somente, servem para mostrar alguns exemplos. Não se tratando, assim, das únicas neste longo período de tempo, o qual implicaria numa pesquisa histórica mais extensa e demorada. Então, como exemplo: Partonaris, Andrea de. *Las Siete Partidas*. Madrid, Boletim Oficial do Estado, 1974.

18 - Lei da Boa Razão retirada da apostila *Evolução do Direito Comercial Luso-Brasileiro*, ponto 3 do Curso de Dir. Comercial.(Fdusp, 1990), ministrado pelos profs. Fábio Konder Comparato e Haroldo Malheiros D. Verçosa.

19 SILVA LISBOA, José da. *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*. Rio de Janeiro, Typografia Acadêmica. 1874.

20 - VIVANTE, Cesare. *Tratado de Direito Comercial*, *Milão, C. Editrice Francisco Vallardi, 1934 (trad. Verçosa, Haroldo Duclero), apostila do curso de Dir. Comercial (Fdusp, 1990).

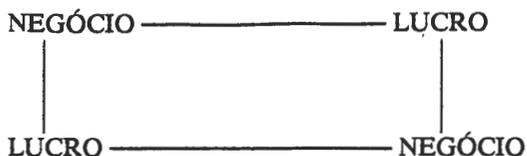
21 - Opus cit, Ascarelli... *Introd...* p. 15.

22 - HAWKING, Stephan W. *Uma breve História do Tempo*, (trad. Torres, Marcia Helena), Rio de Janeiro, Rocco, 1988, p.35.

23 Opus cit, Ferraz Jr., p. 200.

24 - Opus cit, Ferraz Jr., p. 200-1.

25 "A busca de lucratividade não caracteriza nenhum campo de empreendimento como comercial" (Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc, *Atividade Mercantil. Ato de Comércio. Mercancia. Matéria de Comércio. Comerciante*. in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, nº 47, junho-setembro, 1982, p. 30. Poder-se-ia dizer, contudo, que a habilidade do empresário gera o lucro, o qual permite a feitura de novos negócios, os quais, também, trazem lucro, criando uma cadeia.



O profissional liberal, o corretor de imóveis e o pequeno agricultor vivem da remuneração recebida pelo seu trabalho na área. Logo, o lucro se faz fundamental para que as suas economias pessoais sobrevivam, mas não é mola-propulsora de sua atividade.

TRABALHO ————— LUCRO

TRABALHO ————— LUCRO

26 - Opus cit, Ascarelli Introducion... p.36.

27 - Opus cit, Ferraz Jr., p.201.

28 - Gilissen, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1979, p. 415-6.

29 Opus cit, Gilissen, p. 486. Aqui está a justificativa para o que afirmou Ascarelli: "El derecho comercial se presenta... con un caracter autonomo". Ver: Opus cit, Ascarelli... Introducion... p. 15.

30 - Na discussão sobre a norma consuetudinária jurídica ou não jurídica, adotou-se a solução de Bobbio, Norberto in *Teoria do Ordenamento Jurídico*, São Paulo, Edit. Polis, 1989, p.30.

"Dever-se-à responder, de preferência, que uma norma consuetudinária torna-se jurídica quando vem a fazer parte de um ordenamento jurídico".

31 - Opus cit, Ferraz Jr., p.217.

São Paulo, agosto de 1990.

O FIM DO ESTADO

Alessandro Diaféria

Aluno do 2º ano do Curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo: O trabalho mostra, a partir da análise de um texto de Norberto Bobbio, numa visão simples e objetiva, os aspectos básicos de alguns dos mais polêmicos temas referentes à Teoria do Estado. Eles são abordados de maneira sintética, favorecendo, assim, melhor entendimento do contexto formulado. Entretanto, foi realizada referência ao final do Estado, pois é este, sem sombra de dúvida, um dos mais controvertidos tópicos concernentes a essa matéria, sendo, inclusive, fonte de várias teorias como o Anarquismo, a Tecnocracia, o pensamento de Marx e Engels e o Estado como mal necessário a título de exemplo. Além disso, tentamos transferir uma certa dose de saber teórico à atual situação do País, objetivando, outrossim, estabelecer comparativos entre o arcabouço teórico e a realidade prática do Brasil de hoje.

Summary: This work show, by a simple point of view, fundamental aspects of the conception of the State, and we works beside of the thought of Norberto Bobbio. Here we try to understand the idea of the end of the State, reading Marx, Engels and Bobbio like exemple. Here in Brazil, we used to think in the state as a god, who could give us all answers. After years of bad experiences, we changed our minds. Nowadays we are sharing our problems and working together: civil society and government.

Unitermos: Conceito e Fim de Estado; Anarquismo; Teorias político-filosóficas.

Sumário

I - Análise do texto de Bobbio

- a) - A Concepção Positiva do Estado
- b) - O Estado Como Mal Necessário
- c) - O Estado Como Mal Não-Necessário

II - Pesquisa - temas básicos desenvolvidos

- a) - O Estado Positivo
- b) República Ideal
- c) - Não-Estado (Igreja) e Estado Mínimo
- d) Luta de Classes - O Pensamento de Marx e Angels
- e) - Tecnocracia
- f) - Anarquismo

III - Opinião

O Fim do Estado

I. A Análise do Texto de Bobbio

A - A Concepção Positiva do Estado

Inicialmente, Bobbio propõe o problema da confusão existente entre dois aspectos relativos ao Estado: há uma certa distinção entre o fim do Estado e crise do Estado. Por crise do Estado, se entende uma insuficiência do mesmo em relação às exigências da sociedade e as contradições decorrentes do próprio. Isso numa visão conservadora. Num enfoque marxista a crise do Estado capitalista decorre da concorrência.

O valor positivo e o valor negativo do Estado estão relacionados ao fim do mesmo. O valor positivo se traduz, basicamente, pelo fato de os indivíduos acreditarem na supremacia total do Estado, sendo de acordo com o autor, influenciados a pensarem numa não extinção do Estado, ou seja, o Estado como sendo benéfico ao povo, a solução dos problemas da vida em sociedade.

Para Aristóteles, a *pólis* tinha a finalidade de proporcionar uma vida feliz. Muitos autores ensinam isso: Hobbes, Rousseau, Hegel e outros.

Bobbio finda o subcapítulo fazendo referências à República Ótima, ou seja, o Estado não deve se extinguir mas sim aperfeiçoar-se à sua real essência, à República Ideal. Porém, esse aspecto está vinculado a uma visão imaginária, irreal, pelo conteúdo extremamente perfeito pois seriam elementos necessários, entre os quais um ordenamento essencialmente perfeito - o elemento objetivo positivado pelo Estado - elementos igualmente perfeitos no tocante ao comportamento de cada cidadão - elemento subjetivo pois parte da concepção individual.

O que se conclui, portanto, e que até mesmo essas verdadeiras utopias, no sentido lato, têm uma visão positivista do Estado, segundo a qual a finalidade do mesmo é proporcionar uma vida justa e feliz a todos, sendo conseqüente o seu não fim.

B - O Estado Como Mal Necessário

Do mesmo modo que há concepções positivas, há, também, as negativas. São elas: o Estado como sendo mal necessário e a que propõe a não-necessidade do

Estado, sendo que esta segunda teoria prevê, indubitavelmente, o final do Estado. Analisaremos, primeiramente, o Estado como mal necessário.

Essa concepção, por sua vez, tem duas formas de se veicular: primado do não-Estado Igreja e do não-Estado sociedade civil.

A questão do medo, ou seja da dominação do Estado sobre os governados é mencionada. Mesmo ao fazer algo errado esse algo é feito com certo teor do medo. No entanto, o autor dispensa o laço que une a concepção negativa do Estado e a antropologia pessimista.

Nesta visão negativa do Estado fica bastante difícil identificar o seu fim, pois antes o Estado do que a Anarquia.

Analisando o lado do não-Estado sociedade civil, percebe-se a existência, segundo o autor, do Estado Mínimo, ou seja, do Estado com funções reduzidas, as quais se materializam apenas funções básicas (defesas externa e interna; administração pública). Isso, porém, não significa que o Estado Mínimo seja um eufemismo da anarquia ou da falta de governo. Representa uma corrente de pensadores que acredita, basicamente, no fato de a sociedade melhor se desenvolver sem a presença constante e irrefutável do Estado nos diversos aspectos da sociedade industrial.

O autor termina a explanação fazendo referências a uma nova teoria, anglo-saxã do *Guild socialism*, segundo a qual o Estado deve ter apenas funções coordenativas, de orientação e não de dominação.

C - O Estado como mal não-necessário

Se considerarmos o Estado como um mal e como sendo desnecessário à vida coletiva, fluiremos, imediatamente, para um possível e praticamente certo fim do Estado. A sociedade para se ver exonerada do Estado tem, logicamente, de viver sem necessidade do poder coercitivo emanada pelo Estado.

A teoria que melhor expressa esse aspecto é a Marx-engelsiana. Segundo essa teoria o Estado nasceu em função das classes divididas. A partir do momento em que se extingue a luta de classes, ou seja, quando houver uma única classe igualitária sem distinções econômicas e sociais, a ditadura do proletariado; a presença do Estado não será mais imprescindível.

Evidentemente, há outras teorias sobre o final do Estado. Uma delas é a sociedade sem Estado de origem religiosa. A base dessas sociedades é o evangelho religioso, não tendo o Estado nenhuma função nessas sociedades.

Há, por outro lado, a sociedade tecnocrática, industrial, de Saint-Simon.

Finalizando, o autor cita uma sociedade sem Estado embasada por uma teoria e uma corrente: o anarquismo, que visa, *a priori*, a extinção de todas as amarras que prendem o homem a qualquer tipo de autoridade, ou seja, uma sociedade em que haja a cooperação de todos para com todos, voluntária, sem imposições, sem distinções e sem obrigações entre si. No fundo é uma sociedade que busca a igualdade de todos, imparcialmente.

II - Pesquisa - temas básicos desenvolvidos

A - O Estado Positivo

Autores: Machiavel - Hobbes - Rousseau - Hegel

Machiavel

O Estado Machiavélico é visto, sobretudo, em sua grande obra *O Príncipe*.

Apesar de o Estado de Machiavel ser um Estado bruto, onde o governante para dirigir bem a nação toma medidas duras, se necessário, para com o povo, é válido citá-lo pois na essência, o objetivo machiavélico é um Estado onde as paixões humanas sejam controladas com finalidades benéficas para todos, mesmo que para atingir isso sejam necessários meios violentos. Aí se encaixa perfeitamente sua ilustre frase: "Os fins justificam os meios".

Machiavel analisa que os homens sempre agiram pelas formas da corrupção e da violência. A esse realismo antiutopista alia-se uma tendência utilitarista pela qual Machiavel pretende desenvolver uma teoria voltada para a ação eficaz e imediata. O pensamento machiavélico representa as tendências políticas de sua época, quando se formam as monarquias nacionais. Por isso esboça na obra *O Príncipe*, o perfil do governante investido de poder absoluto.

Inclui Machiavel nestes escritos pois apesar dos seus "meios" serem um tanto perversos na persuasão do povo, os "fins" são de conteúdo benéfico para o Estado e para o povo, de um modo geral.

Hobbes

Como teórico do absolutismo, Hobbes pregou o Estado forte, representado pelo famoso Leviatã. O Estado de natureza hobbesiano fundamenta-se principalmente na seguinte asserção: "o homem, no estado de natureza, é lobo do próprio homem". Com isso, percebe-se que o homem se deixado ao léu, sem um poder de coerção, sem "rédeas", fica dominado pelos seus instintos, pelas suas paixões, não tendo senso de comunidade, logo não respeita seus semelhantes na medida em que está para atingir seus objetivos. Individualismo e egoísmo complexamente associados.

No entanto, Hobbes não propõe apenas o problema, ele propõe a solução: o Estado absolutista, o Leviatã.

O Leviatã resolveria todos esses tipos de problemas. Com ele o Estado seria benéfico, apesar de ser forte, pois os homens se respeitariam mutuamente e caso contrário o Estado tomaria as providências para que a paz fosse promovida.

Conclui-se, portanto, que Hobbes teoriza um Estado um tanto positivista - apesar de considerá-lo como mal necessário (negativista) no sentido de o Estado se preocupar com a segurança daqueles que, pelo contrato, investiram todos os poderes no soberano; logo a obrigação do soberano é a de dar paz aos seus súditos. Isso nos transmite um visão positiva do Estado.

Rousseau

Rousseau preconiza, acima de tudo, a soberania do povo, a democracia no seu real sentido. Desenvolve o seu pensamento a partir da hipótese do homem em estado de natureza - isso o assemelha a Hobbes e a Locke - e procura resolver a questão da legitimidade do poder nascido do contrato social.

A teoria do bom selvagem explica as suas idéias. Na medida em que o homem vivia na primitividade trabalhando apenas para o seu sustento, a sociedade era pacífica. A partir do momento em que o homem passou a sustentar outro homem é que surgiram a propriedade e a desigualdade, e o trabalho tornou-se necessário. Com isso os homens perdem o real sentido da vida pacífica e passam a viver em sociedade, mas com um certo grau de discórdia e concorrência.

Rousseau parece demonstrar extrema nostalgia desse estado feliz em que vive o bom selvagem. Porém, a propriedade introduz a desigualdade entre os homens, a diferenciação entre os extremos: rico/pobre; forte/fraco; governante/governado e assim por diante.

A teoria de Rousseau não nos mostra claramente que o Estado é a solução dos problemas da sociedade, - para ele a real e correta sociedade é explicada pela teoria do bom selvagem -, no entanto, é válido citá-lo nessa concepção positiva do Estado porque parte, analogamente a Hobbes, do fato que os homens - para ele após a fase primitiva - viveriam em eterno conflito. Nesse ponto, sua teoria converge, de certo modo, com outros pensadores do Estado racional.

Hegel

Para Hegel, o Estado é uma das mais altas sínteses do espírito objetivo. O Estado sintetiza, numa realidade coletiva, a totalidade dos interesses contraditórios entre os seus membros; a sociedade civil, a síntese que supera as divergências entre diversas famílias, o Estado representa a unidade final, à síntese mais perfeita que supera a contradição existente entre o privado e o público. Portanto, o Estado se define por não possuir nenhum interesse em particular, mas apenas os interesses comuns e gerais a todos. A posição de Hegel difere das teorias contratualistas que o precederam, na medida em que coloca o Estado como fundamento da sociedade civil e da família, e não vice-versa.

Enquanto que para Locke e Rousseau o Estado se subordina ao povo, para Hegel o Estado funda o povo e a soberania é do Estado. A partir disso, percebe-se o conteúdo positivista da concepção hegeliana do Estado. O Estado é autoridade máxima, cabendo a ele fornecer os diretivos da conduta ao povo, para que a sociedade se mantenha normalmente, mesmo que para isso ela fielmente se subordine ao Estado.

B - República Ideal

Antes de configurar uma materialização da república ideal, é válido fazer uma breve introdução ao sentido da palavra república, isoladamente, suas principais acepções, aliadas às suas características básicas.

A república é uma forma de governo oposta à monarquia, visto que demonstra a possibilidade de participação do povo no governo. A Antiguidade nos faz lembrar a república romana, cujo sentido não se adapta, de certo modo, ao sentido moderno.

Um dos grandes teóricos da república na idade moderna foi Thomas Jefferson, que, entre outras coisas, pregava o fim total da monarquia.

A república, considerada a expressão democrática do governo, se mantinha como limitadora do poder dos governantes.

As características fundamentais da república são:

temporiedade o chefe de governo recebe um mandato com um prazo predeterminado. Estabeleceu-se, posteriormente, a proibição de reeleições sucessivas - paralela com a monarquia

eletividade - o chefe de governo é eleito pelo povo, exclusivamente.

responsabilidade - o chefe de governo deve prestar contas ao povo sobre a sua administração.

Essas são, basicamente, as principais características da república. No entanto, essas características variam de acordo com o tempo, com o lugar e demais aspectos. Quanto à república ideal, pode-se afirmar que é um conceito utópico, na medida em que, ela exista, seriam necessários diversos fatores que isoladamente podem ser, talvez, atingidos mas que conjugados torna praticamente impossível sua realização. São elementos integrantes desse aspecto um ordenamento perfeitamente racional no qual são previstos todas as condutas e seus respectivos regulamentos. O Estado, nas repúblicas ideais imaginárias, seria totalmente presente, quase que onipresente. Isso demonstra um conteúdo extremamente positivo em relação à concepção do Estado.

C - Não-Estado (Igreja)

Neste ponto-de-vista, é preciso antes de mais nada explicar sinteticamente o que é Não-Estado.

É difícil, entretanto, transformar um conceito tão complexo e tão amplo em palavras.

O Não-Estado vai muito mais longe do que uma definição, no entanto, é possível ter-se uma idéia um tanto clara. Não-Estado se entende por tudo aquilo que o Estado não tem alcance, não tem, de certo modo, definição. Num Estado totalitário, onde o Estado detenha o poder ideológico e ao econômico sob forma de poder político, não há chance para a existência do Não-Estado. No entanto, em uma sociedade onde o Estado não detenha o lado econômico, o qual seja exercido exclusivamente pela burguesia, por exemplo, o Não-Estado vai-se materializar nessa burguesia, pois o Estado não vai ter influência sobre essa burguesia em assuntos estritamente econômicos.

No primado do Não-Estado Igreja deve-se analisar o Estado como um instrumento de coerção psicológica: o Estado vai conter a massa perversa através do medo, ou seja, mesmo que um indivíduo contrarie normas do Estado ele o vai fazer com certo teor de medo, esperando, praticamente, o castigo por parte do Estado, pois ele tem consciência de que aquilo que praticou é desconforme ao ordenamento.

No entanto, é inerente ao Não-Estado, pois o Estado não tem alcance sobre a vontade do indivíduo e o máximo que possa ser feito é coagi-lo psicologicamente ou até fisicamente.

No primado do Não-Estado sociedade civil, na qual o poder econômico é imanente aos proprietários, cabendo ao Estado apenas as funções básicas (ordem interna, externa e administração pública). O Não-Estado vai se formar na medida em que o Estado só tem atuação nestas áreas já citadas, o restante vai estar conjunto ao Não-Estado. Mesmo assim, é válido dizer que o Estado mínimo não significa sociedade sem Estado. Na concepção do Estado como mal necessário é importante ressaltar que nenhuma das teorias preconiza um final para o Estado. O máximo que poderia ocorrer seria o caso já mencionado do Estado mínimo. Percebe-se que nessa teoria há um certo tipo de rejeição, de repúdio à anarquia e o Estado ainda que mínimo é mais plausível que a falta de governo.

D - Luta de classes - O Pensamento de Marx e de Engels

Ao se analisar a asserção sobre a não-necessidade do Estado, pensamos prática e diretamente no fim do Estado. Este é considerado o detentor das forças e poderes máximos, inclusive os de coerção. Isso significa uma expansão do Não-Estado em detrimento ao Estado.

Segundo Marx e Engels as relações fundamentais de toda a sociedade humana são as relações de produção, que revelam a maneira pela qual os homens a partir de condições naturais usam técnicas e se organizam através de divisão do trabalho social. As relações de produção correspondem a um certo estágio das forças produtivas. Estas consistem no conjunto formado pelo clima, água, solo, enfim fatores de produção.

A maneira pelo qual as forças produtivas se organizam em determinadas relações de produção num dado momento histórico chama-se modo de produção. No entanto, as forças produtivas só podem se desenvolver até certo ponto, pois ao atingirem um estágio por demais avançado, entram em contradição com as antigas relações de produção que se tornam inadequadas. Surgem, então, as divergências e a necessidade de uma nova divisão de trabalho. A contradição aparece como antagonismo de classes. No modo de produção capitalista a relação antitética se faz entre burguês que é o detentor do capital, e o proletário, que nada possui e vive na medida em que vende a sua força de trabalho. Aprofundando mais esse tópico, desembocaremos na "mais-valia", que é a compra da força de trabalho por um preço que se refere a X horas de trabalho, mas que o capitalista faz o empregado trabalhar 2X horas de trabalho. Com x horas de trabalho o operário se sustenta, o restante é a mais valia, lucro para o capitalista.

Esses dados dão uma noção básica do porquê da luta de classes e do que ela é. Analisando a concepção do Estado marxiano e engelsiano, tem-se que o Estado é existente em função dessa luta de classes, ou melhor, com objetivo indireto de oprimir uma classe em detrimento à outra. Naturalmente a classe oprimida é o operariado. Quanto a ditadura do proletariado, quando não houver mais distinção de classes, os privilégios concedidos à burguesia e as dificuldades criadas aos

proletários, o Estado será algo que não terá mais necessidade, pois é válido lembrar que é um mal na visão negativista. E como é afirmado no livro: o Estado morrerá naturalmente.

No entanto, como comentário final, gostaria de expressar que segundo Engels e Marx o Estado será desnecessário na medida em que a luta de classes desaparecer. Isso é lógico ao se analisar a sua proposta. Mas se a luta de classes não se extinguir, numa hipótese, a própria teoria Marx-engelsiana nos prega a necessidade do Estado, pois o final do Estado nessa teoria é o final do raciocínio; no entanto se numa visão realista a luta de classes continuar e se efetivar o Estado continuará necessário para fazer a própria luta de classes se perpetuar.

É evidente que a antítese apresentada vai totalmente contra os preceitos de Marx e de Engels, mesmo assim é válido citá-la apenas como comentário, não tendo nenhuma pretensão crítica ou corretiva aos grandes pensadores e às suas respectivas teorias.

E - Tecnocracia - Saint-Simon

O conceito básico dessa teoria é o da sociedade industrial, relacionado às fábricas e todas as consequências da revolução industrial.

Sant-Simon divide a sociedade em duas categorias: os industriais que intervêm diretamente na produção de bens, e os ociosos, antigos privilegiados da nobreza e do clero que vivem da renda da terra. Vê na Revolução Francesa não só a realização de um ideal da razão, mas uma luta efetiva entre grupos sociais determinados.

Estabelece ainda um plano de sociedade industrial - uma sociedade dirigida pelos produtores. Entende-se por produtores não só a classe operária mas todos os que criam banqueiros, empresários, sábios, artistas. Seu objetivo é melhorar a sorte da classe mais numerosa, mais pobre. Seu pensamento comporta uma crença na ciência e uma crença no espírito religioso. Daí a ressalva feita por Bobbio quanto à influência religiosa, o "nouveau christianisme", na sua obra.

F - O Anarquismo

É comum as pessoas identificarem o anarquismo como sendo, caos, bagunça. Na verdade, não se trata disso. Ao pé da letra anarquia significa sem governo. O princípio que rege o anarquismo está na declaração de que o Estado é nocivo e desnecessário, pois há formas alternativas de organização voluntária.

A proposta anarquista não se deve confundir com individualismo, pois essa organização coercitiva deve estar fundada na cooperação e na aceitação da realidade da comunidade. O homem é um ser capaz naturalmente de viver em paz com seus semelhantes, mas as instituições autoritárias deformam e atrofiam tendências cooperativas. Nota-se aí a tese da espontaneidade tão defendida por Rousseau. Surge então um aparente paradoxo, ou seja, a realização da ordem na anarquia: mas a ordem da anarquia é uma ordem natural.

Neste sentido, a sociedade estatal possui uma estrutura cuja construção é artificial, pois cria uma pirâmide em que a ordem é imposta de cima para baixo. A sociedade anarquista seria, não uma estrutura, mas um organismo que cresce de acordo com as leis da natureza, e a ordem natural se expressa pela autodisciplina e cooperação voluntária, e não pela decisão hierárquica.

Por isso os anarquistas repudiam até a formação de um partido, já que prejudica a espontaneidade da ação, tendendo a burocratizar e a exercer formas de poder. Também tem as estruturas teóricas, na medida em que podem tornar-se corpo dogmático. Daí o anarquismo ser mais conhecido como movimento vivo e não tanto como doutrina. A ausência de controle e poder torna o movimento anarquista oscilante, sempre frágil e flexível, podendo ficar inativo por muito tempo, para surgir espontaneamente quando necessário.

A crítica à existência do Estado leva à tentativa da pirâmide do poder que o Estado representa, a organização social que deriva dessa inversão deve-se reger pelo princípio da descentralização, procurando estabelecer a forma mais direta de relação, ou seja, a do contrato "cara a cara". A responsabilidade começa a partir dos núcleos vitais da vida social, onde também são tomadas decisões: o local de trabalho, os bairros. Quando isso não é possível por envolver outros segmentos, formam-se federações. O importante, porém, é manter a participação, a colaboração e a consulta direta entre as pessoas envolvidas.

Os anarquistas criticam a forma tradicional de democracia parlamentar, pois a representação contém o risco de alçar ao poder um demagogo. Quando a decisão envolve áreas mais amplas, havendo necessidade de convocação de assembléia, a proposta é de escolha de delegados por tempo limitado e sujeitos à revogação do seu mandato.

Os grandes expoentes do anarquismo foram Bakunim, Proudhon, e Kropotkin. Além destes o anarquismo encontra simpatizantes em Oscar Wilde, Tolstoi, George Orwell, Picasso, Aldoux Huxley e outros.

Atualmente, um importante movimento ligado ao anarquismo foi o movimento estudantil de 1968.

III - Opinião

Nesta parte do trabalho, concentrarei minha opinião principalmente em aspectos que melhor se adaptem à atual realidade.

O atual Estado brasileiro passa por diversas crises que são conseqüências de problemas de outrora e assim por diante. Esses problemas vêm se agravando desde a década de 1960, com a atenuante de que a indústria nacional já estava praticamente encaminhada, graças a Juscelino Kubitschek. Sem isso a situação seria semelhante a de um Paraguai, cujos produtos industrializados provêm, em maioria, do exterior. O plano de desenvolvimento de Juscelino estava ligado a uma noção de longo prazo, porém com o golpe militar houve muitas mudanças: os grandes problemas da atualidade nascem, de certo modo, nessa época. A dívida externa aumenta dia a dia, o povo tem salário mínimo irrisório, a saúde totalmente precária, além do péssimo atendimento médico, a educação seriamente prejudicada, a

segurança lastimável, e assim por diante, completando um círculo vicioso interligado.

Em um país com estes tipos de problemas, é difícil de teorizar um Estado que solucione todos os problemas, pois tanto na visão positiva quanto na negativa a função do Estado é proporcionar a resolução das problemáticas da vida em sociedade. O que difere entre as duas teorias é a nível de enfoque: uma vê o Estado Benéfico, a outra como sendo um mal necessário ou não. Se se adota um Estado forte, pode-se consertar o país, mas ao custo de perdermos nossas liberdades inalienáveis, sem falar no risco desse governo forte não conseguir resolver os problemas. Por outro lado, se se adotar uma anarquia, ou então o Estado mínimo, se consolidarão de uma vez, a discórdia, a ganância e a guerra, de todos contra todos, pois cada um vai pensar somente nos seus objetivos, não vai haver fraternidade e será quase que certa a volta ao Estado de natureza. Por aí se percebe que os extremos dificilmente funcionariam aqui no Brasil, hoje em dia.

O que seria preciso, acima de tudo, é a conscientização do povo, dos governantes no sentido de tentar evoluir a sociedade num âmbito comum a todos. Havendo esse senso de união, de vida coletiva, grande parte dos problemas seriam resolvidos, pois, como disse, fazem parte de um círculo vicioso interligado, e com isso resolvendo-se um problema, parte de outro problema já estaria solucionado.

Quanto ao final do Estado no Brasil, deve-se considerar essa hipótese bastante longínqua, pois para haver o final do Estado são pressupostos vários condicionantes: alto senso de vida em coletividade, liberdade, conscientização do povo em geral. Até hoje isso não ocorre com a devida intensidade, aqui no Brasil. Resta a nós, brasileiros, considerar uma sociedade sem Estado como sendo uma sociedade de Vanguarda, pelo menos por enquanto.

Bibliografia

ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia : aparência e realidade*. São Paulo, Brasiliense, 1987.

ARRUDA, Maria Lúcia Aranha & PIRES, Maria Helena. *Filosofando*.

BOBBIO, Norberto. *Estados, governos e sociedade : para uma teoria geral de política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1987.

_____. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo, Brasiliense, 1986.

CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Machiavel a nossos dias*

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 1989.

MATOS, Olgaria. *Rousseau : uma arqueologia da desigualdade*

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 4. ed. Trad. Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira. Portugal, Brasil, Ed. Presença, 1980. 2v.

São Paulo, agosto de 1989.

CURSOS

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE IMIGRAÇÃO E INTEGRAÇÃO
Bienal de São Paulo - 3º andar - Ibirapuera
Mesa da Faculdade de Direito - USP

O IMIGRANTE E O DIREITO

Coordenação: *Profª Georgette Nazo*

Apresentação

Numa promoção do *Jornal do Imigrante* (órgão estranho a USP) e da Universidade de São Paulo, realizou-se o VI Congresso Brasileiro de Imigração e Integração, na Bienal de São Paulo, nos dias 30/06 e 1º/07/87.

A Faculdade de Direito da USP, convidada a participar, compôs a mesa: "O Imigrante e o Direito", no dia 30/06/87.

Por determinação do Professor Dalmo de Abreu Dallari, então Diretor da FDUSP, foi designada a Profª Georgette Nacarato Nazo, do Departamento de Direito Internacional, para organizar o temário que ficou assim estabelecido:

Tema I: "Aspectos legislativos atuais de Imigração Estrangeira - a imigração irregular; as fronteiras do território nacional e a importância da integração latino-americana".

Expositora: *Profª Georgette Nazo*

Tema II: "Imigração Italiana: sua importância histórica; os acordos vigentes entre o Brasil e a Itália e as propostas para um maior entrosamento".

Expositor: *Profª Gustavo Zanini*

Tema III: "Imigração Japonesa: o estatuto do estrangeiro e eventuais acordos bilaterais para o devir".

Expositor: *Profª Masato Ninomiya*

Tema IV: "Regime do Capital Estrangeiro e da Transferência de Tecnologia no Brasil".

Expositor: *Profª Fábio Nusdeo* (Deptº de Dir. Econômico)

Após as exposições, houve debates. As palestras aqui publicadas conservam as colocações feitas em 1987, portanto, com referências à Constituição Federal então vigente à época do VI Congresso.

A segunda delas, do Profª Gustavo Zanini, foi publicada, com anterioridade, devido a seu passamento, naquele ano, podendo ser encontrado no vol. 82 de 1987 às páginas 223.

Seguem, aqui, as outras três exposições: Nazo, Ninomiya e Nusdeo.

Tema I: "Aspectos legislativos atuais da Imigração Estrangeira - a imigração irregular; as fronteiras do território nacional e a importância da integração latino-americana".

Expositora: Prof^ª Georgette Nazo

1 - Colocação do problema

A migração de pessoas de um país para outro conduz ao exame da capacidade de gozo, de exercício, e do reconhecimento de direitos que a *lex fori* lhe conceda, ao permitir sua entrada e permanência em país diverso de sua procedência, ou origem.

É insito à natureza humana, o desejo de conhecer outros povos, outras civilizações, de estabelecer contatos, de entabular negócio com seus semelhantes *aliundi*, de buscar em outras plagas melhores condições de vida e de trabalho que não obtiveram no país onde nasceram. É o chamado *jus communicationis*.

Ora, justamente os que buscam melhores condições de vida e de trabalho fora de seus países de origem, pretendendo estabelecer-se num outro, é que ficam abrangidos dentro da expressão migração internacional. Semelhante situação pode ser individual ou coletiva desde que haja a decisão de deixar de forma legal e voluntária a pátria de procedência para radicar-se em outra. Sua entrada nesta outra pátria também deve ser legal.

Migrações internacionais, portanto, englobam tanto as emigrações, ou seja, os deslocamentos humanos considerados sob a perspectiva do Estado de origem, quanto as imigrações, isto é, deslocamentos humanos encarados sob o prisma do país de destino ou receptor. Todavia, neste ponto, devemos tecer considerações mais precisas no tocante ao fenômeno migratório: se o indivíduo ao deixar o país de procedência fá-lo com a intenção de se estabelecer em outro, é ao mesmo tempo emigrante e imigrante; se a entrada definitiva no país de destino é feita com ânimo definitivo, buscará, em último lance, a naturalização no novo Estado; no entanto, poderá ocorrer uma imigração apenas temporária, pois predominará o desejo de retornar um dia ao país de procedência.

Assim sendo, o estrangeiro é aquele estranho a um determinado ordenamento jurídico. É o não-domiciliado, o não-residente; e para os sistemas jurídicos confessionais, que têm, na religião, o elemento de ligação da pessoa a uma ordem jurídica ou aos costumes de um lugar, é considerado estrangeiro, aquele que é infiel à crença religiosa predominante nesse sistema.

É, pois, a legislação interna de cada Estado que determina quais são os seus nacionais, merecendo, na ordem jurídica internacional, o respeito dos outros Estados. Aliás, já na Convenção sobre Nacionalidade, firmada na Haia em 1930, o art. 1º foi bastante preciso nos seguintes termos:

Art. 1º "Cabe a cada Estado determinar por sua legislação quais são os seus nacionais. Essa legislação será aceita por todos os outros Estados desde que esteja de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade".

Esta Convenção foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 21.798, de 6 de setembro de 1932.

Se examinarmos a história do direito brasileiro, verificaremos que a nacionalidade, sua aquisição ou perda, situou-se, desde o Império, no campo do direito público, diversamente do que ocorreu na Europa, onde a matéria era enfocada exclusivamente nos códigos civis, portanto, no âmbito do direito privado.

Com a Constituição Republicana de 1891 no art. 72, § 11, dispensou-se o passaporte para entrada e saída de estrangeiro "com sua fortuna e bens", do território nacional, em tempo de paz como e quando lhe convier.

Assegurava-se, já a brasileiros e a estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos de liberdade, segurança individual e propriedade, nos itens do mesmo art. 72, sendo que, no § 2º deste consagrou-se a equiparação completa entre os nacionais e estrangeiros residentes no país.

Promulgado o Código Civil em 1916, o artigo 3º foi expresso: "A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto a aquisição e ao gozo dos direitos civis", precedido do art. 2º que assim reza: "todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil".

Com a revisão constitucional de 1926, a modificação feita na redação do § 11 do mencionado artigo 72, já não falava em "como e quando lhe convier", independentemente de passaporte, ficando para a lei ordinária disciplinamento da matéria relativa ao passaporte. Com efeito, o Decreto nº 18.384, de 11 de setembro de 1928 é que tornou obrigatório o uso de passaporte para entrada e saída de estrangeiros, procurando adequar aos interesses da colonização, a indesejável entrada de alienígenas que viessem perturbar a ordem interna. Aliás, semelhante disposição era corrente, também, de restrições relativas à exploração e aproveitamento de minas e jazidas minerais, estabelecendo a expulsão dos indesejáveis.

A sistemática da equiparação completa aos nacionais para o estrangeiro, sem exceções, reservas, ou reciprocidade, foi a tônica da América Latina, consagrada não só em disposições constitucionais, como em leis civis e internacionais, desde os albores do séc. XIV.

Com efeito, na quase totalidade das Constituições latino-americanas, concedeu-se equiparação entre nacionais e estrangeiros. Esta igualdade de tratamento foi inserida, também, no direito privado, especialmente nos códigos civis que se apartaram do sistema do Código de Napoleão, como ocorreu no Chile, em 1855, Colômbia, Equador, Venezuela, Guatemala, Nicarágua, Uruguai, Honduras, Costa Rica, Salvador, Brasil (art. 3º), Peru, Panamá e, por influência da obra de um jurista brasileiro, Teixeira de Freitas, em seu *Esboço*, na Argentina e Paraguai.

A repercussão da igualdade e equiparação do estrangeiro ao nacional encontrou com efeito, em textos internacionais latino-americanos, sua colocação pioneira frente às posições européias. O Tratado de Lima de 1879 para estabelecer regras uniformes em matéria de direito internacional privado, dizia no art. 1º: "Os estrangeiros gozam na República dos mesmos direitos civis que os nacionais".

Apesar de não ter entrado em vigor serviu de orientação ao Tratado de Direito Internacional Privado firmado entre Equador e Colômbia em 8 de junho de 1903, ainda em vigor.

Em 1928, em Havana, dois textos internacionais importantes são votados e aceitos pela grande maioria dos países das Américas: "A Convenção sobre a Condição Jurídica do Estrangeiro", cujo art. 5º, assim se expressa:

"Os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem aos próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas à extensão e modalidades do exercício dos ditos direitos e garantias".

E o Código de Direito Internacional Privado (Código Bustamante) que no art. 1º, primeira parte, reza:

"Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais".

Estas duas Convenções constituem, ainda, direito positivo brasileiro, por força dos decretos que as promulgaram: a primeira, pelo Decreto nº 18.956 de 22 de outubro de 1929, o segundo, pelo Decreto nº 18.871 de 13 de agosto de 1929.

2 - O Direito Brasileiro depois de 1930

Com o advento do Governo Getúlio Vargas, na década de 1930, houve preocupação em se dar proteção à mão-de-obra nacional e daí para a frente as Constituições buscaram atribuir à União o disciplinamento da imigração via lei ordinária.

Embora se assegurassem direitos fundamentais ao estrangeiro, na igualdade de tratamento com os nacionais, pois já vigoravam entre nós o Código Bustamante (Decreto nº 18.871 de 13/08/29) e a Convenção de Havana sobre condição dos Estrangeiros (Decreto nº 18.956 de 22/10/1929), algumas restrições, todavia, lhe foram impostas, especialmente no exercício de determinadas atividades, cabendo à legislação ordinária específica, a regulamentação especial.

As Constituições posteriores a 1930 até a atual, mantiveram a tradição de igualdade de tratamento a nacionais e estrangeiros, apenas dando um enfoque técnico mais adequado aos conceitos de nacionalidade, cidadania e naturalidade. Enquanto esta última é mero vínculo territorial sem consequência jurídica, pelo nascimento em determinado local, nacionalidade é o vínculo pessoal que liga o indivíduo a um determinado Estado, dentro da Comunidade Internacional; e cidadania é o vínculo político do nacional de um Estado, no gozo de direitos políticos, isto é, o eleitor, o que vota e pode ser votado.

Desta forma, pela nacionalidade, pelo vínculo pessoal é que se distingue entre nacionais e estrangeiros, gozando estes últimos, dos direitos civis, equiparados, portanto, aos brasileiros, por força de tradição constitucional, reservando-se, para a lei ordinária, determinadas restrições ao exercício desses direitos civis.

O que podemos ressaltar neste longo período de mais de 55 anos é a proliferação de textos legislativos disciplinando a situação do estrangeiro no território nacional, com serviços especializados de imigração, sem que se estabelecesse, com eficiência, uma verdadeira política imigratória, devidamente planejada, com vistas ao desenvolvimento econômico e à segurança nacional.

É curial, portanto, que num tema tão vulnerável como este da migração internacional, o Estado faça as exigências necessárias para que esta migração seja sadia, preservando sua integridade institucional, resguardando os interesses nacionais de qualquer natureza, buscando seus objetivos permanentes de desenvolvimento e segurança. Assim sendo, a exigência feita pelo Estado no tocante à entrada regular do estrangeiro no país, não constitui violação aos direitos humanos. Muito ao contrário, é justamente no respeito a esses direitos humanos básicos e fundamentais da coletividade de seus súditos, que o Estado disciplina e condiciona o ingresso de qualquer estranho e impede a imigração ilegal e clandestina.

Afinado com o respeito aos direitos humanos proclamados em textos internacionais na América Latina (não só os já citados, mas também Convenções sobre Asilo e Direitos Humanos) e textos universais como a Declaração dos Direitos do Homem (ONU), o direito brasileiro não se afastou dos critérios precursores de igualdade de direito entre nacionais e estrangeiros aqui residentes, bem como, em determinada fase de sua história, estabeleceu o regime de cotas de imigração, na conformidade de sua política interna, de suas conveniências, embora se tenha verificado que, dada a dimensão de nossas fronteiras, não tem sido fácil um efetivo controle da entrada ilegal e clandestina que se verifica em diversos pontos do território nacional, gerando problemas que o legislador tentou equacionar no novo Estatuto do Estrangeiro, na década de 1980.

Além disto, indispensável, também, como consequência das migrações internas dos próprios nacionais, uma tomada de posição mais enérgica no tocante à entrada indiscriminada de estrangeiros, nos tempos atuais, visando preliminarmente - o assentamento dos migrantes nacionais, de sorte a que possam ser aproveitados no envolver socioeconômico do País; e, depois, contemplar a efetiva necessidade da imigração de outros povos, que possam contribuir com novas técnicas, no plano científico e cultural, para o aprimoramento da nossa economia, visando o desenvolvimento da Nação como um todo e do indivíduo como pessoa humana.

Com efeito, se um dado período de nossa história houve interesse num fluxo maior de migrantes estrangeiros que em muito colaboram para povoar nossa vasta extensão territorial e trouxeram, com a força de seu trabalho, um crescimento para o País e uma miscigenação de raças com elementos autóctones, sendo difícil mesmo dar um perfil exato do brasileiro que é a soma de toda esta miscigenação, é irretorquível um equacionamento e um disciplinamento na entrada de elementos estranhos, especialmente os clandestinos.

A visão que se tem no Brasil de hoje é a que foi objeto de considerações pelo Banco Mundial (BIRD): um Brasil de Norte, um Brasil do Sul e o Brasil da imensa fronteira terrestre, que, a despeito do trabalho permanente da Polícia de Fronteiras, não tem conseguido impedir a clandestinidade, a irregularidade e o aporte de estranhos que vêm perturbando a segurança nacional em diversos setores, trazendo intranquilidade para os nacionais e para aqueles que aqui se acham regularmente acolhidos e assimilados aos nacionais: os estrangeiros domiciliados e residentes no Brasil, regidos pelas leis brasileiras. Entenda-se domiciliado o que tem permanência no País e residente, aquele que está de passagem.

É importante fazer aqui um esclarecimento: a partir de 1942, o direito brasileiro não mais considerou o elemento nacionalidade como vinculador da pessoa a uma ordem jurídica. Adotou, isto sim, o critério do domicílio como vínculo pessoal prevalecente. Com isto, os estrangeiros domiciliados no Brasil, portanto com permanência definitiva e *ipso facto*, os residentes (caráter temporário) são abrangidos pelas leis brasileiras, a elas devendo obediência.

3 - O disciplinamento atual e a entrada irregular

A estes, regularmente recebidos, deixo claro que a Constituição vigente (1967 e Emenda Constitucional nº 1/1969), em seu Capítulo IV, na rubrica dos Direitos e Garantias Individuais (art. 153) assegura-lhes os mesmos direitos que aos brasileiros, no tocante à inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

As duas únicas restrições constitucionais expressas aos direitos dos estrangeiros (residentes e *a fortiori* não-residentes) estão claramente elencados nos arts. 173 § 1º e 174 - I, III e seu § 1º, *Verbis*:

Art. 173, § 1º - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, serão brasileiros natos.

Art. 174 - A propriedade e administração de empresas jornalísticas de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão são vedadas: I - a estrangeiros, III - as sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto partidos políticos.

§ 1º - A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas neste artigo caberão exclusivamente a brasileiros natos.

Ainda na regulamentação constitucional atual, a Constituição Federal (Emenda nº 1/69), também estabelece restrições a serem regulamentadas por legislação ordinária; por exemplo: prestação, por brasileiros, de assistência religiosa às forças armadas e auxiliares e nos estabelecimentos de internação coletiva (art. 153, I 7º).

Por seu turno o § 26 desse artigo dispõe:

"Em tempo de paz qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos".

Coube à lei ordinária - o denominado Estatuto do Estrangeiro - o disciplinamento da situação do alienígena no território nacional, visando tão-só e exclusivamente os aspectos legais concernentes à sua entrada e permanência no território nacional, impondo-lhes direitos e deveres. Merece realce, nessa nova legislação ordinária, a criação de um Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho, ao qual competirá orientar e coordenar as atividades de imigração (artigos 129 a 141 do atual Estatuto).

No que concerne ao tema que nos coube analisar, relativo à imigração ilegal e clandestina tanto a Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), atualizada pela Lei nº 6.964 de 9 de dezembro de 1981, acompanhada do Regulamento baixado pelo Decreto nº 86.715 de 10 de dezembro de 1981, têm disposições especiais, abrindo para o problema da deportação uma colocação

específica no Título VII do Estatuto, conjugado com o Título VI do Regulamento. Desta forma, a deportação é figura destacada no Direito Brasileiro que se não se confunde com a expulsão, nem com a extradição, que são objeto de títulos próprios do referido Estatuto e com Regulamentação adequada e distinta.

Andou bem, o legislador nacional, porquanto, a deportação é uma medida mais branda, tomada pela autoridade competente, facultando ao estrangeiro que entrou irregularmente no país ou aqui permaneceu também irregularmente, um prazo para que, voluntariamente, este estrangeiro se retire do território nacional; a mesma faculdade é concedida ao clandestino, mediante a notificação de um prazo. Não atendida a notificação da autoridade brasileira, nas hipóteses acima, ou não procurando o estrangeiro regularizar a sua estada no país, sujeita-se à retirada compulsória que é a deportação. O Estatuto não estabelece nenhuma prioridade quanto ao local de destinação do deportado, que poderá optar pelo país de origem, ou de procedência, ou ainda por um terceiro, se tal opção não obstar ou dificultar a execução da ordem de deportação.

Ocorrendo a entrada irregular ou a clandestinidade, ou a permanência ilegal, não se exime o estrangeiro das multas que lhe são aplicadas, ficando portanto devedor ao Tesouro Nacional. Se o estrangeiro atender à notificação, verdadeiro convite para que se retire voluntariamente do país, nenhum impedimento se lhe oporá ao reingresso regular no Brasil, desde que ressarça ao Tesouro Nacional, com correção monetária, os ônus decorrentes das multas que lhe foram aplicadas.

4 - O privilégio jurisprudencial a favor do deportando

Neste passo é conveniente lembrar que a jurisprudência tem aplicado ao deportando o mesmo tratamento que dá ao expulsando, nas hipóteses em que ele tenha mulher ou filho brasileiro que dependam do seu sustento, embora no título próprio da deportação, o Estatuto não preveja tal hipótese, como vem configurada no Título relativo à expulsão.

A providência em benefício do estrangeiro nestas circunstâncias, constitui a Súmula nº 1 do Supremo Tribunal Federal que diz expressamente: "É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna".

Conclusões

É inegável que o Governo brasileiro se tem mostrado sensível à situação irregular dos estrangeiros que aqui permanecem. Conclamando-os a que se apresentem às repartições públicas competentes oferecendo-lhes prazos, dilatando-os, de sorte a possibilitar-lhes a regularização de sua permanência no Brasil, visa, em última análise, protegê-los para que fiquem ao amparo da lei e não contra a lei.

Encerra-se, hoje, o recadastramento dos estrangeiros com permanência definitiva no País e verifica-se que o índice ficou abaixo das expectativas, o que é injustificável, vez que seus documentos ficam sem validade, correndo risco de aplicação de medidas extremas. Quero crer que este prazo venha a ser dilatado novamente para benefício daqueles que tanto contribuíram para o engrandecimento do País.

Concito, também, aqueles que se acham irregularmente no Brasil, que busquem acertar suas condições de permanência, de sorte a poderem desfrutar dos benefícios legais, sendo assimilados e integrados à Nação.

Espero, também, que agora que uma perspectiva democrática se abriu na América Latina, haja um esforço dos governos dos países vizinhos, no sentido de barrar e evitar a clandestinidade em nossas fronteiras territoriais, saneando o tráfego indevido, de seus nacionais para nosso País, bem como evitando o favorecimento da entrada de estrangeiros de outras nações que vêm pondo em risco a segurança do próprio continente.

É o que me cabia esclarecer, agradecendo a oportunidade de participar deste Seminário, com um auditório selecionado, integrado por docentes da Universidade de São Paulo, de diversas faculdades, interessadas na questão.

Bibliografia

- CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo : Saraiva, 1983.
- CALLEJAS BONILA, Policardo. Aspectos jurídicos del tratamiento a los migrantes y refugiados en America. In: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL, 8, Washington: OEA, 1981. Washington, OEA / Comité Jurídico Interamericano, 1981. p.51-63.
- CARVALHO, A. Dardeau de. *Situação jurídica do estrangeiro no Brasil*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1976.
- CHAVES, Antonio. *As normas nacionalizadoras no direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1950.
- FARIA, Antonio Bento de. *Sobre o direito de expulsão: direito internacional, direito nacional*. Rio de Janeiro : Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.
- FOGAGNOLI, Cláudio. *O passageiro internacional, legislação constante da questão imigratória do turismo e dos passageiros dos meios de transportes internacionais*. São Paulo : Ed. Matra, 1971.
- FRAGA, Mirtô. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- NAZO, Georgette Nacarato. Cláusula de assimilação aos nacionais. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v.15, p.33-5.
- NAZO, Georgette Nacarato. Cláusula de livre acesso. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v.15, p.70-2.
- VALLADÃO, Haroldo Teixeira. *Direito internacional privado*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Liv. Freitas Bastos, 1974.
- VERDROSS, Alfred. Les règles internationales concernant le traitement des étrangers. *Recueil des Cours*, Paris, v.3, n.37, p.350, 1931.

Tema II: - "Imigração Italiana: sua importância histórica; os acordos vigentes entre o Brasil e a Itália e as propostas para um maior entrosamento".

Expositor: *Prof^º Gustavo Zanini*

Este tema foi antecipado no fascículo nº 82, da Revista da Faculdade de Direito.

Tema III - "A Imigração Japonesa, o estatuto do estrangeiro e eventuais acordos para o devir"

Expositor: *Masato Ninomiya*

I - Histórico

A imigração japonesa para o Brasil se iniciou a 18 de junho de 1908, com a chegada do vapor *Kasato Maru* no porto de Santos, trazendo uma leva de 779 imigrantes (165 famílias) para suprir a mão-de-obra na lavoura cafeeira do Estado de São Paulo. Esta é a primeira fase da imigração japonesa que se estende até 1925, sendo considerada uma etapa experimental.

Vale ressaltar que até 1921, parte das despesas de passagem destes imigrantes era subsidiada pelo Governo do Estado de São Paulo. Nesta fase entraram cerca de 40 mil imigrantes.

A segunda fase, que se estende de 1925 até 1941, ano do início da Segunda Guerra Mundial, foi a época áurea da imigração. Devido às restrições impostas pelo Governo dos Estados Unidos, e com o subsídio concedido pelo Governo japonês que chegou a ser o de 100% de passagem a partir de 1924, um contingente de cerca de 150 mil imigrantes vieram para o Brasil neste período. Coincide, obviamente, com o período de recessão pós-Primeira Guerra e reflete a política nacional japonesa de imigração para resolver o problema do desemprego no país. Embora parte desse contingente tenha sido destinado à Amazônia, a grande maioria veio para o Estado de São Paulo.

A terceira fase é o período pós-guerra. A imigração foi reiniciada em 1952, com o reatamento das relações diplomáticas entre os dois países, após o Tratado de Paz de São Francisco que entrou em vigor naquele ano. O auge da vinda dos imigrantes japoneses nesta fase se deu por volta de 1958; mas na década de 60, com o rápido desenvolvimento da economia japonesa, o número diminuiu paulatinamente, até chegar a dois dígitos nos últimos anos. Cerca de 60 mil imigrantes aqui vieram nesses 35 anos.

A título de ilustração, gostaria de examinar o número de imigrantes que chegaram aqui, de 1979 a 1986. Segundo o *Anuário Estatístico do Brasil* publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), são os números seguintes de permanências concedidos aos japoneses nos últimos anos.

1979 - 237

1980 - 206

1981 - 664

1982 - 233

1983 - 86

1984 - 60

1985 - 45 (destes, 21 vieram como agricultores)

1986 - 33 (dados não-oficiais - agricultores)

Podemos concluir, a partir dos números acima, que não chegam a 2 mil os imigrantes japoneses que aqui vieram nos últimos dez anos. Uma média, portanto, de cerca de 200 pessoas por ano, o que significa muito pouco em relação ao passado, bem como ao volume fixado pelo Acordo de Migração ao qual nos referimos adiante.

Embora não disponha de números precisos a respeito, estima-se em cerca de 800 mil, o número de japoneses e seus descendentes radicados no Brasil. Destes, cerca de 120 mil possuem a nacionalidade japonesa.

O progresso econômico alcançado pelo Japão nos últimos 25 anos vem desestimulando a emigração, principalmente para os países em desenvolvimento. Como vimos no quadro acima, o Brasil não constitui exceção.

II - A Política Brasileira de Imigração

Verificamos, por outro lado, mudanças na política brasileira de imigração. Temos recordação recente do caloroso debate no processo de discussão da Lei 6.815 de 1980, modificada, mais tarde, pelo Decreto nº 86.715 de 10 de dezembro de 1981, conhecido como *Novo Estatuto do Estrangeiro*. Havia, de um lado, a tradição liberal de outrora no que concerne ao recebimento do fluxo migratório externo.

Por outro lado, devido ao crescimento demográfico acentuado, o mercado de trabalho passou a receber anualmente, cerca de 1,5 milhão de trabalhadores. Embora na década de 70, começou-se verificar um limite na capacidade brasileira de investimentos que resultassem na criação de novos empregos.

Outrossim, não podemos deixar de considerar a existência de um forte fluxo migratório interno que tem resultado na concentração demográfica dos grandes centros urbanos.

O diploma legal que rege a imigração japonesa no Brasil é o Acordo de Migração e Colonização entre Japão e os Estados Unidos do Brasil, celebrado no dia 14 de novembro de 1960.

Dentro desse esquema são previstas as migrações espontânea e dirigida.

A migração espontânea é a que se opera por livre iniciativa e às expensas dos migrantes. Incluem-se nesses casos os imigrantes que aqui chegavam por intermédio dos parentes que já haviam se estabelecido anteriormente firmados dentro das atividades previstas na legislação brasileira. A migração dirigida, executada de acordo com planos estabelecidos pelas partes, foi de grande importância para fixar grandes contingentes de imigrantes, principalmente na agricultura, e mais recentemente, na indústria. Queremos citar aqui, a título de exemplo, o caso da Cooperativa Agrícola de Cotia que, durante doze anos, de 1955 a 1967, trouxe um contingente de mais de 2,5 mil jovens de dezoito a 25 anos junto aos cooperados e depois, foram se tornando independentes. São os chamados "*Cotia Seinem*" e citados constantemente como um dos casos de maior sucesso de migração dirigida, uma vez que quanto ao objetivo almejado que era a sua fixação no campo, verificou-se um índice de 60%.

III - Mão-de-obra atualmente disponível no Japão e uma das propostas alternativas de imigração

Já tivemos a oportunidade de mencionar que o Japão vem alcançando um progresso econômico que resultou no desestímulo à emigração. Gostaria, então, de examinar que tipo de mão-de-obra seria disponível para esse fim.

A expectativa de vida no Japão, segundo os dados de 1985, é de 74,8 anos para os homens e 80,5 para as mulheres, o que eleva a proporção da população de idosos acima de sessenta anos, atualmente de 14,6% em 1985, para 21,5% no ano 2000.

Aposentadoria no Japão ocorre entre 55 a sessenta anos de idade, tanto na iniciativa privada quanto no serviço público. A bem da verdade, com exceção de um punhado de escolhidos que ocuparão futuramente os cargos de direção, o afunilamento já se inicia pouco depois dos cinquenta anos. É freqüente vermos técnicos, engenheiros, bem como especialistas na plenitude de sua capacidade profissional, serem convidados a sair da linha normal de ascensão funcional, transferindo-se para empresas. Os que trabalham nas empresas de menor porte não gozam sequer desse privilégio, embora pesquisa recente indique que 63% da faixa etária de cinquenta a 59 anos e 78% na de sessenta à 64 anos, gostariam de trabalhar, se houvesse oferta de emprego.

Houve recentemente, na esfera governamental, um plano denominado "Silver Colombo" que pretendia transferir um certo número de aposentados com recursos para países que apresentassem condições e ambientes propícios para pessoas idosas e países como Espanha, Portugal, Austrália, Nova Zelândia, Costa Rica e Uruguai foram citados como eventuais candidatos. Surgiram, entretanto, críticas a respeito e parece que o assunto passou a ser menos discutido.

Existe, entretanto, outro grupo de aposentados que não visam apenas gozar a velhice no exterior, mas que pretendem continuar a trabalhar, o que seria alvo do nosso eventual interesse. Já existem entidades privadas com reconhecimento governamental, como a Japan Silver Volunteers Inc. (JSV), a exemplo do International Executive Service Corps (IESE), Canadian Executive Service Corps (CESO), British Executive Service Overseas (BESO), Exchanges et Consultations Techniques Internationaux (ECTI), respectivamente dos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e França. Trata-se de entidades sem fins lucrativos que fornecem assessores voluntários aposentados para prestar assistência técnica às organizações ou expansão de suas capacidades técnicas. As empresas que pleiteiam tal tipo de assessoria somente arcam com as despesas do casal, tais como viagens, hospedagens e despesas administrativas.

Este tipo de plano para aproveitamento de aposentados juntamente com os tipos tradicionais de imigrantes poderia ser objeto de estudo por parte dos governos interessados.

Em agosto de 1986, o então Secretário Geral Henri Philippe Reichstul, da Secretaria de Planejamento da Presidência visitou o Japão. Entre os diversos temas discutidos com as autoridades daquele país, estava a proposta de intensificação e

ampliação da cooperação técnica japonesa ao Brasil através do programa que seria denominado de *Silver Age*

A idéia básica seria a ampliação substancial do programa de vinda de técnicos japoneses para setores públicos e privados no Brasil que necessitam de especialistas diversos. Assim, no âmbito do Acordo de Cooperação Técnica e Acordo de Migração, os governos poderiam estabelecer os seguintes procedimentos:

do lado japonês

1. Enquadramento dos técnicos japoneses solicitados pelo Brasil no mecanismo de cooperação técnica de JICA - Japan International Cooperation Agency, agência governamental japonesa para assuntos de cooperação técnica internacional.

2. Assegurar no Brasil os custeios de manutenção de intérpretes ou tradutores necessários.

3. Assegurar a remessa de vencimentos e fundos de aposentadoria.

do lado brasileiro

1. Enquadrar no mecanismo de cooperação técnica a nível do Ministério de Relações Exteriores, as solicitações de técnicos japoneses pelas empresas brasileiras, através de convênio-padrão, definindo as responsabilidades governo-empresa.

2. Estabelecer setores prioritários que poderiam receber especialistas japoneses, entre os Ministérios de Relações Exteriores e do Trabalho.

3. Estabelecer normas sobre concessão de vistos permanentes para técnicos que vencido o compromisso de cooperação técnica, desejarem se estabelecer no Brasil.

As vantagens deste tipo de proposta são a operacionalização imediata, através de mecanismos já existentes de acordos entre os dois países. O lado japonês poderia escolher especialistas com idade próxima aos cinquenta anos, em véspera de aposentadoria e uma vez cumprida a obrigação da cooperação técnica, poderia requerer a permanência no país. Este seria um dos mecanismos mais convenientes de transferência de tecnologia e permitiria multiplicar no Brasil o treinamento e qualificação de recursos humanos, em vários setores de nossa área tecnológica.

Tema IV - "Regime do capital estrangeiro e da transferência de tecnologia no Brasil"

Expositor: *Fábio Nusdeo*

1. Introdução

Poder-se-ia questionar a presença do tema em epígrafe num Seminário como o presente, dedicado ao estudo e à reflexão de temas ligados à imigração. E quando se fala em imigração, imediatamente acode ao espírito a figura do imigrante rural, em geral integrado numa colônia agrícola, ou então a do imigrante urbano, voltado a tarefas diversas nos setores secundários e terciários da economia.

No entanto, não deixa de ser pertinente considerar-se também um outro tipo de imigrante, o qual, muito embora numericamente pouco significativo, exerce ponderável influência social e econômica pelas posições que ocupa, como

administrador, executivo ou representante de empresas estrangeiras que investem capitais ou, então, como técnico de alto nível vinculado ao processo de transferência de tecnologia para o país. E como este tipo especial de imigrante está intimamente associado ao investimento estrangeiro e à transferência de tecnologia, certamente interessará aos participantes deste congresso, tão oportunamente convocado, discorrer sobre os principais parâmetros da legislação brasileira sobre tais operações.

Ademais, se, sob o prisma econômico, a imigração de pessoas corresponde à importação de um fator de produção: o fator trabalho, a entrada de capitais e de tecnologia correspondem à importação de outros dois fatores, destinados, como o primeiro, a impulsionar as atividades produtivas nacionais.

2. A Lei sobre o capital estrangeiro

Em praticamente todos os países do mundo existem normas próprias para o tratamento do capital estrangeiro, o que se deve em grande parte à preocupação com o balanço de pagamentos, seja no desestimular o movimento em sentido contrário. Claramente, outras considerações podem influir - e de fato influem - nas normas aplicáveis ao setor, tal como as relativas à política de desenvolvimento, mas em grande número de casos essa preocupação tem-se revelado fundamental.

No Brasil, a lei relativa ao capital estrangeiro celebrará logo mais - a 3 de setembro - os seus 25 anos de existência. Trata-se de um diploma legal excepcionalmente longo em termos brasileiros, não apenas quanto à permanência, como também quanto à estabilidade, pois desde a sua edição - a 3 de setembro de 1962 - sofreu apenas duas modificações: em 1964 com a Lei 4.390 e em 1983 com Decreto Lei. Tais modificações, porém, não foram substanciais e na sua estrutura básica o modelo legislativo adotado manteve-se essencialmente intato.

Assinale-se, ademais, que essa lei pode ser considerada como o estatuto completo do capital estrangeiro no Brasil, compreendendo todas as suas modalidades, a saber: o investimento direto ou capital de risco, o empréstimo ou financiamento e a transferência de tecnologia. Muito pouca coisa sobre a matéria queda-se fora dessa lei, de seu regulamento (Dec. 55.762 de 1965) e das normas emitidas pelos órgãos reguladores por ela lastreados, basicamente o Banco Central, no que se refere a investimento e a empréstimos e o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, no que se refere à tecnologia.

3. O Capital de Risco ou Investimento

a) *Entrada* - O sistema adotado pelo legislador brasileiro pode ser considerado bastante liberal no que se refere à entrada de capitais de risco no país. Salvo algumas poucas exceções, como no caso de empresas dedicadas ao jornalismo, emissoras de rádio e de televisão e, mais recentemente, no caso de informática, não existem maiores restrições para a admissão de capital estrangeiro. Esse fato, em parte, explica-se pelo objetivo de incentivar o afluxo de divisas para o país, dados os crônicos problemas da sua balança de pagamentos. Como se verá adiante, as

remessas ao exterior, ou seja, a saída de divisas então submetidas a um controle bem maior.

b) *Registro* - O princípio básico da legislação, válido não apenas para os investimentos, mas também para os empréstimos e os contratos de tecnologia, é o do registro dessas operações junto ao Banco Central. Assim, trinta dias após a chegada dos recursos, deve a empresa que os recebeu promover esse registro, o que é feito com base no contrato de câmbio e na comprovação de que os referidos recursos ingressaram na empresa e foram capitalizados.

c) *Efeitos dos Registros* Com base nesses elementos, o Banco Central emite um Certificado de Registro de Investimento que é o título hábil que comprova a existência do investimento estrangeiro no país e faculta ao seu titular a remessa de lucros e dividendos, bem como repatriamento do capital.

d) *Remessa de Dividendos* - Com base no Certificado de Registro, dividendos e lucros declarados pela sociedade brasileira recipiente do investimento estrangeiro, podem ser remetidos ao acionista ou quotista do exterior. Existem aí duas restrições: uma com relação à origem dos lucros a serem remetidos e outra com relação ao seu montante.

. *quanto a origem*: não são passíveis de remessa lucros que correspondam, à mera atualização de valores, como correção monetária, lucros que decorram predominantemente de aplicações financeiras, ou que provenham de atividades não enquadradas no objeto social da sociedade recipiente.

.. *quanto ao montante*: a legislação brasileira não estabelece qualquer limite para o envio de lucros, mas adota um sistema de punição fiscal que consiste num agravamento substancial no imposto de renda de fonte, incidente sobre essas remessas.

Assim, para lucros remetidos que atinjam até 12% ao ano do capital registrado a alíquota básica do imposto é de 25% (que pode cair para 15% no caso de países com os quais o Brasil mantenha tratado para evitar bitributação).

Já para remessa que correspondam a uma faixa entre 12 e 15% do capital registrado, a alíquota do tributo sobe para 40%. E para remessas superiores a 15% do capital registrado o imposto é cobrado à base de 60%.

Assinale-se que no caso de lucros ou dividendos enviados ao exterior, correspondentes a mais de 12% do valor de registros do capital investido, não prevalece qualquer redução da alíquota, mesmo que destinados a países com os quais o Brasil mantenha tratado de bitributação.

Verifica-se, pois, que o Brasil optou por tributar pesadamente as remessas maiores, sem contudo proibi-las.

e) *Reinvestimento* - O princípio geral é o de que todo lucro ou dividendo que possa ser remetido ao exterior e que não o seja, dá ao seu titular o direito de o registrar como reinvestimento. Nessas situações o pedido de registro de reinvestimento é examinado detalhadamente pelo Banco Central, o qual deferindo-o, emite novo Certificado de Registro, em substituição ao anterior, e do qual constará o novo valor do capital registrado, ou seja, a soma do investimento original e dos valores reinvestidos, ampliando-se assim a base para o cálculo do imposto de fonte, quando de subseqüentes remessas.

f) *Repatriamento do Capital* - Com base no Certificado de Registro, o seu titular pode, a qualquer tempo, repatriar o montante investido no país. No entanto, o certificado nesse caso tem apenas o papel de comprovar a titularidade do investimento e de apontar um valor de referência para o processo de repatriamento que se desenvolve sob o escrutínio do Banco Central.

Isto porque não se garante ao investidor estrangeiro a remessa do valor constante do seu certificado, uma vez que esse valor poderá ter-se reduzido ou acrescido durante o tempo em que os recursos estiverem aplicados no Brasil.

Assim, por exemplo, as vicissitudes comerciais poderão ter feito com que o patrimônio líquido da empresa recipiente se deteriorasse. Se essa for a situação o repatriamento somente se dará por um valor inferior ao do Certificado de Registro.

No caso contrário, ou seja, se o investimento estrangeiro for vendido a um valor superior ao registrado - valor esse suportado pelo patrimônio líquido e perspectivas comerciais da empresa recipiente o titular estrangeiro poderá repatriar o valor superior, mas nesse caso, o excesso, isto é, a diferença entre o montante repatriado e o valor consignado no certificado estará sujeito ao imposto de fonte de 25%, a título de ganho de capital.

Qual o sentido desses dispositivos? É o de reconhecer o substrato econômico do investimento estrangeiro, quando do seu repatriamento, ou seja, se ele se perdeu ou teve o seu valor de mercado diminuído, é claro que não poderá retornar integralmente, tal como quando aqui chegou. Vice-versa, se ele cresceu e teve o seu valor aumentado pelo sucesso da empresa onde foi aplicado; é natural que essa plus valia que pertence ao seu titular possa ser a ele devolvida, uma vez pago o correspondente tributo de fonte.

Claro está, que uma vez repatriado o capital, o certificado correspondente ao seu registro, é devolvido ao Banco Central para cancelamento. Esse cancelamento se dará total ou parcial. Nesta última hipótese a venda e o repatriamento terão se referido a, apenas, uma parte do investimento original.

g) *Conversão de Empréstimo em Capital* - É possível, em princípio, para o credor estrangeiro de uma sociedade brasileira converter o montante de seu crédito, inclusive juros devidos em capital dessa mesma sociedade. Opera-se, por essa forma, uma transformação de um capital sem risco - o capital de empréstimo - em capital de risco, com uma vantagem para o país em termos de balança de pagamentos, pois enquanto os recursos que aqui entraram devem ser devolvidos dentro de certo prazo, acrescidos de juros, o capital de risco pode permanecer independentemente e ao invés de juros estará habilitado ao envio de lucros ou dividendos.

Cabe aí um aceno de caráter estatístico: enquanto a média de juros pagos por empréstimos recebidos do exterior tem ficado quase sempre acima dos 10% anuais, a taxa histórica de remessa de dividendos não tem chegado aos 5%.

Naturalmente, a matéria é bastante complexa e comporta muitas tecnicidades que fogem ao escopo desta exposição. Em princípio, os tópicos acima apresentados prestam-se a uma visão geral da sistemática adotada pela legislação brasileira no trato do assunto. Pode-se passar assim à segunda parte da exposição.

4. Transferência de Tecnologia

É fácil compreender que para um país como o Brasil, a tecnologia constitui um campo extremamente delicado e crucial para o seu desenvolvimento. Os objetivos relevantes nesse setor consistem em, por um lado, assegurar a absorção tecnológica de maneira completa pelas atividades produtivas nacionais e, por outro lado, em se zelar para que essa tecnologia esteja em consonância com a disponibilidade relativa de fatores de produção no país. Assim, por exemplo, não teria sentido importar-se uma tecnologia destinada à produção de energia termoelétrica, quando é sabido que o país é pobre em carvão e em óleo destinados a esse fim e, pelo contrário, é rico em potencial hidroelétrico. O mesmo se diga com relação a processos de fabricação destinados a poupar mão-de-obra não qualificada que é justamente um recurso que sobeja no país.

Por essa razão, todo processo de transferência tecnológica do exterior é acompanhada muito de perto pelo Ministério da Indústria e Comércio, através de seu Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) que exerce o seu controle com base na Lei 6.672 - Código da Propriedade Industrial - e no Ato Normativo nº 15 - de 1975, editado pelo próprio INPI com regulamentação posterior.

As principais linhas sobre as quais se assenta a legislação sobre a matéria são a seguir expostas:

a) *Consulta Prévia*

Todo contrato que envolve transferência de tecnologia do exterior deve ser submetido previamente ao exame do INPI, antes mesmo, portanto, de ser assinado. A apresentação se faz mediante uma consulta prévia, na qual é submetida à apreciação do órgão, a minuta de contrato, bem como fornecidos elementos informativos sobre os objetivos da pretendida operação, e ainda sobre as empresas nela envolvidas.

b) *Tipologia*

O já referido Ato Normativo nº 15 tipificou os contratos envolvendo transferência de tecnologia, classificando-os em cinco categorias padronizadas:

- . Licença de Exploração de Patente
- . Licença de Uso de Marca
- . Fornecimento de Tecnologia Industrial
- . Cooperação Técnico-Industrial
- . Serviços Técnicos Especializados

c) *Especialidade dos Contratos*

Todos os contratos submetidos ao INPI devem se afeiçoar aos padrões estabelecidos pelo já referido Ato Normativo nº 15 a alterações posteriores, sendo de se destacar que as negociações que envolvam matérias que se enquadram em mais de um desses tipos deverão ser objeto de mais de um contratos distintos.

Assim, por exemplo, se houver fornecimento de tecnologia industrial, Uso de Marca e Serviços Técnicos Especializados, deverão ser celebrados três contratos distintos.

Isso, com a finalidade de permitir ao INPI identificar precisamente as linhas tecnológicas envolvidas em cada operação.

d) Remuneração

Ao analisar a Consulta Prévia, o INPI surge praticamente como uma das partes envolvidas, impondo a inclusão ou a supressão de determinadas cláusulas e, sobretudo, estabelecendo limitações para a remuneração a ser paga pela empresa brasileira recipiente à fornecedora estrangeira de tecnologia. O limite máximo de remuneração é de 5% sobre o preço líquido do produto.

e) Registro

Uma vez incorporadas pelas partes as exigências formuladas pelo INPI, o contrato, em sua forma definitiva, é assinado e levado novamente àquele órgão para averbação, sendo expedido um Certificado de Averbação. Este, por sua vez, é levado ao Banco Central que expede um Certificado de Registro. Esse Certificado, à semelhança do que ocorre nos casos de investimento de capital, é o documento pela tecnologia recebida.

f) Investimento Próprio

Mais recentemente o INPI vem exigindo, como condição para averbação de contratos, que a empresa recipiente da tecnologia invista recursos próprios, numa certa proporção daquilo que deverá pagar para a empresa estrangeira, em pesquisa e desenvolvimento no campo da tecnologia de que se utiliza. A finalidade é forçar a empresa brasileira a não apenas absorver a tecnologia estrangeira mas a desenvolvê-la e, se for o caso, adaptá-la às condições locais.

g) Prazo

Dentro da visão de que a tecnologia deve ser transferida por inteiro do exterior e absorvida pela empresa local, o prazo dos contratos da espécie é limitado a cinco anos, quando referentes à tecnologia não patenteada e ao prazo de validade da patente quando a mesma estiver coberta por este direito. No caso das Marcas não há limitação, como é óbvio, mas a remuneração somente pode ser paga durante os dez primeiros anos.

h) Subsidiárias e Controladas

Não é aceita qualquer remuneração por transferência de tecnologia de uma empresa brasileira à sua controladora do exterior, salvo quanto à prestação de serviços técnicos devidamente comprovada.

Essas as considerações que pareceram cabíveis para serem apresentadas a este Seminário.

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).