

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838



ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 88

1993

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 88, 1993

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

(Em seu octogésimo oitavo volume)

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade.

**"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"**

Endereço para venda e permuta:

CEP: 01005-010 Largo de São Francisco, 95 - 2º andar Fone: 239-3077, r. 343  
São Paulo SP

**REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 88, 1993**

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

**Diretor:** Antonio Junqueira de Azevedo

**Vice-Diretor:** Alexandre Augusto de Castro Corrêa

**Coordenadora da Revista (volume do centenário):** Teresa Ancona Lopez

**CONSELHO EDITORIAL**

Alcides Jorge Costa - Álvaro Villaça Azevedo - Celso Lafer - Enrique Ricardo Lewandowski - Fábio Maria De Mattia - José Carlos Moreira Alves - Miguel Reale Júnior - Silvio Rodrigues - Tércio Sampaio Ferraz Júnior - Walter Barbosa Corrêa

**COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO**

Walter Barbosa Corrêa      Enrique Ricardo Lewandowski      Fábio Maria De Mattia

**SERVIÇO TÉCNICO DE IMPRENSA**

**Chefe Técnico de Serviço:**

Odila Regina Indolfo

**Seção de Edição da Revista e outros Periódicos:**

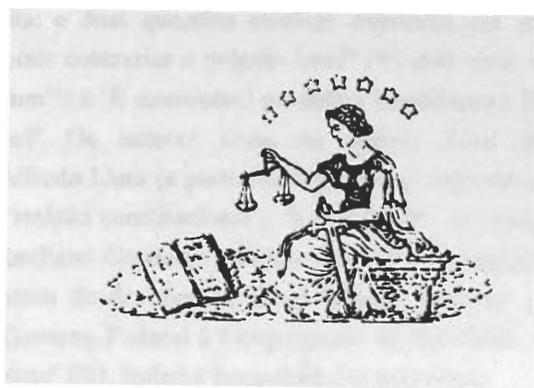
Marli Conceição Mathias  
Antonio Augusto Machado de Campos Neto  
Delmar Ferreira de Assis

Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de Direito.



REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

ANNO DE 1893



SÃO PAULO  
TYPOGRAPHIA DA COMPANHIA INDUSTRIAL DE SÃO PAULO  
1893



## APRESENTAÇÃO

Há cem anos, em sessão de 26 de abril de 1893, deliberou a Congregação da Faculdade de Direito publicar sua "revista oficial". Desde então, com regularidade dificilmente encontrada em publicações do mesmo gênero, a *Revista da Faculdade* vem sendo editada anualmente. Não passou ela jamais por mudanças radicais nem por largos períodos de interrupção, seguidos de "renascimentos", como muitas vezes acontece; a única interrupção da Revista se deu, por dificuldade de papel de imprensa, na Primeira Guerra Mundial, prolongando-se, então, de 1914 a 1925.

Com apresentação datada de 15 de novembro de 1893, constavam do primeiro número, numa primeira parte, sete artigos, todos de professores da Casa, concernentes a disciplinas do curso jurídico, arrolados no índice, tal como nos últimos anos, por ramos do direito: quatro deles consistentes em exposições didáticas, pontos de programa curricular - Teoria do Processo, Direito Romano, Direito Público e Prática Forense; um, Regime Hipotecário, sobre casos de renúncia tácita; e duas questões teóricas colocadas em termos de indagação: "Quando se pode contrariar o próprio fato?" (há cem anos, o tema "*venire contra factum proprium*"!) e "É sustentável perante a Constituição Federal o contencioso administrativo?" Os autores eram na ordem: João Monteiro, Frederico Abranches, Alfredo Lima (a parte final do "ponto" exposto por este autor tratava do tema da "revisão constitucional"), João Mendes de Almeida Júnior, Brasília Machado, Aureliano Coutinho e Pedro Vilaboim. A segunda parte do primeiro número constava de decisões da Congregação, "arquivo" (inclusive resposta à consulta do Governo Federal à Congregação da Faculdade sobre os bens dotais das "ex-princesas" DD. Isabel e Leopoldina) e necrológio.

Pode-se dizer que, desde seu início até hoje, a *Revista* tem tido estas duas partes: uma, de artigos jurídicos de autoria, geralmente, de professores da Faculdade, e outra, de registro de fatos acadêmicos.

O presente número, coordenado pela professora Teresa Ancona Lopez, a quem agradecemos, é um número especial; nele, há, de início, à semelhança do que foi feito no volume de 1928, após a comemoração dos cem

anos da Faculdade (1827-1927), a série de diretores da Instituição até hoje, 35 - e, depois, 17 artigos concernentes à história da Faculdade e a diversos ramos do Direito. Do conjunto, esperamos que o leitor possa verificar que houve consciência da continuidade, desejo de servir de ponte entre o passado e o futuro, entre o século XIX e o século XXI.

Confortados pela segura caminhada do último século, saudamos, pois, confiantes a *Revista da Faculdade de Direito* dos próximos cem anos.

São Paulo, 15 de dezembro de 1993.

Antonio Junqueira de Azevedo

## SUMÁRIO

Apresentação do volume comemorativo dos 100 anos da Revista.....	5
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	

### *HISTÓRIA DA FACULDADE DE DIREITO*

Diretores da Faculdade de Direito de 1827 a 1993.....	15
José Bonifácio, o Moço .....	157
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	

### *HISTÓRIA DO DIREITO*

Panorama do Direito Civil brasileiro: das origens aos dias atuais .....	185
<i>José Carlos Moreira Alves</i>	
Breve histórico sobre o Direito de Família nos últimos 100 anos.....	239
<i>Silvio Rodrigues</i>	
Transformações da organização sindical na América do Sul .....	255
<i>Amauri Mascaro Nascimento</i>	
Modernidade do Direito Processual brasileiro .....	273
<i>Ada Pellegrini Grinover</i>	

### *FILOSOFIA DO DIREITO*

- Linha evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito.....	301
<i>Miguel Reale</i>	
- Uma política de cultura para o Brasil de hoje.....	313
<i>Celso Lafer</i>	

### *DIREITO PRIVADO*

- Retratação (Aspectos do Direito Civil).....	329
<i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	

O Anteprojeto da CVM para a reforma da Lei de Sociedades por Ações brasileira .....	371
<i>Waldírio Bulgarelli</i>	

#### *DIREITO DO TRABALHO*

O Direito do Trabalho no ano 2000 .....	383
<i>Octávio Bueno Magano</i>	

#### *DIREITO CONSTITUCIONAL*

- Aspectos fundamentais da Constituição de 1988 .....	397
<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i>	
Os Direitos Fundamentais na Constituição brasileira .....	421
<i>Dalmo de Abreu Dallari</i>	
Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado .....	439
<i>Tércio Sampaio Ferraz Júnior</i>	

#### *DIREITO PROCESSUAL*

- Devido processo penal e alguns de seus corolários .....	463
<i>Rogério Lauria Tucci</i>	

#### *DIREITO INTERNACIONAL*

- Dimensão internacional dos Direitos Fundamentais da pessoa .....	487
<i>José Roberto Franco da Fonseca</i>	
Reescalonamento da dívida externa brasileira: um exemplo de integração jurídico-econômica no final do século .....	497
<i>Fábio Nusdeo</i>	
As imunidades de jurisdição na Justiça Trabalhista brasileira .....	519
<i>Guido Fernando Silva Soares</i>	

## CONTENTS

Presentation of the volume that celebrates the 100 years of the Magazine .....	5
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	

### *HISTORY OF THE LAW SCHOOL OF SÃO PAULO*

Deans of the Law School from 1827 to 1993 .....	15
José Bonifácio, the Young .....	157
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	

### *LEGAL HISTORY*

A panorama of Brazilian Civil Law: from its origins to our days .....	185
<i>José Carlos Moreira Alves</i>	
A short history of Family Law in the last 100 years .....	239
<i>Silvio Rodrigues</i>	
Transformations in trade union organization in South America.....	255
<i>Amauri Mascaro Nascimento</i>	
Modernity of the Brazilian Procedural Law .....	273
<i>Ada Pellegrini Grinover</i>	

### *PHILOSOPHY OF LAW*

- The evolution line of the Three-Dimensional Theory of Law .....	301
<i>Miguel Reale</i>	
- A cultural policy for Brazil a propose .....	313
<i>Celso Lafer</i>	

### *PRIVATE LAW*

- Retraction (Aspects of Civil Law).....	329
<i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	

- Security's Commission Bill to Reform of the Joint Stock Companies.....371  
*Waldário Bulgarelli*

### *LABOR LAW*

- Labor Law in the year 2000 .....383  
*Octávio Bueno Magano*

### *CONSTITUTIONAL LAW*

- Fundamental aspects of the Constitution of 1988.....397  
*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*
- The Fundamental Rights in the Brazilian Constitution .....421  
*Dalmo de Abreu Dallari*
- Data secrecy: the right to privacy and the limits of the State control .....439  
*Tércio Sampaio Ferraz Júnior*

### *PROCESSUAL LAW*

- Due criminal process and some of its more important rules .....463  
*Rogério Lauria Tucci*

### *INTERNATIONAL LAW*

- International nature of Human Rights.....487  
*José Roberto Franco da Fonseca*
- The Brazilian foreign debit rescheduling: an example of legal-economic integration at the end of the century .....497  
*Fábio Nusdeo*
- Foreign sovereign immunities and the cases in Labour Law in Brazil .....519  
*Guido Fernando Silva Soares*

*HISTÓRIA DA FACULDADE DE DIREITO*



*DIRETORES DA FACULDADE DE DIREITO DE 1827 A 1993*





**AROUCHE DE TOLEDO RENDON**

Curso Juvenil de San Carlos, que termina por 17 de mayo de 1828, noble



**Tenente General Dr. JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON**  
**(1827-1833)**

Nasceu na cidade de São Paulo, aos 14 de março de 1756, filho do mestre-de-campo Agostinho Delgado Arouche e de D. Maria Thereza de Araújo Lara.

Fez o curso de direito civil em Coimbra, onde recebeu o grau de doutor em leis em 14 de julho de 1779. De volta ao Brasil, após ter-se dedicado à advocacia em São Paulo, exerceu os cargos de juiz de medições, de juiz ordinário, de juiz de órfãos e de procurador da Coroa. E os exerceu com proficiência e honradez.

Sentindo-se atraído pela carreira das Armas, assentou praça no Estado-maior do Exército, no posto de capitão. Galgou, nela, todos os postos, pois foi mestre-de-campo, inspetor-geral de milícias, brigadeiro, marechal-de-campo e, por decreto de 18 de outubro de 1829, tenente-general. Da sua inspeção às aldeias de índios, existentes na província, deixou um relatório impresso.

Adepto da causa da independência, foi, em janeiro de 1822, como delegado da Câmara Municipal de São Paulo, enviado ao Rio de Janeiro, em missão junto ao Príncipe Regente, D. Pedro, para solicitar-lhe que desobedecesse aos chamados das Cortes de Lisboa e ficasse no Brasil. Fizeram parte dessa missão, também, o Coronel Gama Lobo e, por parte do Governo Provisório, José Bonifácio de Andrada e Silva.

Por decreto de 20 de maio de 1822, foi nomeado comandante das Armas de São Paulo. Feita a Independência e convocada a Assembléia Constituinte, foi eleito deputado por São Paulo, com José Bonifácio, Antonio Carlos, Paula Souza, Nicolau Vergueiro, José Ricardo de Andrade, Fernandes Pinheiro, Velloso de Oliveira e Diogo Ordonhes, tendo sido este último substituído por José Corrêa Pacheco e Silva. Na Assembléia, tomou parte nas discussões em torno da indicação de Fernandes Pinheiro sobre a criação da Universidade de São Paulo.

Eleito deputado geral para a legislatura de 1826 a 1829, não tomou assento e foi substituído pelo brigadeiro José Vicente da Fonseca.

Por decreto de 13 de outubro de 1827, foi nomeado diretor do Curso Jurídico de São Paulo, que instalou em 1º de março de 1828, nele

permanecendo até 1833, quando, atendendo a insistentes pedidos seus, o governo imperial lhe concedeu exoneração, por decreto de 31 de outubro de 1833.

Prestou o tenente-general Arouche Rendon grandes serviços à cidade e à província de São Paulo, e o seu nome condecora a rua, que sai da Praça da República e vai dar no largo, que tem o seu nome, aberta na grande chácara, onde ele residia e que lhe pertencia, no bairro de Vila Buarque.

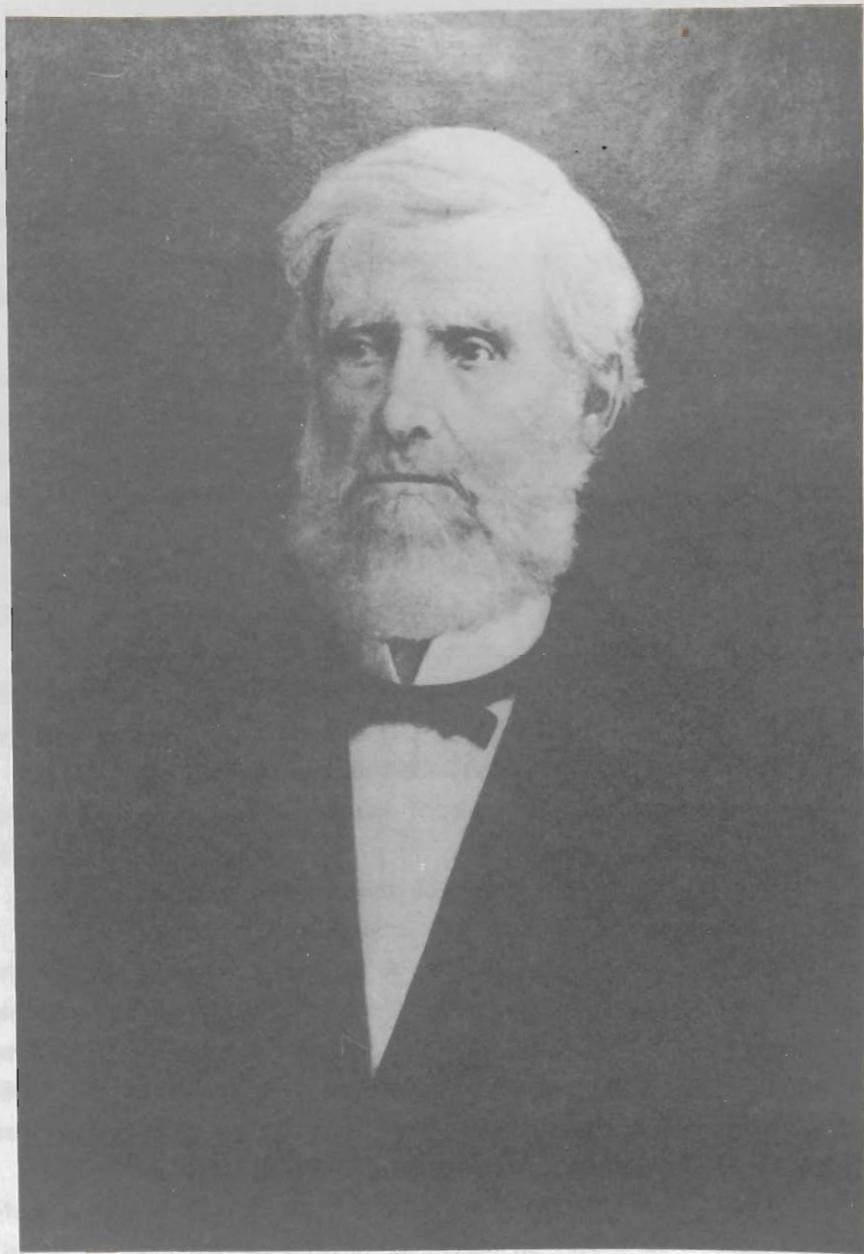
Faleceu aos 26 de junho de 1834.

### **Obras Publicadas**

Memoria sobre as aldeias de indios da provincia de São Paulo. *Revista do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*. v. 4.

*Elementos de processo civil, precedidos de instrucções para os juizes municipaes.*

São Paulo : Typographia do Governo, no Palacio, 1850.



003

CARNEIRO DE CAMPOS



**Conselheiro Dr. CARLOS CARNEIRO DE CAMPOS**  
**(Visconde de Caravellas)**  
**(1833-1835)**

Natural da Bahia, nasceu Carlos Carneiro de Campos, o terceiro Visconde de Caravellas, em 1º de novembro de 1805. Serviu como cadete no batalhão de D. Pedro I.

Freqüentou a Escola Militar. Coursou a Universidade de Coimbra, onde se graduou em direito.

Nomeado, por decreto de 9 de fevereiro de 1829, lente catedrático de economia política, primeira cadeira do quinto ano, tomou posse em 13 de maio de 1829; mas o aviso de 10 de fevereiro do mesmo ano, do ministro do Império, José Clemente Pereira, determinou que fosse servindo como substituto interino, enquanto se não verificasse o exercício da sua cadeira. Serviu, também, interinamente, de secretário, de fevereiro de 1832 a 19 de agosto de 1833, data em que passou a diretor interino, exercendo este cargo até 24 de outubro de 1833, em que foi nomeado inspetor do Tesouro.

Por decreto de 24 de dezembro de 1833, foi nomeado diretor efetivo, tomando posse a 27 do mesmo mês. Exerceu o cargo até 5 de novembro de 1835.

Fundou a Sociedade Filomática, de cuja revista foi diretor, em companhia de Francisco Bernardino Ribeiro, José Ignacio Silveira da Motta e outros.

Foi jubilado por decreto de 29 de janeiro de 1858.

Deputado à Assembléia Provincial da Bahia, deputado geral e senador por São Paulo, desde 19 de abril de 1853, presidiu, por três vezes, a província de Minas Gerais. Foi vice-presidente de São Paulo, em 1852. Ocupou a pasta dos Estrangeiros nos gabinetes de 24 de maio de 1862, de 31 de agosto de 1864, de 7 de março de 1871, e a pasta da Fazenda no gabinete de 31 de agosto de 1864.

Recebeu os títulos de Conselheiro de Estado, Viador de Sua Majestade a Imperatriz, Comendador da Ordem de Cristo, Grão-Cruz das Ordens de Leopoldo da Bélgica, da Legião de Honra da França, da Águia Vermelha da Alemanha, da Coroa da Itália, da Coroa de Ferro da Áustria, da

Ernestina, de Saxe Coburgo e Gotha, o que demonstra os altos serviços prestados ao Brasil e os seus grandes méritos.

Faleceu em 19 de fevereiro de 1878.



001

COSTA CARVALHO



**Conselheiro Dr. JOSÉ DA COSTA CARVALHO**  
**(Marquês de Monte Alegre)**  
**(1835-1836)**

Filho legítimo do patrão-mor da barra da cidade de S. Salvador da Bahia, José da Costa Carvalho, e de D. Ignez Maria da Piedade, naquela cidade nasceu. Formou-se em leis na Universidade de Coimbra, em 1819. Voltando ao Brasil tornou-se juiz-de-fora da cidade de São Paulo, da qual foi ouvidor, de 1821 a 1822.

Constituiu família em São Paulo, contraindo casamento com D. Genebra de Barros Leite, de importante e conceituada família paulistana. Encabeçou o partido liberal, sendo companheiro de Feijó, Paula e Souza, Evaristo da Veiga, Bernardo de Vasconcellos e Honorio Hermeto Carneiro Leão.

*Fundou O Farol Paulistano.*

Tomou parte na Constituinte e na Assembléia Legislativa, como deputado, na primeira, segunda e quarta legislaturas.

Com a abdicação de D. Pedro I, fez parte da Regência Permanente.

Por decreto de 5 de novembro de 1835, foi nomeado diretor do Curso Jurídico de São Paulo. Tomou posse em 5 de dezembro e exonou-se por decreto de 24 de junho de 1836, servindo apenas seis meses e alguns dias.

Foi agraciado com o título de Barão de Monte Alegre, em 1841; com a carta de Conselheiro de Estado, em 1842; com o título de Visconde, em 1843; com o de Marquês, em 1854.

Organizou os gabinetes de 1848 e de 1852.





005

CAMPOS VERGUEIRO



**Conselheiro Dr. NICOLAU PEREIRA DE CAMPOS VERGUEIRO  
(1837-1842)**

Filho do Dr. Luiz Bernardo Vergueiro e de D. Clara Maria Borges de Campos, nasceu aos 20 de dezembro de 1778, em Val de Porca, antigamente comarca de Chacin, hoje Macedo de Cavalleiros, na província de Traz-os-Montes, bispado e comarca de Bragança, em Portugal.

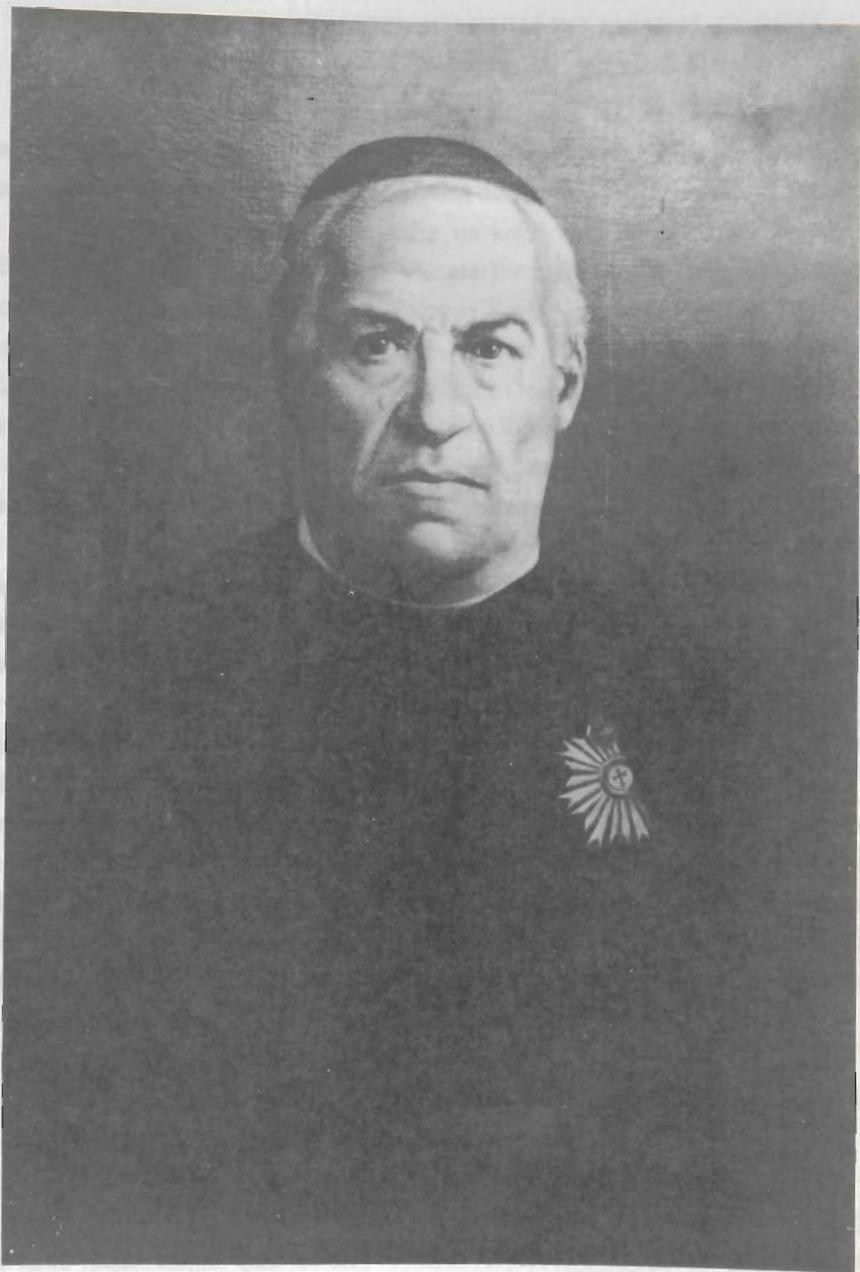
Feitos os estudos menores no Real Colégio das Artes, com assento na Universidade de Coimbra, matriculou-se nesta universidade aos 5 de outubro de 1876, doutorando-se em leis a 11 de julho de 1801. Formado, veio para o Brasil, em 1803, fixando-se em São Paulo. Aqui, em 1804, contraiu matrimônio com D. Maria Angélica de Vasconcellos, filha do capitão José de Andrade e Vasconcellos e de D. Anna Eufrosina de Cerqueira Câmara. No foro paulistano militou como advogado ao lado dos doutores Manoel Euphrasio de Azevedo Marques, José Arouche de Toledo Rendon e Manoel Joaquim Ornellas, que eram, então, os únicos advogados em São Paulo. Advogou até 1815. Foi juiz das sesmarias, até 1816, quando se retirou para Piracicaba a fim de dirigir os engenhos que ali fundou de sociedade com o brigadeiro Luiz Antonio de Souza. A partir de então sua atividade se desdobrou, prestando ao nosso país os mais relevantes serviços. Depois de ter sido promotor de resíduos (1806) e juiz ordinário (1811), foi nomeado vereador da Câmara Municipal de São Paulo (1813), membro do governo provisório da província de São Paulo (1821), deputado à Constituinte Portuguesa (1822), deputado à Constituinte Brasileira (1823), deputado geral por São Paulo (1826 a 1828), senador por Minas Gerais (1828 a 1859), membro do Conselho do Governo de São Paulo (1826 a 1829 e 1830 a 1833), membro da Regência Provisória Trina (1831), ministro do Império (1832), ministro da Fazenda (1832), deputado à Assembléia Provincial de São Paulo (1835 a 1847), presidente da Assembléia Legislativa de São Paulo (1835 a 1837), grã-cruz da Imperial Ordem do Cruzeiro (1841), gentil homem da Casa Imperial (1846), ministro da Justiça (1847), ministro do Império (1847), presidente e membro do Conselho de S. M. o Imperador.

Desde que surgiram os projetos parlamentares relativos à fundação dos cursos jurídicos, neles cooperou Nicolau Vergueiro, intervindo nas discussões e contribuindo para que o projeto fosse convertido em lei. Instalado o

Curso Jurídico de São Paulo, quando no governo, várias medidas sugeriu para o seu desenvolvimento, como a criação da cadeira de direito civil administrativo.

Foi nomeado diretor do Curso Jurídico, por decreto de 28 de janeiro de 1837, do regente Feijó. Tomou posse em 13 de março do mesmo ano e exerceu o cargo durante cinco anos, do qual foi demitido por decreto de 10 de fevereiro de 1842.

Faleceu no Rio de Janeiro aos 18 de setembro de 1859.



006

AMARAL GURGEL



**Conselheiro Padre Dr. MANOEL JOAQUIM DO AMARAL GURGEL  
(1858-1864)**

Nasceu em São Paulo aos 8 de setembro de 1797. Educado por sua parenta e madrinha, D. Maria Polucena do Amaral Gurgel, fora, desde o berço, confiado aos carinhos de D. Beatriz Leoniza do Amaral Gurgel, irmã daquela.

Feito o seu curso de latim na aula régia do professor André da Silva Gomes, onde teve por colegas Vicente Pires da Motta, João Chrispiniano Soares, Joaquim Ignacio Ramalho, Ildefonso Xavier Ferreira, Raphael Tobias de Aguiar, e outros, matriculou-se no curso de teologia, instalado no Convento do Carmo, sob a direção de Frei Antonio do Bom Despacho Mamede. No Convento de São Francisco, freqüentou a aula de filosofia de Frei Francisco Mont'Alverne, o famoso orador sacro, em 1814. Recebeu, em 1816, as ordens de presbítero, já então professor de história eclesiástica no Seminário de São Paulo.

Em 1823, após a queda do ministério Andrada e a dissolução da Assembléia Constituinte, começou o padre Manoel Joaquim a aparecer na política liberal de São Paulo, quando foi deportado para o Rio de Janeiro, por ordem de D. Pedro I.

Instalado o Curso Jurídico de São Paulo, em 1828, nele se matriculou e foi um dos mais destacados da primeira turma acadêmica, o que não obsteu a que já então fosse eleito membro do conselho geral da Província e do conselho do Governo. Depois do Ato Adicional, foi deputado provincial, consecutivamente, de 1834 a 1842 e no biênio de 1847 a 1848. No quadriênio de 1834 a 1837, tomou assento, como suplente, na Câmara dos Deputados. Exerceu, ainda, como vice-presidente, o governo da Província, de 30 de junho a 25 de setembro de 1859; de 22 de outubro a 16 de novembro de 1860; de 14 de maio a 7 de junho de 1861 e de 3 de fevereiro a 7 de março de 1864.

Recebeu o título de Conselheiro.

Por carta imperial de 6 de julho de 1829, aprovado em concurso, foi nomeado lente de filosofia do Curso Anexo.

Recebeu o grau de bacharel em 1832.

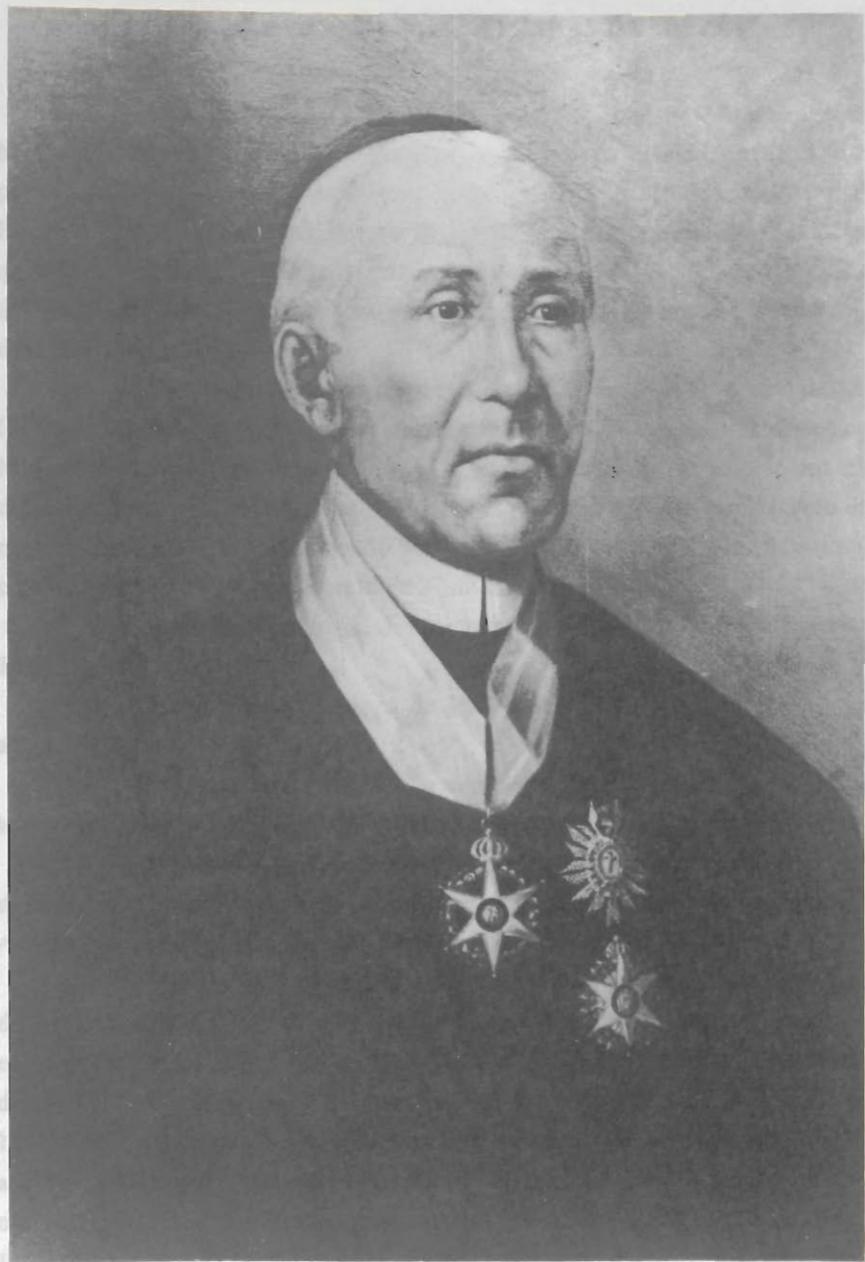
A 1<sup>o</sup> de fevereiro de 1833, passou a exercer, interinamente, o cargo de lente substituto, no qual foi efetivado por decreto de 12 de outubro do mesmo ano, tomando posse em 15 de novembro. Tendo defendido teses e sido aprovado por unanimidade, recebeu o grau de doutor em 1834, e nesse mesmo ano foi

nomeado lente catedrático, por decreto de 14 de janeiro. Tomou posse a 27 de fevereiro da primeira cadeira do segundo ano.

Com a demissão do senador Vergueiro, em 1842, ficou vaga, e por dilatado tempo, a diretoria do curso jurídico, uma vez que, nomeado diretor naquela data, o Visconde de Goyana jamais tomou posse do cargo; e essa acefalia durou por mais de quinze anos. Foi o Padre Manoel Joaquim, em 1837, nomeado diretor interino, exercendo esse cargo até 1838. Por decreto de 1º de dezembro de 1857 foi nomeado diretor efetivo da Faculdade de Direito, como passou a denominar-se o curso jurídico, pelo Decreto n. 714, de 19 de setembro de 1853, tomando posse em 1º de março de 1858. Jubilou-se por decreto de 18 de maio de 1858, no cargo de lente.

Jamais, segundo o testemunho de Almeida Nogueira, teve a Academia diretor que melhor conciliasse com o respeito devido ao cargo a simpatia dos estudantes, a estima dos lentes e professores e a dedicação dos funcionários seus subordinados na hierarquia administrativa.

Faleceu o Conselheiro Padre Dr. Manoel Joaquim do Amaral Gurgel em 15 de novembro de 1864, contando 67 anos de idade. Seu nome foi dado à rua que liga o Largo do Arouche à Rua da Consolação, na cidade de São Paulo



PIRES DA MOTTA



**Conselheiro Padre Dr. VICENTE PIRES DA MOTTA**  
**(1865-1882)**

Natural de São Paulo, nasceu em 1779, filho de Manoel Pires da Motta. Quando se matriculou no primeiro ano do curso jurídico, em 1828, já era presbítero, e sua filiação foi dada como ignorada. Foi exposto na casa de Vicente Pires da Motta, antigo cirurgião, na Rua Direita da cidade de São Paulo, mas quando foi restaurado, sob sua diretoria, o arquivo da Faculdade de Direito, destruído no incêndio de 1880, no livro da relação dos doutores e bacharéis se declinou o nome de seu pai.

Recebeu o grau de bacharel em 1832 e, em 1<sup>º</sup> de fevereiro de 1833, foi nomeado lente substituto interino, seguindo a sorte de seus ilustres colegas Manoel Joaquim do Amaral Gurgel e Manuel Dias de Toledo. Com eles, defendeu teses e recebeu o grau de doutor em 1833. Efetivado por decreto de 7 de outubro de 1833, foi nomeado lente catedrático de direito civil, primeira cadeira do quarto ano, por decreto de 27 de maio de 1834.

Exerceu o cargo de diretor interino de abril de 1837 até abril de 1838.

Foi jubilado no cargo de lente catedrático por decreto de 7 de agosto de 1860.

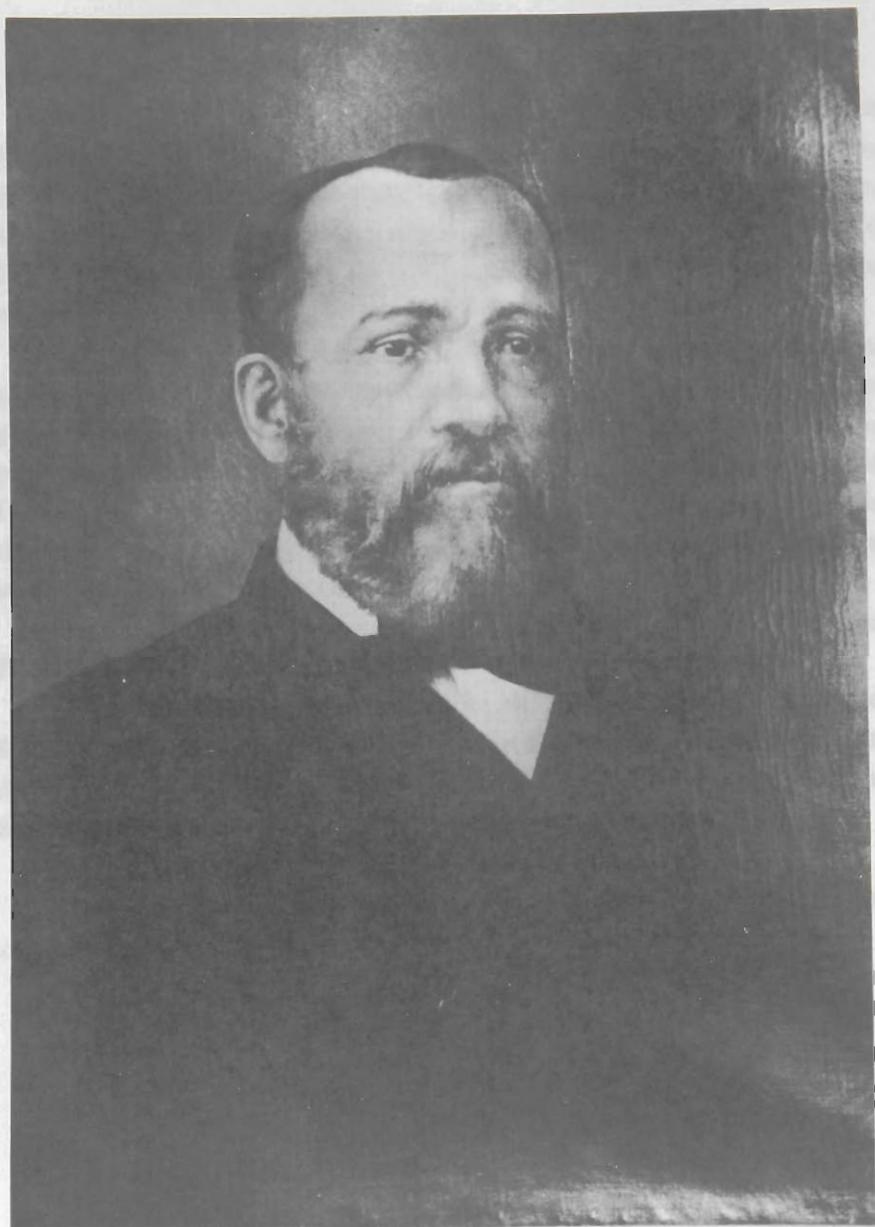
Por decreto de 30 de janeiro de 1865, foi nomeado diretor, tomando posse do cargo em 6 de fevereiro do mesmo ano.

De 1828 a 1834, foi eleito membro do conselho geral da província de São Paulo, membro do conselho do governo, e, depois desta data, deputado à Assembléia Provincial nos biênios de 1834-35, 1836-37, 1838-39, 1840-41.

Hábil e principalmente rígido e austero administrador, esteve em diversas épocas, de 1834 a 1869, à testa do governo da província de São Paulo, como seu vice-presidente e, na qualidade de presidente efetivo, de 16 de outubro de 1848 a 27 de agosto de 1851 e de 16 de outubro de 1862 a 3 de fevereiro de 1864. Administrou igualmente a província de Pernambuco, de 26 de abril de 1848 a 17 de junho do mesmo ano; a do Ceará, de 20 de fevereiro de 1854 a 11 de outubro de 1855; a de Minas Gerais, de 13 de junho de 1860 a 2 de outubro de 1861; e a de Santa Catarina, de 17 de novembro de 1861 a 24 de setembro de 1862.

Foi, em 1850, condecorado com o título de conselheiro.

O conselheiro Pires da Motta faleceu no dia 30 de outubro de 1882.



005

PADUA FLEURY



**Conselheiro Dr. ANDRÉ AUGUSTO DE PADUA FLEURY  
(1883-1890)**

Natural de Cuiabá, província de Mato Grosso, filho do Tenente Antonio de Padua Fleury e de D. Augusta Rosa Gandel. Nasceu aos 18 de agosto de 1830. Tendo feito o curso do Colégio Pedro II, recebeu o grau de bacharel em ciências e letras em 1848 e, no ano seguinte, matriculou-se no Curso Jurídico de São Paulo. Bacharelou-se em 1853 e, logo, em 1854, foi nomeado juiz municipal em Goiás.

Voltando à Corte, exerceu ali a advocacia, ao mesmo tempo que servia na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, na qual chegou a diretor geral. Comissionado pelo governo, foi à Europa estudar os diversos sistemas penitenciários, apresentando a respeito notável estudo. Em 1860, foi membro da Comissão Inspectora da Casa de Correção. De 1878 a 1879, presidiu as províncias de Santa Catarina e do Ceará. Representou, na décima oitava legislatura, na Assembléia Legislativa, a província de Goiás.

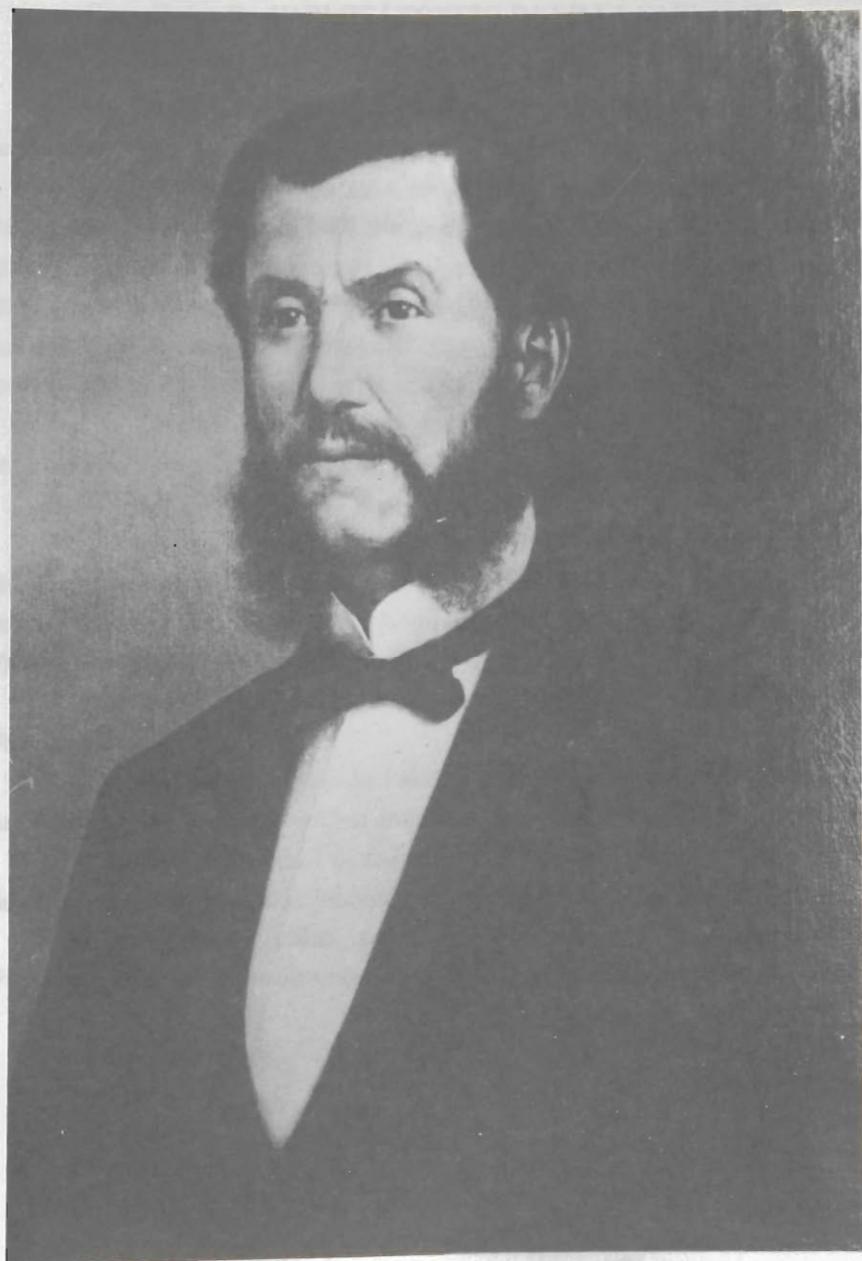
Ocupou, no gabinete de 4 de julho, organizado pelo Visconde de Paranaguá, a pasta da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Por decreto de 16 de janeiro de 1883, foi nomeado diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, à qual prestou ótimos serviços. Foi sob sua direção que o prédio da faculdade sofreu a reforma que lhe deu o aspecto que hoje tem, dotando-a de novo mobiliário, melhorando a biblioteca, etc.

Em 1885 foi eleito deputado geral por Mato Grosso.

Aposentou-se por decreto de 9 de agosto de 1890. Foi condecorado com o título de conselheiro.





009

LEONCIO DE CARVALHO



**Conselheiro Dr. CARLOS LEONCIO DA SILVA CARVALHO**  
**(1890-1891)**

Filho do Dr. Carlos Antonio de Carvalho, nasceu na Corte aos 18 de junho de 1847.

Matriculou-se, em 1864, no primeiro ano do Curso Jurídico de São Paulo, bacharelando-se em 1868. No ano seguinte defendeu teses e recebeu o grau de doutor. Foi aprovado por unanimidade. Inscreveu-se em concurso, em 1870, com Américo Brasiliense e José Joaquim de Almeida Reis. Classificado em terceiro lugar, foi nomeado lente substituto, por decreto de 4 de janeiro de 1871, tomando posse em 3 de fevereiro do ano seguinte.

Ocupou a pasta do Império no gabinete de 5 de janeiro de 1878, presidido pelo conselheiro Sinimbu.

De 1878 a 1880, foi deputado geral por São Paulo.

Por decreto de 7 de junho de 1881, foi nomeado lente catedrático de direito constitucional, das gentes e diplomacia. Tomou posse em 14 do mesmo mês. Por decreto de 31 de janeiro de 1885 foi nomeado bibliotecário da Faculdade de Direito, tomando posse em 4 de fevereiro.

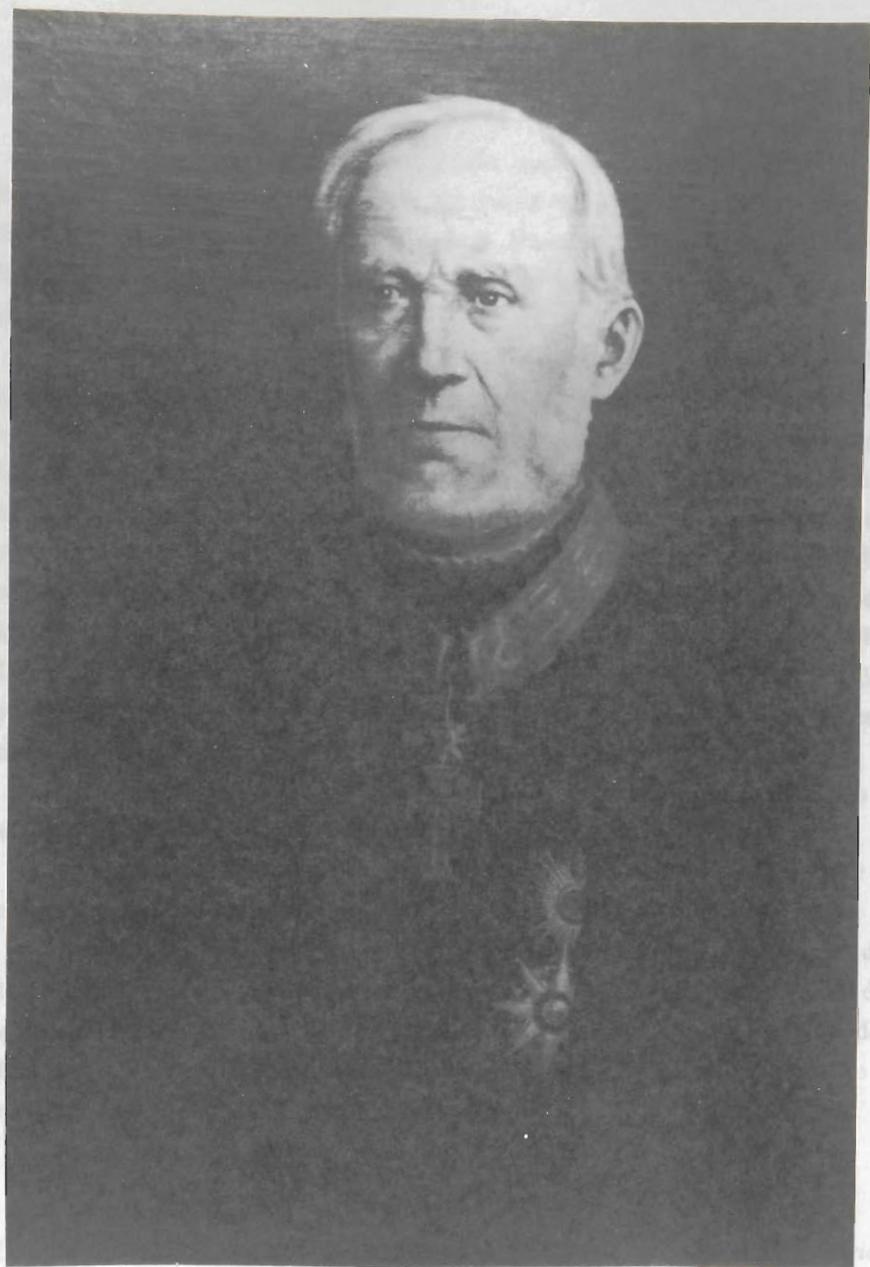
Por decreto de 4 de outubro de 1890, foi nomeado diretor da Faculdade.

Fez parte do Senado Paulista e do Congresso Constituinte, sendo um dos relatores da primeira Constituição de São Paulo.

Por decreto de 7 de fevereiro de 1895, foi designado para a cadeira de direito público, na qual se jubilou, por decreto de 12 de janeiro de 1901.

Mudou-se, então, para o Rio de Janeiro, onde lecionou na Faculdade Livre de Direito e onde faleceu aos 9 de fevereiro de 1912.





010

BARÃO DE RAMALHO



**Conselheiro Dr. JOAQUIM IGNACIO RAMALHO**  
**(Barão de Ramalho)**  
**(1891-1902)**

Nasceu na cidade de São Paulo, aos 6 de janeiro de 1809. Filho do licenciado em cirurgia, José Joaquim de Souza Saquette, espanhol, tornou-se filho adotivo dos irmãos Antonio Nunes Ramalho e D. Anna Felisberta Ramalho, dos quais tomou o sobrenome, e foi educado na velha escola dos rígidos costumes paulistas.

Cursava ainda o último ano do curso jurídico, em São Paulo, quando, a 3 de abril de 1834, foi nomeado lente substituto de filosofia racional e moral do Curso Anexo, cadeira de que se tornou proprietário em 22 de julho de 1836. Bacharel em direito a 25 de outubro de 1834, recebeu o grau de doutor em 1835. Foi nomeado lente substituto da Faculdade de Direito por decreto de 23 de abril de 1836, tomando posse em 28 de maio do mesmo ano. Em 1845, foi vereador e presidente da Câmara Municipal de São Paulo, de onde foi chamado à administração da província de Goiás, por carta imperial de 16 de maio de 1845. Deputado geral pela província de Goiás em 1848, foi, membro da Assembléia provincial de São Paulo por duas legislaturas. Pelos seus serviços, o governo, por carta de 1º de setembro de 1846, concedeu-lhe o oficialato da Ordem da Rosa.

Por decreto de 8 de julho de 1854 foi nomeado lente catedrático e tomou posse da primeira cadeira do quinto ano, em 31 do mesmo mês.

Recebeu o título de conselheiro em 4 de dezembro de 1861 e a comenda de Nosso Senhor Jesus Cristo, por decreto de 21 de maio de 1874.

Foi jubulado por decreto de 25 de agosto de 1883 e, por decreto de 25 de abril de 1891, nomeado diretor da Faculdade, cargo que exerceu até 15 de agosto de 1902, dia em que faleceu o Barão de Ramalho, com 93 anos de idade, depois de uma das mais gloriosas existências consagradas ao estudo, ao ensino e à prática do direito.

**Obras Publicadas**

*Elementos de processo criminal, para uso das Faculdades de Direito do Imperio.*  
São Paulo : Typographia Dois de Dezembro, de Antonio Louzada Antunes,  
1856.

- Pratica civil e commercial.* São Paulo : Typographia Imparcial, de Joaquim Roberto de Azevedo Marques. Obra depois refundida em a
- Praxe brasileira.* São Paulo : Ipiranga, 1869. 2ª ed. em 1904, anotada pelo Dr. Pamphilo d'Assumpção. Duprat & Cia., 1904.
- Postilas de pratica* (Coleção completa das lições de Pratica do anno de 1865, precedidas de cinco lições de Hermeneutica Juridica e seguidas de dez de Processo Criminal, inteiramente correctas). 2ª ed. São Paulo : Americana, 1872.
- Instituições Orphanologicas* (com uma carta do conselheiro João Chrispiniano



011

JOAO MONTEIRO



**Dr. JOÃO PEREIRA MONTEIRO**  
(1903-1904)

Filho de João Pereira Monteiro e de D. Maria Julia d’Azevedo Monteiro, nasceu na Corte, aos 16 de maio de 1845. Trabalhou no comércio, que abandonou, para matricular-se no Colégio Pedro II, onde se habilitou para a matrícula, em 1868, na Faculdade de Direito de São Paulo, na qual se bacharelou em 1872. Com grande sucesso, defendeu teses, recebendo o grau de doutor em 18 de outubro de 1874. Durante dois anos e meses, exerceu o cargo de curador geral de órfãos na 1ª Vara do Rio de Janeiro. Foi depois promotor público durante quase dois anos na comarca da capital de São Paulo. Opôs-se a uma vaga de lente substituto da Faculdade de Direito, em 1881, e foi nomeado por decreto de 2 de setembro de 1882, sendo empossado no dia 6 desse mesmo mês. A dissertação *O perjúrio*, que para o concurso escreveu, teve largo sucesso. Por decreto de 15 de setembro de 1883, foi nomeado lente catedrático, tomando posse da primeira cadeira do quinto ano, em 21 daquele mesmo mês.

Em 1891, foi eleito deputado ao Congresso Legislativo Paulista.

Por decreto de 24 de janeiro de 1893, foi nomeado vice-diretor da Faculdade de Direito, tomando posse em 7 de março do mesmo ano. Pelo decreto de 7 de fevereiro de 1896, foi nomeado catedrático de Teoria do Processo Civil, Comercial e Criminal e Prática do Processo.

Inaugurando, em 1892, o curso de legislação comparada, proferiu a preleção *Da universalização do direito*, posteriormente impressa.

Em 1900, representou a Faculdade de Direito no Congresso Jurídico Americano, ao qual apresentou a memória *A unidade do direito*, em São Paulo.

Posto em disponibilidade em 1901, por efeito da reforma do ensino dos cursos jurídicos, constante do Decreto n. 3.903, de 12 de janeiro de 1901, foi nomeado diretor da Faculdade de Direito, por decreto de 23 de agosto de 1903, quando ocorreu a morte do Barão de Ramalho.

Faleceu em 18 de novembro de 1904.

Além de inúmeros trabalhos jurídicos, que as revistas do seu tempo conservam, publicou João Monteiro valiosos trabalhos, que o colocam no rol dos principais juristas brasileiros:

*Do perjuro.* São Paulo, 1882 (dissertação de concurso).

*Da sociedade em conta de participação.* (dissertação de concurso).

*Da universalisação do direito: prelecção inaugural da cadeira de legislação comparada.* São Paulo, 1892.

*Organização judiciaria: parecer sobre o projecto da organização judiciaria de São Paulo, apresentada ao Senado Paulista.* São Paulo, 1891.

*Parecer sobre o projecto n. 250, de 1893: reforma do código penal, da Camara dos Deputados, pela Faculdade de Direito de São Paulo.* São Paulo, 1893.

*Discursos (1890-1896).* São Paulo, 1897.

*Theoria do processo civil e commercial.* 1ª ed., 1899-1901; 2ª ed., 1905; 3ª ed., 1912. 3 vs.

*Unidade do direito: memoria apresentada ao Congresso Juridico Americano de 1900.* São Paulo, 1900.

*Pareceres sobre os projectos da Universidade do Rio de Janeiro, dos drs. Azevedo Sodré e Leoncio de Carvalho.* São Paulo, 1903.

*Aplicações do direito: pareceres e promoções.* 1ª ed. São Paulo, 1904; 2ª ed. São Paulo, 1909.

*Direito das acções.* São Paulo, 1905 (obra posthuma).

Em colaboração com o Conselheiro Dr. Manoel Duarte de Azevedo:

*Projecto do código do processo criminal do Estado de São Paulo.* 1893.

*Projecto do código do processo civil e commercial.* 1894.



012

VICENTE MAMEDE DE FREITAS



**Dr. VICENTE MAMEDE DE FREITAS**  
**(1904-1908)**

Natural de São Paulo, filho de Joaquim Antonio de Freitas, matriculou-se no Curso Jurídico em 1851 e bacharelou-se em 1855. Dedicado, desde muito moço, ao magistério, lecionou filosofia, história, matemática e as línguas latina, francesa e inglesa. No ano seguinte ao de sua formatura, dirigiu o Colégio Culto à Ciência, que se tornou famoso. Fundou, depois, outro colégio na Ladeira do Porto Geral, passando-o, posteriormente, ao Dr. Ivahy.

Defendeu teses e recebeu o grau de doutor em 1859.

Foi promotor público em 1860 e ocupou, nos biênios de 1864-65 e 1866-67, uma cadeira de deputado provincial.

Como inspetor geral da Instrução Pública, inaugurou, em 2 de agosto de 1880, a Escola Normal de São Paulo.

Por decreto de 5 de setembro de 1882, aprovado em concurso, foi nomeado lente substituto da Faculdade de Direito de São Paulo e, depois de ter feito um concurso anterior, do qual saiu nomeado o Dr. Sá e Benevides, tomou posse aos 13 do mesmo mês. Por decreto de 5 de maio de 1887, foi nomeado lente catedrático de direito civil, primeira cadeira do quarto ano, tendo tomado posse no dia 6 de maio do mesmo ano. Por decreto de 1º de novembro de 1902, foi nomeado vice-diretor e empossado a 17 do mesmo mês. Por decreto de 7 de dezembro de 1904, foi nomeado diretor, na vaga, por falecimento, do Dr. João Pereira Monteiro. Tomou posse no dia 13 do mesmo mês.

Faleceu aos 9 de agosto de 1908.





018

DINO BUENO



**Dr. ANTONIO DINO DA COSTA BUENO**  
**(1908-1912)**

Natural de Pindamonhangaba, na província de São Paulo. Nasceu em 15 de dezembro de 1854.

Tendo estudado preparatórios no Colégio de São Pedro de Alcantara, no Rio de Janeiro, veio matricular-se, em 1869, na Faculdade de Direito de São Paulo. Bacharelou-se em 1875.

Em 1876, foi nomeado promotor público da comarca de São Paulo, e, em 1877, juiz substituto da Primeira Vara da mesma comarca.

Defendeu teses, com brilhantismo, em 1876, recebendo o grau de doutor. Propôs-se a uma vaga de lente e, após cinco concursos, foi nomeado lente substituto por decreto de 5 de janeiro de 1883. Tomou posse em 9 do mesmo mês. Lente catedrático por decreto de 6 de setembro de 1890, da primeira cadeira do terceiro ano se empossou em 18 do mês seguinte. O decreto de 7 de fevereiro de 1896 lhe designou a cadeira de direito civil.

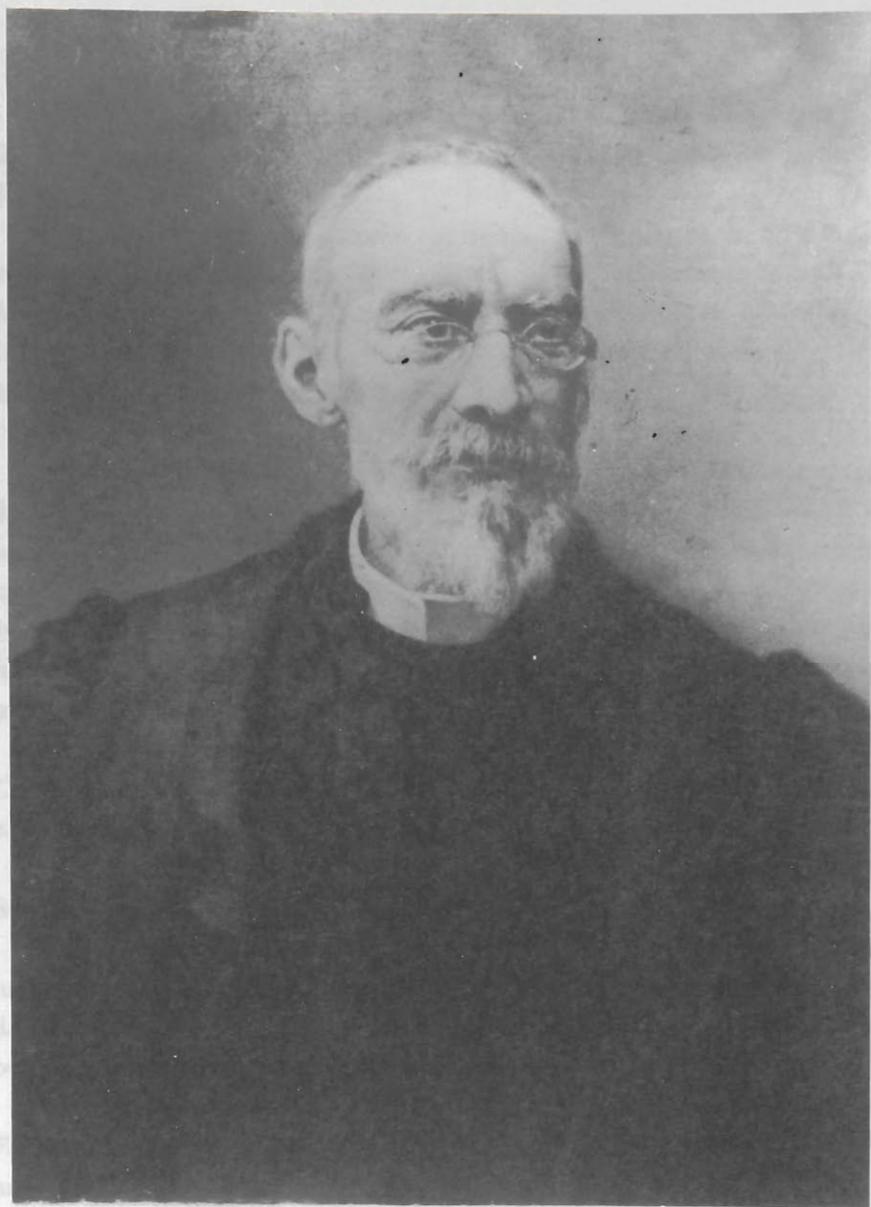
Em 1893, foi eleito deputado federal por São Paulo, como também em 1898.

Foi secretário do Interior em 1896.

Aposentou-se no cargo de diretor da Faculdade de Direito, por decreto de 18 de setembro de 1912, depois de ter remodelado as instalações e mobiliário da Faculdade.

Membro e presidente da Comissão Diretora do Partido Republicano Paulista, assumiu a presidência do Estado de São Paulo, em 28 de abril de 1927, como presidente do Senado Paulista, por falecimento do presidente Carlos de Campos, exercendo o cargo até 14 de julho, data em que assumiu a presidência o Dr. Júlio Prestes de Albuquerque.





011 JOÃO MENDES JUNIOR



**Dr. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR**  
**(1912-1915)**

Filho do jurisconsulto e político Dr. João Mendes de Almeida e de D. Anna Rita Lobo Mendes de Almeida, nasceu na cidade de São Paulo, aos 30 de março de 1856.

Feitos os preparatórios no Seminário Episcopal de São Paulo, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1877. Aprovado em defesa de teses, recebeu o grau de doutor em 2 de novembro de 1879. No ano seguinte foi eleito vereador municipal, servindo como presidente da Câmara Municipal nos anos de 1881 a 1882.

Militou na imprensa.

Aprovado em concurso, foi nomeado lente substituto da Faculdade de Direito, por decreto de 31 de agosto de 1889, tomando posse aos 10 de setembro desse ano. Por decreto de 21 de março de 1891, foi nomeado lente catedrático de prática forense, quarta cadeira da quarta série de Ciências Jurídicas, da qual tomou posse a 10 de abril seguinte. Por decreto de 7 de fevereiro de 1896, foi designado para reger a primeira cadeira de teoria do processo civil comercial e criminal, e prática forense.

Em execução a lei orgânica de 1911, eleito diretor, em Congregação, em sessão de 29 de novembro de 1912, para o biênio 1913-14, exerceu o cargo até 7 de abril de 1915.

Por decreto de 11 de dezembro de 1916, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, tomando posse a 5 de janeiro de 1917.

Faleceu aos 25 de fevereiro de 1923. Foi um dos maiores jurisconsultos brasileiros. Em homenagem aos seus grandes méritos, o Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo ofereceu à Faculdade de Direito o seu busto em bronze, que se acha no seu Salão Nobre.

Além dos inúmeros trabalhos, que publicou na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, deixou as seguintes obras clássicas no direito nacional:

*Monographia do municipio da cidade de São Paulo.*

*Exposição preliminar das bases para a reforma judiciaria do Estado de São Paulo.*

São Paulo : Espindola, Siqueira & Cia., 1901.

*As formas organicas da praxe forense.*

*O processo criminal brasileiro.* 2 vs.

*Programa do curso de direito judiciario, lecionado na Faculdade de Direito de São Paulo.* São Paulo : Hennies Irmãos, 1910. Teve 2ª edição argumentada em 1918.

*Plano de refôrma judiciaria, submetido ao Congresso Legislativo do Estado de São Paulo pelo Dr. Francisco de Paula Rodrigues Alves, presidente do mesmo Estado.* São Paulo : Siqueira, 1912. 3 vs.

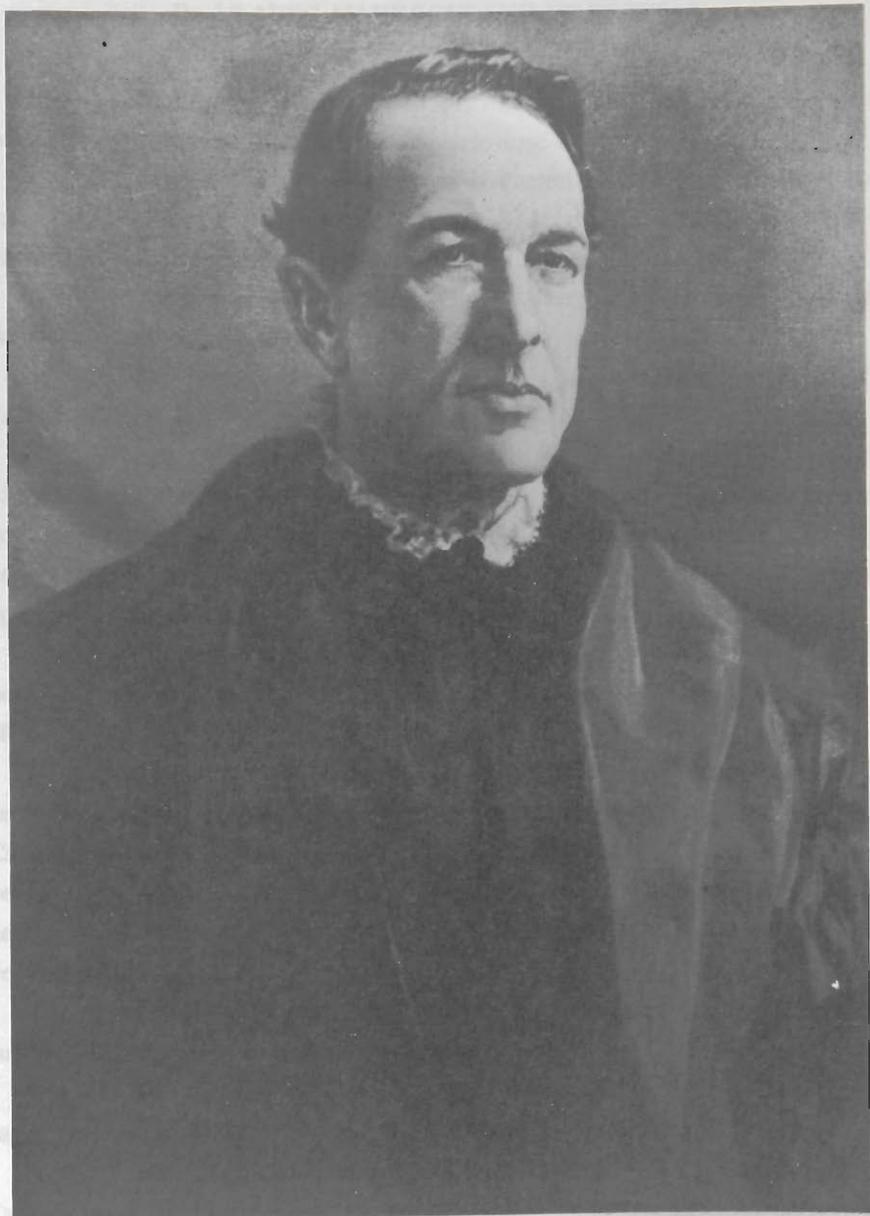
*Golpes de retrospecto: prelecção de abertura da aula da primeira cadeira do quinto anno da Faculdade de Direito de S. Paulo.* São Paulo : Hennies Irmãos, 1913.

*O ensino do direito.* São Paulo : Siqueira, 1914.

*A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense.* São Paulo : Siqueira, 1915.

*Os indigenas do Brasil, seus direitos, individuaes e politicos.*

*Climax ou escada do céu.* (obra de São João Climaco, que poz em vernáculo).



015

HERCULANO DE FREITAS



**Dr. ULADISLAU HERCULANO DE FREITAS**  
**(1916-1925)**

Natural de Arroio Grande, província do Rio Grande do Sul, nasceu aos 25 de novembro de 1865, filho de Rogerio José de Freitas.

Matriculado no primeiro ano da Faculdade de Direito de São Paulo em 1884, recebeu o grau de bacharel em 8 de março de 1889, na mesma Faculdade, pois fez o quarto ano na Faculdade de Direito de Recife.

Advogado, jornalista e tribuno, fez longa carreira política, ao lado de Francisco Glycerio, seu sogro.

Proclamada a República, exerceu o cargo de chefe de polícia do Paraná e elaborou as bases da Constituição Política daquele Estado.

Em 1890, foi nomeado lente substituto da Faculdade de Direito de São Paulo, por decreto de 30 de dezembro. Tomou posse e recebeu o grau de doutor em 16 de janeiro de 1891. Por decreto de 21 de março de 1891, foi nomeado lente catedrático, lecionando a segunda cadeira da primeira série de notariado, da qual tomou posse em 27 de abril daquele ano.

Em 1896 foi eleito deputado estadual e, em 1894, deputado federal por São Paulo. Renunciou ao mandato em 1895 e foi eleito senador estadual em 1896.

Nomeado lente catedrático de direito criminal, por decreto de 10 de fevereiro de 1902, passou, por permuta com o dr. José Mariano Corrêa de Camargo Aranha, a lente catedrático de direito público e constitucional, por decreto de 1º de maio desse ano. Tomou posse em 6 de junho dessa cadeira e nela permaneceu por largo tempo, mas dela constantemente afastado pelos seus deveres políticos.

Em 1910, foi nomeado delegado do Governo Federal no Congresso Jurídico Pan-Americano, reunido em Buenos Aires.

De 11 de agosto de 1913 a 15 de novembro de 1914, exerceu o cargo de ministro da Justiça da presidência Hermes da Fonseca.

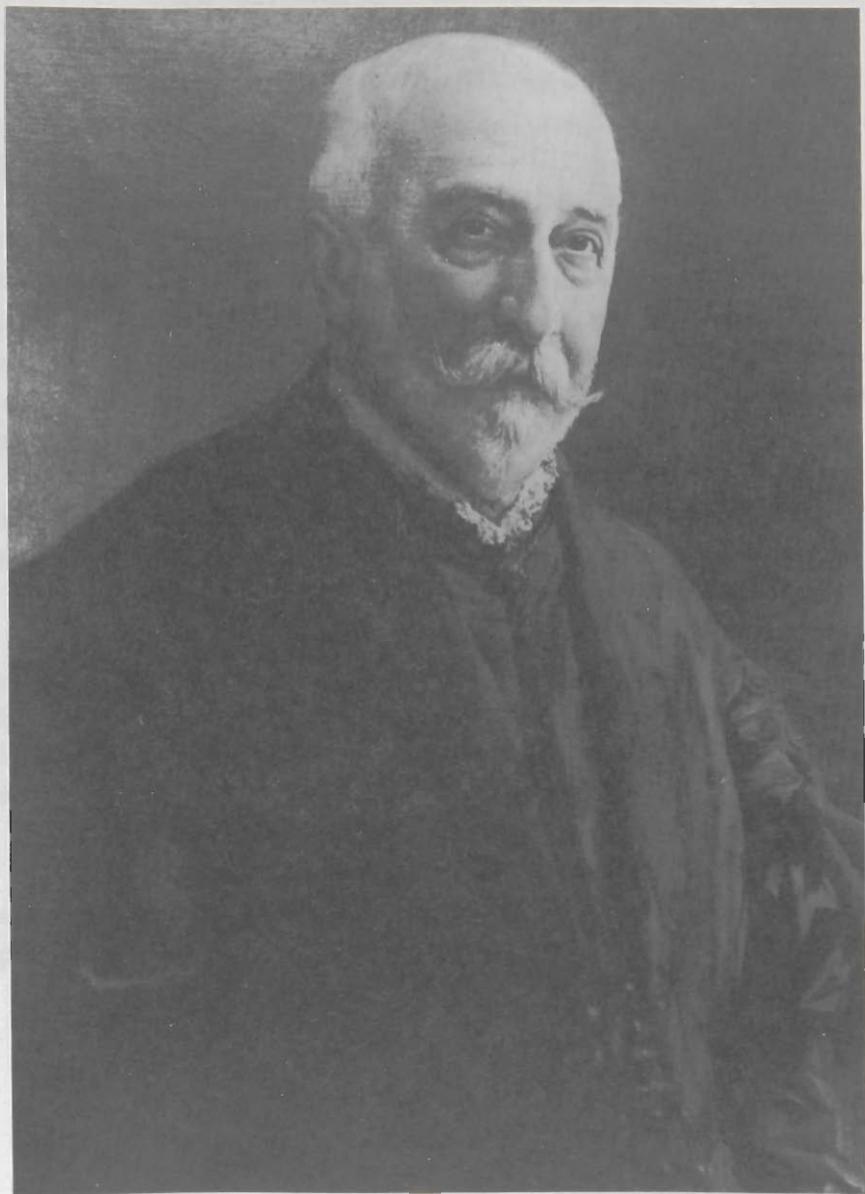
Em Congregação de 4 de janeiro de 1915, foi eleito diretor da Faculdade de Direito de São Paulo para o biênio 1915-17, sendo, por decreto de 26 de março do mesmo ano, nomeado diretor efetivo. Tomou posse a 8 de abril seguinte.

Em 14 de dezembro de 1918, foi nomeado secretário da Justiça e da Segurança Pública do Estado de São Paulo, na presidência Altino Arantes e, então, inaugurou a Penitenciária de São Paulo, estabelecimento modelar, tido como um dos mais adiantados do mundo, e lançou a pedra fundamental do Palácio da Justiça.

Em 1922, foi eleito senador estadual, e, logo depois deputado federal por São Paulo, tendo sido o relator da reforma constitucional levada a efeito sob a presidência Arthur Bernardes.

Foi posto em disponibilidade no cargo de professor catedrático, por decreto de 29 de agosto de 1925, e, nesse mesmo ano, por decreto de 7 de dezembro de 1925, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal.

Faleceu, no Rio de Janeiro, aos 14 de maio de 1926.



016

PINTO FERRAZ



**Dr. ANTONIO JANUARIO PINTO FERRAZ**  
**(1926-1930)**

Natural de Campinas. Filho do Comendador Antonio Pinto Ferraz e de D. Maria das Dores de Souza Camargo Ferraz, nasceu aos 2 de julho de 1851.

Estudou as primeiras letras no Colégio Bressane, dirigido por Francisco de Paula Bressane e, depois, com o seu parente, Padre Miguel Archanjo Ribeiro de Castro Camargo. De Campinas veio para São Paulo, tendo estudado no Liceu Alemão, do Dr. Carlos Bartt, grande matemático, onde aprimorou os seus estudos de língua inglesa, com o Dr. Morris. Estudou filosofia com o Dr. Galvão Bueno, frequentou o Curso Anexo à Faculdade de Direito, nesta se matriculando em 1870.

Bacharelando-se em 1874, passou a advogar em São Paulo, com o conselheiro Dr. Martim Francisco e, depois, com o Dr. Antonio Carlos e Luiz Gama, vindo a ser o seu escritório o mais afamado de seu tempo.

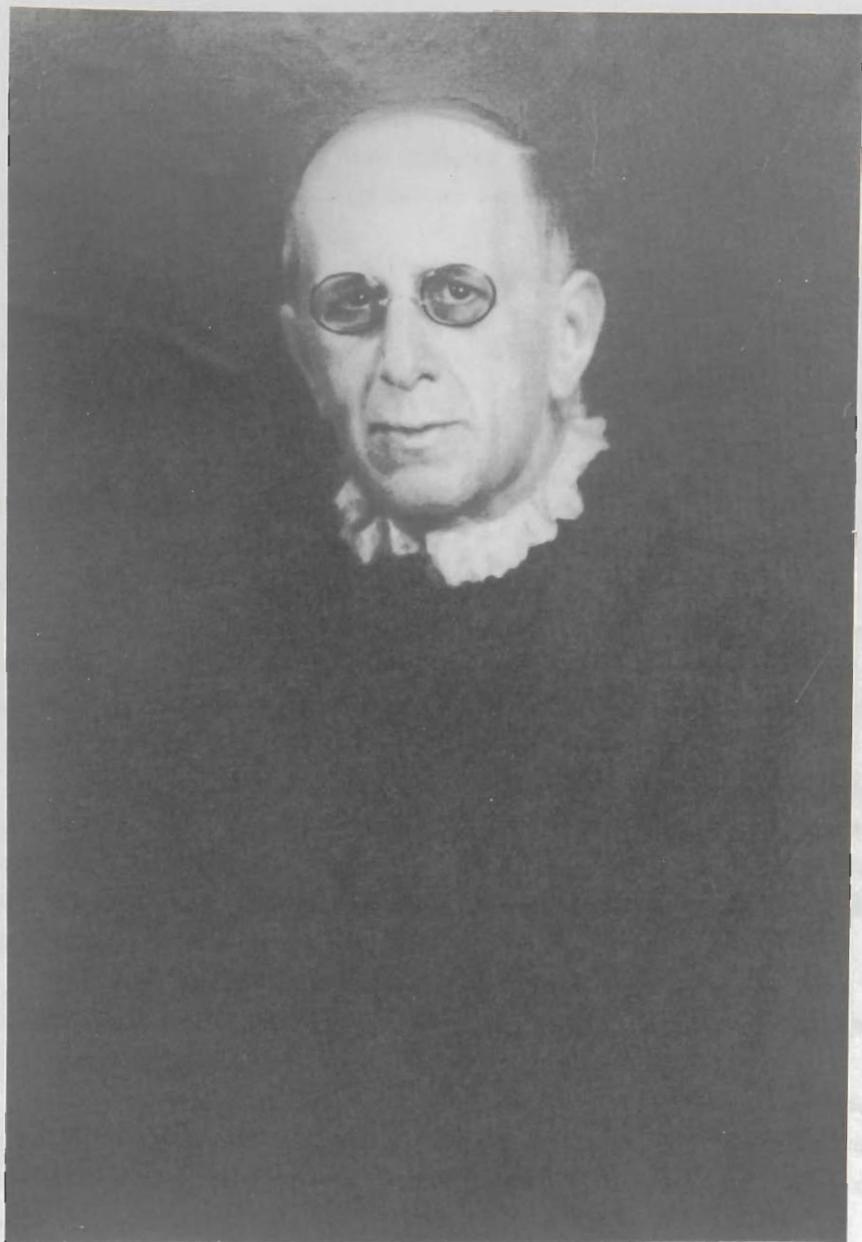
Defendeu teses em 1878 e foi unanimemente aprovado.

Lente catedrático de explicação sucinta de direito pátrio processual, primeira cadeira da segunda série de notariado, por decreto de 21 de março de 1891, tomou posse em 27 de abril seguinte. Por decreto de 7 de fevereiro de 1896, foi designado catedrático de direito civil, cadeira que regeu até 29 de julho de 1925, data em que, por decreto, foi posto em disponibilidade.

Desde 1904 foi eleito por diversas vezes senador estadual.

Nomeado diretor da Faculdade de Direito, por decreto de 19 de maio de 1926, presidiu, em 11 de agosto de 1927, as festas comemorativas do primeiro centenário da fundação dos cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda.





017

REYNALDO PORCHAT



**REYNALDO PORCHAT**  
**(1930-1931)**

Nasceu em Santos a 23 de maio de 1868.

Iniciando-se, aos doze anos, na carreira comercial, abandonou-a para estudar Humanidades, a princípio em São Paulo e, em seguida, no Rio de Janeiro.

Em 1888, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo. Poeta, orador e jornalista. Quando acadêmico foi propagandista da República e, como tal, membro do Club Republicano Acadêmico e redator do periódico político *A República*. Já então lecionava História do Brasil no Liceu de Artes e Ofícios, do qual veio a ser presidente de honra.

Em dezembro de 1891, recebeu o grau de bacharel. Aprovado em concurso, foi nomeado lente substituto da primeira seção em outubro de 1897, recebendo o grau de doutor em 23 do mesmo mês. Em julho de 1903, foi nomeado lente catedrático de Direito Romano.

Logo depois de formado, exerceu o cargo de delegado de Polícia na capital de São Paulo. Em 1923 foi eleito senador estadual, tendo cumprido o mandato por um biênio, renunciando em 1925. Foi um dos fundadores do Partido Democrático.

Nomeado diretor da Faculdade de Direito em 1930, em 1934 foi escolhido reitor da Universidade de São Paulo. Foi também nomeado membro do Tribunal Regional de Justiça Eleitoral, aí servindo como juiz por mais de dois anos, só deixando o cargo para assumir a reitoria da Universidade. Foi-lhe conferido o título de professor emérito.

Desde 1915 representou, mediante sucessivas reeleições, a Faculdade de Direito de São Paulo no Conselho Superior de Ensino e depois no Conselho Nacional de Ensino.

Foi membro da comissão correspondente ao *Groupement des Universités et Grandes Écoles de France* (que fundou em São Paulo o Liceu Franco-Brasileiro), membro do *Comité France-Amérique*, bem como da Academia Paulista de Letras.

Faleceu a 12 de outubro de 1953.

### Obras Publicadas

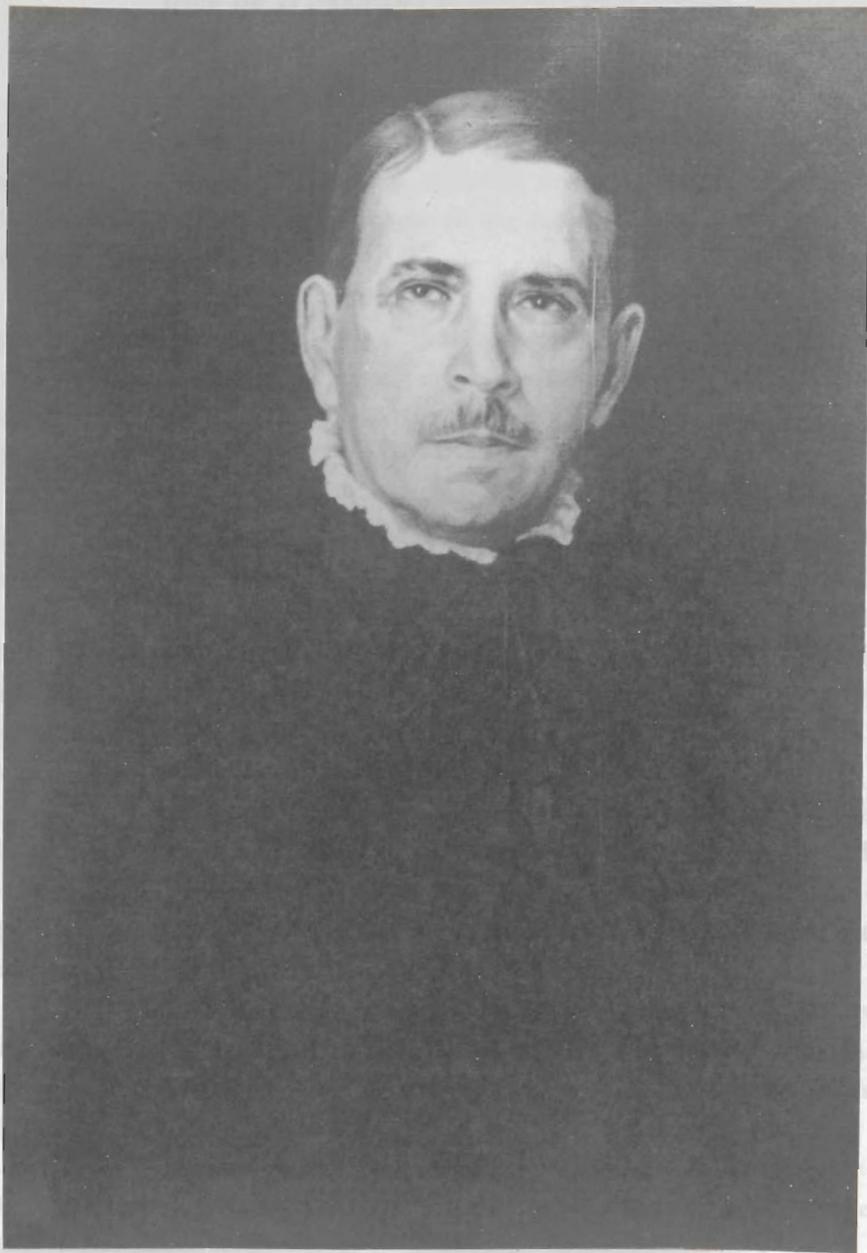
*Posição jurídica dos Estados Federados perante o Estado Federal: dissertação apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo : Carlos Gerke, 1897.*

*Curso elementar de direito romano. São Paulo : Duprat, 1907 e 1909. 2 vs.*

*A belligerancia em face de uma guerra civil. Condições de reconhecimento da belligerancia pelas nações estrangeiras. O caso da insurreição de São Paulo e Mato Grosso. São Paulo, 1932.*

*Da retroactividade das leis civis. São Paulo : Duprat, 1909.*

*Da pessoa physica: sua condição natural, o nascimento perfeito, sua condição civil, status. São Paulo : Duprat, 1915.*



018

ALCANTARA MACHADO



**JOSÉ DE ALCÂNTARA MACHADO D'OLIVEIRA**  
**(1931-1935)**

Nasceu em Piracicaba a 19 de outubro de 1875.

Fez os seus primeiros estudos na Escola Neutralidade e os secundários no Colégio Moretzshon, iniciando os seus preparatórios em 1887. Matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1890 e recebeu o grau de bacharel em 1893.

Aprovado em concurso, foi nomeado lente substituto, tomando posse em setembro de 1895, quando recebeu o grau de doutor. Em junho de 1915 foi declarado professor substituto de Medicina Pública, sendo que, em agosto de 1925, foi nomeado professor catedrático de Medicina Pública, atual Medicina Legal.

De 1927 a 1930 foi vice-diretor desta Faculdade, sendo nomeado, em 1931, diretor, cargo que exerceu até 1935. Durante a sua gestão, foi inaugurado o prédio atual da Faculdade, em 1934.

Na esfera política, exerceu os cargos de vereador municipal (1911-1916), deputado estadual (1915-1924), senador estadual (1924-1930), deputado e líder da bancada paulista na Assembléia Nacional Constituinte (1933-1934) e senador federal (1935). Foi em sua residência que a intelectualidade paulista se reuniu para acertar o fim do Movimento Constitucionalista.

Foi membro fundador e presidente da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, sócio correspondente do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, da Faculdade Paulista de Filosofia e Letras, da Escola de Sociologia e Política, entre outros.

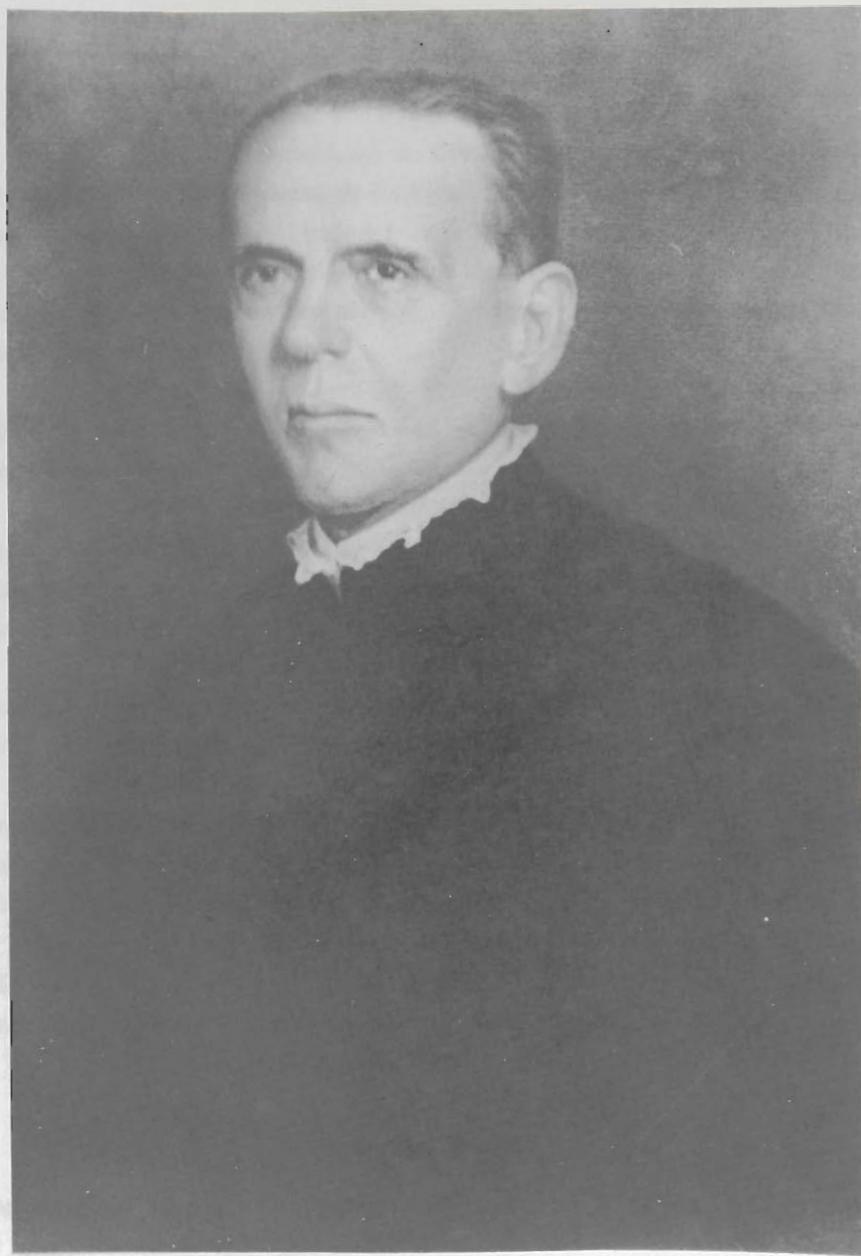
No campo literário, seguindo os passos de seu pai e de seu avô, iniciou cedo a vida literária, fundando um periódico manuscrito intitulado *Rouxinol*. Quando acadêmico, colaborou com os pseudônimos de "Álvaro Alves" e "Pero Peres" na revista *A Semana*.

Pertenceu a duas Academias de Letras, a Paulista (1919) e a Brasileira (1913), substituindo nesta Silva Ramos. Como historiador, lançou, em 1929, *Vida e morte do bandeirante*.

Faleceu a 1º de abril de 1941 nesta capital.

### Obras Publicadas

- Do momento de formação dos contratos por correspondência: ensaio.* São Paulo : Typ. da Companhia Industrial de São Paulo, 1892.
- A embriaguez e a responsabilidade criminal: theses e dissertação.* São Paulo : Salesianas, 1894.
- Ensaio medico-legal sobre o hypnotismo: dissertação e theses.* São Paulo : Industrial, 1895.
- Suicídios na capital de São Paulo.* In: Terceira Reunião do Congresso Científico Latino-Americano. Rio de Janeiro, 1910. t. 4.
- Problemas municipais.* São Paulo : O Estado de S. Paulo, 1917.
- Honorarios medicos: doutrina, legislação, jurisprudencia.* São Paulo : O Estado de S. Paulo, 1919.
- Vida e morte do bandeirante.* Belo Horizonte : Itatiaia; São Paulo : EDUSP, 1980.
- O ensino na pericia (these official: 2ª parte).* In: Actas da Segunda Conferencia Latino-Americano de Neurologia, Psychiatria e Medicina Legal. São Paulo, 1931. t. 1.
- O ensino de medicina legal nas escolas de Direito.* *Revista de Criminologia e Medicina Legal*, São Paulo, 1928, v. 2, ns. 3 e 4.
- Ação da bancada paulista "Por São Paulo Unido" na Assembléa Constituinte. Programa da "Chapa Unica" e a nova Constituição.* São Paulo : Imprensa Official do Estado, 1935.
- Gonçalves de Magalhães ou o romântico arrependido.* São Paulo : Acadêmica, 1936.
- Brasílio Machado: 1848-1919.* Rio de Janeiro : José Olympio, 1937.
- Projecto do codigo criminal brasileiro: organizado por incumbencia do professor dr. Franciso Campos, Ministro da Justiça.* São Paulo : Empresa Graphica da Revista dos Tribunais, 1938.



019

FRANCISCO MORATO



**FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO**  
**(1935-1938)**

Nasceu em Piracicaba a 17 de outubro de 1868.

Estudou Humanidades no Colégio Moretzsohn, prestando exames preparatórios no Curso Anexo da Faculdade de Direito de São Paulo, na qual matriculou-se em 1884, recebendo o grau de bacharel em 1888.

Em sua terra natal exerceu a profissão de advogado, ocupando também os cargos de promotor público, vereador, inspetor escolar e provedor da Santa Casa de Misericórdia.

Transferindo-se para São Paulo, foi um dos fundadores da Ordem dos Advogados de São Paulo, tendo sido eleito seu primeiro presidente, função que ocupou de 1916 a 1922 e de 1925 a 1927.

Aprovado em concurso, foi nomeado professor substituto da sétima seção da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1917. Em novembro de 1918, tomou posse da cadeira e recebeu o grau de doutor. Em outubro de 1922, assumiu a cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial.

Na órbita política, foi fundador do Partido Democrático, eleito deputado federal em 1927, tendo sido um dos organizadores da Frente Única de 1932, com destacado papel no Movimento Constitucionalista.

Foi membro do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo e presidente do Tribunal de Ética Profissional. Jubilado na cadeira de Direito Judiciário Civil, foi-lhe conferido o título de professor emérito. Após a Revolução, no período de 1932-1933 esteve exilado na França e em Portugal.

No período de 1935 a 1938, foi diretor da Faculdade de Direito de São Paulo. Recusou a presidência do Estado, aceitando porém o cargo de secretário da Justiça e Negócios do Interior na interventoria Macedo Soares.

Faleceu a 21 de maio de 1948.

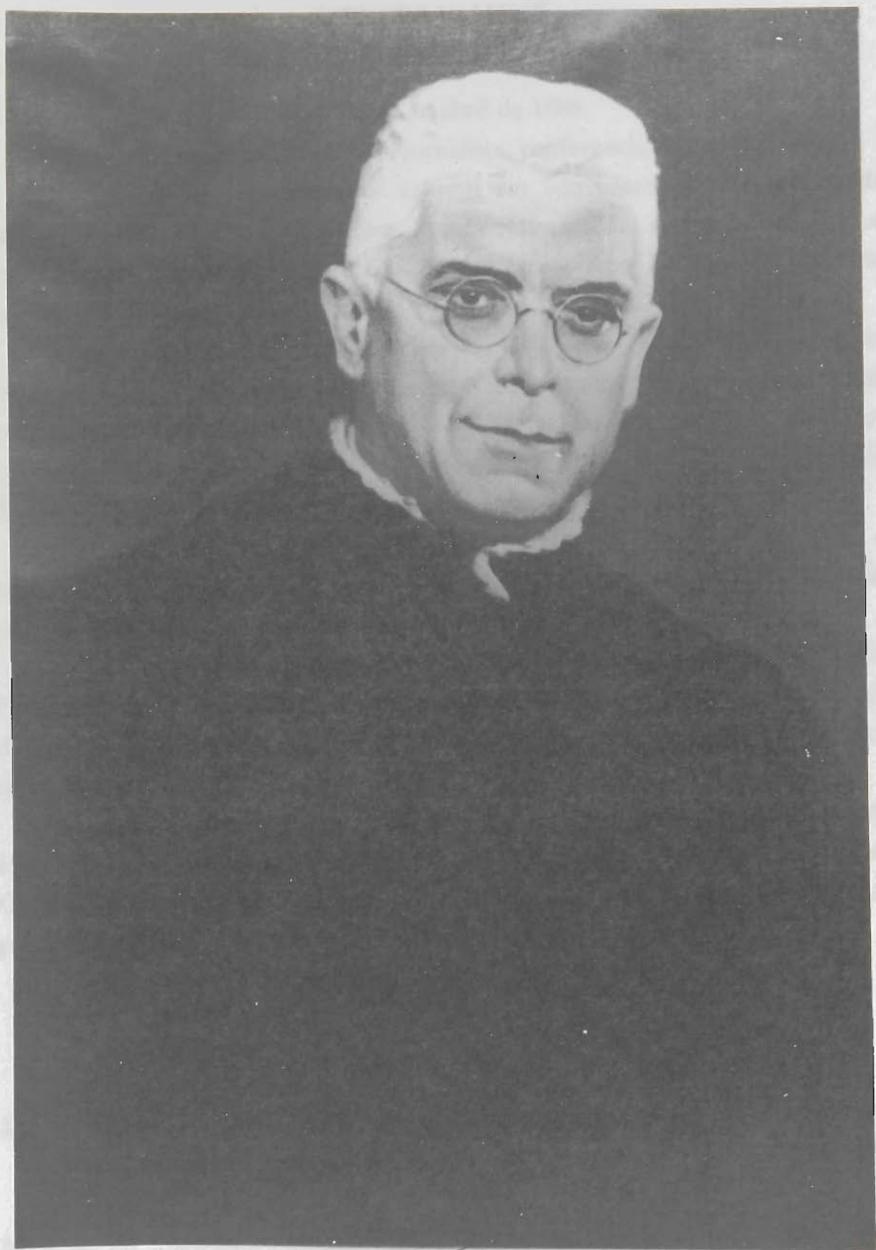
**Obras Publicadas**

*Da prescrição nas acções divisorias.* S.l.p., s.c.p., 1917. These (cat. dir. proc. civil). Faculdade de Direito da USP.

*Código de ethica profissional.* São Paulo : Seção de Obras de "O Estado", 1921.

Questões praticas de direito judiciario: imissão de posse; direito de retenção de terceiros: pareceres. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1932. v. 28.

*Miscellanea juridica*. São Paulo : s.c.p., 1945. 2 vs.



020

SPENCER VAMPRE



**SPENCER VAMPRE**  
**(1938-1938)**

Nasceu em Limeira a 24 de abril de 1888.

Foi eminente advogado, jornalista, conferencista, jurisconsulto.

Fez os seus primeiros estudos em Rio Claro, na escola dirigida pelas norte-americanas Irmãs Dagam. Frequentou também as aulas do professor João Aranha. Mudando-se para São Paulo, estudou no Colégio Inglês e no Instituto de Ciências e Letras.

Em 1904, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, tendo recebido o grau de bacharel em 1909. Em outubro de 1917, foi escolhido professor substituto da primeira seção e, em novembro de 1925, professor catedrático de Direito Romano e Filosofia do Direito. Em 1938, foi nomeado diretor da Faculdade de Direito, aí permanecendo somente por este ano.

Na esfera política, foi eleito deputado estadual em 1923 e subprefeito da Lapa em 1930. Em 1931, com a renúncia de Plínio Barreto, chegou a ser cogitado para o cargo de interventor.

Um pouco antes, em 1924, demonstrando seu interesse e amor pela Faculdade de Direito de São Paulo, publicara as *Memórias para a história da Academia de São Paulo*, que constituem um importante documento histórico sobre a Faculdade.

Foi membro da Academia Paulista de Letras e do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo. Obteve, entre outros títulos, o de oficial da Ordem de Santiago de Portugal, o da Coroa da Itália e o de comendador pontifício romano.

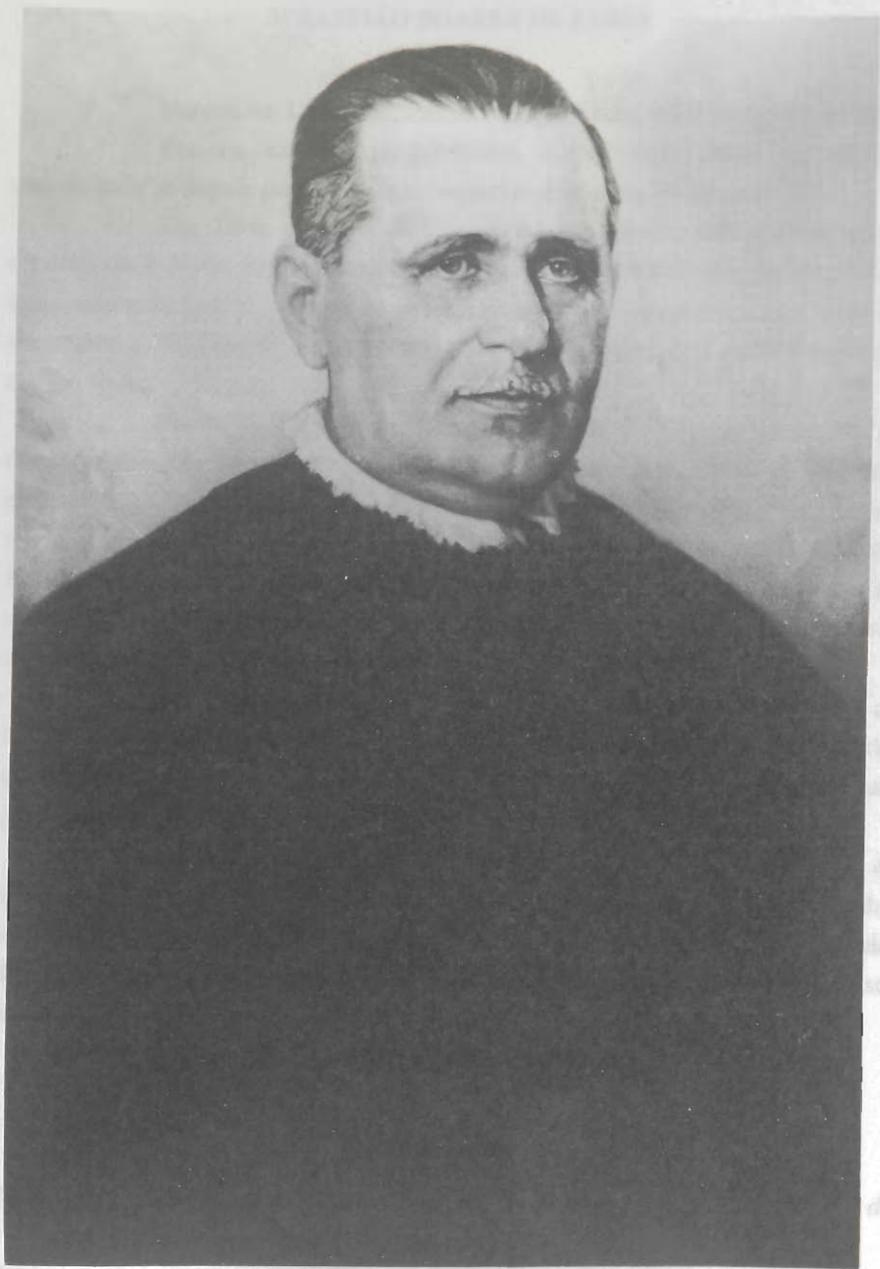
Faleceu a 13 de julho de 1964.

**Obras Publicadas**

*Das sociedades anonyms: commentario à consolidação das leis sobre sociedades anonyms e em commandita por acções: decr. n. 434, de 04 de julho de 1891.*  
São Paulo : Pocai-Weiss, 1914.

*Institutas do Imperador Justiniano, traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro.* São Paulo : Magalhães, 1915.

- O que é o código civil: conferencia realizada na Universidade de São Paulo.* São Paulo : Magalhães, 1916.
- Existe direito subjectivo sem titular.* São Paulo : Magalhães, 1917.
- Da lesão enorme e do sujeito do direito perante o código civil.* São Paulo : Magalhães, 1918.
- Interpretação do código civil* (pref. Clovis Bevilacqua). São Paulo : Magalhães, 1919.
- Manual de direito civil brasileiro.* Rio de Janeiro : F. Briguiet, 1920. 3 vs.
- Barão de Ramalho, sua vida e sua obra. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 36, 1920.
- O latim em dez lições: introdução ao estudo do Corpus Juris Civilis, destinada aos estudantes de direito e aos advogados.* Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1920.
- Tratado elementar de direito commercial.* Rio de Janeiro : F. Briguiet, 1921-1922. 3 vs.
- Repertório geral da jurisprudência: doutrina e legislação.* São Paulo : Saraiva, 1925.
- Uma nova orientação de processo civil: o processo dactylographado.* São Paulo : Graphica Industrial, 1927.
- Do nome civil: sua origem e significação sociológica, teorias que o explicam, suas alterações, direitos e deveres correlativos.* Rio de Janeiro : F. Briguiet, 1935.
- "Giorgio del Vecchio, 'sobre os principios gerais do direito'"; tradução da "Revista Critica Judiciaria" e prologo de Clovis Bevilacqua. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, 1938. v. 34, fasc. 1.
- Tres juristas: Pimenta Bueno, Teixeira de Freitas e Lafayette Rodrigues Pereira.* São Paulo : Departamento Estadual de Imprensa e Propaganda-Siqueira, 1942.



021

SOARES DE FARIA



**SEBASTIÃO SOARES DE FARIA**  
(1939-1940)

Nasceu em Lavrinhas, Estado de São Paulo, a 29 de agosto de 1883.

Fez os estudos preparatórios no Colégio Ávila de Pinhal, transferindo-se depois para o Colégio Nogueira da Gama, de Jacareí.

Em 1898, passa a dedicar-se ao jornalismo, iniciando-se como repórter de *A Noite*. Em 1899 matriculou-se na Escola Politécnica de São Paulo, interrompendo porém o curso devido à sua atividade jornalística. Em 1900 foi secretário do *Cidade de Santos*, tendo dirigido a *Revista de Direito Processual Civil*.

Em 1902, ingressou no corpo docente do Ginásio Nogueira da Gama, tendo aí lecionado, durante nove anos, quase todas as disciplinas do curso ginásial. Em seguida, ingressou na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, tendo aí cursado os três primeiros anos acadêmicos. Em 1909, retornou a São Paulo, concluindo o curso de direito na Faculdade de Direito de São Paulo, no ano de 1911. Obtido o diploma de bacharel, abandonou o ensino para dedicar-se exclusivamente à advocacia comercial.

Em 1933, inscreveu-se em concurso para a cadeira de lente de Direito Comercial. Habilitado, foi nomeado livre-docente, tendo recebido o grau de doutor em 1935. Foi nomeado diretor da Faculdade de Direito de São Paulo para o período de 1939 a 1940.

Foi lente catedrático de Direito Comercial Internacional da Faculdade de Ciências Econômicas desta capital, membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Conselho da Ordem dos Advogados de São Paulo. Patrocinou a organização do volume *A poesia nas Arcadas*, de autoria de Ulysses da Silveira Guimarães.

Faleceu a 8 de outubro de 1952, nesta capital.

**Obras Publicadas**

*Investigação de paternidade ilegítima: estudo theorico e pratico do artigo 365 do codigo civil brasileiro*. São Paulo : Mayença, 1919.

*Da concordata terminativa da fallencia*. São Paulo : Saraiva, 1928.

*Da concordata preventiva da fallencia*. São Paulo : Saraiva, 1932.

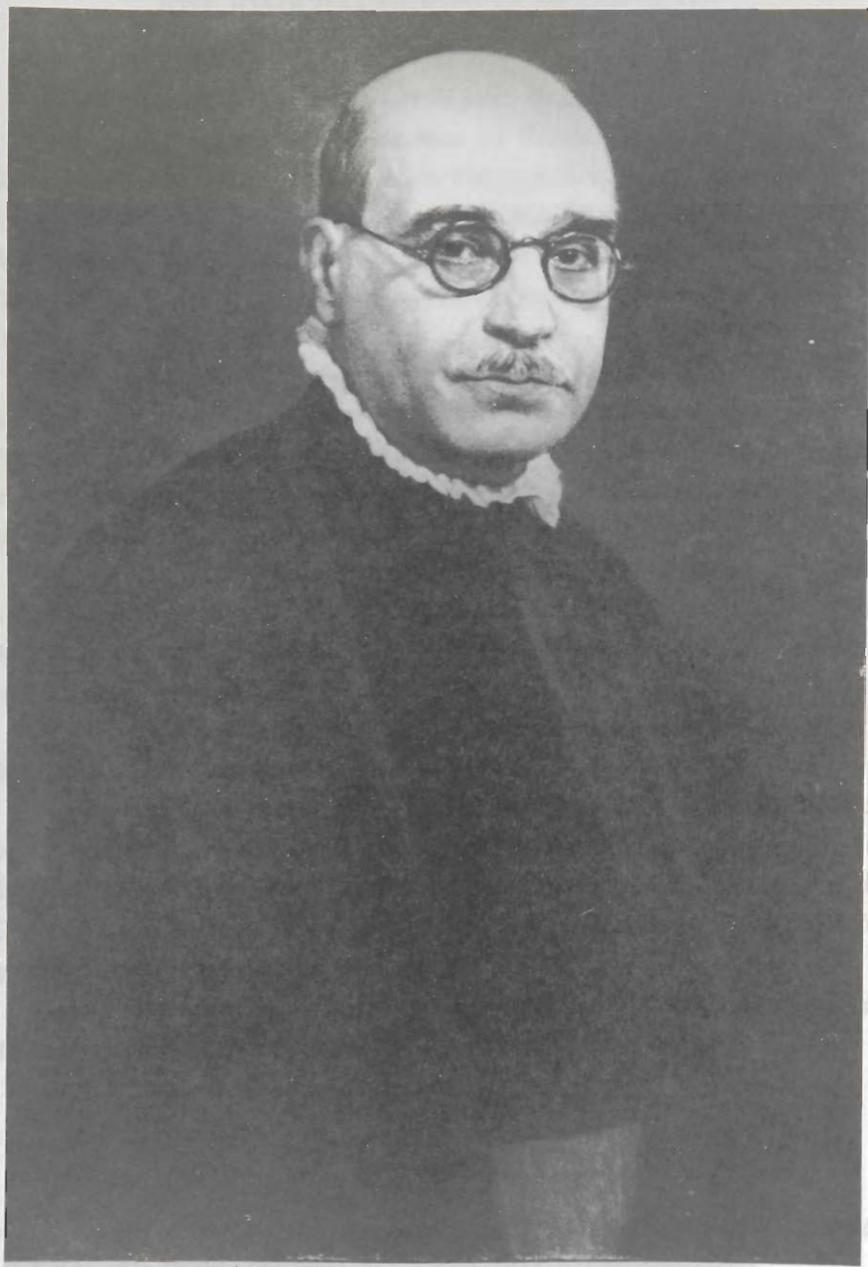
*Do abuso da razão social.* São Paulo : Saraiva, 1933.

*Principais theorias relativas ao onus probandi.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1936. These (dir. proc. civil). Faculdade de Direito da USP. In: Dissertação de direito judiciário.

Da prescrição da sentença e sua execução. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 36, 1941.

com Enrico Tullio Liebman:

*Coleção de estudos de direito civil.* São Paulo : Saraiva, 1943.



022

CARDO O DE MELLO NETO



**JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO**  
**(1941-1942)**

Nasceu em São Paulo a 19 de julho de 1883.

Fez os estudos preparatórios na Escola Complementar, anexa à Escola Normal da Capital de São Paulo. Foi professor, aos 16 anos, do Grupo Escolar da Bela Vista. Fez, pouco depois, exame de madureza no Ginásio de Estado da capital, matriculando-se em 1901 na Faculdade de Direito de São Paulo. Em agosto de 1906, recebeu o grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Em 1917, fez concurso para professor substituto da quinta seção, nas cadeiras de Direito Administrativo e Ciência da Administração e Economia Política e Ciência das Finanças. Classificado em primeiro lugar, foi nomeado lente substituto em outubro do mesmo ano, recebendo também o grau de doutor em Direito.

Em 1920, foi nomeado professor catedrático de Economia Política e Ciência das Finanças. Em 1941, foi nomeado diretor da Faculdade de Direito de São Paulo e em novembro de 1953 foi-lhe conferido o título de professor emérito da mesma Faculdade.

Advogado militante, foi um dos fundadores da Liga Nacionalista e do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo.

No campo político, foi membro fundador do Partido Democrático em 1926; ocupou em 1930 o cargo de prefeito da capital de São Paulo e foi deputado constituinte em 1934. Em 1936, liderou a bancada do Partido Constitucionalista (oriundo do Partido Democrático) na Câmara Federal e foi governador do Estado de São Paulo em 1937.

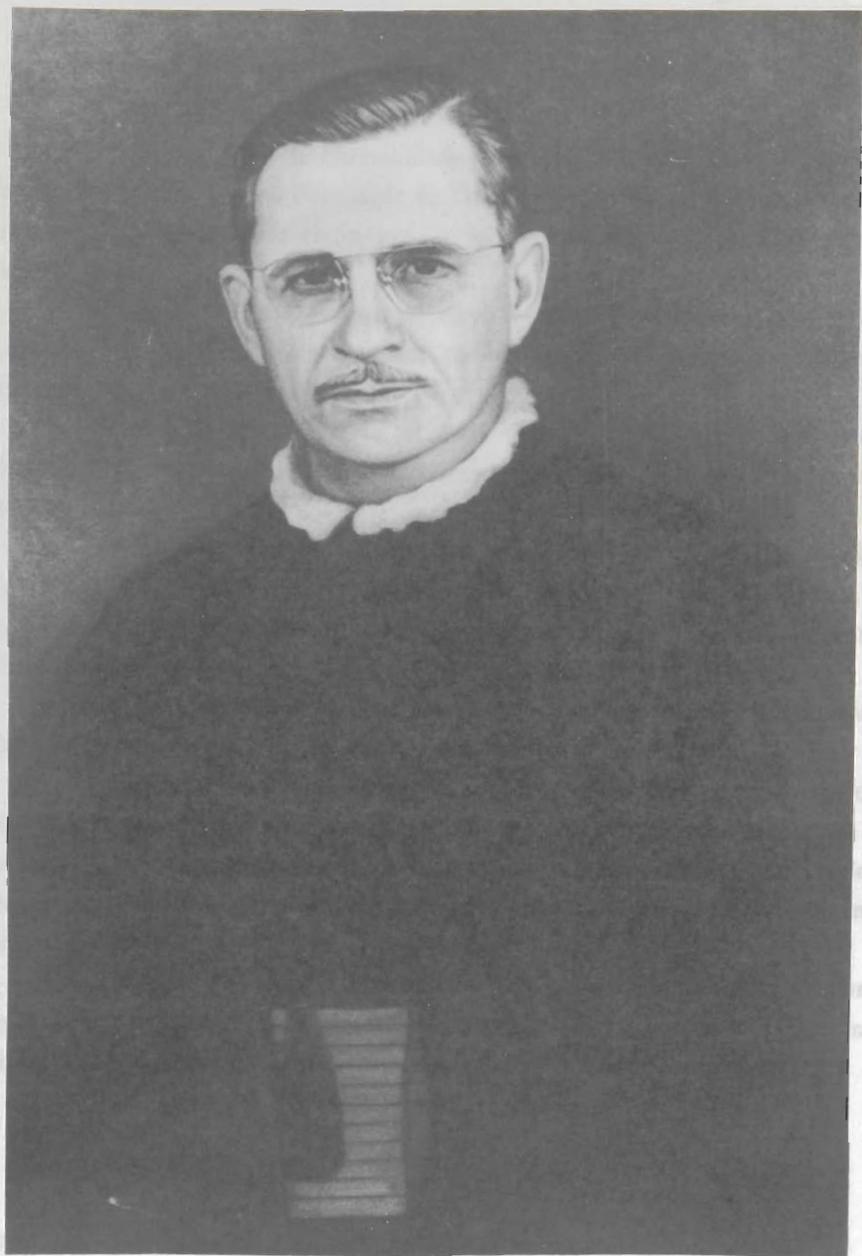
Foi autor de inúmeros pareceres e artigos na *Revista da Faculdade de Direito* e na *Revista dos Tribunais*.

Faleceu a 20 de julho de 1965.

**Obras Publicadas**

*A acção social do Estado: dissertação apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo : O Estado de S. Paulo, 1917.*

*Discriminação de rendas entre a União e os Estados: dissertação apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo : O Estado de S. Paulo, 1917.*  
*Mensagem apresentada à Assembléa Legislativa de São Paulo a 9 de julho de 1937. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1937.*  
*Discursos. São Paulo : Saraiva, 1938.*



023

HONÓRIO MONTEIRO



## HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO

(1943-1944)

Nasceu em Araraquara a 25 de junho de 1894.

Fez o curso de Humanidades no Ginásio Estadual de Campinas. Em 1915 matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1919. Tornou-se, desde então, um dos advogados mais assíduos do Foro da capital.

Em 1902, inscreveu-se no concurso para livre-docente de Direito Comercial. Sendo aprovado e nomeado em novembro do mesmo ano, recebeu simultaneamente o grau de doutor em Direito.

Com o falecimento do professor Otávio Mendes, em novembro de 1931, passou a reger a cadeira vaga de Direito Comercial, cargo que exerceu até 1934.

Em maio de 1932, foi-lhe atribuída também a cadeira de Direito Comercial, do professor Waldemar Ferreira, então secretário da Justiça e Segurança Pública. Além da regência das duas cadeiras, foi ainda encarregado da disciplina Economia e Legislação Social, do curso de doutorado.

Em 1933, inscreveu-se no concurso para a cátedra de Direito Comercial e, aprovado, foi nomeado em 1934 professor catedrático.

Em 1943 ocupou o cargo de Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, que deixou em 1945, em razão da sua eleição para deputado à Assembléia Nacional Constituinte, vindo a ocupar a presidência da Câmara dos Deputados; em outubro de 1948, foi nomeado Ministro do Trabalho do Governo Gaspar Dutra.

Foi ainda membro do Conselho Estadual de Educação, da Câmara de Ensino Superior e representante da Congregação da Faculdade de Direito no Conselho Universitário, tendo-lhe sido conferido o título de professor emérito.

Faleceu a 28 de fevereiro de 1969.

### Obras Publicadas

*Da mulher casada commerciante.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1929.

*Do crédito bancario confirmado.* São Paulo : Saraiva, 1933.

*Prelecções de direito commercial.* São Paulo : Linotechnica, 1937.

Fundação publica. *Revista de Direito Publico*, São Paulo, v.2, 1937. p. 122-130.



021

GABRIEL DE REZENDE FILHO



**GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO**  
**(1945-1948)**

Nasceu em São Paulo a 23 de junho de 1893.

Fez o curso secundário no Colégio do Carmo e no Ginásio de São Bento. Em 1909, quando contava 15 anos, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, obtendo o grau de bacharel em 1913.

Em 1917, inscreveu-se no concurso para lente substituto de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial. Em 1919, foi nomeado livre-docente da mesma cadeira, sendo que, em 1921, com o falecimento do professor Estevão de Almeida, passou a reger a cadeira, tendo-se doutorado em 1925.

Foi secretário do Dr. Washington Luis, quando presidente do Estado, de 1920 a 1924, diretor do Tribunal de Contas, de 1925 a 1930, procurador do curador fiscal do Estado, de 1930 a 1937, além de membro do Conselho Nacional de Ensino, como representante dos livres-docentes da Faculdade de Direito de São Paulo.

Em janeiro de 1934, tornou-se professor catedrático de Direito Judiciário Civil e, em 1945, foi nomeado diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, permanecendo até 1948.

Foi membro da Ordem dos Advogados do Brasil, do Instituto da Ordem dos Advogados e da União Brasil-Estados Unidos. Publicou vários artigos na *Revista da Faculdade de Direito* e na *Revista dos Tribunais*.

Faleceu nesta capital a 20 de novembro de 1957.

**Obras Publicadas**

*Por que principios se rege a apellação de terceiros?: dissertação de concurso apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo : Espindola, 1917.*

*Para que se dê a competência do fôro do contrato é essencial que as partes tenham feito renuncia expressa do fôro do domicilio: dissertação de concurso apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo : Espindola, 1917.*

*Socialização do direito: oração do paraninfo à turma dos bacharelandos de 1940 da Faculdade de Direito da USP. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1941.*

*Curso de direito processual civil.* São Paulo : Saraiva, 1948. 3 vs.

Ações que não admitem a reconvenção. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 53, p. 59-73, 1958.



025



**BRAZ DE SOUSA ARRUDA**  
**(1949-1955)**

Nasceu em Campinas a 3 de fevereiro de 1895.

Criado em Ribeirão Preto, cursou o Ginásio de Estado local e, a seguir, o Instituto Silvio de Almeida, desta capital.

Em 1912, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1916. No ano seguinte, abriu-se o concurso para substituto da cadeira de Economia Política, Ciência das Finanças e Direito Administrativo, tendo sido aprovado, por unanimidade de votos; em 1919 foi nomeado livre-docente.

Em 1920, foi aprovado em novo concurso, ocasião em que recebeu o grau de doutor. Em maio de 1925, foi nomeado professor catedrático de Direito Internacional Público.

Durante os estudos jurídicos, secretariou o Centro Acadêmico XI de Agosto. Foi nomeado membro do Conselho Administrativo do Estado e diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, de 1949 a 1955.

Além das obras elencadas a seguir, é autor de vários pareceres e artigos publicados na *Revista da Faculdade de Direito* e na *Revista Jurídica*.

Faleceu a 24 de junho de 1963.

**Obras Publicadas**

*Discursos acadêmicos*. São Paulo : s.l.p., 1916.

*Concurso de economia política: preleção proferida perante a Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo : Piratininga, 1917.

*O salário: trabalho apresentado para o concurso da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo : Piratininga, 1917.

Diferença entre direito administrativo e ciência da administração: constituem o direito administrativo e a ciência da administração distintas?, *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 21, p. 61-96, 1913.

*Direito das gentes, direito internacional privado, direito constitucional: dissertações apresentadas à Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo : Siqueira, 1919.

*Curso de direito internacional: na era atômica*. Curitiba : Guaíra, s.d..

Ruy Barbosa e direito das gentes. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 40, p. 17-25, 1945.

A Faculdade de Direito, a Universidade e os problemas do ensino. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 41, p. 37, 1946.

Progresso e futuro do direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 201-207, 1926-27.



026

ALVINO FERREIRA LIMA



## ALVINO FERREIRA LIMA

(1956-1958)

Nasceu em Rosário do Catete, Estado de Sergipe, a 09 de agosto de 1888.

Aos quatro anos de idade mudou-se para o Estado de São Paulo e passou a residir em Vargem Grande. Iniciou os estudos das primeiras letras em escolas particulares desta cidade, sendo que, em 1899, entrou para o Colégio Azevedo Soares, na capital paulista. Transferiu-se, em 1900, para o Colégio Rosas, de Poços de Caldas, concluindo finalmente seus estudos em 1904 no Instituto de Ciências e Letras desta capital.

Em 1904, ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1908. Em abril de 1909, começou a exercer a advocacia em Casa Branca, onde ocupou por cerca de dez anos o cargo de lente de Matemática da Escola Normal.

Ingressou na vida política local, tendo sido eleito prefeito municipal, de 1922 a 1923, e posteriormente ocupado o cargo de presidente da Câmara Municipal.

Em 1925, transferiu-se para esta capital fazendo seu primeiro concurso de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Paulo no ano de 1936, quando recebeu o título de doutor em Direito e foi nomeado livre-docente da cadeira, da qual veio a tornar-se professor catedrático em 1939.

Por vários anos exerceu a vice-diretoria desta Faculdade, tendo desempenhado também as funções de membro do Conselho Técnico-Administrativo. Em setembro de 1956, foi nomeado diretor, cargo que exerceu até sua aposentadoria compulsória, em agosto de 1958. Em agosto de 1966, foi-lhe conferido o título de professor emérito.

Colaborou na *Revista dos Tribunais*, na *Revista da Faculdade de Direito* e em diversos jornais de São Paulo, além das obras que seguem.

Faleceu a 03 de agosto de 1975.

### Obras Publicadas

*O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1936.

*Da culpa ao risco.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1938.

A reparação civil do dano no anteprojeto do código das obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, p. 13, 1944.

*Culpa e risco.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1960.

*A fraude no direito civil.* São Paulo : Saraiva, 1965.



027

L. A. DA GAMA E SILVA



## LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA

(1959-1962)

Nasceu em Mogi-Mirim a 19 de maio de 1913.

Fez os estudos primários em sua terra natal e os primeiros exames do curso secundário no Ginásio Culto à Ciência, de Campinas, matriculando-se depois, no Ginásio Diocesano de Santa Maria, da mesma cidade, onde concluiu, em 1929, o curso ginasial.

Em 1930, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, recebendo o grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em janeiro de 1934. Dedicou-se, desde logo, à advocacia e à política, filiando-se ao Partido Republicano Paulista e como jornalista ingressou no *Correio Paulistano*. Em 1935, durante alguns meses, foi promotor público interino em Mogi-Mirim. Lecionou as cadeiras de Língua Portuguesa e Lógica nos Colégios Liceu Pan-Americano, Colégio Carlos Gomes e Colégio Rio Branco, na capital de São Paulo.

Em novembro de 1944, foi nomeado livre-docente de Direito Internacional Privado, ocasião em que recebeu o grau de doutor em Direito. Em 1953 concorreu à cátedra da mesma disciplina, tendo sido aprovado unanimemente.

De 1938 a 1945, foi juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Pertenceu à Associação Brasileira de Direito Internacional, ao Instituto dos Advogados de São Paulo e exerceu o cargo de diretor do Centro das Indústrias de São Paulo.

Em 1956 assumiu a vice-diretoria da Faculdade de Direito de São Paulo, sendo nomeado diretor interino, de 1958 a 1959, e diretor efetivo, de 1959 a 1962.

Em 1964 foi eleito juiz da Côrte Permanente de Arbitragem de Haia, com mandato até 1976. De 1963 a 1967, foi reitor da Universidade de São Paulo. No ano de 1964, já no governo revolucionário, foi nomeado ministro da Justiça e da Educação e Cultura e, posteriormente, em 1967, ministro da Justiça no Governo Costa e Silva, em cuja gestão se deu a edição do AI-5, do qual foi seu redator. Em 1970 foi designado embaixador do Brasil em Portugal, aí permanecendo até 1974.

Participou de inúmeros congressos e conferências, publicou regularmente artigos em jornais e revistas jurídicas especializadas, além das obras que seguem.

Faleceu a 2 de fevereiro de 1979.

### **Obras Publicadas**

*A ordem pública em direito internacional privado.* São Paulo : s.c.p., 1944. Tese (livre-docente). Faculdade de Direito da USP.

*As qualificações em direito internacional privado.* São Paulo : s.c.p., 1952. Tese (catedrático). Faculdade de Direito da USP.

Casamento: estrangeiros casados sob o regime de separação de bens; comunhão dos adquiridos na constância do matrimônio: parecer. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 257, p. 86-99, 1957.



028 L. E. BUENO VIDIGAL



## LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL

(1963-1966)

Nasceu em São Paulo a 4 de fevereiro de 1911.

Fez o curso primário, no período de 1918 a 1922, no Ginásio de Nossa Senhora do Carmo, e de 1922 a 1928 cursou o Ginásio de Estado, da capital.

Em 1928 matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, recebendo o grau de bacharel em 1932. Foi então professor de Geografia e exerceu depois os cargos de inspetor do ensino secundário, secretário geral e consultor jurídico do Sindicato dos Bancos.

Em outubro de 1940 fez seu primeiro concurso para livre-docente de Direito Judiciário Civil e, aprovado, recebeu o grau de doutor em Direito. Em agosto de 1953, participou de concurso para professor catedrático da mesma disciplina, sendo classificado em primeiro lugar.

No período de 1963 a 1966 foi diretor da Faculdade de Direito. Em março de 1973, foi-lhe conferido o título de professor emérito.

É conselheiro da Sociedade Brasileira de Cultura Inglesa, membro do Conselho da Ordem dos Advogados e do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Possui vários artigos publicados na *Revista da Faculdade de Direito*, *Revista dos Tribunais* e *Revista Forense*.

### Obras Publicadas

*Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade: dissertação para concurso à cadeira de direito judiciário e civil da Faculdade de Direito da USP* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1940.

*Da ação rescisória dos julgados.* São Paulo : Saraiva, 1948.

*Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança: dissertação de concurso à cadeira de direito judiciário e civil da Faculdade de Direito da USP.* São Paulo : s.c.p., 1953.

*Do mandado de segurança.* São Paulo : s.c.p., 1953.

Existe direito de ação? *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 5, p. 7-12, 1962.

*Direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1965.



029

ALFREDO BUZAI



## **ALFREDO BUZAID**

**(1967-1969)**

Nasceu em Jaboticabal no dia 20 de julho de 1914.

Fez o curso primário e secundário no Ginásio São Luiz, de Jaboticabal, formando-se em 1930.

Ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo em 1931, tendo se bacharelado em 1935. Manifestando inclinação para as letras desde os primeiros estudos, escreveu para o periódico *O Combate*, de Jaboticabal e para a *Gazeta Comercial*, da qual foi diretor.

Logo após a conclusão do curso acadêmico, advogou em Jaboticabal até 1938, quando transferiu-se para São Paulo. Em 1945 inscreveu-se no concurso à livre-docência de Direito Judiciário Civil, tendo sido aprovado e nomeado em agosto de 1946. Em 1957 inscreveu-se no concurso à cátedra da mesma disciplina, sendo aprovado e nomeado em maio de 1958.

Foi secretário geral do Instituto de Direito Processual Civil, sendo que em janeiro de 1964, apresentou ao ministro da Justiça o anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro, transformado posteriormente em projeto.

De 1967 a 1969 foi diretor da Faculdade de Direito, assumindo no início de 1969, a vice-reitoria da Universidade de São Paulo. Ocupou interinamente a Reitoria e, em novembro do mesmo ano, foi nomeado ministro da Justiça do Governo Médici, aí permanecendo até 1974.

Participou de diversas conferências no Brasil e no exterior; publicou vários pareceres e artigos de doutrina na *Revista dos Tribunais*, *Revista Forense*, *Revista da Faculdade de Direito* e na *Revista Jurídica*. Pertenceu à Associação Italiana de Processo Civil, com sede em Florença, foi membro do Instituto Ibero-Luso-Filipino e Americano de Processo Civil, com sede em Madri, e Conselheiro da *Revista de Derecho Procesual Civil*.

Faleceu a 09 de julho de 1991.

### **Obras Publicadas**

*Da ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1943.

*Da apelação ex officio no sistema do código de processo civil*. São Paulo : Saraiva, 1951.

- Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 1958.
- Rumos políticos da revolução brasileira.* Brasília : Ministério da Justiça, 1970.
- Marxismo e Cristianismo: o problema do ateísmo.* Brasília : Ministério da Justiça, 1970.
- Da conjuntura política nacional.* Brasília : Imprensa Nacional, 1972.
- Estudos de direito.* São Paulo : Saraiva, 1972.
- José Bonifácio: a visão do estadista.* Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1972.
- Humanismo político.* Brasília : Ministério da Justiça, 1973.
- Atualidade de Rui Barbosa.* Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1973.
- Grandes processualistas.* São Paulo : Saraiva, 1982.
- Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais.* 3ª ed. rev. e aum. São Paulo : Saraiva, 1957.
- Do mandado de segurança.* São Paulo : Saraiva, 1989-.
- Considerações sobre o mandado de segurança coletivo.* São Paulo : Saraiva, 1992 (obra póstuma).



J. PINTO ANTUNES



**JOSÉ PINTO ANTUNES**  
**(1969-1973)**

Nasceu em Lorena a 09 de março de 1906.

Concluiu os cursos primário e ginásial em sua terra natal. Matriculando-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1924, bacharelou-se em 1928, quando recebeu o Prêmio Rodrigues Alves como primeiro aluno. Coursou simultaneamente a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Paulo, agregada, na época, à Universidade de Louvain, tendo obtido a graduação em Filosofia no ano de 1926.

Na esfera política, participou das lutas cívicas durante o Movimento Constitucionalista pelo Partido Democrático, tendo sido seu secretário geral. Foi um dos fundadores do Partido Constitucionalista, pelo qual, em 1934, foi eleito deputado à Assembléia Constituinte de São Paulo.

Implantado o Estado Novo, abandonou a política e reiniciou suas atividades culturais. Fez os cursos de doutorado em direito nesta Faculdade e em Ciências Sociais e Políticas na Faculdade de Filosofia da mesma Universidade.

Em 1941, conquista a cátedra de Direito Industrial e Legislação do Trabalho na hoje Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Aí permanecendo até 1956, lecionou também Economia Política no curso de bacharelado e Economia Social e Legislação do Trabalho no curso de doutorado. Nesse período conquistou a livre-docência de Direito Constitucional na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, no Rio de Janeiro.

Fundou em sua terra natal a Faculdade Salesiana de Filosofia, Ciências e Letras, onde foi titular da cadeira de Psicologia Racional, na seção de Filosofia.

Em agosto de 1956, concorreu à cátedra de Economia Política desta Faculdade, obtendo o primeiro lugar. Participou, a partir de 1963, do Conselho Técnico da Faculdade e do Conselho Universitário. Em princípios de 1969, exerceu a vice-diretoria e com o afastamento do então diretor professor Alfredo Buzaid, assumiu a diretoria efetiva, aí permanecendo até 1973. Em 1972, durante sua gestão, foram instalados os cursos de pós-graduação, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela reforma universitária.

Foi membro da Sociedade de Estudos Econômicos, da Sociedade de Etnografia e Folclore, do Instituto Histórico e Geográfico da Bahia, da Ordem dos Advogados de Minas Gerais e do Instituto de Direito Social de São Paulo. Possui diversos artigos publicados nas *Revista Forense* e *Revista do Trabalho*.

Faleceu a 13 de abril de 1975.

### Obras Publicadas

*Raciocracia, forma científica de governo.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1933.

*A philosophia do Estado moderno.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1934.

*A philosophia da ordem nova: a questão social e sua solução.* Rio de Janeiro : José Olympio, 1938.

*Do sindicato operário: apogeu e decadência.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1939.

*Os direitos do homem no regime capitalista.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1947 (dissertação de concurso).

*Da limitação dos poderes.* São Paulo : s.c.p., 1950.

*A produção sob o regime da empresa: as razões da iniciativa privada, economia e direito.* São Paulo : Saraiva, 1964.



MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO



## MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

(1973-1974)

Nasceu nesta capital a 21 de junho de 1934.

Fez os estudos primários no Externato Assis Pacheco e os secundários no Colégio São Luís, desta capital.

Em 1953 ingressou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, bacharelando-se em 1957. Fazendo o curso de doutorado na Universidade de Paris, recebeu o título de doutor em maio de 1960 com a menção "*très bien*".

Em 1965 conquista a livre-docência de Direito Constitucional nesta Faculdade, vindo ainda a lecionar esta matéria na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, além da cadeira de Introdução à Ciência do Direito, de 1960 a 1968.

Na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade Católica, coordenou o curso de Ciências Sociais e, na mesma Faculdade da Universidade Católica de Campinas lecionou História das Idéias Políticas e Política, de 1963 a 1966. Lecionou, ainda, na Faculdade de Direito de São Paulo, Direito Internacional Privado.

Exerce a advocacia desde 1960, integrando a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Advogados de São Paulo e o Instituto dos Advogados. Participou das comissões encarregadas de elaborar anteprojetos da Constituição do Estado em 1967 e do Código do Estado em 1969. Nesse mesmo ano, concorreu à titularidade de Direito Constitucional nesta Faculdade, classificando-se em primeiro lugar. Foi diretor da Faculdade, de 1973 a 1974.

Na esfera político-administrativa, foi chefe de gabinete do Ministério da Justiça em 1969 e 1970, secretário geral do mesmo órgão em 1970 e 1971, secretário do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, de 1969 a 1971.

A nível estadual, foi secretário dos Negócios da Administração e secretário dos Negócios da Justiça, além de vice-governador do Estado de 1975 a 1979. Ocupou interinamente os cargos de ministro da Justiça, governador do Estado de São Paulo e de senador da República.

Proferiu diversas conferências no exterior e no Brasil e possui vários artigos publicados em jornais e revistas especializadas. Atualmente, além da atividade docente, é membro do Conselho Federal de Educação, do Conselho de Orientação Jurídica da Federação e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e chefe do Departamento de Direito do Estado desta Faculdade.

### Obras Publicadas

*Le statut constitutionnel des partis politiques au Brésil, en Italie, en Allemagne et en France.* Paris, 1960.

*O estado de sítio.* São Paulo, 1964.

*Os partidos políticos nas Constituições democráticas.* Belo Horizonte, 1966.

*Curso de direito constitucional.* São Paulo : Saraiva, 1967.

*Do processo legislativo.* São Paulo : Saraiva, 1968.

*A democracia possível.* São Paulo : Saraiva, 1972.

*Comentários à Constituição brasileira.* São Paulo, 1972.

*O Poder Constituinte.* São Paulo : José Bushatski, 1974.

*Sete vezes democracia.* São Paulo : Convívio, 1977.

*Liberdades públicas,* em colaboração com Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz. São Paulo : Saraiva, 1978.

*A reconstrução da democracia.* São Paulo : Saraiva, 1979.

*O anteprojeto dos notáveis.* São Paulo : Saraiva, 1987.

*Idéias para a nova Constituição brasileira.* São Paulo : Saraiva, 1987.

*Estado de Direito e Constituição.* São Paulo : Saraiva, 1988.

*Comentários à Constituição brasileira de 1988.* São Paulo : Saraiva, 1990.

*Direito constitucional econômico.* São Paulo : Saraiva, 1990.

*La nouvelle République brésilienne.* Paris : Econômica, 1991.



032

RUY BARBOSA NOGUEIRA



**RUY BARBOSA NOGUEIRA**  
**(1974-1978)**

Nasceu em Jardinópolis, Estado de São Paulo, a 19 de setembro de 1919.

Fez o curso primário no Grupo Escolar Dr. Washington Luís, em Batatais, e o secundário, parte no Ginásio São José, dessa cidade, vindo a concluí-lo no Ginásio Oswaldo Cruz, em São Paulo.

Ingressou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1941, onde bacharelou-se em 1945. Em 1963 alcançou a livre-docência de Direito Tributário nesta Faculdade e em 1965 conquistou a cátedra, também em Direito Tributário. Esteve, desde 1954, na regência da cátedra de Ciência das Finanças, agora Direito Financeiro, em substituição ao professor Carvalho Pinto.

Foi diretor desta Faculdade de 1974 a 1978, além de ter presidido a Comissão de Legislação e Recursos da Universidade de São Paulo. Foi professor de Direito Tributário Comparado no curso de pós-graduação e presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Advogado militante por mais de 40 anos, é autor de diversas obras no extenso campo dos impostos, taxas e contribuições.

**Obras Publicadas**

*Da interpretação e da aplicação das leis tributárias.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1963.

*Direito financeiro: curso de direito tributário.* São Paulo : José Bushatsky, 1964.

*Direito tributário: estudos de casos e problemas.* São Paulo : José Bushatsky, 1969.

*Direito tributário comparado.* São Paulo : Saraiva, 1971.

*Aspectos fundamentais do IPI e os vasilhames.* São Paulo : Unidas, 1974.

*Direito tributário aplicado,* em colaboração com Paulo Roberto Cabral Nogueira. Rio de Janeiro-São Paulo : Forense-EDUSP, 1975.

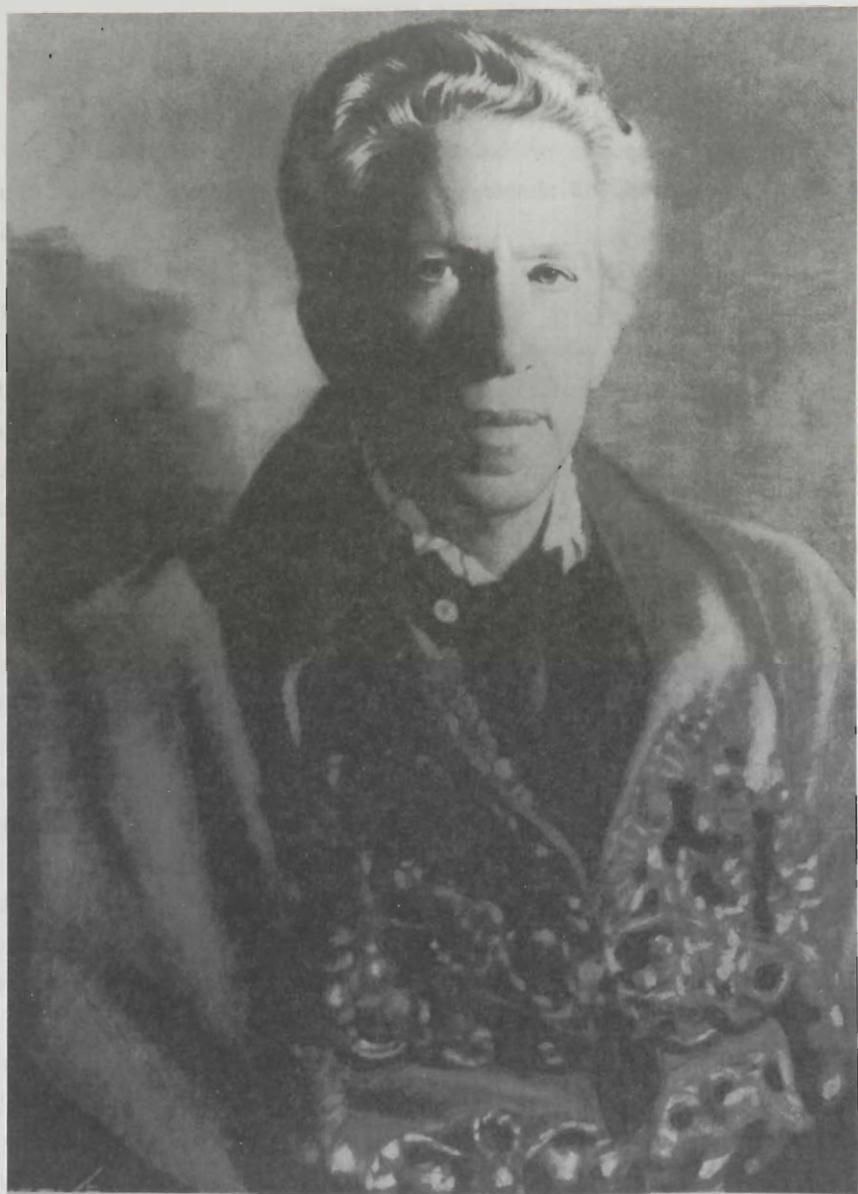
*Túllio Ascarelli e o direito tributário do Brasil.* São Paulo : IBDT, 1979.

*IPI e ICM: a delucidação tecnológica; ICM e ISS: mercadorias e serviços; a base de cálculo; ICM e selo de controle.* São Paulo : Resenha Tributária, 1981.

*Contribuições sociais e empresas urbanas e rurais.* São Paulo : IBDT, 1985.

*Curso de direito tributário, de acordo com a Constituição Federal de 1988.* São Paulo : Saraiva, 1989.

*IPI, ICMS, ISS, contribuição de melhoria.* São Paulo : Resenha Tributária, 1991.



ANTONIO CHAVES



**ANTONIO CHAVES**  
**(1978-1982)**

Nasceu em São Paulo a 3 de dezembro de 1914.

Fez os cursos primário e secundário no então Instituto Médio Dante Alighieri. Em 1933 ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1937.

Advogou durante alguns anos, desenvolvendo concomitantemente a atividade jornalística.

Em 1947, após concurso, foi nomeado juiz substituto, sendo promovido, sucessivamente, de Apiaí a Atibaia, a Lins, a Santos e finalmente a São Paulo, onde foi titular da 2ª Vara Cível, da 7ª Vara da Família e Sucessões e juiz substituto de 2ª Instância, cargo em que se aposentou para dedicar-se exclusivamente ao ensino.

Lecionou nas Faculdades de Bauru e de Santos, antes de conquistar a livre-docência de Direito Internacional Privado em 1953, e a de Direito Civil, em 1963, nesta Faculdade. Em 1965, por concurso de títulos e provas, sucedeu na cátedra de Direito Civil ao professor Vicente Ráo. Lecionou ainda Teoria Geral do Direito Comparado e Direito do Autor, nacional e internacional, no curso de pós-graduação desta Faculdade.

Foi o único membro brasileiro da Comissão Jurídica e de Legislação da *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteur*, CISAC, com sede em Paris. De 1967 a 1975 participou ativamente de inúmeros congressos e seminários no Brasil e no exterior. Em maio de 1967, foi nomeado membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código de Direito do Autor e Direitos Conexos, do qual resultou a Lei n. 5.988, de 13 de dezembro de 1973.

Foi membro do Conselho Universitário em 1968, do Conselho Técnico-Administrativo desta Faculdade, de 1969 a 1971, e chefe do Departamento de Direito Civil em 1978, ano em que foi escolhido para diretor, aí permanecendo até 1982. Desde março de 1992 é professor titular de Direito Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas.

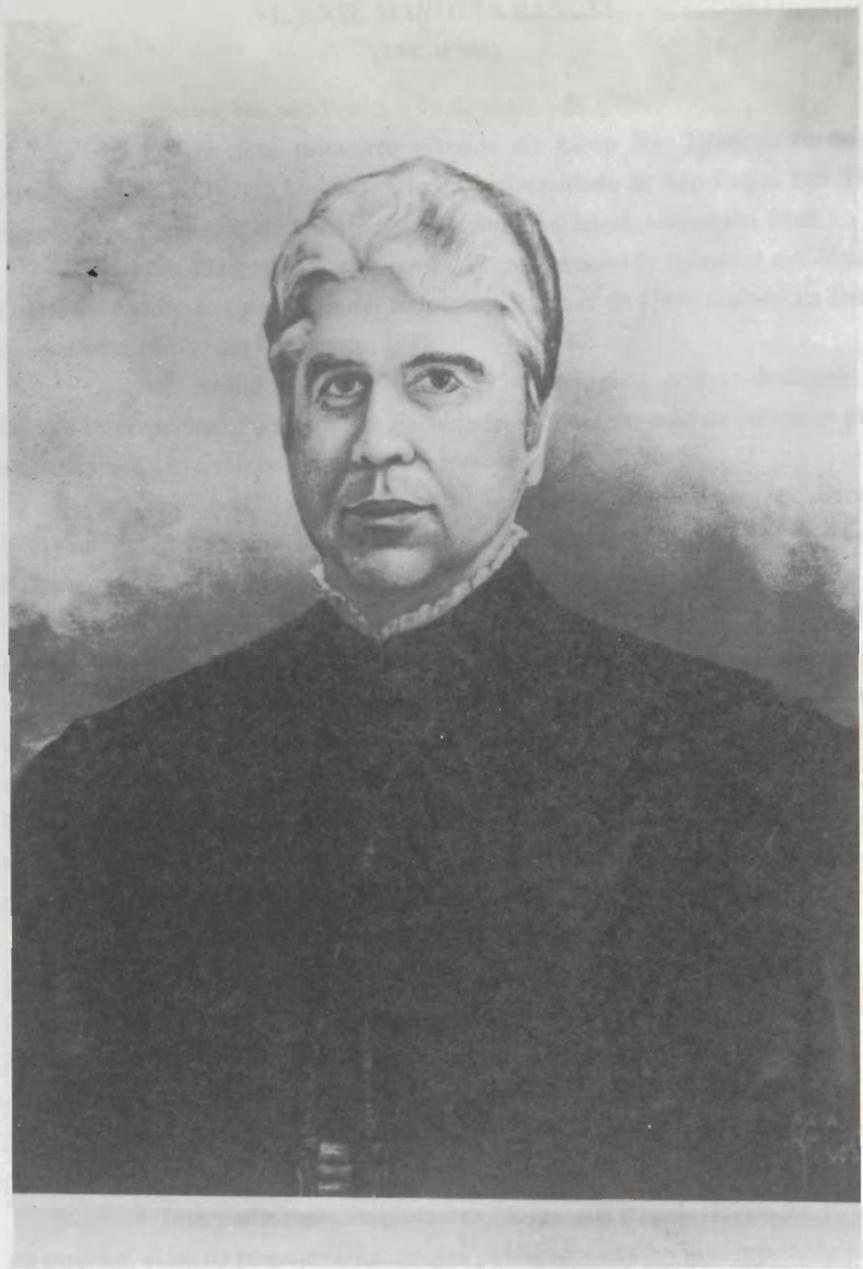
Foi membro da Comissão de Pós-Graduação, da Comissão de Redação da *Revista da Faculdade de Direito*, da *Revista dos Tribunais* e da

*Revista de Direito Civil*. Possui inúmeros artigos e pareceres em revistas, especialmente no campo do Direito de Autor, além das obras que seguem.

### Obras Publicadas

- Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro : Forense, 1959.
- Segundas núpcias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1962.
- Adoção e legitimação adotiva*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1965.
- Responsabilidade civil*. São Paulo : José Bushatsky, 1972.
- Lições de direito civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978. v. 1 t. 1-5; v. 2 t. 1-5; v. 3 t. 1-3; v. 4 t. 1-3.
- A nova lei brasileira de direito de autor; estudo comparativo com o projeto que lhe deu origem*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.
- Castração; esterilização; mudança artificial de sexo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 276, p. 13-19, out./dez. 1981.
- Tratado de direito civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982-85. v. 1 t. 1-2; v. 2 t.1-2; v. 3.
- Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplante*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- Direito de autor*. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- Ação de indenização: uso indevido de desenho: direito autoral violado. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 61, p. 45-48, jan. 1989.
- Anteprojeto brasileiro de Lei sobre direito de autor. In: *Centenario del Código Civil, IV* Coord. Francisco Rico-Perez. Madrid : Univ. de Alicante y Complutense, [198-?], p. 161-171.
- Pesquisas em seres humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 27, p. 229-252, out./dez. 1990.

VICENTE MAROTTA RANGEL



VICENTE MAROTTA RANGEL



## VICENTE MAROTTA RANGEL

(1982-1986)

Nasceu, em São Paulo, a 14 de março de 1924.

Fez os seus primeiros estudos no Liceu Rio Branco, cursando posteriormente o Colégio Universitário da Universidade de São Paulo. Em 1942 ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo, bacharelando-se em 1946.

Em 1948, transfere-se para a França, cursando o *Institut des Hautes Études Internationales* e a *École des Sciences Politiques* da Universidade de Paris, vindo a doutorar-se em Direito em 1949.

Retornando ao Brasil, em 1954, conquista a livre-docência de Direito Internacional Público nesta Faculdade, sendo aprovado no concurso para a cátedra, em 1967, também em Direito Internacional Público.

Lecionou, ainda, Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado na Universidade Mackenzie, de 1967 a 1973, Ciências Políticas na Universidade Católica e Relações Internacionais na Escola de Sociologia e Política de São Paulo, de 1965 a 1973. No período de 1972-1973 esteve como *Visiting Scholar* na Columbia University, EUA.

Chefiou o Departamento de Direito Internacional desta Faculdade, de 1970 a 1974 e de 1978 a 1982, tendo coordenado os cursos de pós-graduação de 1974 a 1976. Foi vice-diretor da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, de 1976 a 1977, e diretor desta Faculdade de Direito, de 1982 a 1986. Foi consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, de agosto de 1990 a fevereiro de 1993.

É membro da Corte de Arbitragem de Haia, por decreto do presidente da República, a partir de abril de 1979, do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, do Instituto Interamericano de Estudos Jurídicos Internacionais, da *American Society of International Law*, da *International Law Association*, da *Société Française de Droit International*, do *Institut de Droit International* e da *Société Belge de Droit International*.

Tem participado de inúmeros congressos e conferências no Brasil e no exterior, além de possuir vários artigos publicados em revistas especializadas.

### Obras Publicadas

- Le fédéralisme américain à la Conférence de Bogotá.* Université de Paris, 1950 (thèse).
- Do conflito entre a Carta das Nações Unidas e os demais acordos internacionais.* São Paulo : Saraiva. 1954. Tese (livre-docente) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.* V Congresso Hispano-Americano de Direito Internacional, Caracas-Mérida, 1967.
- Natureza jurídica e delimitação do mar territorial.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.
- Brazil: arbitration. *Yearbook Commercial Arbitration*, Deventer, v. 14, 1989.
- Public international law: the last five decades. In: *A panorama of Brazilian law.* Jacob Dollinger, Keith S. Rosemm. Miami : University of Miami, 1992. p. 287-308.
- Sobre la efectividad de la justicia en relaciones internacionales.* S.l.p., s.c.p., 1993.
- O direito do mar e sua unificação legislativa entre países de língua portuguesa. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 3-23, 1985 (n. especial em homenagem ao prof. doutor Antonio de Arruda Ferrer Correia.
- O Brasil e o processo decisório em direito do mar: 1964-1990.* S.l.p., s.c.p., 1993.
- Do homem à humanidade: o elemento fático e o direito internacional público. In: *Direito, Política, Filosofia, Poesia: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário.* Coord. Celso Lafer, Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo : Saraiva, 1992. p. 403-411.
- Natureza jurídica e delimitação do mar territorial na Convenção das Nações Unidas sobre direito do mar. In: *Temas de derecho internacional en homenaje a Frida M. Pflirter de Armas Barea.* Ed. Raúl E. Vinuesa. Buenos Aires : Fundación de El Centro de Estudios Internacionales, 1989. p. 127-137.
- Nova ordem internacional: fundos oceânicos e solução de controvérsias no direito do mar. In: *O direito na década de 90: novos aspectos: estudos em homenagem ao prof. Arnoldo Wald.* Coord. Paulo Dourado de Gusmão e Semy Glanz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 265-383.
- Restrições ao ingresso de brasileiros em Portugal: parecer.* S.l.p., s.c.p., 1993.

*Solução pacífica de controvérsias no Mercosul: estudo preliminar.* S.l.p., s.c.p.,  
1993.





• DALMO DE ABREU DALLARI •



**DALMO DE ABREU DALLARI**  
**(1986-1990)**

Nasceu em Serra Negra, Estado de São Paulo, a 31 de dezembro de 1931.

Iniciou os estudos das primeiras letras no Externato Sagrada Família e no Grupo Escolar Lourenço Franco de Oliveira, ambos em sua cidade natal, aí concluindo o curso primário. Em 1947, transferiu-se com a família para São Paulo, passando a estudar no Colégio Estadual Presidente Roosevelt, onde concluiu o curso clássico em 1952.

No ano seguinte ingressou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, recebendo o grau de bacharel em 1957. Em 1963 concorreu à livre-docência em Teoria Geral do Estado; tendo sido aprovado, passou a integrar o corpo docente desta Faculdade em 1964.

Com a instalação do governo revolucionário, passou a ter destacada posição na resistência democrática e na oposição ao regime que se estabelecia. A partir de 1972, ajudou a organizar a Comissão Pontifícia de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, ativa na defesa dos Direitos Humanos.

No ano de 1974, venceu o concurso de títulos e provas para professor titular de Teoria Geral do Estado, vindo a prosseguir suas atividades universitárias, ministrando aulas no curso de pós-graduação desta Faculdade e, em 1986, foi escolhido para seu diretor, permanecendo até 1990. Na sua gestão foi iniciada a construção do prédio anexo da Faculdade.

Foi membro do Conselho Universitário e da Comissão de Legislação e Recursos da Universidade de São Paulo. É membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, da qual foi presidente, da Associação Brasileira de Juristas Democratas, do Instituto dos Advogados de São Paulo, do qual foi vice-presidente, além de ter presidido a Fundação Escola de Sociologia e Política.

De agosto de 1990 a dezembro de 1992 foi secretário dos Negócios Jurídicos da Prefeitura do Município de São Paulo, na gestão da prefeita D. Luiza Erundina. Possui inúmeros artigos publicados em jornais e revistas especializadas, além de ser colaborador do jornal *Folha de S. Paulo*.

### Obras Publicadas

- O município brasileiro.* São Paulo : s.c.p., 1961.
- Da atualização do Estado.* São Paulo : s.c.p., 1963.
- Elementos de teoria geral do Estado.* 14ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989.
- O renascer do direito: direito e vida social; aplicação do direito, direito e política.*  
São Paulo : José Bushatsky, 1976.
- O pequeno exército paulista.* São Paulo : Perspectiva, 1977.
- O futuro do Estado.* São Paulo : Moderna, 1980.
- Que são direitos da pessoa.* São Paulo : Brasiliense, 1981.
- Que é participação política.* São Paulo : Brasiliense, 1981.
- Constituição e Constituinte.* São Paulo : Saraiva, 1982.
- O direito da criança ao respeito.* São Paulo : Summus, 1986.
- O Estado Federal.* São Paulo : Ática, 1986.
- Direito ambiental. *Revista Politécnica.* São Paulo, n. 204-205, jan./jun. 1992. p. 23-24.
- A participação popular e suas conquistas. *In: Cidadão constituinte: a saga das emendas populares.* Coord. Carlos Michiles et al. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1989. p. 378-388.
- O Poder Judiciário e a filosofia jurídica na nova Constituição. *In: Poder Judiciário e a nova Constituição.* São Paulo : Lex, 1990. p. 9-23.



ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO



## ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO

(1990- )

Nasceu em São Paulo a 23 de julho de 1939.

Iniciou seus estudos no Externato Elvira Brandão, em São Paulo; fez o ginásio no Colégio São Luís, dos padres jesuítas, na mesma cidade, terminado em 1954; ainda no mesmo colégio, completou o curso clássico em 1957. Além de prêmios anuais, recebeu o Prêmio São Luís para o melhor aluno de todo o curso.

No ano de 1958, matriculou-se na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, formando-se em 1962. Em 1967, defendeu tese de doutor em Direito (área de direito processual civil) e, em 1968, iniciou sua atividade docente nesta Faculdade (direito civil). Em 1975, foi aprovado no concurso à livre-docência em Direito Civil, passando, então, a dar aulas também no curso de pós-graduação. Em 1982, foi aprovado no concurso para professor adjunto de Direito Civil. Em 1986, finalmente, tornou-se professor titular de Direito Civil, por concurso de títulos e provas.

Foi vice-diretor desta Faculdade de 1986 a 1990, sendo, a seguir, eleito para o cargo de diretor, com mandato até 1994. Na sua gestão foi inaugurado e posto a funcionar o prédio anexo da Faculdade, à Rua Riachuelo, cuja construção havia sido iniciada pelo diretor anterior. Reformularam-se os espaços no prédio do Largo de São Francisco.

Na sua gestão, ainda não terminada, a Faculdade, pela primeira vez, iniciou um projeto de expansão para o interior do Estado, dando cursos de especialização na cidade de Pirassununga e estando em estudos a instalação do curso de graduação na mesma cidade. Há também projetos para instalação em Ribeirão Preto.

É membro do Conselho Universitário da USP e presidente de sua Comissão de Legislação e Recursos (CLR); é o presidente da Congregação desta Faculdade. É membro da Associação dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Academia Paulista de Direito, ocupando a Cadeira n. 41, cujo patrono é José Bonifácio, "O Moço".

Enquanto vice-diretor e presidente da Comissão de Ensino introduziu, no currículo, a disciplina História do Direito e do Pensamento

Jurídico, da qual foi, então, o primeiro professor. Tem lutado pela reforma do ensino jurídico no sentido de dar maior possibilidade de escolha aos estudantes, com cadeiras optativas já a partir do 4º ano do curso jurídico.

Advogou de 1963 a 1986. Tem participado de inúmeros eventos como conferências e simpósios no Brasil e no exterior. Possui artigos em revistas jurídicas especializadas, como a *Revista dos Tribunais* e a *Revista da Faculdade de Direito*, além das obras que seguem.

### Obras publicadas

*Conceito: identificação e conexão de causas no direito processual civil.* São Paulo : s.c.p., 1967.

*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1986.

*Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial.* São Paulo, 1986. Tese (titular).

Bens acessórios. *In: Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro.* Colab. Adhayl Lourenço Dias e outros. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 91-106.

Responsabilidade civil dos pais. *In: Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* Coord. Yussef Said Cahali. 2ª ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1988.

Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In: Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues.* 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

La bonne foi dans la formation du contrat en Droit Brésilien. *In: Journées Louisianaises de la Association Henri Capitant,* Paris, 1992.

## JOSÉ BONIFÁCIO "O MOÇO"

*Antonio Junqueira de Azevedo*

Professor Titular do Departamento de Direito Civil  
da Faculdade de Direito da USP

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

José Bonifácio nasceu em 1827, no mesmo ano de fundação da Faculdade de Direito.

Nasceu em Bordeaux, França, por ocasião do exílio de seu pai, Martim Francisco. Sua mãe, Gabriela Frederica, era sobrinha do marido; casaram-se em 1820, ela com 14 anos e Martim Francisco, com 45. Gabriela Frederica era filha do José Bonifácio da Independência e, por conseguinte, José Bonifácio "o Moço" era, ao mesmo tempo, sobrinho e neto d' "o Velho".

Bom estudante, poeta, professor benquisto pelos alunos, grande orador parlamentar, José Bonifácio morreu no auge da campanha abolicionista, em 1886, pouco antes de completar 59 anos. Sua morte, inesperada, causou grande comoção em São Paulo e no Rio. Joaquim Nabuco falou em "catástrofe nacional", Machado de Assis dedicou uma poesia ao "portentoso Andrada", Rui Barbosa se referiu à morte do "libertador".

Seu corpo foi levado da Praça da Sé ao Cemitério da Consolação, por 20 mil pessoas, no maior enterro que São Paulo já viu.

Quatro anos depois, era inaugurada a estátua que hoje se encontra no saguão da Faculdade, materializando, assim, para sempre, o que ele foi: uma espécie de "santo" da Casa.

Vejamos sua atividade de poeta, professor, orador parlamentar e líder abolicionista.

### O POETA

Logo após sua morte, generalizou-se a impressão de que José Bonifácio teria sido grande orador parlamentar, mas poeta menor. Se, de fato, não se ombreia com a trindade romântica cujos nomes estão gravados nos pórticos da Faculdade, Fagundes Varela, Álvares de Azevedo e Castro Alves,

nem por isso é possível deixar de reconhecer que José Bonifácio escreveu algumas poesias notáveis. O valor dessas poesias foi reconhecido posteriormente até mesmo por críticos acerbos como Sílvio Romero e João Ribeiro (*Compêndio de história da literatura brasileira*, p. 516).

Em 1848, publicou *Rosas e goivos*, de inspiração ultraromântica, à moda de seu companheiro de Faculdade, Álvares de Azevedo; são poesias em que o tema da morte e da sepultura aparecem continuamente. Na própria apresentação do livro (dita *Duas palavras*), rosas e goivos são flores, mas caem sobre a lousa do túmulo que esmaga a vida. Exemplo típico dessa inspiração fúnebre é a poesia em que a moça tuberculosa, "a tísica", dança, perde as forças e morre.

*"E a orquestra soa - pelo ar se expande  
Em mágico vozeio o som da música,  
E a voz dos ecos repercute ao longe  
E no vasto salão doideja a dança.*

.....

*E ela valsa! Descuidosa e louca  
Não vê a sepultura;  
Cansado arfa seu peito, e a frente cai-lhe  
Tão cheia de amargura!*

*Febil delírio lhe estremece o corpo,  
Passa-lhe a voz quebrada;  
E sempre valsa em turbilhões envolta  
E quase desmaiada! ...*

.....

*E valsa, e valsa! - Fraca e abatida  
Que fôrça inda a sustenta?  
Mas já na infausta lida a pobre tísica  
Não pode - desalenta.*

*E após riso infernal ... dêsse mistério  
Rompeu-se o negro véu;*

*E por terra caiu, já não respira,  
Vive, mas é no céu."*

De Manuel Antonio Álvares de Azevedo se diz que nasceu, viveu e morreu na Faculdade. Conta a tradição que Álvares de Azevedo teria nascido na biblioteca da Faculdade; sua mãe, Maria Luiza Silveira da Mota, filha do desembargador Silveira da Mota, que morava na esquina da rua da Cruz Preta (hoje Quintino Bocaiúva) com a rua da Freira (hoje Senador Feijó), vinha muito à Escola, onde estudavam então (1831), na mesma turma, terceiranistas, tanto seu marido, Ignácio Manuel Álvares de Azevedo, quanto seu irmão, José Ignácio Silveira da Mota, futuro professor da Casa. Já nos últimos dias da gravidez, Maria Luiza teria vindo à Faculdade para assistir a alguma cerimônia, quando sentiu as dores do parto e foi carregada às pressas para a biblioteca. A história corresponde à imagem de "filho da Academia" que Álvares de Azevedo depois tomou; cumpre, porém, dizer que estudos mais recentes de professores dedicados à vida da Faculdade duvidam da veracidade da história, optando por colocar o nascimento do poeta em uma biblioteca, mas a de seu avô, desembargador, no imóvel acima referido.

Tendo o "poeta da Academia" morrido sem se formar, após completar o quarto ano, dedicou-lhe José Bonifácio, no mesmo ano da morte, 1852, versos chorosos. Diz:

*"O sol apenas nasceu; peregrino, porque parou teu passo  
fatigado? Não é doce a manhã?"*

E termina:

*"Inda a mata reluz, a tarde é longe,  
E tu não voltas, oh, meu caro amigo!  
Oh! quando, à noite, creio ouvir-te o passo ...  
Vai-se sumindo ao longe... embalde o sigo!"*

Apesar da freqüente inspiração fúnebre, algumas vezes, tal e qual o amigo, José Bonifácio fez poesias facetas, com um quê de humor popular. Ao contrário, porém, de Álvares de Azevedo que não é sensual nem mesmo nesse tipo de poesia Mário de Andrade chegou a sustentar que Álvares de Azevedo

teria um desajuste sexual porque todas as mulheres de sua obra ou são psicologicamente assexuadas (a mãe, a irmã, as virgens de poucos anos, a adormecida a que não se deve acordar) ou são prostitutas e, portanto, ou "intangíveis ou desprezíveis" em José Bonifácio, pelo menos, alguma malícia se nota. Por exemplo, na poesia dedicada a essa parte erótica do corpo humano, que é o pé.

*"Adorem outros palpitanes seios,  
Seios de neve pura;  
De angélico sorrir meiga fragrância;  
Ou sôbre o colo de nevada garça,  
Caindo a mêdo, em ondas aloiradas,  
Bastos anéis de tranças perfumadas;*  
.....

*Adorem outros de um airoso porte  
Relevados contornos,  
A majestade da beleza altiva,  
Desdenhoso passo, o gesto ousado,  
A descuidosa mão, que a trança alisa  
Na trípode infernal a pitonisa.*

*Não, não quero painéis de tal encanto,  
Tenho gostos humildes.  
Amo espreitar a negligente perna  
Que mal se esconde nas rendadas saias,  
Ou ver subindo o patamar da escada  
Sem asas, a voar, um pé de fada!*

*Um pé, como eu já vi, de tez mimosa,  
De tez fôlha de rosa,  
Leve, esguio, pequeno, carinhoso,  
Apertado, a gemer, num sapatinho;  
Um pé de matar gente e pisar flores,  
Namorado da lua e pai de amôres!*

*Um pé, como eu já vi, subindo a escada  
Da casa de um doutor;  
Da moçoila gentil, erguida a saia,  
Deixou-me ver a delicada perna.  
Padres, não me negueis, se estais em calma,  
Um coração no pé, na perna uma alma."*

E termina, com humor inglês, supondo que morto, no túmulo, com a marca do pé da amada gravada na laje, possa, a partir desse pé, imaginar o "resto" do corpo desejado:

*"Poeta do amor e da saudade,  
Depois de morto peço,  
Em vez de cruz, sôbre a funérea pedra,  
A forma do seu pé: foi o meu culto...  
Quero sonhar o resto, enquanto a lua,  
Chorosa e triste, pelo céu flutua ..."*

Um tema fundamental do romantismo brasileiro foi, como se sabe, o indianismo. A visão idealizada do índio, aliás, produz efeitos até hoje, tal a quantidade de estudos e tal a atenção que merece o índio. Infelizmente, tenho para mim que essa dedicação intelectual ao índio veio em detrimento do elemento negro na composição da alma brasileira. O indianismo prevaleceu sobre o africanismo e 1850, sob esse aspecto, foi um ano crucial. Nesse ano, Gonçalves Dias publicou o excepcional *Y Juca Pirama*; neste notável poema, um jovem índio tupi, saindo à procura de alimentos e deixando o velho pai, já cego, na mata, é preso pelos Timbiras e diz:

*"Meu canto de morte  
Guerreiros, ouvi:  
Sou filho das selvas,  
Nas selvas cresci;  
Guerreiro, descendo  
Da tribu tupi.*

*Da tribu pujante,  
 Que agora anda errante  
 Por fado inconstante,  
 Guerreiro, nasci:  
 Sou bravo, sou forte,  
 Sou filho do norte;  
 Meu canto de morte,  
 Guerreiros, ouvi.*

.....

*Andei longes terras,  
 Lidei cruas guerras,  
 Vaguei pelas serras  
 Dos vis Aimorés;  
 Vi lutas de bravos,  
 Vi fortes-escravos!  
 De estranhos ignavos  
 Calcados aos pés.*

.....

*Ao velho coitado  
 De penas ralado,  
 Já cego e quebrado,  
 Que resta? - Morrer.  
 Em quanto descreve  
 O giro tão breve  
 Da vida que teve,  
 Deixai-me viver!*

*Não vil, não ignavo,  
 Mas forte, mas bravo,  
 Serei vosso escravo:  
 Aqui virei ter.  
 Guerreiros, não córo  
 Do pranto que choro,*

*Se a vida deploro,  
Também sei morrer."*

Ora, no mesmo ano de 1850, José Bonifácio, quase sob idêntico ritmo, escrevendo *Saudades do escravo*, a respeito de um negro escravizado que sonha com a liberdade de Palmares, praticamente inicia a presença do africanismo na poesia brasileira. A poesia de José Bonifácio é muito menos extensa que o poema de Gonçalves Dias mas tem acentos parecidos.

*"Escravo - não, não morri  
Nos ferros da escravidão;  
Lá nos palmares vivi,  
Tenho livre o coração!  
Nas minhas carnes rasgadas,  
Nas faces ensanguentadas  
Sinto as torturas de cá;  
Dêste corpo desgraçado  
Meu espírito soltado  
Não partiu - ficou-me lá!...*

*Naquelas quentes areias,  
Naquela terra de fogo,  
Onde livre de cadeias  
Eu corria em desafôgo...  
Lá nos confins do horizonte...  
Lá nas planícies... nos montes...  
Lá nas alturas do céu...  
De sôbre a mata florida  
Esta minha alma perdida  
Não veio - só parti eu.*

*A liberdade que eu tive  
Por escravo não perdi-a;  
Minha alma que lá só vive  
Tornou-me a face sombria.*

*O zunir do fero açoite  
 Por estas sombras da noite  
 Não chega, não, aos palmares!...  
 Lá tenho terras e flores...  
 Minha mãe... os meus amôres...  
 Nuvens e céus... os meus lares!...*

.....

*Escravo não, inda vivo,  
 Inda espero a morte ali;  
 Sou livre, embora cativo,  
 Sou livre, inda não morri!  
 Meu coração bate ainda  
 Nesse bater que não finda;  
 Sou homem - Deus o dirá!  
 Dêste corpo desgraçado  
 Meu espírito soltado  
 Não partiu - ficou-me lá."*

Duas das mais conhecidas poesias da literatura brasileira, *Meus oito anos*, de Casimiro de Abreu, e *Visita à casa paterna*, de Luiz Guimarães Júnior especialmente esta têm inspiração em poesias de José Bonifácio (*Desejos* e *Soneto*). Comparemos alguns versos de Casimiro de Abreu com os de José Bonifácio, escritos dez anos antes (1857 e 1848, respectivamente). Diz o nosso poeta, sobre os tempos da infância:

*"Quem me dera ser criança  
 Reviver tempo de outrora,  
 Não ter males como agora,  
 Ver no futuro uma aurora,  
 E no presente a esperança!*

.....

*Quem me dera as travessuras  
 Da minha quadra passada,*

*E a carreira tresloucada,  
E a vida tão esmaltada  
De tanto amor e doçuras!"*

E o poeta fluminense de forma semelhante:

*"Oh! que saudades que tenho  
Da aurora da minha vida  
Da minha infância querida  
Que os anos não trazem mais!  
Que amor, que sonhos, que flôres,  
N'aquelas tardes fagueiras  
A'sombra das bananeiras,  
Debaixo dos laranjais!"*

Ou, ainda, José Bonifácio:

*"Quem me dera os contoziños,  
Que minha mãe me contava,  
As orações que eu rezava,  
Que o velho pai me ensinava,  
E seu afago e carinhos."*

E Casimiro de Abreu:

*"Em vez das mágoas de agora,  
Eu tinha n'essas delícias  
De minha mãe as carícias  
E beijos de minha irmã!*

.....

*Rezava as Ave-Marias,  
Achava o céu sempre lindo,  
Adormecia sorrindo  
E despertava a cantar!"*

E, finalmente, José Bonifácio:

*"Oh! que delícia tivera!  
 Não conhecer outra idade,  
 Não saber o que é maldade,  
 Gozar sempre a felicidade...  
 Senhor! Senhor! Quem me dera!"*

Casimiro de Abreu:

*"Oh! dias da minha infância!  
 Oh! meu céu de primavera!  
 Que doce a vida não era  
 N'essa risonha manhã!"*

.....  
*Que amor, que sonhos, que flôres,  
 N'aquelas tardes fagueiras  
 A' sombra das bananeiras,  
 Debaixo dos laranjais!"*

Ainda que se reconheça a superioridade da poesia posterior, parece evidente seu débito para com a de José Bonifácio. O mesmo se diga da *Visita à casa paterna* de Luiz Guimarães.

José Bonifácio começa assim o seu soneto:

*"Deserta a casa está... Entrei chorando,  
 De quarto em quarto, em busca de ilusões!  
 Por tôda a parte as pálidas visões!  
 Por tôda a parte as lágrimas falando!*

*Vejo meu pai na sala, caminhando,  
 Da luz da tarde aos tépidos clarões,  
 De minha mãe escuto as orações  
 Na alcova, aonde ajoelhei rezando.*

*Brincam minhas irmãs (doce lembrança!...),  
Na sala de jantar... Ai! mocidade,  
És tão veloz, e o tempo não descansa!"*

E Luiz Guimarães, após a conhecidíssima primeira estrofe, escreve:

*"Entrei. Um genio carinhoso e amigo,  
O fantasma, talvez, do amor materno  
Tomou-me as mãos, - olhou-me grave e terno,  
E passo a passo, caminhou comigo.  
  
Era esta a sala... (Oh! se me lembro! e quanto!)  
Em que da luz noturna à claridade,  
Minhas irmãs e minha mãe... O pranto  
Jorrou-me em ondas..."*

José Bonifácio termina:

*"Oh! sonhos, sonhos meus de claridade!  
Como é tardia a última esperança!...  
Meu Deus, como é tamanha esta saudade!..."*

E Luiz Guimarães:

*"... O pranto  
Jorrou-me em ondas... Resistir quem ha de?  
Uma ilusão gemia em cada canto,  
Chorava em cada canto uma saudade..."*

Para finalizar a exposição de sua atividade de poeta, lembremos duas poesias num gênero em que José Bonifácio foi excelente, o patriótico. A primeira, *O redivivo*, foi escrita em homenagem ao general Andrade Neves, o Barão do Triunfo, tendo sido recitada no Brasil inteiro, ao final da Guerra do Paraguai. Andrade Neves, já com 61 anos, havia realizado uma das mais brilhantes cargas de cavalaria da Guerra, a de Avaí, em 11 de dezembro de 1868. Logo em seguida, o exército brasileiro travava o combate de *Lamas Valentinas*, cuja vitória permitiu a entrada do exército nacional em Assumpção. Andrade Neves, porém, ferido no pé, tomado pela febre, veio a falecer em janeiro de

1869, no Palácio Velho de Solano Lopez - "a pátria além", como diz o poema de José Bonifácio. Delirando, o grande general de cavalaria ordenava ainda: "Camaradas, mais uma carga, mais uma carga!". A poesia começa assim:

*"Dorme o batalhador!... por que chorá-lo?  
 Armas em funeral - silêncio, ó bravos!  
 Que a dor não o desperte!  
 Tão só... tão grande... sôbre a terra inerte!  
 A pátria além... partido o coração...  
 Saudade imensa e imensa solidão!...*

*Não o despertem! - êle dorme agora  
 Embalado nos braços da metralha.  
 Ao trom da artilharia;  
 Por lençol - a bandeira, em terra fria;  
 Tem por leito - os troféus; por travesseiro  
 Tem o canhão no sono derradeiro!*

*Sorrindo adormeceu a espada em punho!  
 A imaginar sonhando, ouvir no espaço  
 O clarim da investida!  
 A cabeceira - a morte agradecida;  
 Aos pés - a glória; e ao lado ajoelhada  
 A pátria, pobre mãe desventurada!"*

.....

E termina:

*'Armas em continência! É um morto vivo!  
 Ei-lo que passa agora, erguido ao alto  
 No esquife da vitória!  
 O Brasil te saúda, e tu, História,  
 Um poema de luz de nôvo escreves!  
 Soldados, cortejai Andrade Neves!"*

A última poesia que gostaria de lembrar também diz respeito à Guerra do Paraguai. O homenageado, aqui, foi o "soldado 42" do corpo de voluntários paulistas, um corneteiro negro, de quem se disse que, mesmo tendo perdido um braço, continuou a tocar o "Avança!", segurando a corneta com o braço que lhe restava. O corneteiro chamava-se Jesus.

*"Toca, toca, avança, avança!  
São horas de combater;  
São horas, ninguém descansa,  
Ninguém... vencer ou morrer!  
Por tôda a parte a peleja,  
Feia, convulsa, doudeja,  
Sinistro o clarão seduz!  
Mais se enovela a batalha,  
Mais torvelinha e se espalha,  
Toma a corneta Jesus.*

.....

*Da raça de um mundo nôvo,  
Tu fundaste a realeza!  
Teus pobres braços cortados  
Por êsse espaço espalhados  
Mudos suplicam: - Saudade,  
Leva-me às pátrias areias,  
Quero quebrar as cadeias,  
Pátria, pátria, liberdade!..."*

E termina:

*"Morres grande entre os gigantes,  
Limpo, limpo de brasões,  
Pequenino como dantes,  
Ao retumbar dos canhões!...  
Silêncio... ninguém responde...  
Não te fizeram visconde,*

*Não tens um título ou medalha;  
Mas ainda ao som da corneta  
Dança à noite a baioneta  
Pelos campos de batalha!*

*Tua glória vaga no ar,  
É quase um sagrado mito;  
O mármore pode quebrar,  
Não dura sempre o granito,  
Na solidão esquecido,  
Pobre, sem túmulo, perdido,  
Sem pedra, sinal ou cruz,  
Tu simbolizas o povo,  
Tu és quase um Cristo nôvo,  
Tens o seu nome - Jesus!"*

Basta quanto ao José Bonifácio poeta. Passemos ao professor.

### O PROFESSOR

Formado em 1853, logo no ano seguinte, José Bonifácio foi nomeado lente substituto da Faculdade de Direito de Pernambuco. Permanecendo por pouco tempo em Olinda (1855-1858), por decreto de 5 de maio, veio transferido para São Paulo. Em 1861, foi nomeado lente catedrático de direito civil. Nessa ocasião, já era deputado por São Paulo.

Mais interessante, porém, que o acompanhar, passo a passo, na Faculdade, é tomá-lo no ano de 1868 e ceder a palavra a um de seus alunos.

Nessa ocasião, na política nacional, cumpre lembrar, o chamado Poder Moderador havia revelado toda a sua face ditatorial de *Poder Fundador* da vontade da nação. Em rápida apreciação histórica, pode-se dizer que o monarca, desde a maioria antecipada, o famoso "*Quero já*" de 1840, até 1847, por sua pouca idade 14 anos em 1840 -, não poderia influir na composição do Ministério. Em seguida, a partir de 1847, quando se introduz verdadeiramente o parlamentarismo no Império, pela criação do cargo de presidente do Conselho de Ministros (Decreto n. 523, de 20 de julho de 1847), e até 1868, não são

grandes as divergências entre liberais e conservadores. Data, porém, de então, da famosa crise de 68, a revelação da força brutal embutida no Poder Moderador, a tomada de consciência desse quadro institucional, e, pode-se dizer, data também daí o começo do fim da monarquia no Brasil.

Os fatos são os seguintes: o conflito que se arrastava entre, de um lado, o ministério liberal de Zacarias e, de outro, o chefe militar e líder conservador Caxias, encontra seu fim com a nomeação feita pelo monarca, para senador pelo Rio Grande do Norte, do conservador Salles Torres Homem, o ex-rebelde Zimandro. Zacarias, contrariado, se demite e D. Pedro II designa para formar o novo gabinete o ultraconservador Visconde de Itaboraí. É o mesmo que dirá: *"o rei reina, governa e administra"*, em réplica à fórmula de Thiers, *"o rei reina, mas não governa"*.

O novo Ministério, todo composto de conservadores, não tem absolutamente o apoio da Câmara. José Bonifácio, em célebre discurso, diz: *"Hoje, do dia para a noite, um ministério cai no meio da numerosa maioria parlamentar e inopinadamente surgem os novos ministros como hóspedes importunos que batem fora de horas e pedem agasalho em casa desconhecida"*. Propõe, então, desafiadoramente, a moção de desconfiança. A moção é aprovada por maioria esmagadora: 85 a 10.

A solução, porém, não foi a queda do Ministério, e sim, a dissolução da Câmara. Ora, dissolvida a Câmara, o caminho para sair do impasse era nova eleição, mas nova eleição conduzida pelo governo e, portanto, com resultados previsíveis. Daí o célebre discurso de Nabuco de Araújo, o discurso do 'sorites', do raciocínio de proposições encadeadas: *"Ora, dizei-me: não é isto uma farsa? Não é isto um verdadeiro absolutismo, no estado em que se acham as eleições em nosso país? Vedes este 'sorites' fatal, este 'sorites' que acaba com a existência do sistema representativo: o Poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar ministérios, esta pessoa faz a eleição, porque há de fazê-la; esta eleição faz a maioria. Eis, aí está o sistema representativo do nosso país!"*.

Em 1868, deu-se, pois, graças ao "estelionato" político e como disse, então, Saldanha Marinho -, a queda dos liberais. José Bonifácio, dissolvida a Câmara, volta a São Paulo e às aulas na Faculdade. É de um de seus alunos o depoimento que segue:

*"Discípulo, como fui, de José Bonifácio, seria orgulho, se não fosse gratidão, vaidade, se não fora dever, dar-vos aqui testemunho do seu magistério. Foi em 1868, quando comecei a ouvi-lo. Vinha ele dessa memorável sessão parlamentar, em que a onipotência da coroa, por imperscrutável mistério de sua graça houve por bem, depois de Humaitá, vitimar à reabilitação de Timandro o partido de cujas simpatias populares o dinasta se valera para a campanha do Prata. Quando José Bonifácio assomou na tribuna, tive pela primeira vez a revelação viva da grandeza da ciência que abraçávamos. A modesta cadeira do professor transfigurava-se; uma espontaneidade esplendida como a natureza tropical borbilhava dali nos espíritos encantados; um sopro magnífico animava aquela inspiração caudal, incoercível, que nos magnetizava de longe na admiração e no êxtase. Lembra-me que o primeiro assunto de seu curso foi 'a retroatividade das leis'. Nas suas preleções, que a hora interrompia sempre inopinada como dique importuno, a suma filosofia jurídica, a jurisprudência romana, os códigos modernos, a interpretação histórica, o direito pátrio passavam-nos pelos olhos translumbrados em quadros incomparáveis, inundados na mais ampla intuição científica, impelidos por uma dialética irresistível. E uma memória miraculosa, uma dessas memórias capazes de reconstruir, como a de Scaligero, a 'Iliada' e a 'Odyssea', como a de Macaulay, 'O Paraíso Perdido', como a de Pascal, tudo o que ele tivesse lido uma vez, arrastava em catadupa leis, datas, fatos, brocardos, algarismos, idéias, fragmentos mínimos de minério precioso e enormes massas aluviaes de saber, que não se imagina como aquele*

*Niagara pudesse carrear sem alteração de sua majestade, nem prejuízo de sua limpidez."*

Esse aluno, terceiranista de 1868, que tão generosamente elogia o mestre, é Rui Barbosa. Era seu colega de turma Castro Alves, que, então, deslumbrava com suas declamações as platéias paulistas e que, apesar de aluno, também se tornaria grande amigo de seu mestre José Bonifácio.

Quando, porém, os estudantes organizavam um banquete político em homenagem a José Bonifácio, na chamada Sala da Concórdia, em 13 de agosto de 1868, o escolhido para falar em nome de todos não é um nem outro. É um terceiro tão importante na história da cultura brasileira quanto os outros dois. Seria isto possível? Sim; quem falou foi Joaquim Nabuco, outro terceiranista de 1868.

Bem mais tarde, por ocasião da morte de José Bonifácio, Rui Barbosa assim relembra esse banquete:

*"Entre as reminiscências do meu curso jurídico nesta cidade, nunca se me desfará da lembrança a recepção com que o acolheu, depois do golpe de estado de 16 de julho, a juventude acadêmica de 1868, em um banquete político de grandes proporções, que assinalou data na memória de quantos o celebramos; Joaquim Nabuco, o futuro orador do abolicionismo, ponto radiante que já se destacava na coroa solar do nome paterno; Barros Pimentel, merecimento dos mais puros, envolvido tenazmente pela sua modéstia em um casulo de seda; Martim Cabral, grande bólido fulgurante, que se perdeu no horizonte da tribuna brasileira; Gavião Peixoto, um dos testamenteiros Moraes de José Bonifácio; Salvador de Mendonça, o publicista do Ypiranga; Americo de Campos, o estóico; Americo Brasiliense, temperamento americano alienado para a república pela rotina perversa da monarquia; F. de Menezes, um folhetim vivo, o boêmio da esperança, o fundador da 'Gazeta da Tarde'; Castro Alves, o poeta*

*dos escravos. José Bonifácio teve ali palavras comovidas, que se fonografaram no espirito dos ouvintes: 'Os combatentes de hoje', dizia, 'são as aves já em meio do caminho, pisadas nos ramos secos da floresta. A mocidade é o futuro, as andorinhas em busca da primavera e da luz'. E Ferreira de Menezes de atalhar:*

*A luz é V.Excelência!. E comenta Rui Barbosa, em acréscimo: 'E o foi até o derradeiro dia'"*

Além de Joaquim Nabuco, Castro Alves e Rui Barbosa, cabe lembrar que eram também terceiranistas em 1868 dois futuros presidentes da República, Afonso Pena e Rodrigues Alves. Sentados lado a lado, na sala de aula, ouvindo o professor José Bonifácio: Joaquim Nabuco, Castro Alves, Rui Barbosa, Afonso Pena, Rodrigues Alves - momento alto da Faculdade de Direito!

De Castro Alves, que não era bom aluno, dizem que qualquer pequena explicação lhe permitia fazer boa figura. Rodrigues Alves fez a queixa que todo professor ouve: disse o paulista que, de certa feita, ensinou ao baiano toda a matéria da sabatina e, ao final, Castro Alves tirou boa nota e ele, a única nota sofrível de todo o curso!

Numa apreciação global sobre a atividade estritamente didática de José Bonifácio, diz Almeida Nogueira (vol. 2, p. 178):

*"As preleções de José Bonifácio se revestiam de forma eloqüentíssima.*

*·Mesmo tratando de assuntos, tidos por pesados, ele sabia encantar, pela magia do seu verbo eloqüente. Tornou-se isto sensível no terceiro ano (1864), a propósito do 'Cabeça de casal', e no quarto, a respeito da 'Posse'"*.

Mas, às vantagens da eloqüência, acrescentavam-se alguns defeitos. Continua o mesmo autor:

*"Em primeiro lugar, tinha pouca assiduidade; depois, as suas preleções ressentiam-se, em demasia do estilo oratório, sacrificando, pelas galas da roupagem, a clareza da exposição e a inteligência da matéria.*

*Era freqüente a presença de assistentes, não acadêmicos, na aula de José Bonifácio. Compareciam, por vezes, pessoas qualificadas, por exemplo, desembargadores da Relação.*

*Nessas ocasiões, a sua palavra revestia-se de maior fulgor. Eram as preleções mais brilhantes, porém menos proveitosas para os alunos. Quando não havia na sala pessoas estranhas, tornava-se ele outro homem, menos orador, e mais professor".*

Em 1870, mediante permuta, José Bonifácio passou a reger a cadeira de Direito Criminal. Jubilou-se em 1881.

Sempre muito amável no trato com os alunos, terminaremos esta parte da exposição, contando, ainda com Almeida Nogueira, um fato acadêmico, sobre o professor *doublé* de parlamentar. A história, se não chega a ser muito engraçada, revela bem o gosto pelo insólito e a generosidade do caráter de José Bonifácio.

Era amável e cavalheiro, no trato com os alunos; não se dispensava, entretanto, de os espichar desapiedadamente nos atos.

Argumentava por dilema, e, quando o adversário, preso, e já sem saída, se punha a estrebuchar... então José Bonifácio ria gostosamente, mas concluía com um:

*- "Tem dito bem; estou satisfeito."*

Ele raramente chamava os discípulos à lição, ou fazia sabatina.

Saindo uma vez desta regra, na aula do quarto ano, deu a palavra a um estudante, vindo de Pernambuco, e que para lá voltou no ano seguinte:

Este levantou-se... e surpreendeu assim a toda aula, supondo alguns que fosse sistema, na outra Faculdade, ficar-se em pé ao dar a lição.

O caso, porém, era outro: pois o pernambucano deu um tiro político:

- *"Peço escusa a V.Ex<sup>a</sup>., porque não me acho preparado"...*  
 José Bonifácio, extremamente generoso, interrompeu-o de pronto:  
 - *"Oh! meu colega, queira perdoar-me!... Eu não sabia... Falará noutra ocasião"..."*

## O ORADOR PARLAMENTAR

A vida parlamentar de José Bonifácio foi longa e brilhante; sai de 1860, quando foi eleito deputado à Assembléia Legislativa de São Paulo até sua morte em 1886. Foi eleito deputado provincial quatro vezes, deputado geral, também quatro, e proclamado senador, vitalício, em 1879. Foi Ministro da Marinha em 1862, no chamado "Ministério dos Anjinhos" porque durou somente 4 dias -, e Ministro do Império, em 1864. Em 1883, recusou a presidência do Conselho de Ministros.

Seus discursos sempre provocaram no Parlamento viva impressão. O ministro plenipotenciário dos Estados Unidos, Hillard, havendo assistido ao debate sobre a eleição direta, em 28 de abril de 1879, escreveu ao Departamento de Estado que ouviu todo o discurso da tribuna diplomática e ficou profundamente emocionado. *"Nunca assisti a nada que de longe se aproximasse de oração como essa em um recinto parlamentar"*.

E termina assim seu despacho: *"a Câmara estava repleta e uma compacta multidão comprimia-se nas vastas galerias. Quando ele se levantou, um silêncio profundo invadiu o auditório. José Bonifácio dispõe realmente de todos os requisitos que se possam exigir de um orador do mais alto estilo. Sua formação é liberal, tem a prática forense, professor na Faculdade de Direito de São Paulo, sua probidade pessoal é inatacável"*.

Depois de referir-se à bela presença do orador, à sincera exaltação que mostrava, diz como, em dado momento, foi preciso levantar a sessão devido ao tumulto no plenário e nas galerias provocado pelo entusiasmo estrepitoso dos ouvintes. No final, um verdadeiro delírio apoderou-se de toda a gente, e os aplausos incessantes prolongaram-se por longo tempo. À saída, o diplomata ainda viu José Bonifácio cercado de imensa massa popular. Todos o acompanhavam entre aclamações ininterruptas até a estação das lanchas, onde ia

embarcar para sua casa, do outro lado da baía. No momento de partir, Hillard viu-o tirar o chapéu, voltar-se para a multidão e agradecer as demonstrações de repulsa a um projeto que queria cercear o direito do sufrágio.

Longe, porém, da presença do orador, a verdade é que a leitura de seus discursos não empolga. Tem razão seu antigo aluno e, depois, companheiro de partido liberal, Joaquim Nabuco, quando se prende antes à nobreza de seu caráter, à sua dignidade, à beleza de sua vida e à sua capacidade de renúncia, que à sua oratória escrita.

O que mais impressiona na trajetória política de José Bonifácio é o fato de que, sempre, entre duas opções, escolheu a mais generosa. Foi a favor do alargamento do voto, lutando pela manutenção do voto do analfabeto (infelizmente, suprimido em 1879); da disseminação do ensino; da autonomia dos municípios; da moralização da Justiça, então infamada pelas cumplicidades partidárias; da liberdade administrativa das províncias; da liberdade do trabalho; e, principalmente, da causa que lhe tomou totalmente os últimos anos de vida, da abolição da escravidão.

Acompanhá-lo em toda a sua laboriosa vida parlamentar, exigiria um mergulho profundo na história do Segundo Império, impossível de fazer, por falta de tempo, neste momento. Passemos, pois, diretamente a seus últimos anos, caracterizados pela frase: *"Primeiro a abolição. Nada sem a abolição, tudo pela abolição"*.

## JOSÉ BONIFÁCIO E A ABOLIÇÃO

Com a dissolução da Câmara em 1868, a derrubada dos liberais foi total. Ninguém foi poupado: funcionários públicos e juízes de direito foram demitidos. José Bonifácio, de volta a São Paulo e às aulas, abriu escritório de advocacia com a colaboração do primo Antonio Carlos e do dr. José Maria de Andrade, demitido do cargo de inspetor do Tesouro.

O grande abolicionista negro, Luís Gama, simples escrivão da Secretaria de Polícia, foi também demitido. Torna-se, então, amigo constante de José Bonifácio, cuja casa frequenta todos os dias e a quem trata carinhosamente de *Mister Jose*. Já se conheciam - certamente desde 1861, quando na segunda edição das *Trovas burlscas de Getulino*, apareceram algumas poesias de José

Bonifácio mas é a partir daí que através de intensa atividade judicial, passam ambos a tentar obter, por todos os meios legais, a libertação dos escravos.

Luís Gama era baiano e a história de sua infância é de tal tristeza, que é de espantar que não seja mais conhecida; nem Ésquilo ou Sófocles puderam imaginar tamanha tragédia. Luís Gama era filho de africana livre, de nação nagô, Luiza Mahin, dizem todos que belíssima: pele escura acetinada, dentes brancos, corpo bem-feito, não muito alta, conhecida na Bahia inteira, por cujas ruas passava vendendo quitutes. Com o tabuleiro equilibrado sobre a cabeça, o chale da Costa nos ombros, andar sensual, Luiza Mahin tinha personalidade forte e temperamento briguento. Em 1837, participou da revolução denominada *Sabinada*; foi presa e enviada para o Rio.

Luís Gama, que sempre manteve grande admiração pela mãe, tinha então 7 anos. Seu pai era branco, de origem portuguesa, "*fidalgo de uma das principais famílias baianas*". Parece que, durante os primeiros anos do menino, não foi mau pai. Era apaixonado pela caça e pela pesca; gostava de bons cavalos; "*jogava bem as armas e melhor as cartas; comprazia-se em folguedos e orgias; esbanjou uma boa herança, havida de uma tia em 1836*". Em 1840, está sem dinheiro.

Num domingo, 10 de novembro, aparece na casa da mulher que então tomava conta do menino; pede que o arrume para darem um passeio. E lá vai Luís Gama, de camisa branca, gorro na cabeça, com o pai até o cais; aí, o pai chama um barco a remo, a pretexto de que precisa falar com o comandante do navio *Saraiva* para acertar um negócio.

O navio era uma embarcação de dois mastros, um patacho, e estava carregado de escravos que eram levados da Bahia para o Rio e São Paulo, onde havia grande necessidade de braços para o nascente ciclo do café.

Chegados ao tombadilho, conversaram com o comandante do navio. Em seguida, o pai, sorrateiro, sai procurando escapar às vistas do filho. O menino, esperto, logo vê o pai entrando no bote; dá-se conta da situação e berra, apavorado: "*Papai, o senhor me vendeu!*"

Não houve resposta. O único som foi o barulho dos remos na água azul da Bahia.

Vendido! E lá se foi o menino de 10 anos, escravizado, para o sul.

Passa muitos sofrimentos. Em 1847, com 17 anos, ainda escravo, está morando aqui perto, no Largo da Misericórdia, entre a rua Direita e a Quintino Bocaiúva. Começam então suas relações com a Faculdade: um estudante de direito Antonio Rodrigues de Araújo, futuro juiz, vem morar na casa de seu dono e o ensina a ler, escrever e contar. No ano seguinte (1848), Luís Gama obtém as provas de que nascera livre e escapa à escravidão.

Mais tarde, é ordenança do Conselheiro Furtado, o professor de quem recebe lições de direito, que muito o ajudarão. Passa em seguida a advogar como rábula. A partir de 1868, como disse, trabalha com José Bonifácio, na libertação dos escravos. Dizem que Luís Gama obteve mais de 500 libertações no Forum (100 somente no inventário de Manoel Joaquim Ferreira Neto).

Nos anos seguintes, a Faculdade vive inteiramente o clima da abolição. Alunos e professores - José Bonifácio à frente - desfechavam diariamente golpes decisivos na inumana instituição.

O estudante Antonio Bento promovia o êxodo em massa dos escravos.

Fazia-os saírem todos ao mesmo tempo das fazendas, mas em paz, em ordem, às vezes na presença e sob as vistas do próprio senhor. Este nada podia fazer para obstar a partida de todos os seus escravos, porque não dispunha de força material suficiente para esse fim, nem podia requisitar a intervenção da força pública, uma vez que, segundo tese jurídica sustentada por professores e juizes, não havia desordem a reprimir, nem a mínima perturbação da tranqüilidade pública. A saída em massa não era fácil.

Escreve Almeida Nogueira:

*"Que esforço para convencer os pobres negros de que não era crime a fugida, e crime, sim, a escravidão!"*

E continua:

*"Que cenas patéticas se desenrolavam então nesta cidade! Viam-se a desembarcar à noitinha dos trens do interior turmas e turmas de homens, mulheres e crianças de cor, que fugiam das fazendas. Chegavam a*

*S. Paulo e logo se encaminhavam para a casa de Antonio Bento, à rua da Liberdade, entre o Largo Sete de Setembro e o da Liberdade, antigo do Pelourinho. Transitavam pelas ruas, a sobraçarem pequena trouxa de roupa, quietos, mansos, humildes, dir-se-ia, mesmo, que corridos e envergonhados de estarem fugindo à escravidão."*

Terminemos relatando o debate inaudito de José Bonifácio com o Ministro da Justiça poucas semanas antes de morrer. Tinha havido o trucidamento de quatro escravos no município de Paraíba do Sul, a poucas horas da Corte. Joaquim Nabuco denunciou o fato na imprensa e o senador Dantas formulou o seguinte requerimento de informação:

*"Requeiro que pelo Ministério da Justiça se informe se depois de açoitados quatro escravos do Sr. Caetano do Vale, na Paraíba do Sul, foram mandados a pé para a fazenda; outrossim, se dois desses escravos foram vistos mortos na estação de Três Rios e dois outros seguiram moribundos em um carro de bois para o seu destino; finalmente, qual o número de açoites aplicados a cada um diariamente, se estava presente ao castigo algum facultativo, que autorizasse a aplicação de 300 açoites de uma vez em cada um dos pacientes. Paço do Senado, 30 de julho de 1886. (a) Dantas."*

Em 11 de agosto exatamente 11 de agosto - de 1886, trava-se o inaudito debate de José Bonifácio e o Ministro da Justiça.

"O senador José Bonifácio: - *A narrativa é simples, mas cheia de interrogações. Os escravos são condenados à pena de 300 açoites e recebem 1.500, por um processo especial de multiplicações generosas; o máximo de 50 açoites por dia, segundo os estilos da justiça, que, por serem velhos, não podem ser alterados, eleva-se a 150. Fantasio as cenas que deviam ter precedido o desfecho daquele drama infeliz! Executada a pena, os escravos são entregues a um preposto de seu senhor; naturalmente amarrados, caminham a pé para o seu destino; devia ser a fazenda*

*de seu dono, e foi apenas a sepultura deserta do caminho. Até gordos e felizes (ninguém tinha perguntado por isso), saíram das mãos da Justiça e morrem de súbito... e não é um só... são dois, no mesmo lugar e quase na mesma hora, como se uma causa comum atuasse sobre aqueles organismos torturados. Os corpos inanimados, e talvez ainda com os vergões do azorrague judiciário, voltam para a estação próxima, exibindo na terra as nossas misérias, e pedindo talvez no desamparo e na solidão às claridades do dia as misericórdias de cima. O nobre Ministro pode dizer-nos se não há criminosos ou responsáveis?*

O ministro da Justiça: - *Já se está fazendo o processo.*

O senador José Bonifácio: *O primeiro dever, desde que a morte verificou-se nas condições expostas; o primeiro dever da autoridade era ordenar a autópsia, recolhendo desde logo tudo o que pudesse constituir o corpo de um delito possível.*

O ministro da Justiça: *Fez-se a autópsia.*

O senador José Bonifácio: *No telegrama que V. Exa. leu não se falava em autópsia, e sim em exame...*

O ministro da Justiça: - *Mas recebi depois comunicação do delegado de polícia.*

O senador Dantas: *Fez-se a autópsia, depois de exumados?*

O senador Silveira da Motta: *O que se diz que se fez, foi o exame.*

O ministro da Justiça: *Fez-se a autópsia.*

O senador José Bonifácio: - *Os escravos, depois de entregues ao preposto de seu dono, morreram em caminho, e os seus corpos foram trazidos para a estação próxima. O que se pretende saber é se se fez a autópsia nessa ocasião, porque é fato essencial que não podia ser esquecido pelos telegramas, e a mesma afirmativa do exame parece excluir a existência da autópsia.*

O ministro da Justiça: - *Fez-se.*

O senador José Bonifácio: *Na estação?*

O ministro da Justiça: *Sim, senhor.*

O senador José Bonifácio: *O sr. taquígrafo tome nota desta declaração.*

O senador José Bonifácio: - *Pode V. Exa. informar-me de que morreram os escravos?*

O ministro da Justiça: - *De congestão pulmonar (Risos).*

O sr. Presidente: - *Atenção!*

O senador José Bonifácio: - *Os escravos morrem quando estavam no gozo de plena saúde, morrem de súbito em caminho, morrem logo depois de entregues nas*

*mãos de seu condutor, morrem dois, como se houvesse ajuste entre ambos, morrem fulminados quase ao mesmo tempo, no mesmo caminho e dando os mesmos passos, amarrados um e outro depois de terem sido oportunamente açoitados com a permissão do médico...*

O ministro da Justiça: - *Com a presença.*

O senador José Bonifácio: - *A assistência do médico importa a permissão do castigo infligido; não façamos questão de palavras. Se não há motivo para a soberba, não há motivo para o desconsolo. A morte verificou-se com todos os sacramentos legais; não faltou mesmo a graça divina da multiplicação do azorrague. Ora, o que têm os magistrados com isso, executores ou não executores da sentença? Hão de entreter-se em alterar a forma do instrumento do suplício, com ofensas das velhas usanças?!!*

*- A lei criminal tomou para medir o castigo uma unidade, e graduou o máximo dos açoites por dia, presumindo bem ou mal que não devia ou não podia elevá-los além de 50; a pena de açoites não é a pena de morte; mas tudo isso o que importa? Desde que o cabo do chicote é um só, podem aumentar o número dos açoites, porque a aritmética da escravidão é essa mesma: um pode ser igual a 4, a 5 e 6...*

*- No entanto, se não foi consultado o médico; se, qualquer a forma do instrumento do martírio, a pena graduou-se a capricho; se a morte pode de qualquer modo filiar-se ao excesso de execução; se fatos posteriores, e pelos quais não responde a Justiça, dão os motivos do inesperado falecimento, há ou não há responsáveis perante a lei criminal?"*

Poucos dias depois, terminada a sessão parlamentar, José Bonifácio volta a São Paulo. A viagem de trem, do Rio a São Paulo, não era fácil naquele tempo: não havia hora para chegar e o trem vinha com as janelas fechadas por causa do pó.

Chega, em 26 de outubro; em casa, à noite, após jantar com os filhos, filhas e genros vem a falecer de madrugada, de colapso cardíaco.

Eis aí José Bonifácio o Moço. "José", nome bíblico, que significa "o que acrescenta" "Bonifácio", nome latino que significa "o que faz o bem". E "moço", palavra portuguesa que significa "jovem". O nome corresponde à pessoa.

E a pessoa corresponde à sua e à nossa Faculdade de Direito.

*HISTÓRIA DO DIREITO*



## **PANORAMA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: DAS ORIGENS AOS DIAS ATUAIS**

*José Carlos Moreira Alves*

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP  
Ministro do Supremo Tribunal Federal

### **Resumo:**

O artigo principia com a análise das origens do direito civil brasileiro, e para tanto faz um breve histórico do antigo direito civil lusitano.

A seguir trata do nosso direito civil no período da Independência até a entrada em vigor do Código Civil em 1917, procurando fazer uma abordagem histórica das propostas ao mesmo, examinando em especial a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, entre outras tentativas.

Passa a analisar na seqüência o Código Civil de Clóvis Beviláqua, sua introdução e a divisão das matérias, para posteriormente fazer algumas observações sobre as alterações e inovações introduzidas pela legislação posterior.

Finaliza discorrendo sobre as propostas de reforma ao mesmo, através das três tentativas feitas no passado e lembrando ainda a existência de uma quarta em curso.

### **Abstract:**

The article begins with the analysis of the origins of Brazilian Civil Law, and for that it goes into a brief history of the old Portuguese Civil Law.

It then speaks about our Civil Law in the period of Independence until the Civil Code of 1917 came into effect, trying to deal from an historical point of view with the proposals to this Code, paying special attention to the Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas (The Consolidation of Civil Laws, by Teixeira de Freitas), among other attempts.

It analyzes then the Civil Code of Clovis Beviláqua, its introduction and its division of subjects, to afterwards make some observations on the changes and innovations introduced by later legislation.

It finishes discoursing on the proposals of reform of this Code, through three attempts made in the past and reminding us of a fourth attempt under way.

Sumário:

1. As origens do direito civil brasileiro.
2. Da independência ao Código Civil.
3. O Código Civil.
4. Alterações e inovações introduzidas pela legislação posterior ao Código Civil.
5. Os movimentos de reforma do Código Civil.

## 1. AS ORIGENS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

O direito civil brasileiro deita suas raízes no antigo direito civil português, ligando-se a este mais estreitamente do que o próprio direito civil lusitano dos tempos modernos.

Daí, sua formação profundamente romanística.

Pouco depois da proclamação da independência do Brasil, editou-se a Lei de 20 de outubro de 1823, em que se preceituou que permaneceriam vigentes as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem eles alterados.

As normas de direito civil que então vigoravam em nosso país se encontravam principalmente no Livro IV das Ordenações Filipinas, de 1603.

Eram elas o resultado de uma longa evolução, que partira do período, já longínquo, da reconquista da Península Ibérica aos mouros, quando ali se observavam, como fontes de direito, de um lado, o Código Visigótico - também denominado *Lex Gothorum*, *Liber Judicialis*, *Forum Judicum*, designação esta que, na tradução que se fizera por ordem de Fernando III, se vertera por *Fuero Juzgo* -, e, de outro, direito costumeiro (*mos*, *consuetudo*, *forum*), que se integrava, sobretudo, por usos de origem romana vulgar, germânica, canônica e muçulmana, reduzidos a escrito nos estatutos municipais os força -, a partir dos fins do século XIII.

O Código Visigótico, em sua forma conhecida como *vulgata*, era, na legislação bárbara, o que mais influência recebera do direito romano, mas influência românica pré-justinianéia, porque oriunda do direito romano pós-clássico anterior a Justiniano. No direito costumeiro, ao lado dos elementos canônicos e germânicos, destacavam-se os romanos, advindos do que

modernamente se chama *direito romano vulgar*, o direito vivo, da época pós-clássica, em que, por causa da decadência da cultura jurídica, se tornou mais nítida a divergência entre o direito oficial e o direito aplicado na prática, e a preponderância deste foi de tal ordem que acarretou alterações naquele, dando margem ao que se pode caracterizar como *recepção da prática pelo direito oficial*.

No século XIII, ocorre em Portugal o mesmo fenômeno que se verificou, embora em épocas diversas, em vários dos países europeus: a recepção do direito romano, cujo estudo ressurgira, na Itália, com os glosadores.

Em Portugal, essa recepção se dá por meio dos portugueses que foram estudar na Itália. E sua difusão se deve, principalmente, à universidade fundada, em 1290, por D. Dinis, em Lisboa, e, mais tarde, transferida para Coimbra.

A par do ressurgimento do direito romano, há o movimento de renovação do direito canônico, com a organização de novas coleções legislativas, a iniciar do Decreto de Graciano, as quais, no século XVI, seriam reunidas no que se denominou *Corpus Juris Canonici*, em paralelismo com o *Corpus Juris Civilis*. Essa renovação surgida no século XII, não tarda a refletir-se em Portugal.

A recepção do direito romano e os reflexos da renovação do direito canônico não conseguem, porém, afastar a utilização dos princípios costumeiros de origem diversa, como os germânicos. Mas é inegável que elas favorecem e isso porque o fortalecimento da autoridade do rei é conseqüência de princípios evidenciados no estudo do *Corpus Juris Civilis* - o desenvolvimento da atividade legiferante dos monarcas portugueses. Editam-se, assim, as leis gerais, que viriam, no período seguinte, já em pleno século XV, a ser incorporadas nas Ordenações Afonsinas.

Essas Ordenações tiveram a elaboração concluída em 1446. Em sua feitura, foram utilizadas fontes anteriores, como leis gerais (muitas delas reunidas em duas antigas coleções - o *Livro das Leis e Posturas* e as *Ordenações de D. Duarte*), resoluções régias, concordatas e costumes nacionais ou de determinada cidade. Frequentes os empréstimos e as alusões ao direito romano e ao direito canônico.

No século XVI, foram substituídas as Ordenações Afonsinas pelas Manuelinas, que as reformaram e as puseram em dia. Menos de século depois, em 1603, surgiram as Ordenações Filipinas, que, ditadas pela necessidade de

atualização das Ordenações Manuelinas em face das inúmeras leis extravagantes que se lhes seguiram, conservaram, apesar de feitas sob o domínio espanhol, caráter nitidamente português.

A romanização do direito português muito deve a essas três Ordenações, quer pelo seu conteúdo, quer por suas extensas lacunas, principalmente na disciplina do direito civil.

Com efeito, se grande parte dos princípios nelas inseridos foram tomados de empréstimo ao direito romano, ou, pelo menos, neste inspirados, suas lacunas não tiveram papel menor na incorporação das regras romanas ao direito luso. Isso se deveu à utilização das fontes subsidiárias para o preenchimento dessas lacunas. Já as Ordenações Afonsinas estabeleciam que nos casos não disciplinados pelas leis do Reino, pelos estilos da Corte, ou pelos costumes, aplicar-se-iam as leis imperiais (direito romano) ou, em matéria que envolvesse pecado, os sagrados cânones (direito canônico); e, na ausência de norma romana ou canônica, mister seria que se observassem as glosas de Acúrsio, e, na insuficiência destas, as opiniões de Bártolo, ainda que delas dissentissem os demais doutores. Nesse sistema de fontes subsidiárias, foram introduzidas duas alterações pelas Ordenações Manuelinas: as leis imperiais (o direito romano) somente se deviam guardar pela *boa-razão* em que eram fundadas, e as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo não deveriam ser aplicadas se contrárias ao entendimento comum dos doutores. A propósito, nada se modifica nas Ordenações Filipinas.

Como nessas fontes subsidiárias avultava o direito romano, foi este largamente utilizado em Portugal até a segunda metade do século XVIII, e não apenas serviu para preencher as lacunas do direito português, mas também pelo prestígio de que desfrutava como *ratio scripta*, foi usado, com bastante freqüência, contra textos expressos das Ordenações, generalizando o entendimento de que as normas do direito lusitano que lhe fossem contrárias deveriam ser interpretadas restritivamente, ao passo que as com ele conformes seriam extensivamente compreendidas.

Foi o iluminismo que, a partir da segunda metade do século XVIII, se contrapôs ao uso abusivo do direito romano, que dominava a praxe forense portuguesa.

A reação em favor do direito lusitano se iniciou com o Marquês de Pombal, e encontrou sua consagração legislativa na Lei de 18 de agosto de 1769, que ficou conhecida como a *Lei da Boa-Razão*.

Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, havia uma restrição ao direito romano como fonte subsidiária: as leis imperiais só se deviam guardar pela *boa-razão* em que eram fundadas. Omitiam-se, porém, ambas essas Ordenações quanto ao sentido dessa expressão.

Nos mais de cento e cinquenta anos que medeiam entre as Ordenações Filipinas e a *Lei da Boa-Razão*, tanta foi a força que ganhou o direito romano que Luiz Antonio Verney, em 1746, criticando os estudos jurídicos em Portugal na primeira metade do século XVIII, exclamava:

*"Sem dúvida, é digno de admiração que saiam os homens das Universidades falando muito nas leis de Justiniano, que só servem faltando a lei municipal, e nada saibam daquela lei por que se hão de governar!"*<sup>1</sup>

A Lei de 18 de agosto de 1769 (*Lei da Boa-Razão*) alterou as normas de emprego das fontes subsidiárias, e, por isso, exerceu decisiva influência no campo do direito privado, onde mais intensamente se fazia mister a integração das lacunas. Ela proibiu a utilização de textos ou de autores se houvesse preceito das Ordenações, de leis extravagantes ou de usos do Reino, e determinou que o direito romano só se aplicasse quando conforme a *boa-razão* - que era a *recta ratio* do jusracionalismo - buscada nos textos que dela não se houvessem apartado e nas normas do direito das gentes observadas unanimemente pelos povos civilizados, recorrendo-se, em matéria política, econômica, mercantil e marítima, às leis das modernas nações cristãs. Complementaram-na os novos Estatutos da Universidade de Coimbra, que, a par de introduzirem radical reforma no ensino jurídico, forneceram critério prático para se aferir a conformidade do direito romano com a *boa-razão*: era o acolhido pelos mais ilustres representantes do *usus modernus pandectarum*. Essa inovação acarretou profundas alterações no direito privado português, por via de

---

1. Verdadeiro método de estudar, in *Estudos médicos, jurídicos e teológicos*, Lisboa, Sá da Costa, 1952, v. 4, p. 195.

interpretação ou de leis novas. Por considerarem em desconformidade com a reta razão a regra romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (que se tinha implícita no direito português, pois as Ordenações admitiam o contrário, a título de privilégio, para os soldados), os jusnaturalistas a repeliram, sustentando que o princípio não fora acolhido pelo direito português, porque, para tanto, se fazia necessário fosse ele expressamente referido nas Ordenações, o que não ocorria. E reformas legislativas, igualmente inspiradas em idéias jusnaturalistas, revogaram princípios romanos tradicionais do direito luso. Evidenciam-no as diversas leis pombalinas, editadas nos meados do século XVIII, sobre o direito sucessório. Nelas, exalta-se a sucessão legítima como a forma sucessória compatível com a razão humana, estabelecendo-se, por isso, várias e drásticas restrições à sucessão testamentária. Subverte-se o princípio romano de que, para o herdeiro entrar na posse dos bens do *de cuius*, era preciso que deles se apossasse, introduzindo-se o instituto germânico da *saisine*, pelo qual a posse dos bens hereditários se transmitia automaticamente aos herdeiros.

Esse movimento se acirraria com a implantação, ocorrida no primeiro quartel do século XIX, do liberalismo em Portugal. Para essa exacerbação, concorriam diversas circunstâncias: a difusão das idéias liberais, a exaltação do individualismo, a adoção de princípios jurídicos inspirados nessa nova ordem de coisas e constantes das codificações mais recentes.

Tudo isso explica a razão por que recrudescer, a partir de 1820, tendência que já se observava em Manuel de Almeida Souza<sup>2</sup>: como direito subsidiário se vão deixando de lado as doutrinas romanas dos autores do *usus modernus pandectarum*, para invocarem-se, cada vez mais freqüentemente, os princípios das modernas codificações européias que, muitas vezes, se afastavam daquelas doutrinas.

Nesse momento, porém, o Brasil proclamava sua independência, desligando-se de Portugal.

---

2. Esse autor já invocava, em suas obras, o Código Fredericiano (da Prússia, de 1749), o de Napoleão e o Civil da Sardenha.

## 2. DA INDEPENDÊNCIA AO CÓDIGO CIVIL.

Foi em virtude de a mencionada Lei de 20 de outubro de 1823 haver estabelecido que permanecia vigente a legislação portuguesa promulgada até 25 de abril de 1821, que não se aplicaram ao Brasil as reformas que o liberalismo, a partir do começo da década de vinte passou a introduzir em Portugal, movido, principalmente, pelos novos preceitos das legislações estrangeiras que começavam a multiplicar-se e que eram diversos da tradição romana do direito lusitano. De outra parte, a intensidade da influência das idéias que tinham seu nascedouro na Revolução Francesa era muito maior num país como Portugal, vizinho de suas fontes, do que no Brasil, apartado delas pela distância de um oceano, e absorvido pelos problemas graves da consolidação de sua independência.

A esse fator estático iria, em breve, adicionar-se um fator dinâmico: a atuação, no campo legislativo, de Teixeira de Freitas, com a elaboração, em 1857, da *Consolidação das Leis Civis*, e, posteriormente, com a redação, que ficou inacabada, do Esboço, que era o Projeto de Código Civil que o Governo Imperial lhe encomendara.

A Constituição Imperial de 1824, no art. 179, XVIII, estabelecia:

*"Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade".*

Em 1830, cumpriu-se parcialmente o preceituado nesse dispositivo: promulgou-se o Código Criminal do Império Brasileiro. Mas, quase um século precisaria decorrer para que se elaborasse o outro dos códigos, que, na linguagem pitoresca da Constituição, deveriam ser organizados *o quanto antes* - o Código Civil.

O primeiro passo para a feitura do Código Civil foi a contratação (celebrada em 15.2.1855) de Teixeira de Freitas para realizar, como obra preparatória, a *Consolidação das Leis Civis*. Anteriormente, Eusébio de Queiroz<sup>3</sup> sugerira que se adotasse como Código Civil o *Digesto Português*, de

---

3. Isso ocorreu em 1851, quando Eusébio de Queiroz era Ministro da Justiça.

autoria de Corrêa Telles,<sup>4</sup> sugestão que morreu no nascedouro, repudiada que foi pelo Instituto da Ordem dos Advogados.

Em três anos, concluía Teixeira de Freitas essa Consolidação que, em 1897, seria traduzida, em resumo, para o francês, por Raul de La Grasserie.<sup>5</sup>

A *Consolidação das Leis Civis* pôs ordem no caos dos princípios civis constantes das Ordenações Filipinas e das leis extravagantes, permitindo saber quais as normas que vigoravam no território brasileiro. O ponto mais alto desse trabalho se situa nas duas centenas de páginas em que se desdobra a *Introdução* que o acompanha. Nela, distingue Teixeira de Freitas, na execução a que se propôs, a parte prática da parte científica. Na parte prática, pela natureza mesma da obra consolidar as regras de direito civil em vigor, reduzindo-as a preceitos tão concisos quanto possível -, o trabalho dependia de erudição, paciência e fidelidade, não dando azo a criações. Estas só encontrariam campo na parte teórica, na demarcação dos limites da Legislação Civil e no sistema de sua exposição. E na sistemática da Consolidação Freitas revela, de modo inequívoco, o seu espírito criador. O sistema que adota, após submeter a exaustiva crítica o das Institutas romanas pessoas, coisas e ações -, e os modernos, desde o de Leibniz até o dos romanistas alemães representados por Mackeldey, é assim exposto por ele:

*"Sob as idéias fundamentais, que temos desenvolvido, a Consolidação das Leis Civis apresenta em sua primeira divisão duas grandes categorias, que formam a sua Parte Especial. A essa Parte Especial antecede uma Parte Geral, que lhe serve de prolegômenos.*

*A Parte Geral trata em dois Títulos das 'pessoas' e das 'coisas', que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto das relações jurídicas na esfera do Direito Civil.*

---

4. *Digesto português ou Tratado dos direitos e obrigações civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo código civil*, Lisboa, Clássica, 1909, 3 vs.

5. *Code civil du Venezuela; lois civiles du Brésil*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1897.

*A Parte Especial compõe-se de dois Livros, em correspondência com a fundamental divisão das duas categorias. O 1º Livro tem por objeto os 'direitos pessoais', o 2º Livro - os 'direitos reais'".<sup>6</sup>*

Pela primeira vez, em legislação civil, adotava-se a sistemática alemã, utilizada nas obras dos pandectistas, da divisão em parte geral, onde se reuniam os elementos constitutivos do direito subjetivo, e em parte especial, onde se colocavam as regras referentes aos direitos subjetivos em espécie. Mas, na subdivisão de ambas se afastava da orientação germânica: na parte geral, adstringia-se as pessoas e as coisas, excluindo os fatos jurídicos, por entender que só os fatos voluntários lícitos os atos jurídicos é que precisavam de ser disciplinados, razão por que *"a matéria dos fatos deixa de ser geral, e pertence quase toda às matérias especiais dos contratos e testamentos"*, havendo muitos direitos *"que nada têm com esses atos jurídicos, ao passo que sem pessoas e coisas, e ao menos sem pessoas, não há direito algum"*,<sup>8</sup> e na parte especial se limitava a distinguir os direitos pessoais dos direitos reais, divisão que se lhe afigurava fundamental no tocante aos direitos subjetivos, considerando que a adotada por Mackeldey direito das coisas, direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões e concurso de credores - pecava por desnecessária abundância. Para enquadrar os diferentes direitos numa dessas duas categorias, caracterizava os direitos reais como *"todos os direitos absolutos, que imediatamente recaem sobre as coisas, ou em unidade complexa, formando o direito de domínio ou propriedade material; ou em unidade elementar, e distribuídos por dois ou mais agentes"*, e os direitos pessoais como *"os que afetam uma ou mais pessoas individualmente obrigadas, e só por intermédio destas recaindo sobre as coisas"*.<sup>9</sup> Por isso, no concernente aos direitos pessoais, dividia-os em *direitos pessoais nas relações de família* (que abarcavam o casamento, o

---

6. *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. XCIX e C.

7. *Ibidem*, p. CVII.

8. *Ibidem*, p. CVII e CVIII.

9. *Ibidem*, p. C e CI.

pátrio poder, o parentesco, as tutelas e as curatelas) e *direitos pessoais nas relações civis* (que abrangiam as causas produtoras deles - os contratos e os delitos e as causas de sua extinção); e, nos direitos reais, enquadrava o domínio, a servidão, a herança, a hipoteca e a prescrição aquisitiva (a *usucapio*). Reconhecia, porém, Teixeira de Freitas que essa distribuição de matérias não era a que se lhe afigurava a melhor, admitindo seu aperfeiçoamento se se tratasse de codificação nova, onde pudesse "*escolher materiais à vontade*"<sup>10</sup> E observava que a herança apresentava natureza comum às duas espécies de direitos subjetivos, devendo entrar em ambas; o mesmo acontecia com o concurso de credores e com a prescrição, o que conduzia à necessidade de um terceiro livro na parte especial, onde se contivessem as disposições comuns aos direitos reais e aos direitos pessoais, e que se dividiria em três títulos: o 1º, concernente à herança; o 2º, ao concurso de credores; e o 3º, à prescrição.

Se a preservação, em nosso direito, das antigas tradições jurídicas portuguesas, hauridas, precipuamente, nas fontes romanas, muito deve à *Consolidação das Leis Civis*, que foi o obstáculo maior à utilização de elementos estranhos para o preenchimento de lacunas muitas vezes inexistentes, e, portanto, à introdução de princípios alienígenas contrários à nossa formação jurídica, é no *Esboço* ao Código Civil que o espírito criador de Teixeira de Freitas encontra terreno propício para evidenciar-se.

Em 1858, decreto de 22 de dezembro autorizou o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça a contratar um jurisconsulto de sua escolha para a elaboração do Projeto de Código Civil do Império brasileiro. E o escolhido foi Teixeira de Freitas, que, em 11 de janeiro de 1859, se compromete, em contrato firmado com o Governo, a entregar o projeto até 31 de dezembro de 1861. Posteriormente, dilatou-se esse prazo para 30 de junho de 1864.

Entendeu Teixeira de Freitas que deveria elaborar, antes do Projeto definitivo, um esboço, e deste já estavam impressos 4.908 artigos, quando seu autor, convencendo-se de que se impunha a unificação do direito privado (reunindo-se, assim, as normas de direito civil e de direito comercial), se dirigiu ao então Ministro da Justiça, o Conselheiro Martim Francisco Ribeiro de Andrade, e propôs que se alterasse o plano da codificação, elaborando-se ao

---

10. Ob. cit., p. CII.

invés de um Código Civil, dois Códigos: o Código Geral (onde se trataria das causas jurídicas, das pessoas, dos bens, dos fatos e dos efeitos jurídicos) e o Código Civil (que abrangeria os efeitos civis, os direitos pessoais e os direitos reais).

No ofício, datado de 20 de setembro de 1867 pouco mais de vinte e um anos antes da célebre aula inaugural que Cesare Vivante proferiu em Bolonha sobre a unificação do direito privado -, que Freitas endereçou ao Conselheiro Martim Francisco Ribeiro de Andrade, lêem-se trechos como este:

*"O Governo espera por um Projeto do Código Civil no sistema desse Esboço, sistema traçado no meu contrato de 10 de janeiro de 1859, e para mim já não há possibilidade de observar tal sistema, convencido como estou, de que a empresa quer diverso modo de execução.*

*O Governo quer um Projeto de Código Civil para reger como subsídio ao complemento de um Código do Comércio; intenta conservar o Código Comercial existente com a revisão, que lhe destina; e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de Leis Civis, não distinguem no todo das Leis desta classe algum ramo, que exija um Código do Comércio".<sup>11</sup>*

E, mais adiante:

*"Não há tipo para essa arbitrária separação de Leis, a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benefícios, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim*

---

11. Apud Ferreira Coelho, *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Oficinas Gráficas do *Jornal do Brasil*, 1920, v. 1, n. 613, p. 267.

*o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência.*

.....  
*Entretanto, a inércia das legislações, ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações jurídicas, formou lentamente um grande depósito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser Leis de exceção, e que de Leis passaram a ser Códigos, com seus tribunais de jurisdição restrita e improrrogável. Eis a história do Direito Comercial! Eis falsificada a instrução jurídica, e aturdidos os espíritos com a frívola anatomia dos atos até extrair-lhes das entranhas o delicado critério!"*<sup>12</sup>

Era a primeira vez que alguém não se limitava a criticar, de maneira vaga como antes o fizeram, na Itália, Montanelli<sup>13</sup> e Pisanelli,<sup>14</sup> e, no Brasil, Pimenta Bueno<sup>15</sup> -, a dicotomia *direito civil-direito comercial*, mas defendia, propondo-se a efetivá-la em projeto de código, a tese da unificação do direito privado, por estar convencido de que não havia diferença substancial que justificasse a separação.

A proposta de Teixeira de Freitas obteve parecer favorável da Seção de Justiça do Conselho de Estado, mas não mereceu aprovação do Governo Imperial e, em 1872 depois da negativa formal de Teixeira de Freitas de ultimar o Esboço de Projeto de Código Civil, por estar convencido da necessidade dos dois Códigos que propusera -, foi rescindido o contrato por ele firmado com o Governo. Mas, a idéia estava lançada, e, no futuro, iria alastrar-se.

O sistema adotado por Teixeira de Freitas no Esboço se afasta do por ele seguido na *Consolidação das Leis Cíveis*.

12. Ob. cit., p. 269.

13. *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*, cap. 13 e 14.

14. *Commentario del codice di procedura civile: della competenza*, v. 1, parte 1, n. 12, p. 23.

15. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1958, p. 11.

Assim, na parte geral, acrescentou às pessoas e às coisas, os fatos, e o justificou desta forma:

*"Esta Seção 3ª, que trata dos fatos, um dos elementos dos direitos regulados no Código Civil, não estava em meu primitivo plano, como se pode ver na Consolid. das Leis Civis Introd., págs. 106, 107 e 108. Ali disse eu: 'alguns Escritores adicionam este terceiro elemento sob a denominação de fatos, fatos jurídicos, atos jurídicos, de que também tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com este método'.*

*Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem esse método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito Privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com exceção do da Prússia. Eles têm legislado sobre matéria de aplicação geral e quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código do Processo, como se fossem exclusivamente aplicáveis só aos contratos e testamentos; e com este sistema embaraçam o exato conhecimento do Direito Privado, isolando fenômenos que são feitos da mesma causa, e contribuindo destarte para que muitas espécies escapem à influência de seus princípios diretores".<sup>16</sup>*

Na parte especial, além de adicionar um terceiro livro cujo conteúdo não chegou a elaborar -, referente às disposições comuns dos direitos reais e pessoais (herança, concurso de credores e prescrição), alterou a subdivisão do livro concernente aos "direitos pessoais", iniciando pelos "direitos pessoais em geral" (onde disciplinou, genericamente, a obrigação), prosseguindo com os "direitos pessoais nas relações de família" (onde se ocupou do direito de

---

16. *Código civil: esboço*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, v. 1, nota ao art. 431, p. 229.

família) e concluindo com os "direitos pessoais nas relações civis" (onde regulou as causas das obrigações); e, no livro dos direitos reais, tratou, primeiro, dos "direitos reais em geral", em seguida, dos "direitos reais sobre as próprias coisas" (o domínio e o condomínio), e, por último, dos "direitos reais sobre as coisas alheias" (enfiteuse, usufruto, uso, habitação e servidões).

Precedendo à própria parte geral, colocou um título preliminar: do "lugar" e do "tempo", no qual disciplinou os limites da aplicação espacial do Código Civil, e, após acentuar que, no tocante à sua aplicação no tempo, essa matéria seria objeto de lei especial transitória, estabeleceu normas sobre a contagem de prazos.

Mas não apenas na sistemática se afasta Teixeira de Freitas dos Códigos então conhecidos, especialmente do Código Civil francês, modelo de tantos que se lhe seguiram. Aparta-se deles, também, em pontos fundamentais, na disciplina dos diversos institutos jurídicos.

É especialmente na parte geral do *Esboço* que ressalta seu espírito inovador.

Distingue a capacidade de direito da capacidade de fato, e, quanto àquela, faz observação que só em tempos muito mais recentes se vai tornando corrente: a de que a capacidade de direito não se traduz pela aptidão de adquirir direitos, mas pelo grau dessa aptidão, e isso porque "*não há pessoa sem capacidade de direito, por maior que fosse o número de proibições do Código*".<sup>17</sup> É com base nisso que os civilistas modernos diferenciam a personalidade jurídica da capacidade de direito: aquela é conceito absoluto - existe, ou não existe; esta, conceito relativo, existe em maior ou menor grau - é a medida da personalidade jurídica. Por outro lado, Freitas divide as pessoas em pessoas de existência visível (o homem) e pessoas de existência ideal, que também denomina *pessoas jurídicas*. Quanto às primeiras, reconhece-lhes a aptidão de adquirir todos os direitos civis, independentemente da qualidade de cidadão brasileiro e da

---

17. Ob. cit., nota ao art. 21, p. 24, onde se lê: "*Grau de aptidão: não digo aptidão, porque não há pessoa sem capacidade de direito, por maior que fosse o número das proibições do Código. Desta maneira a capacidade de direito envolve sempre uma idéia relativa, mesmo em cada pessoa dada, visto que todas as pessoas são capazes de direito quanto ao que o Código não lhes proíbe, e ao mesmo tempo incapazes de direito quanto ao que se lhes proíbe*".

capacidade política; atribui-lhe existência desde a concepção, distanciando-se dos textos romanos que afirmavam que, durante a gestação, o filho ainda não era criatura humana, e optando pela solução do Código da Prússia, que preceituava: "*os direitos comuns à humanidade pertencem aos filhos que não são ainda nascidos, a contar do momento de sua concepção*",<sup>18</sup> no mesmo sentido, aliás, do direito das Ordenações Filipinas; para o nascimento, exige apenas a vida extra-uterina, deixando de lado a vitalidade, à semelhança do Código prussiano e diferentemente do Código de Napoleão; a ausência vem disciplinada na parte geral, e não juntamente com o direito de família; e, no tocante à comoriência, aparta-se do direito anterior, que se ajustava aos princípios do *Corpus Iuris Ciuilis* e do Código Civil francês, e estabelece que "*quando não se possa saber qual delas faleceu primeiro, dever-se-á presumir que faleceram todas ao mesmo tempo, sem que se possa alegar transmissão de direitos entre elas*".<sup>19</sup> No que diz respeito às pessoas de existência ideal (as pessoas jurídicas), apresenta o *Esboço*, pela primeira vez numa codificação, a disciplina, sob todos os aspectos, desse instituto, o que mereceu de Freitas esta nota:

*"Com algum receio apresento este Tít. 3º sobre as pessoas de existência ideal, não porque haja em meu espírito a mais leve sombra de dúvida, mas pela aparência de novidade, aliás meramente exterior, que apresenta uma síntese que até agora não se tem feito, e sem a qual entretanto não se pode conhecer a teoria das pessoas, e toda a beleza e majestade do Direito Civil. Pela primeira vez tenta-se, e, o que é mais, em um Código, a temerária empresa de reunir em um todo o que há de mais metafísico em jurisprudência".*<sup>20</sup>

Em matéria de coisas, depois de acentuar, no art. 317, que "*todos os objetos materiais susceptíveis de uma medida de valor são coisas*", as restringe

18. Ob. cit., nota ao art. 221, p. 135.

19. *Ibidem*, art. 243, p. 146.

20. *Ibidem*, nota ao art. 272, p. 158.

às corpóreas no art. 319 ("*Os objetos que, sendo susceptíveis de uma medida de valor não foram objetos materiais, também não se reputam coisas no sentido deste Código*"), orientação que vários anos após seria, também, a do B.G.B., ao estabelecer, no § 90: "*Coisas no sentido da lei são somente os objetos corpóreos*".<sup>21</sup> E se afasta do direito romano ao excluir da categoria das coisas as *res communes omnium hominum*, pela consideração de que "*os objetos materiais comuns e inexauríveis não são elemento de direito*"<sup>22</sup>

É, porém, na disciplina dos fatos jurídicos como fontes produtoras de direitos subjetivos que há, em terreno particularmente difícil, antecipações que merecem destaque. Não escapou a Teixeira de Freitas a distinção, a que aludira Savigny sem aprofundá-la, entre os atos jurídicos, com base no modo pelo qual operava a vontade: se dirigida diretamente ao nascimento ou à extinção da relação jurídica, "*declaração de vontade ou negócio jurídico*"; se dirigida imediatamente a outros escopos, tendo o efeito jurídico posto secundário na consciência ou não sendo ele desejado, "*atos jurídicos que não são negócios jurídicos*", categoria que permaneceu inominada na obra de Savigny. Adotou-a Teixeira de Freitas, no *Esboço*. Após acentuar, no art. 435, que "*os fatos voluntários, ou são atos lícitos, ou ilícitos*" e que "*são atos lícitos as ações voluntárias não proibidas por lei, de que possa resultar alguma aquisição, modificação, ou extinção de direito*", refere, no art. 436, os atos lícitos que não têm por fim imediato a aquisição, modificação, ou extinção de direitos, mas que somente produzirão esses efeitos nos casos que na lei foram expressamente declarados, e, em seguida, alude, no art. 437, aos negócios jurídicos a que dá a denominação de atos jurídicos: "*Quando os atos lícitos tiverem por fim imediato alguma aquisição, modificação, ou extinção de direitos, serão designados pela denominação de atos jurídicos*" Em dois pontos se adiantava Freitas e Savigny: primeiro, porque este, ao aludir aos atos jurídicos que não eram negócios jurídicos, enquadrava neles atos lícitos e atos ilícitos; segundo, porque, enquanto Savigny apenas fazia a distinção, Freitas ressaltava claramente que os efeitos desses atos lícitos seriam somente os previstos na lei, o que só veio a ser

---

21. § 90. *Sachen in Sinne des Gesetzes sind nur Körperliche Gegenstände.*

22. Ob. cit., v. 1, nota ao art. 318, p. 193.

evidenciado pela doutrina mais moderna, a partir do início do século XX, com Manigk, ao basear a distinção entre *negócios jurídicos* e *participações de vontade* na diferença entre efeitos *ex uoluntate* e efeitos *ex lege*. É admirável, no plano estrito do legislador, a intuição de Freitas em incluir no *Esboço* esse art. 436. Só recentemente, e 1967, é que o novo Código Civil português veio a ocupar-se deles, preocupando-se, porém, apenas em alertar que a tais atos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as normas do negócio jurídico. E cabe, ainda, assinalar que, no terreno movediço do negócio jurídico, não escapou a Freitas a existência do que a doutrina mais moderna denomina *negócio de atuação*, assim definido por Lorenzo Campagna: são os negócios jurídicos em que "*a vontade não é declarada, mas somente expressa mediante atuação*".<sup>23</sup> No art. 446, já preceituava que os atos exteriores de manifestação de vontade podiam consistir "*na execução de algum fato material, consumado ou começado*", e não apenas na expressão positiva ou tácita da vontade. Quanto aos contratos, que o art. 438 refere como exemplo de atos jurídicos entre vivos, apressa-se Freitas em advertir que não adota o conceito amplíssimo que lhe deu Savigny, mas o restrito: o de contrato obrigatório.<sup>24</sup>

Na parte especial do *Esboço*, encontram-se anotações com alguma abundância na seção I ("Dos direitos pessoais em geral") do Livro segundo ("Dos direitos pessoais"), na qual se disciplina a parte geral das obrigações. Do exame dessas notas, porém, se verifica que, ao lado das em que Freitas expressa opiniões críticas com relação ao direito romano e à legislação e à doutrina de seu tempo, há inúmeras em que, ou se adstringe a citar textos romanos sem indicação de fonte, ou os cita com observações complementares. Não é, porém, difícil localizar, nas fontes romanas, os textos que Freitas, em apoio dos artigos que inclui no *Esboço*, transcreve sem qualquer indicação. Tomou-os, em sua quase totalidade, das citações feitas por Maynz, e das que se encontram em Molitor.<sup>25</sup> As mais das orientações que acolhe são as romanas. Não poucas

---

23. I "*negozi. de attuazione*" e *la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 1.

24. Ob. cit., v. 1, nota ao art. 438, p. 236.

25. Vide, a propósito, J. C. Moreira Alves, A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura de Sandro Schipani, Padova, Cedam, 1988, nota 51, p. 34.

vezes, critica as soluções adotadas pelo Código Civil francês e que se contrapõem àquelas. Quando se afasta do direito romano, diz a razão de dele se haver apartado.

Já na seção II ("Direitos pessoais nas relações de família") desse mesmo Livro segundo, regulam-se os sponsais e os pactos antenupciais, admitidos também no direito anterior.<sup>26</sup> Disciplina-se a celebração do casamento em face da Igreja Católica, bem como os matrimônios mistos autorizados, ou não, por ela.<sup>27</sup> O regime legal de bens é o que vem do direito português: o da comunhão universal. Ao lado dele, regulam-se os regimes da separação e o dotal. O divórcio não é o romano, mas o canônico: a separação de pessoas e de bens, sem dissolução do vínculo matrimonial.<sup>28</sup> Permite-se, porém, a dissolução do casamento celebrado sem autorização da Igreja Católica, se convertido o cônjuge não-cristão ou não-católico, este casar-se com outrem perante aquela Igreja.<sup>29</sup> Segue-se o princípio romano impeditivo da *turbatio sanguinis*, com a extensão que teve no período pós-clássico, uma vez que se exige, para passar-se ao segundo casamento, a observância do prazo mínimo de dez meses, qualquer que seja a causa da dissolução do primeiro matrimônio.<sup>30</sup> Aos filhos que tenham domicílio de origem no Brasil só se permite a legitimação pelo subsequente casamento.<sup>31</sup> Proíbe-se o reconhecimento dos filhos adulterinos, incestuosos e sacrílegos.<sup>32</sup> Disciplina-se a adoção, admitida, também, no direito anterior. Regula-se, por fim, largamente, a tutela e a curatela.<sup>33</sup>

Na última seção (a III, "Dos direitos pessoais nas relações civis") do Livro segundo, encontram-se os preceitos sobre as obrigações derivadas dos

---

26. Arts. 1.237 a 1.253.

27. Arts. 1.254 a 1.298.

28. Art. 1.379.

29. Art. 1.420, n. 2.

30. Art. 1.455.

31. Art. 1.554.

32. Art. 1.601.

33. Arts. 1.634 a 1.829.

contratos, dos atos lícitos que não são contratos, dos atos involuntários, dos fatos que não são atos e dos atos ilícitos. Merece destaque, nessa parte do *Esboço*, a sistematização das matérias, especialmente no tocante aos preceitos relativos ao contrato em geral e aos referentes às obrigações derivadas de atos ou fatos que não contratos. Há, na disciplina de todas essas obrigações, principalmente quanto às de origem contratual, larga inspiração romana. Dela, porém, não raras vezes se aparta, mantendo princípios da tradição luso-brasileira, como sucede, por exemplo, no mandato, que implica necessariamente a representação convencional, como se vê do art. 2.853: "*Haverá mandato, como contrato (art. 1.830), quando uma das partes se tiver obrigado a representar a outra em um ou mais atos da vida civil*".

No derradeiro livro do *Esboço* que chegou a elaborar o referente aos direitos reais -, Freitas, na disciplina desses direitos, segue, em geral, as diretrizes do direito romano. Adota o sistema do *numerus clausus*.<sup>34</sup> Distingue os direitos reais sobre coisas próprias (o domínio e o condomínio) dos direitos reais sobre coisas alheias (enfiteuse, usufruto, uso, habitação, servidões). No art. 3.707, separa os direitos reais "verdadeiros" (que existem quando quem os exercer tiver a todos os respeitos direito de exercê-los, ou os tiver legitimado por prescrição) dos direitos reais "putativos" (que ocorrem quando, pelo fato de seu exercício ou da posse com justo título, ou só pelo fato de seu exercício ou da posse, se presumir com direito de exercê-los quem os exercer). Regula, em seguida, a posse, e, aí, é manifesta a influência de Savigny e do Código da Prússia. Vários de seus artigos reproduzem parágrafos desse Código. Por vezes, a nomenclatura é análoga, mas o sentido diferente. É o que ocorre com a "simples detenção", com a "posse perfeita" e com a "posse imperfeita": a simples detenção como disciplina no *Esboço*, abarca não apenas os casos de detenção do Código da Prússia, mas também alguns de posse imperfeita (*unvollständiger Besitz*); e a distinção entre "posse perfeita" e "posse imperfeita", como estabelecida no *Esboço*, se assenta, principalmente, nos conceitos de "domínio perfeito" e de "domínio imperfeito" adotados por Freitas, o que não sucede com o *vollständiger und unvollständiger Besitz*, sendo que, ainda, a "posse imperfeita" abarca, também, as hipóteses de exercício de direito real sobre coisa alheia "exercível"

---

34. Art. 3.703.

pela posse. E, à semelhança do que se verifica no Código Prussiano, a disciplina da detenção e da posse, no *Esboço*, é muito minuciosa. Quanto à aquisição de direitos reais, observa Freitas a distinção romana entre o título e o modo de aquisição. Este, com relação às coisas móveis, é a tradição, ao passo que, no tocante aos imóveis inovação digna de realce -, é a transcrição no Registro Conservativo.<sup>35</sup> No concernente ao domínio, distingue o *perfeito* (direito real perpétuo de uma só pessoa sobre uma coisa própria móvel ou imóvel com todos os direitos sobre sua substância e utilidade) do *imperfeito* (que é o direito real resolúvel, ou fiduciário, de uma só pessoa sobre uma coisa, que aliena somente seu domínio útil).<sup>36</sup> Permite o usufruto de coisas fungíveis e o usufruto de créditos.<sup>37</sup> E a servidão de tirar água é o último instituto disciplinado pelo *Esboço*, na parte que chegou a ser publicada.

Embora não se tenha transformado no Código Civil brasileiro e não tenha sido concluído, o *Esboço* exerceu grande influência sobre o direito civil latino-americano, especialmente na elaboração do Código Civil argentino, como se vê destas palavras de Enrique Martinez Paz, em *Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino*:

*"A proporção exata de artigos com que contribuiu o Esboço para o nosso Código foi revelada, depois de uma prolixa e inteligente investigação, pelo doutor Lisandro Segovia. Se se considerarem os três mil e tantos artigos, que compreendem os três primeiros livros do Código argentino, únicos sobre os quais podia se fazer sentir a influência de Freitas, se verificaria que um terço deles, isto é, algo mais de mil artigos foram tomados quase textualmente".*<sup>38</sup>

---

35. Art. 3.809.

36. Arts. 4.072 e 4.300.

37. Arts. 4.652 a 4.662.

38. *Freitas y su influencia sobre el código civil argentino*, Córdoba, (Rep. Arg.), Imprenta de la Universidad, 1927, p. LIV-LV.

E a consideração que Velez Sarsfield - o autor do Projeto do Código Civil argentino - tinha ao Esboço de Freitas é evidenciada nesta resposta que o primeiro deu a críticas de Alberdi:

*"Mas o doutor Alberdi julgou acertado citar-me exemplos do Código francês, que equivocadamente acredita ter seguido o método das Institutas, e se engana sobre a preferência que dei ao senhor Freitas sobre Tronchet, Portalis, Maleville. O doutor Alberdi confessa que não conhece os trabalhos de legislador do senhor Freitas e parece convencido de que nada melhor possa existir que os juriconsultos que formaram o código francês, tão criticados hoje pelos juriconsultos da mesma nação. Pode perdoar-me que eu, depois de um sério estudo dos trabalhos do senhor Freitas, os considere somente comparáveis com os de Savigny".<sup>39</sup>*

No mesmo ano de 1872, em que era rescindido o contrato entre Teixeira de Freitas e o Governo Imperial, dois acontecimentos se verificam no terreno das tentativas de elaboração do Código Civil brasileiro.

Ao primeiro se refere Clóvis Bevilacqua<sup>40</sup> ao aludir a um Projeto de Código Civil brasileiro elaborado pelo Visconde de Seabra, autor do Projeto de que resultara o Código Civil português de 1867, dizendo que não sabia se ele - que não fora publicado - era um trabalho completo, pois, a respeito, só vira, na Secretaria da Justiça, um manuscrito com o título preliminar e alguns artigos sobre a capacidade civil e seu exercício. Maiores informações sobre esse Projeto se encontram na carta do Barão de Loreto ao Conselheiro Thomaz Ribeiro, escrita em 10 de agosto de 1895, e publicada em *O Direito*, sob o título *Projeto do Código Civil brasileiro pelo Visconde de Seabra*. Em anotação a um trecho dessa carta, lê-se sobre o referido Projeto:

---

39. Ob. cit., p. LVI.

40. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1951, v. 1, p. 19.

*"Do trabalho acima indicado existe um exemplar manuscrito, feito com esmero caligráfico, e encadernado em marroquim verde, 'in 8º' grande.*

*Nas duas faces da capa há, gravadas em ouro, as armas imperiais do Brasil; por baixo delas, na primeira face, a inscrição 'Pedro II', e, no verso, '1872'. Lê-se no frontispício: 'Código Civil Brasileiro Projeto - Oferecido à sua Magestade o Imperador do Brasil por Antonio Luiz de Seabra - Natural do Rio de Janeiro. Cadete honorário do antigo regimento de linha de Minas Gerais e Oficial da Ordem da Rosa. - Alexandre Tavano fez a pena'.*

*O manuscrito compreende 392 artigos do projeto do Código. No fim da última página, a assinatura autógrafa do autor, e, na linha inferior, em letra minúscula, a data 5 de fevereiro de 1872 - O dito exemplar pertence hoje à livreria do Sr. Marquês de Paranaguá".<sup>41</sup>*

Em 1951, a *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*<sup>42</sup> iniciou a publicação de manuscrito desse Projeto, dando, em nota, a seguinte explicação:

*"A Revista da Faculdade de Direito de Lisboa regozija-se com o fato de poder reproduzir nas suas páginas o presente projeto (parcial) de Código Civil Brasileiro da autoria do Visconde de Seabra, que julga inédito e cujo manuscrito lhe foi amavelmente facultado, com autorização de publicação, pelo seu atual proprietário, o Exmo. Sr. Dr. Augusto Raul de Seabra, Juiz no Ultramar e descendente do glorioso autor do referido projeto".*

---

41. *O Direito*, v. 68 (set./dez. 1895), nota 1, p. 319.

42. v. 8, p. 305-325.

Essa publicação foi continuada nos volumes 9<sup>43</sup> e 10.<sup>44</sup> Por ela se verifica que esse manuscrito, como o referido na nota à carta do Barão de Loreto, contém 392 artigos. Na sua última página, lê-se: "*Fim da primeira parte*". O Projeto que, segundo parece, ficou inacabado, apresenta um Título Preliminar (Da lei civil, seu objeto e natureza) e o Livro Único (Da capacidade civil e seu exercício) da Primeira Parte. Esse conteúdo corresponde ao do manuscrito que Clóvis Bevilacqua diz ter visto na Secretaria da Justiça.

O segundo acontecimento a que nos referimos foi, no final desse ano de 1872, a celebração, entre o Governo e o Senador Nabuco de Araújo, de contrato para a elaboração de novo Projeto de Código Civil. Não pode ele, no entanto, concluir esse empreendimento por ter sido surpreendido pela morte, em 1878. Do seu esforço, restaram 118 artigos do Título Preliminar (que contém disposições acerca da publicação, efeito e aplicação das Leis do Império do Brasil) e 182 da Parte Geral (que abarca, apenas, o Título I *Das Pessoas* - do Livro I *Dos Elementos dos Direitos*), os quais foram publicados postumamente, em 1882.<sup>45</sup> Seu filho Joaquim Nabuco -, na biografia que escreveu sobre ele e que é obra clássica da literatura brasileira, revela<sup>46</sup> que o pai deixou grande número de livros de notas relativos aos estudos que fez para o Projeto, mas de difícil inteligência para a aferição de seu pensamento por terceiros. A transcrição, porém, de uma delas, concernente às pessoas jurídicas, mostra que estava ele atento aos Códigos existentes, como o Chileno, o Português, o Austríaco, o da Luisiânia; assinalava os textos do *Esboço* de Freitas; examinava a doutrina (Marcadé, Aubry et Rau, Laurent, Zachariae, Caen, Coelho da Rocha); a Savigny referia-se duas vezes nessa pequena amostra de suas notas; e citava o *Cours d'Institutes et d'Histoire du Droit Romain* do belga P. Namur.

---

43. p. 289-311.

44. p. 455-504.

45. *Projeto do código civil brasileiro do dr. Joaquim Felício dos Santos precedido dos atos oficiais relativos ao assunto e seguido de um aditamento contendo os apontamentos do código civil organizados pelo conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo*, Rio de Janeiro, Nacional, 1882.

46. *Um estadista do Império*, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1975, nota às p. 914-915.

O último projeto de Código Civil elaborado no Império é o de Felício dos Santos, advogado que, em março de 1881, ofereceu ao Governo seus *Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro*. Foi então nomeada uma comissão, para examiná-los, constituída por cinco dos mais notáveis civilistas da época: Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Joaquim Ribas, Antônio Ferreira Viana, Francisco Justino Gonçalves de Andrade e Antônio Coelho Rodrigues. Em setembro do mesmo ano, essa Comissão se manifestou no sentido de que, embora fossem os *Apontamentos* trabalho de elevado mérito, deveriam sofrer alterações para tornar-se um projeto em condições de ser revisto. Em vista disso, determinou o Governo que essa mesma Comissão (e nela teve ingresso Felício dos Santos) passasse a ter caráter permanente e organizasse o Projeto de Código Civil. Entretanto, pela retirada voluntária de alguns de seus membros, os trabalhos não chegaram a bom termo, e, em 1884 a 1887, Felício dos Santos publicou cinco volumes de comentários aos 2.692 artigos que o compunham. Antônio Coelho Rodrigues, que examinou mais aprofundadamente esse Projeto, o criticou largamente quanto ao plano adotado, à sua execução e à sua forma.<sup>47</sup> O plano era inspirado no civilista português Coelho da Rocha: título preliminar (Da publicação e efeitos e aplicação das leis em geral), parte geral (constituída de 3 livros sobre, respectivamente, as pessoas, as coisas e os atos jurídicos em geral) e parte especial (com também 3 livros referentes às pessoas, às coisas e aos atos jurídicos em particular).

No ano mesmo em que se proclama a República - 1889 -, o Visconde de Ouro Preto organizou um ministério cujo Ministro da Justiça foi Cândido de Oliveira, que, menos de um mês depois de haver sido nomeado, constituiu comissão para elaborar novo projeto de código civil. Dela, dentre outros, faziam parte Afonso Pena, Olegário Herculano de Aquino e Castro, Silva Costa e Coelho Rodrigues. Sob a presidência do próprio Imperador D. Pedro II, reuniu-se oito vezes, tendo sido dissolvida pelo advento do novo regime político.<sup>48</sup>

---

47. *Projeto do código civil precedido da história documentada do mesmo e dos anteriores*, Rio de Janeiro, Tipografia do Jornal do Brasil, 1897, p. 227 e ss.

48. As atas dessas reuniões se encontram no folheto *Projeto do código civil brasileiro em 1889* (editado no Porto, em 1906), e na *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, t. 68, parte I, p. 7-48.

Proclamada a República, e ainda durante o governo provisório, Campos Sales, como Ministro da Justiça, contrata com Antônio Coelho Rodrigues, em 1890, a elaboração de Projeto de Código Civil. Redigido quase integralmente na Suíça - e fortemente inspirado no Código Civil de Zurich -, o trabalho de Coelho Rodrigues foi concluído em janeiro de 1893, e, logo após, entregue ao governo, que nomeou, para examiná-la, uma comissão de três juristas. Seu parecer foi contrário à acolhida do Projeto, tendo havido resposta de seu autor, réplica da Comissão e tréplica daquele. O plano do Projeto é este: Parte Geral (dividida em três livros: o primeiro relativo às pessoas; o segundo, aos bens; e o terceiro, aos fatos e atos jurídicos) e Parte Especial (constituída de quatro livros: o primeiro referente à obrigações; o segundo, à posse, à propriedade e aos outros direitos reais; o terceiro, ao direito de família; e o quarto, ao direito das sucessões). Esta síntese da personalidade de Coelho Rodrigues feita por Clóvis Bevilacqua, anos mais tarde, ao escrever a *História da Faculdade de Direito do Recife*, defluiu, com exatidão, do conteúdo do seu Projeto: "...a figura de Coelho Rodrigues se nos apresenta como uma forte inteligência bem aparelhada por sólidos estudos, em que o espírito de rebeldia se associava, de modo bizarro, ao apego das tradições, os surtos progressistas e a remora de certos preconceitos"<sup>49</sup> Aliás como salienta Pontes de Miranda<sup>50</sup>, Clóvis Bevilacqua tomou dele vários dispositivos para o Projeto que afinal viria a ser nosso Código Civil, e, por isso, muitas de suas inovações resultam do espírito progressista de Coelho Rodrigues, apesar de sua arraigada formação romanista. Em 1899, convidado por Epiácio Pessoa, então Ministro da Justiça, para elaborar Projeto de Código Civil aproveitando, no possível, os trabalhos anteriores -, Clóvis Bevilacqua inicia a obra no princípio de abril desse ano, e a conclui nos últimos dias de outubro. Ouvidos alguns jurisconsultos, resolveu o Governo nomear uma Comissão para rever o Projeto, e dela fizeram parte cinco eminentes juristas: Olegário Herculano de Aquino e Castro, Amphilóphio Botelho Freire de Carvalho, Joaquim da Costa Barradas, Francisco de Paula Lacerda de Almeida e João Evangelista Sayão Bulhões Carvalho. A essa comissão assim se referiria Rui

---

49. *História da Faculdade de Direito do Recife*, 2ª. ed., p. 339-340.

50. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928, p. 117, 118 e 120.

Barbosa no parecer jurídico que, no Senado, começou a escrever em 1905, e que ficou inacabado:

*"A Comissão Revisora constava, entretanto, no seu seio: o decano de nossa magistratura, que preside ao Supremo Tribunal Federal, um dos anciãos do nosso foro; o Cons<sup>o</sup> Barradas, experimentado na administração pública sob o antigo regime, e, sob o atual, na magistratura suprema da União; Amphilóphio Botelho em cuja pessoa o grande tribunal republicano contribuía com mais um dos seus antigos e dos seus mais eminentes membros para aquela junta, profissional de rara cultura jurídica e consciência excepcionalmente austera: os Drs. Lacerda de Almeida e Bulhões de Carvalho, enfim, altas sumidades no direito civil brasileiro, consumados práticos e temperamentos notavelmente ponderados".<sup>51</sup>*

Nesse mesmo ano de 1899, e antes de se iniciarem as reuniões dessa comissão, Carlos Augusto de Carvalho, como contribuição informativa para o estudo do Projeto de Clóvis Bevilacqua, publicou uma consolidação das leis civis vigentes no Brasil, sob o título: *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*, onde reuniu, sistematicamente, as leis civis vigentes no País em 11 de agosto de 1899.

Depois de duas revisões (a segunda com a participação de Clóvis Bevilacqua) realizadas pela comissão acima referida, o Projeto foi submetido, em novembro de 1900, ao Congresso Nacional, onde, após longa e nem sempre calma tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado, foi ele aprovado em sessão da Câmara dos Deputados em 26 de dezembro de 1915, com a presença de 120 membros daquela Casa. Sancionado em 1º de janeiro de 1916, entrou o Código Civil brasileiro em vigor em 1º de janeiro de 1917.

---

51. Código civil: parecer jurídico, *in Obras completas de Rui Barbosa*, 1905, v. 32, t. 3, p. 303, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1968.

### 3. O CÓDIGO CIVIL.

No prefácio que, em 1928, redigiu para a tradução francesa do Código Civil brasileiro feita por Goulé, Daguin e Tizac, observou Clóvis Bevilacqua, quanto às fontes dessa codificação:

*"O Código Civil brasileiro se esforçou em fundir numa harmoniosa síntese as diversas correntes jurídicas que contribuíram para formá-lo. Em primeiro lugar, a tradição nacional, tendo por base o direito romano e o direito português, mas sempre orientado para um ideal de justiça e de liberdade e preocupação em responder às necessidades da civilização moderna; depois, a influência do Código Civil francês e da doutrina francesa, que sempre gozaram de muito grande prestígio junto aos juristas sul-americanos; a influência dos Códigos português, espanhol, italiano, argentino e do Cantão de Zurich, enfim a das legislações mais modernas, o Código Civil alemão e o Código suíço.*

*O Código Civil brasileiro, inspirando-se no direito estrangeiro estudado na legislação e na doutrina, reflete imagem fiel da época em que foi publicado; ele fixa um momento de evolução jurídica mundial. Guarda, todavia, sua fisionomia original, tanto no aspecto técnico, quanto no social.*

*Tecnicamente, é ele a criação própria dos juristas brasileiros que, desde Teixeira de Freitas e todos os que, com ele ou depois dele, emprestaram sua colaboração ao preparo do Código, todos formados pela cultura brasileira e esforçando-se em satisfazer os interesses da comunidade em cujo seio viviam, servindo-se dos meios que ela mesma lhes oferecia.*

*Socialmente, o Código Civil é a expressão exata e característica da sociedade brasileira atual. Sem dúvida, os princípios sobre os quais ela se baseia: sentimento de*

*igualdade, que coloca no mesmo nível todos os indivíduos do grupo social quaisquer que sejam sua origem e sua situação patrimonial, proteção e consolidação da família, emancipação da mulher, sacerdotisa do lar, igualdade jurídica dos sexos, etc., são as conquistas ético-jurídicas da civilização geral. Mas, realizando esses princípios, o Código não procedeu por justaposição, incorporou-os ao organismo social, revestindo-os das modalidades apropriadas à sociedade brasileira, como a constituíram as condições de seu desenvolvimento histórico".<sup>52</sup>*

Esse resultado de influências se explica pela formação dos juristas que contribuíram para a feitura do Código Civil brasileiro e pelas circunstâncias em que foi ele elaborado.

Pertencia Clóvis Bevilacqua ao movimento cultural que ficou conhecido como a Escola do Recife, o qual teve por corifeu Tobias Barreto, cuja tendência germanizante o caracterizou. Antes mesmo de redigir o Projeto de Código Civil, que é de 1899, suas obras demonstram sólido conhecimento da literatura jurídica alemã, inclusive a pandectista. Dentre os romanistas, citava, com freqüência, Mackeldey, Ihering, Savigny, Bonfante, Van Wetter, Cuq, Maynz, Leist, Padeletti, Cogliolo.

O germanismo e o romanismo de Clóvis se evidenciam em seu Projeto de Código Civil, com manifesta preponderância do último.

De sólida formação romanística eram os membros da Comissão do Governo que revisaram esse projeto. Sob esse aspecto, dois se destacavam: Bulhões de Carvalho e Lacerda de Almeida. Este último era, também, notável conhecedor da literatura jurídica germânica.

Nos debates que se travaram no Congresso Nacional sobre o projeto de Clóvis Bevilacqua, impressiona a desenvoltura de Coelho Rodrigues na invocação dos textos romanos, nas mais diversas questões de direito civil.

---

52. *Code civil des États-Unis du Brésil*; traduit et annoté par P. Goulé, C. Daguin e G. D'Ardenne de Tizac, Paris, Nationale, 1928, n. 29, p. 48-49.

Ressalta, aí, igualmente, o preparo romanístico de Clóvis Bevilacqua, de Amaro Cavalcanti, de Andrade Figueira. Este Andrade Figueira - se destacou como o defensor dos princípios tradicionais de nosso direito civil, impedindo, por vezes, a adoção de preceitos modernos que deveriam ter sido acolhidos.

A tradição jurídica brasileira se assentava, fundamentalmente, nos direitos romano, canônico e português, especialmente no primeiro. Em 1903, no *Curso de Legislação Comparada*, observava Cândido de Oliveira que "*essencialmente romano é o alicerce da nossa legislação*", e arrematava:

*"Atualmente, (ainda se pode dizer com segurança) quase nenhuma das figuras do direito privado escapou à influência do romanismo.*

*Se a Ord. Liv. III, T. 64, prin. manda aplicar as Leis Imperiais, nos casos não previstos, não significa o preceito a repudição da colação justinianéia quando o direito pátrio é completo.*

*Mesmo sem a lacuna do texto, que faz dela a lei suplementar, o conhecimento dos seus princípios seria o melhor guia no estudo do direito nacional".*<sup>52a</sup>

Não é de admirar, portanto, que, ao identificar as fontes materiais do Código Civil brasileiro, escrevesse Pontes de Miranda, em 1928:

*"Das aproximadamente 1929 fontes do Código Civil, ao direito anterior pertencem 479, à doutrina já vigente antes do Código Civil, 272, e ao Esboço de Teixeira de Freitas, 189. Isto quer dizer: em tudo que se alterou, foi o Esboço a fonte principal.*

*Dos Códigos o que quantitativamente mais concorreu foi o Code Civil, 172, menos por si do que pela expressão moderna que dera a regras romanas. Em seguida, o português, 83, o italiano, 72, os Projetos alemães, 66, o *Privatrechtliches Gesetzbuch für den**

---

52a. *Curso de legislação comparada - parte geral: as fontes*, Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1903, p. 140.

*Kanton Zürich, 67, o espanhol, 32, a Lei suíça de 1881, 31, o Código Civil argentino, 17, o direito romano (diretamente) 19, o B.G.B. austríaco, 7, o Código Civil chileno, 7, o mexicano, 4, o uruguaio, 2, o peruano, 2, e outros. As fontes alemãs foram as mais importantes e por vezes os outros Códigos foram veículos das influências alemãs e austríacas. Mas, se as inovações em relação ao direito anterior foram 1178, aos Códigos estrangeiros pediu-se menos de metade destas, pois foram de elaboração brasileira mais de 670. Concorreram para isto: Esboço de Teixeira de Freitas, 189, Projeto de Felício dos Santos, 49, de Coelho Rodrigues, 154, de Bevilaqua, 135, revisto, 78, da Câmara dos Deputados, 40, Senado Federal, 26, e outros, 2 ou 1".<sup>53</sup>*

Ao estabelecer que 19 foram as contribuições diretas do direito romano - e, nas páginas seguintes da mesma obra, alude aos arts. 43, III, 49, 50, 55, 57, 291 do Código Civil brasileiro -, não quis, obviamente, Pontes de Miranda reduzir a tanto (o que iria contra a própria evidência) a influência do direito romano em nossa codificação civil, mas, sim, caracterizar a circunstância de que ele se exerceu, geralmente, por intermédio da doutrina vigente no Brasil ou de Códigos e de Projetos fortemente impregnados de romanismo. Não há, portanto, contradição entre a assertiva de Pontes de Miranda e as de Abelardo Lobo ("*Se passarmos em revista os 1807 artigos de nosso Código Civil, verificaremos que mais de quatro quintos deles, ou sejam 1445, são produtos de cultura romana...*")<sup>54</sup> e de Gaetano Sciascia ("*É bem sabido que o Código Civil brasileiro assumiu e desenvolveu nas suas linhas gerais a obra da pandectística do século XIX. Quase a cada artigo da lei podem buscar-se os correspondentes textos romanos, os quais apresentam as relativas fatispécies na mais viva realidade e na infinita variedade*

---

53. Ob. cit., n. 50, p. 119-120.

54. *Curso de direito romano*, Rio de Janeiro, 1931, v. 1, p. 51.

dos acontecimentos humanos"<sup>54a</sup>; e "mas, assim como é certamente a língua portuguesa a mais próxima da língua originária, também o direito civil brasileiro parece-nos mais chegado ao direito romano do que o direito civil italiano").<sup>55</sup> E tanto assim é que o próprio Pontes de Miranda, na introdução que escreveu para a tradução alemã do Código Civil brasileiro dirigida por Heinsheimer, e publicada também em 1928, reproduz a estatística acima referida, com uma alteração digna de nota: ao aludir à contribuição do Código de Napoleão, mantém a observação de que ela decorreu mais da expressão moderna que deram às regras romanas, mas acrescenta imediatamente após (posição em que a afirmação que se segue não se encontrava nas *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*) que, diretamente do direito romano, nos vieram 19 preceitos.<sup>56</sup>

Bem fundada, portanto, é esta apreciação que o Código Civil brasileiro mereceu de Hans Carl Nipperdey, nas edições por ele reelaboradas da notável *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts do Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* de Enneccerus, Kipp e Wolff:

*"A mais independente das codificações latino-americanas é o Código Civil brasileiro de 1.1.1916. Dos 1807 artigos que o integram cerca da metade deriva de códigos europeus, a saber do francês e do português, sendo que 62 artigos do Código Civil alemão. A outra metade se funda em idéias de juristas brasileiros e recolhe o direito consuetudinário. A ordenação das matérias guarda ampla correlação com o Código Civil alemão, embora sua articulação numa parte geral e numa parte especial seja diversa".<sup>57</sup>*

---

54a. *Direito romano e direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 205.

55. As relações entre o Brasil e a Itália no campo do direito, in *Varietà giuridiche: scritti brasiliani di diritto romano e moderno*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 374-375.

56. *Die Zivilgesetze der Gegenwart Band III: Brasilien Código Civil*, Berlin-Leipzig, J. Bensheimer-Mannheim, 1928, p. 40.

57. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, erster Band, erster halbband*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1952, § 29, X, p. 113.

No tocante à sistematização, o Código Civil brasileiro orientou-se, nas linhas fundamentais, pela seguida pelo Código Civil alemão. Nessa linha, aliás, já se encontravam os trabalhos da Comissão que fora constituída em 1889 para elaborar um projeto de Código Civil e o Projeto de Coelho Rodrigues. Em alguns pontos, porém, o Código Civil brasileiro se afastou do sistema germânico: foi precedido de uma Introdução, com dispositivos referentes às normas jurídicas em geral e à sua aplicação no tempo e no espaço, dos quais a numeração é distinta da do Código; a ausência e disposições gerais sobre o contrato se deslocaram da parte geral para a parte especial; e a ordem da parte especial, ao invés de ser a do B.G.B. - direito das obrigações, direito das coisas, direito de família e direito das sucessões -, é esta: direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões. Nas *Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro* que servem de exposição de motivos de seu Projeto, Clóvis Beviláqua justificou essa alteração na ordem da parte especial, com a colocação do direito de família em primeiro lugar, aduzindo, entre outros argumentos, estes dois:

*"b) Adotado o critério classificador da generalização decrescente, depois da parte geral, na qual se incluem sob uma feição abstrata, os princípios aplicáveis a todos os momentos, situação e formas do Direito privado, devemos enfrentar os institutos jurídicos do direito da família, que são partes integrantes dos fundamentos de toda a sociedade civil, interessam, como diz Menger, à base natural da sociedade e têm, portanto, maior generalidade do que as instituições jurídicas da propriedade;*

*c) Se o homem socialmente considerado tem primazia sobre o homem como indivíduo; se os interesses altruístas preferem aos egoístas; se, como reconhece Savigny, os bens são uma extensão do poder do indivíduo, um atributo de sua personalidade, cabe a precedência, por amor da sociologia e da lógica, aos institutos da família, círculo de organização social,*

*sobre os institutos econômicos, meios de assegurar a conservação e o desenvolvimento da vida social".<sup>58</sup>*

A *Introdução* do Código Civil brasileiro que com ele entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917 é constituída de 21 artigos. Já o Código Civil propriamente dito tem 1.807 artigos, cuja matéria está assim distribuída:

PARTE GERAL: Livro I - Das Pessoas.  
 Livro II - Dos Bens.  
 Livro III - Dos Fatos Jurídicos.

PARTE ESPECIAL: Livro I - Do Direito de Família.  
 Livro II - Do Direito das Coisas.  
 Livro III - Do Direito das Obrigações.  
 Livro IV - Do Direito das Sucessões.

Sobre sua técnica, bem a apreciou o grande historiador do direito português, Manuel Paulo Merêa, em obra *Código Civil Brasileiro Anotado* - que publicou em 1917:

*"Na sua parte técnica, o código merece que se lhe não regateiem elogios pela forma por que se evitaram os dois grandes escolhos do legislador: o perigo do exagero doutrinário, das definições e divisões escolásticas, das abstrações nebulosas, e o do exagerado detalhe de regulamentação, da exposição casuística das matérias, que é um entrave à tarefa do intérprete e do juiz. O Código Civil Brasileiro aparece-nos como um código claro, sóbrio, prático, popular, comparável nesta parte ao código civil suíço, cuja técnica tem sido tão calorosamente aplaudida".<sup>59</sup>*

---

58. *Projeto do código civil brasileiro: trabalhos da comissão especial da Câmara dos Deputados*, Imprensa Nacional, 1902, v. 1, p. 15.

59. *Código civil brasileiro*, Lisboa, Clássica, 1917, p. XV.

Quanto ao conteúdo do Código Civil brasileiro, algumas observações devem ser feitas.

O Livro I (Das Pessoas) da Parte Geral trata das pessoas naturais e das pessoas jurídicas. No art. 3º dispõe que "*a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis*". O início da personalidade civil do homem ocorre com o nascimento com vida, pondo, porém, a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 4º). Entre os relativamente incapazes de fato, encontram-se, ao lado dos maiores de 16 anos e menores de 21 anos, as mulheres casadas enquanto subsistir a sociedade conjugal, os pródigos e os silvícolas, ficando estes sujeitos a regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida de sua adaptação à civilização (art. 6º). A menoridade termina aos 21 anos completos (art. 9º). No tocante à comoriência, adota a solução da presunção *iuris tantum* de que os comorientes se têm como simultaneamente mortos (art. 11). Distingue as pessoas jurídicas de direito público interno ou externo e as de direito privado (art. 13), estabelecendo, quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, que são elas "*civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano*" (art. 15). Com relação às pessoas jurídicas de direito privado, disciplinam-se as sociedades ou associações civis (arts. 20 a 23) e as fundações (arts. 24 a 30). O domicílio civil da pessoa natural é tanto a sua residência com intenção de permanência quanto o centro de suas ocupações habituais (arts. 31 e 32). Admite-se a pluralidade de domicílio da pessoa natural (art. 32), e se tem por domicílio de quem não tenha residência habitual, ou empregue a vida em viagens, sem ponto central de negócios, o lugar onde for encontrada (art. 33).

No Livro II (Dos Bens) da Parte Geral, traçam-se as normas das diferentes classes de bens, dispondo sobre os móveis e imóveis, os fungíveis, os consumíveis, os divisíveis, os singulares (simples e compostos), os coletivos, que são as *universitates facti* e as *universitates iuris*, os principais e os acessórios, os públicos e os particulares, e os que estão fora do comércio (arts. 43 a 69). Ainda nesse livro é disciplinado o *bem de família*, que corresponde ao *homestead*, com

dispositivo que protege os credores, afastando-se, assim, a crítica comumente feita e esse instituto (arts. 70 a 73).

O Livro III (Dos Fatos Jurídicos) da Parte Geral se ocupa fundamentalmente dos atos jurídicos (arts. 81 a 158), expressão genérica que, na técnica do Código Civil, traduz o que hoje preferencialmente se denomina negócio jurídico. O ato jurídico é definido segundo a sua concepção subjetiva, dominante na época. Como defeitos dos atos jurídicos se disciplinam o erro ou ignorância, o dolo, a coação, a simulação e a fraude contra credores. A condição, o termo e o modo ou encargos são regulados como "*modalidades dos atos jurídicos*". A invalidade dos atos jurídicos é disciplinada nas suas duas graduações: a nulidade e a anulabilidade. Ainda nesse Livro se encontram os preceitos (arts. 159 e 160) sobre os atos ilícitos absolutos (os que violam direitos oponíveis *erga omnes*) e sobre a prescrição (sem distingui-la, contudo, da decadência, o que foi feito, posteriormente, pela doutrina) (arts. 171 a 179).

O direito de família é objeto do Livro I da Parte Especial do Código. Está ele dividido em 6 títulos. No título I encontram-se os preceitos relativos ao casamento (formalidades preliminares, impedimentos, oposição de impedimentos, celebração do casamento, provas do casamento, casamento nulo e anulável e disposições penais), arts. 180 a 228. O Código Civil só conhece o casamento civil. Nos impedimentos ao matrimônio nele enumerados, distinguem-se os impedimentos dirimentes absolutos, os impedimentos dirimentes relativos e os impedimentos impeditivos, conforme, respectivamente, acarretem a nulidade, a anulabilidade ou a imposição de sanções (que estão estabelecidas nas disposições penais desse título), se não forem observados. No título II (arts. 229 a 255) se disciplinam os efeitos jurídicos do casamento; nele se estabelece a irrevogabilidade do regime dos bens entre os cônjuges, seus deveres recíprocos e os direitos e deveres de cada um deles; a chefia da sociedade conjugal é outorgada ao marido, que, no entanto, não pode, com relação aos bens, qualquer que seja o regime deles, praticar vários atos (como, por exemplo, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os imóveis) sem a autorização da mulher (outorga uxória), salvo se houver suprimento judicial; em maior número, porém, são os atos que a mulher não pode realizar sem a autorização do marido (inclusive o de exercer profissão), que, no entanto, em certos casos, pode ser suprida judicialmente. No título III, encontram-se as normas sobre os regimes de

bens entre os cônjuges (arts. 256 a 314); aí se disciplinam os quatro regimes típicos: o da comunhão universal de bens (que é o legal), o da comunhão parcial, o da separação e o dotal. No título IV, cuida-se da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos (arts. 315 a 329); aí se verifica que não se admite o divórcio, mas apenas o desquite amigável ou judicial que não extingue o vínculo conjugal (por isso o cônjuge desquitado não pode contrair novo casamento), mas apenas a sociedade conjugal. Das relações de parentesco trata o título V (arts. 330 a 405), que disciplina a filiação legítima, a legitimação, o reconhecimento dos filhos ilegítimos, a adoção, o pátrio poder e os alimentos. Por fim, os instrumentos da tutela, da curatela e da ausência são regulados no título VI (arts. 406 a 484).

O Livro II da Parte Especial diz respeito ao direito das coisas. Divide-se em três títulos: o relativo à posse (título I, arts. 485 a 523); o referente à propriedade (arts. 524 a 673); e o concernente aos direitos reais sobre coisas alheias (arts. 674 a 862). Quanto à posse, é ela caracterizada como o exercício de fato, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade; organiza-se horizontalmente em posse de coisa e posse de direito, e verticalmente em posse direta e posse indireta; detentor é aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Os direitos reais são enumerados taxativamente (*numerus clausus*) e se dividem em dois grandes grupos: o de propriedade de que se ocupa o Título II, distinguindo a propriedade imóvel da propriedade móvel, e tratando, também, do condomínio e da denominada propriedade literária, científica e artística; e os direitos reais sobre coisas alheias, que são: a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, o penhor, a anticrese e a hipoteca.

O direito das obrigações é disciplinado no Livro III da Parte Especial, o qual se divide em nove títulos, a saber: "Das modalidades das obrigações" (arts. 863 a 927), "Dos efeitos das obrigações" (arts. 928 a 1.064), "Da cessão de crédito" (arts. 1.065 a 1.078), "Dos contratos" (arts. 1.079 a 1.121), "Das várias espécies de contratos" (arts. 1.122 a 1.504), "Das obrigações por declaração unilateral da vontade" (arts. 1.505 a 1.517), "Das obrigações por atos ilícitos" (arts. 1.518 a 1.532), "Da liquidação das obrigações" (arts. 1.533 a 1.553) e do "Do concurso de credores" (arts. 1.554 a 1.571). Nota-se, nesse livro, a omissão de

disciplina da cessão de débito. Os contratos típicos nele regulados são: a compra e venda, a troca, a doação, a locação (de coisa, de serviços e a empreitada), o empréstimo (comodato e mútuo), o depósito (voluntário e necessário), o mandato, a edição, a representação dramática, a sociedade, a parceria rural (agrícola e pecuária), a constituição de renda, o seguro e a fiança. Dos títulos ao portador e da promessa de recompensa decorrem as obrigações por declaração unilateral de vontade.

Finalmente, o Livro IV da Parte Geral tem por objeto o direito das sucessões. Dividido em quatro títulos ("Da sucessão em geral", arts. 1.572 a 1.602; "Da sucessão legítima", arts. 1.603 a 1.625; "Da sucessão testamentária", arts. 1.626 a 1.769; e "Do inventário e partilha", arts. 1.770 a 1.805), acolhe ele o instituto da *saisine*, ao estabelecer, no art. 1.572, que, "*aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*"; a sucessão legítima se defere nesta ordem: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais (até o sexto grau; atualmente, até o 4º grau, por força do Decreto-lei n. 9.461, de 15 de julho de 1946) Estados-membros, Distrito Federal ou União (conforme o domicílio do *de cuius*); três são as formas ordinárias de testamento (o público, o cerrado e o particular) e como testamentos especiais se regulam o testamento marítimo e o testamento militar; admite-se o codicilo.

#### 4. ALTERAÇÕES E INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEGISLAÇÃO POSTERIOR AO CÓDIGO CIVIL.

Com a entrada em vigor do Código Civil em 1º de janeiro de 1917, verificou-se, desde logo, que vários de seus dispositivos tinham sido publicados com incorreções ou apresentavam defeitos de forma capazes de dificultar a sua interpretação. A Lei n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, emendando 192 artigos do Código Civil, na maior parte apenas quanto à redação, procurou sanar esses defeitos.

A partir de então até os dias que correm, modificações mais profundas se fizeram no direito civil brasileiro.

Eis as principais.

Ao contrário do Código Civil que não estabelecia limitação na estipulação de juros nos contratos, o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, a

veda acima do dobro da taxa legal (esta de 6% a.a.), e determina a nulidade dos contratos usurários. Posteriormente, a Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, além de considerar crimes contra a economia popular a usura pecuniária e a usura real, estabelece, em seu art. 4º, § 3º, que *"a estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido"*

Em se tratando de locação para fins residenciais e não-residenciais, a disciplina desses contratos experimentou profundas modificações decorrentes dos interesses sociais em conflito. Já o Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934, disciplinou a locação de prédios destinados a fins comerciais e industriais, e continua em vigor com algumas alterações introduzidas pela Lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973. No tocante à locação de prédios residenciais, o desequilíbrio entre a oferta e a procura de imóveis com a alta dos aluguéis acarretou, ainda na década de 30 (Lei n. 4.403, de 22 de dezembro de 1928), legislação de inquilinato temporária; a partir, porém, de 1942 (e a série de leis que, a respeito, se elaboraram se inicia com o Decreto-lei n. 4.598, de 20 de agosto de 1942, e, entre as que se lhe seguiram, destacaram-se a Lei n. 1.300, de 22 de dezembro de 1950, e a Lei n. 4.864, de 29 de novembro de 1965, que excluiu da incidência da legislação do inquilinato as locações não-residenciais, subordinando-as, conforme seus fins, ao regime do Código Civil ou do citado Decreto n. 24.150/34), essa legislação tomou o caráter de permanente. Atualmente, a Lei n. 6.649, de 16 de maio de 1979, com as alterações da Lei n. 6.698, de 15 de outubro de 1979, regula a locação dos prédios urbanos, exceto as locações para fins comerciais ou industriais que continuam regidas pelo Decreto n. 24.150/34 (salvo se não proposta a ação renovatória desses contratos) e as dos prédios urbanos de propriedade da União.

A venda a crédito com reserva de domínio só depois de utilizada na prática é que foi reconhecida pela legislação brasileira, o que ocorreu, pela primeira vez, com o Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Sua disciplina, hoje, se faz, substancialmente, pelos arts. 1.070 e 1.071 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

O Código Civil permitia a estipulação do pagamento em certa espécie de moeda ou em moeda estrangeira. A legislação posterior (o Decreto n.

23.501, de 27 de novembro de 1933, atualmente revogado pelo Decreto-lei n. 857, de 11 de setembro de 1969, que disciplina essa matéria) a proibiu, exceto em se tratando de contratos internacionais.

A disciplina dos contratos de edição e de representação dramática feita pelo Código Civil (arts. 1.346 a 1.358 e 1.359 a 1.362, respectivamente) foi revogada pela Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais, neles se compreendendo os direitos de autor e os direitos que lhe são conexos.

O direito real de aquisição do promitente comprador foi criado quanto aos imóveis não loteados pela Lei n. 649, de 11 de março de 1949, cujo art. 1º assim dispôs: "*Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra-e-venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real, oponível a terceiros, e lhes confere o direito de adjudicação compulsória*". Já anteriormente, quanto aos imóveis loteados, o Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, no seu art. 5º, declarava que a averbação, no registro imobiliário, da promessa de compra-e-venda "*atribui ao compromissário direito real oponível a terceiro, quanto à alienação ou oneração posterior e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento*". Direito real semelhante foi também conferido ao promitente cessionário pelo art. 69 da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, nestes termos: "*O contrato de promessa de cessão de direitos relativos a imóveis não loteados, sem cláusula de arrependimento e com imissão de posse, uma vez inscrita no registro geral de imóveis, atribui ao promitente cessionário direito real oponível a terceiro e confere direito à obtenção compulsória da escritura definitiva de cessão, aplicando-se, neste caso, no que couber, o disposto no art. 16 do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, e no art. 346 do Código de Processo Civil*".

Leis posteriores ao Código Civil atualizaram as normas dele sobre o penhor rural, bem como criaram outras espécies de penhor, sem desapossamento, relacionadas com atividades industriais (assim, por exemplo, o Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939, sobre penhor de máquinas e aparelhos utilizados na indústria; o Decreto-lei n. 1.697, de 23 de outubro de

1939, que estendeu o penhor industrial aos produtos da suinocultura; e o Decreto-lei n. 3.168, de 2 de abril de 1941, sobre o penhor de sal e de coisas destinadas à exploração de salinas).

O condomínio por planos horizontais foi ignorado pelo Código Civil: Foi disciplinado, a princípio, pelo Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928, alterado pelo Decreto-lei n. 5.234 e pela Lei n. 285, de 1943 e de 1948, respectivamente. Atualmente, é a Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que disciplina o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

O instituto da alienação fiduciária em garantia foi criado, no sistema jurídico brasileiro, para atender à aspiração de novas garantias reais mais eficazes para a proteção do crédito do que as existentes. Trata-se de negócio jurídico bilateral que é análogo aos que visam à constituição dos direitos reais de garantia. A garantia real (a propriedade fiduciária) a cuja constituição visa a alienação fiduciária em garantia (contrato de direito das coisas) não nasce da simples celebração desta, mas, sim, do seu registro no Registro de Títulos e Documentos. Essa propriedade fiduciária, que é a garantia real, é uma modalidade de propriedade limitada cujas restrições - inclusive a resolubilidade lhe são impostas pela lei para atender ao seu escopo de garantia. Introduzida pelo art. 66 da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, relativa ao mercado de capitais, é atualmente disciplinada pelo Decreto-lei n. 911, de 1º de outubro de 1969.

A interdição do toxicômano quer a limitada quer a plena, equiparadas, respectivamente, às incapacidades de fato relativa e absoluta - não é regulada no Código Civil, mas, sim, em diploma legal posterior a ele: o Decreto-lei n. 891, de 25 de novembro de 1938.

É de 10 de agosto de 1968 a Lei n. 5.479, que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica.

Mas é no direito de família que se situam as maiores modificações sofridas pelo Código Civil. Vários de seus dispositivos nessa parte foram profundamente alterados, principalmente para melhorar a situação jurídica da mulher casada e a dos filhos ilegítimos. Nesse terreno, já a Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispunha sobre a organização e a proteção à família, permitiu o casamento de colaterais do terceiro grau, desde que, submetidos a exame

médico, se concluísse não haver inconveniente, na realização do casamento, quanto à saúde deles e da prole. Ademais, disciplinou ela o casamento religioso com efeitos civis, parte em que foi revogada pelas disposições, a propósito, da Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950; e, além disso, complementou as disposições do Código Civil sobre o bem de família. Posteriormente, a Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, dispôs sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, permitindo a qualquer dos cônjuges, depois de dissolvida a sociedade conjugal, o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação. A Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, introduziu várias alterações nos artigos do Código Civil concernentes à adoção. Nesse terreno, aliás, em 2 de junho de 1965, a Lei n. 4.655 acolhia, no Brasil, a legitimação adotiva, inspirada nos modelos francês e uruguaio. Atualmente, o Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979) dispõe, entre as providências de assistência e proteção do menor, a colocação deste em lar substituto, o que poderá ser feito por meio da adoção simples (que é a disciplinada pelo Código Civil) ou da adoção plena (que corresponde à legitimação adotiva). Profundas alterações na situação jurídica da mulher casada foram introduzidas nas modificações que a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962 (o denominado Estatuto da Mulher Casada) fez em vários dispositivos do Código Civil, acabando com a incapacidade relativa da esposa, dando-lhe a colaboração com o marido na chefia, por parte deste, da sociedade conjugal; melhorando sua posição com relação aos seus direitos e deveres, bem como quanto ao pátrio poder; e outorgando ao cônjuge sobrevivente, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto de parte dos bens do cônjuge falecido, e, se o regime de bens do casamento era o da comunhão universal, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que o único bem daquela natureza a inventariar. E a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que disciplinou a separação dos cônjuges e o divórcio, também fez alterações de monta quanto à proteção dos filhos, ao uso do nome de casada e aos alimentos, no caso de separação ou de divórcio.

Por fim, com a promulgação da atual Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, e tendo em vista o entendimento dominante de que até as normas constitucionais programáticas têm a eficácia de revogarem a legislação

anterior com elas incompatíveis, sensíveis alterações - cuja exata determinação ainda não foi feita, em profundidade, pela doutrina e pela jurisprudência - se produzirem no terreno do direito de família. Assim, reconheceu-se, para o efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3º); dispôs-se que os direitos e os deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º); facilitou-se o divórcio, estabelecendo-se que *"o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos"* (art. 226, § 6º); determinou-se, quanto à adoção, que ela *"será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros"* (art. 227, § 5º); equipararam-se os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, estabelecendo-se que *"terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação"* (art. 227, § 6º). Por outro lado, pondo fim à controvérsia sobre a admissibilidade, ou não, em nosso sistema jurídico, do dano moral, assegurou-se, entre os direitos individuais, a indenização por ele (art. 5º, V e X). Criou-se, ainda, uma espécie de usucapião-moradia, ao preceituar-se no art. 183, que *"aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural"* (art. 183, *caput*); e, no art. 191, admitiu-se, em zona rural, o usucapião-trabalho: *"aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade"*. Ademais, no art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, permitiu-se que a lei extinga a enfiteuse em imóveis urbanos, estabelecendo princípios para a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto.

## 5. OS MOVIMENTOS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL.

De 1916 aos nossos dias, o Código Civil brasileiro já foi objeto, por três vezes, de tentativa de reforma. E, atualmente, está em curso uma quarta.

Delas, apenas a primeira ocorrida na década de 30 - não enfrentou o problema da unificação do direito privado. Embora o objetivo do Governo, naquela época, fosse a elaboração de novo Código Civil, os trabalhos que então se fizeram se limitaram a apresentar sugestões para a modificação do Código vigente, sendo que, posteriormente, um dos juristas nomeados para a elaboração dessa obra Eduardo Espínola chegou a salientar que seria preferível rever o Código a substituí-lo, pois, assim se poderia, *"deixando em vigor um corpo de lei, que honra a cultura jurídica brasileira: 1ª) integrar o Código com a legislação posterior, que o tem aditado, modificado, derogado; 2ª) eliminar, no texto do Código, certas falhas oriundas da dubiedade de sentido de alguns artigos - cuja forma elegante trai o sentido real - e algumas contradições; 3ª) alterar a substância de alguns institutos, que, como estão, não correspondem às nossas necessidades sociais do momento"*.<sup>60</sup>

Em 1940, Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães receberam do Governo Federal a incumbência de proceder à revisão do Código Civil, visando a

*"atender às modificações operadas por leis posteriores, seguir as modernas tendências do direito, mitigar os excessos do individualismo, incompatíveis com a ordem jurídica dos tempos que correm, e reduzir a dualidade de princípios aplicáveis aos negócios civis e mercantis, em prol da unificação de preceitos, que devam reger todas as relações de ordem privada"*.<sup>61</sup>

Em face disso, a Comissão entendeu que seria mais urgente a execução de trabalho no tocante ao direito das obrigações, até porque - como se

60. *Tratado de direito civil brasileiro* por Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, v. 2, p. 554.

61. *Anteprojeto de código das obrigações: parte geral*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional 1941, p. 5.

lê na exposição de motivos que ela, em 24 de janeiro de 1941, apresentou ao então Ministro da Justiça, Francisco Campos - "*a unificação dos princípios gerais sobre as obrigações e a disciplina dos contratos em espécie apresenta, ainda, a vantagem de resolver o problema da reforma do direito mercantil, que ficará, assim, reduzido a um restrito núcleo de preceitos reguladores da atividade profissional dos comerciantes; a matéria relativa às sociedades e ao transporte comportará, ainda, codificações autônomas*".<sup>62</sup> Com o Código de Obrigações (cujo anteprojeto da parte geral foi publicado pela Imprensa Nacional, tendo vindo à luz, posteriormente, na Revista *O Direito*, parte do anteprojeto da parte especial)<sup>63</sup> que a Comissão se propunha a elaborar, realizar-se-ia a unificação parcial do direito privado brasileiro. Embora essa tentativa não haja chegado a bom termo, teve o mérito de fazer reviver, mais intensamente, o problema da conveniência da unificação do direito privado.

Pelo Decreto n. 51.005, de 25 de julho de 1961, foi criada, no Ministério da Justiça, a Comissão de Estudos Legislativos, com a missão de dirigir e coordenar os trabalhos de reforma dos códigos brasileiros. O então Ministro da Justiça, a quem, naquela época, incumbia, diretamente, a direção e a coordenação dos trabalhos nesse sentido, contratou vários juristas para a elaboração de anteprojetos para a reforma integral da codificação. No terreno do direito privado, foi estabelecida a diretriz da unificação do direito privado, nos moldes da Suíça, com a elaboração de um código civil e de um código das obrigações. Neste, far-se-ia a unificação do direito privado. A feitura do anteprojeto de código das obrigações coube a três juristas: Caio Mário da Silva Pereira (parte geral e contratos), Sylvio Marcondes (sociedades e exercício da atividade mercantil) e Theóphilo de Azeredo Santos (títulos de crédito). Ao Prof. Orlando Gomes se deu a incumbência da elaboração do anteprojeto de Código Civil.

Apresentados os três anteprojetos relativos ao Código das Obrigações, foram eles, depois de examinados por uma comissão revisora, transformados no Projeto de Código de Obrigações, dividido em três partes:

---

62. Ob. cit., p. 6.

63. Nos volumes 40 (às p. 44 e ss., a parte relativa a *títulos de crédito*) e 43 (às p. 34 e ss., alguns dos *contratos em espécie*).

a) - a primeira, referente à "obrigação e suas fontes", correspondia ao anteprojeto de Caio Mário da Silva Pereira;

b) a segunda, relativa aos "títulos de crédito", resultava do anteprojeto de Theóphilo de Azeredo Santos; e

c) a terceira, concernente a "empresários e sociedades", derivava do anteprojeto de Sylvio Marcondes sobre sociedades e exercício da atividade mercantil.

Também o anteprojeto de Código Civil foi revisto por uma Comissão composta por seu autor, pelo Ministro Orosimbo Nonato e pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira.

Na Memória Justificativa do *Anteprojeto de Reforma do Código Civil*, publicada em 1963, Orlando Gomes, referindo-se às finalidades dessa reforma, esclarecia:

*"Redigido no pensamento de atualizar, com espírito de sistema, a legislação civil, o Anteprojeto coordena e consolida alterações introduzidas no Código por leis esparsas, e inova em inúmeros pontos.*

*Sem esse propósito de inovar não se justificaria a reforma do Código Civil".<sup>64</sup>*

E, em seguida, salientava:

*"Inovar não significa, porém, amor indiscriminado à novidade, senão aproveitamento da experiência de outros povos e da própria experiência nacional condensadas na doutrina e na jurisprudência".<sup>65</sup>*

Daí, ter lançado mão o autor do Anteprojeto dos subsídios oferecidos, principalmente, pelos Códigos Civis da Suíça, da Itália, da Grécia, do México e do Peru, bem como do anteprojeto de reforma do Código Civil francês.

---

64. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma de código civil*, Imprensa Nacional, 1963, p. 19.

65. *Ibidem*.

As principais inovações que o projeto de Código Civil, em que se converteu esse Anteprojetado, procurou introduzir em nosso direito (deixadas de lado, portanto, aquelas que leis posteriores ao Código já haviam incorporado ao nosso sistema jurídico, como, por exemplo, o instituto da legitimação adotiva) eram, em linhas gerais, as seguintes:

A) - *quanto à distribuição da matéria:*

- retirava-se do Código Civil o livro relativo às Obrigações, tendo em vista a elaboração do Projeto de Código das Obrigações (à semelhança do que existe no direito suíço e no direito polonês), onde se fazia a unificação parcial do direito civil com o direito comercial; e

- ao contrário do Código Civil, não tinha o Projeto a Parte Geral, sendo o conteúdo desta distribuído pelos diversos livros deste, e, no concernente ao negócio jurídico, colocado na parte primeira do Projeto de Código das Obrigações;

B) *quanto aos diferentes institutos jurídicos:*

1) - *no tocante às pessoas:*

a maioridade passava a ocorrer aos dezoito anos, cessando a incapacidade absoluta aos quatorze; e aos dezesseis podia ser concedida ao menor a emancipação voluntária;

- o ato de emancipação poderia ser cassado pelo juiz, quando o menor emancipado demonstrasse incapacidade de administrar os bens;

disciplinavam-se os direitos da personalidade;

- modificavam-se os conceitos de domicílio e de residência; e

- três anos depois do trânsito em julgado da sentença que declarava a morte presumida, podia seu cônjuge contrair novo casamento (se o que fosse declarado morto reaparecesse, o segundo matrimônio seria considerado nulo, mas produziria os efeitos do casamento putativo);

2) - *relativamente ao direito de família:*

- a idade mínima para contrair casamento passava a ser de 16 anos para o homem, e 14 para a mulher;

suprimiam-se alguns dos impedimentos matrimoniais consignados no Código Civil;

distinguiu-se a capacidade matrimonial dos impedimentos matrimoniais;

alterava-se o conceito de erro essencial quanto à pessoa de um dos cônjuges, como fundamento de anulação do casamento;

- se o regime de bens fosse o da separação absoluta, dispensava-se a outorga de um dos cônjuges para que o outro pudesse alienar ou gravar de ônus real seus bens imóveis, ou seus direitos reais sobre imóveis alheios; ou pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos;

- a posição dos cônjuges, nas relações entre si ou com os filhos, passava a ser, em geral, de absoluta paridade;

- o regime da separação de bens com a comunhão de aquestos se tornava o regime legal de bens;

era abolido o regime dotal, o mesmo ocorrendo com o da comunhão parcial como disciplinado no Código Civil;

admitia-se, durante a constância da sociedade conjugal, a retratabilidade do regime de bens; e

o filho nascido na constância do casamento, qualquer que fosse a época de sua concepção, era legítimo;

### 3) - no concernente ao direito das coisas:

acentuava-se a função social do direito de propriedade, prescrevendo-se no art. 375 que *"a propriedade não pode ser exercida em desacordo com seu fim econômico e social"*, e no art. 377 que *"a propriedade, principalmente quando exercida sob a forma de empresa, deve conformar-se às exigências do bem comum, sujeitando-se às disposições legais que limitam seus conteúdos, impõem obrigações e lhe reprimem os abusos"*;

disciplinava-se a passagem de cabos elétricos e de canos de gás em terreno alheio;

quanto aos direitos reais limitados, além de se abolirem o uso, a habitação e a anticrese, adotavam-se normas para estimular a extinção da enfiteuse; e

4) *no que dizia respeito ao direito das sucessões:*

- eram chamados à sucessão legal os colaterais apenas até o terceiro grau;

o cônjuge passava a incluir-se entre os herdeiros necessários, tendo direito, a título de legítima, à metade dos bens do outro, se não houvesse descendentes ou ascendentes; e à quarta parte desses bens, se concorresse à sucessão com os filhos do outro cônjuge ou com os ascendentes deste, desde que o casamento não tivesse sido celebrado no regime da comunhão universal de bens;

- a legítima não comportava cláusula de inalienabilidade;

reconhecia-se direito sucessório à companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo; e

restringia-se a substituição fideicomissária, que era admitida apenas em favor dos descendentes do testador ainda não nascidos ao tempo de sua morte.

Uma vez mais, porém, não chegou a bom termo a tentativa de reforma do Código Civil. As inúmeras críticas que se levantaram, no país, contra certas inovações do Projeto de Código Civil, especialmente no terreno do direito de família, fizeram que o Governo Federal, depois de ter enviado, em 12 de outubro de 1965, ambos os projetos (de Código Civil e de Código de Obrigações) ao Poder Legislativo voltasse atrás e os retirasse do Congresso, para seu mais acurado exame.

Em maio de 1969, por ato do Ministro da Justiça, naquela época o Prof. Luiz Antônio da Gama e Silva, foi designada Comissão para elaborar novo anteprojeto de Código Civil, a qual, sob a supervisão do Prof. Miguel Reale, foi constituída pelos seguintes Professores:

- José Carlos Moreira Alves (parte geral);
- Clóvis Couto e Silva (direito de família);
- Agostinho de Arruda Alvim (direito das obrigações);
- Ebert Vianna Chamoun (direito das coisas);
- Torquato Castro (direito das sucessões); e
- Sylvio Marcondes (direito das sociedades).

Coube a essa comissão tarefa diversa daquela de que tinham sido incumbidos os professores Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Sylvio

Marcondes e Theóphilo de Azeredo Santos. Com efeito, na reforma que se projetara em 1961, visava o Governo à reformulação total do direito privado, por meio da elaboração de dois Códigos que abrangessem o direito civil e o direito comercial. Outro foi o pensamento do Governo em 1969: a nova Comissão deveria elaborar anteprojeto em que se preservasse tudo aquilo que, no Código Civil vigente, continuasse compatível com a evolução social brasileira, modificando-o, apenas, no que com esta ou com o aprimoramento da ciência jurídica estivesse descompassado. Num ponto, porém, a orientação permaneceu inalterada: o novo Código Civil deveria proceder à unificação do direito privado. Por isso, a portaria ministerial atribuiu ao prof. Sylvio Marcondes a elaboração da parte concernente ao "direito das sociedades".

Em 1971, essa Comissão entregou ao então Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, o anteprojeto que elaborou. Segundo ele, o Código Civil brasileiro continuava dividido em duas grandes partes: a geral (constituída de três livros: "Das pessoas", "Das coisas" e "Dos fatos jurídicos") e a especial (integrada por cinco livros: "Direito das obrigações", "Da atividade negocial", "Direito das coisas", "Direito de família" e "Direito das sucessões"). A unificação do direito privado se faz com a integração, no Código Civil, do livro "Da atividade negocial", onde se disciplinam a figura do empresário, as sociedades (que se dividem em sociedades não personificadas e sociedades personificadas) e num título final institutos complementares (o registro do comércio, o nome comercial, a preposição e a escrituração a que estão sujeitos os empresários e as sociedades comerciais). Por outro lado, os princípios gerais dos títulos de crédito e os contratos até então regidos por leis comerciais foram incluídos no livro concernente ao Direito das Obrigações. Fora do Código, como objeto de futuras leis complementares do Código Civil, ficaram matérias como títulos de crédito em espécie e falência.

Esse Anteprojeto foi publicado, em 1972, no *Diário Oficial da União* e em volume autônomo, para receber críticas e sugestões.

Em março de 1973, apresentou a Comissão novo texto, com as modificações resultantes de sua própria iniciativa e das sugestões e críticas recebidas; esse trabalho, nesse mesmo ano e em 1974, foi publicado, sucessivamente, em volume próprio e no *Diário Oficial da União*. Em seguida, fez-se nova revisão, à vista de sugestões de seus próprios membros e de

contribuições críticas que lhe foram encaminhadas, cujo resultado foi a redação final apresentada ao Ministério da Justiça em janeiro de 1975. Nesse mesmo ano, o Governo encaminhou ao Congresso Nacional esse Projeto de Código Civil.

Na exposição de motivos desse Projeto, destacaram-se as principais inovações nele contidas. Dentre elas, merecem realce as seguintes:

A) *Na parte geral:*

o capítulo dedicado aos direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos;

o novo tratamento dispensado às pessoas jurídicas, precisando-se a distinção entre as pessoas jurídicas de fins não econômicos (associações e fundações) e as de escopo econômico (sociedade simples e sociedade empresária);

- as regras disciplinadoras da vida associativa em geral, com disposições especiais sobre as causas e a forma de exclusão de associados e sobre a repressão do uso indevido da personalidade jurídica;

- a atualização da disciplina dos negócios jurídicos, com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade, e evitando-se os equívocos que decorrem do Código Civil vigente pela falta de clara distinção entre validade e eficácia;

- a disciplina da lesão enorme e a colocação, na Parte Geral, de capítulo com preceitos gerais sobre a representação legal e a voluntária; e

- a distinção entre decadência e prescrição, regulam-se uma e outra.

B) - *Na parte especial:*

I *No direito das obrigações:*

harmonizou-se a matéria relativa ao inadimplemento das obrigações com os artigos do Projeto que estabelecem novas diretrizes ético-sociais no concernente à responsabilidade civil;

conferiu-se ao juiz poder moderado quanto às penalidades resultantes do inadimplemento contratual;

disciplinou-se o contrato de adesão; solucionaram-se problemas resultantes do contrato de construção; deu-se novo tratamento ao contrato de seguro; incluiu-se, no Projeto, a disciplina da incorporação de edifícios em condomínio (o que se denominou "incorporação edilícia"), aperfeiçoando-a; regularam-se os contratos bancários;

- deu-se a disciplina geral dos títulos de crédito;

ampliou-se o conceito de dano para abranger, inequivocamente, o dano moral;

- disciplinaram-se a venda com reserva de domínio (que é regulada atualmente no Código de Processo Civil) e o contrato com pessoa a nomear;

- aceitou-se a revalorização da moeda nas dívidas de valor, mas se proibiram cláusulas de correção monetária nos demais casos, com expressa ressalva, no entanto, da validade da estipulação de aumentos progressivos nos contratos de trato sucessivo;

- admitiu-se, na fixação das indenizações, que *"se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização"*; e

no capítulo referente à extinção do contrato, disciplinou-se a resolução por onerosidade excessiva.

## II - No livro relativo à *atividade negocial*:

reviram-se os tipos tradicionais de sociedade, para configurá-los com melhor técnica;

fixaram-se os princípios que governam todas as formas de vida societária, em complementação à disciplina das associações estabelecida na Parte Geral;

instituiu-se a sociedade simples e deu-se tratamento minucioso à sociedade limitada;

- fixaram-se, em termos gerais, as normas caracterizadoras das sociedades anônimas e das cooperativas;

- disciplinou-se o tormentoso problema das sociedades ligadas;

- atualizaram-se as normas sobre o processo de transformação, incorporação, fusão e liquidação das sociedades; e

- determinaram-se as notas distintivas do *estabelecimento* que representa o meio de ação da empresa.

### III - No *direito das coisas*:

- incluíram-se na enumeração taxativa dos direitos reais a superfície e o direito do promitente comprador do imóvel;

- estabeleceu-se que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, preservando-se, como disposto na legislação especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, evitando-se a poluição do ar e das águas;

admitiu-se que, mediante justa indenização, poder-se-á privar o proprietário do imóvel reivindicando, se consistir este em extensa área que se encontre na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, que nela hajam realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante;

- reduziram-se os prazos do usucapião;

- disciplinou-se a propriedade fiduciária;

- atualizaram-se as normas concernentes à anticrese e à hipoteca; e

- não se manteve o instituto da enfiteuse no que diz respeito aos imóveis particulares.

### IV No *direito de família*:

- adotou-se, para a sua disciplina, a distinção entre direito pessoal de família e direito patrimonial de família;

- reduziu-se o poder marital, estabelecendo-se que as questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal; havendo divergência, prevalece a decisão do marido, mas a mulher pode recorrer ao juiz, desde que não se trate de matéria personalíssima;

o domicílio do casal passou a ser escolhido por ambos os cônjuges; e o exercício do pátrio poder compete tanto ao marido quanto à mulher;

deu-se nova disciplina à invalidade do casamento;

- reconheceu-se à mulher o direito de retomar seu nome de solteira, se condenado o marido na ação de desquite;

- deu-se nova disciplina à adoção, distinguindo-se a adoção plena da adoção restrita;

- o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial;

- não se acolheu, como regime de bens típico, o regime dotal;

- disciplinou-se novo regime de bens: o da participação final dos aquestos;

- alterou-se a disciplina do bem de família para torná-lo capaz de realizar efetivamente a relevante função social a que se destina;

- introduziram-se modificações na disciplina da tutela e da curatela;

e

- transferiu-se para lei especial a disciplina das relações patrimoniais entre concubinos.

#### V No direito das sucessões:

- com as modificações no direito de família, fizeram-se alterações no direito sucessório, como, por exemplo, considerar o cônjuge como herdeiro necessário, tendo em vista a modificação do regime legal de bens;

- deu-se maior amparo aos filhos legítimos, aos quais caberão dois terços da herança cabível a cada um dos legítimos;

- disciplinou-se a situação sucessória do filho adotivo, conforme se trate de adoção plena ou de adoção restrita;

- simplificaram-se as formalidades do testamento, sem perda dos valores de certeza e segurança;

- admitiu-se que o testamento cerrado possa ser feito por outra pessoa, a rogo do testador;

- estabeleceu-se a suficiência de duas testemunhas contestes para a confirmação de testamento particular;

- reviu-se a disciplina do fideicomisso, prevendo-se a possibilidade de sua conversão em usufruto; e

- deu-se novo tratamento à arrecadação da herança jacente, bem como de sua vacância.

Esse projeto tramitou na Câmara dos Deputados de 1975 a 1984, quando foi aprovado com várias modificações acolhidas pelo relator geral da Comissão Especial, resultantes principalmente de emendas (cujo número ascendeu a 1.063, embora a maioria afinal tenha sido rejeitada) analisadas pelos relatores parciais dessa mesma Comissão. Nessas alterações - e note-se que a Comissão Especial da Câmara dos Deputados ouviu sobre as emendas a Comissão que havia elaborado o Anteprojeto que se transformou no Projeto encaminhado ao Congresso pelo Executivo - levaram-se em conta, no direito de família, as alterações introduzidas pela Lei n. 6.515, de 1977, que em virtude da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que admitiu a dissolubilidade do casamento disciplinou o divórcio e modificou vários dispositivos do Código Civil.

Atualmente, continua no Senado esse Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados.

No final de agosto de 1989, o Senador Nelson Carneiro publicou seu parecer como membro da Comissão que examina o Projeto vindo da Câmara dos Deputados às emendas do Plenário sobre o livro referente ao direito de família. Na introdução a esse parecer, adverte seu autor que ele foi concluído em junho de 1987, sendo necessário, portanto, reexaminar opiniões então expostas por causa das inovações trazidas pela Constituição de 5 de outubro de 1988.

## BREVE HISTÓRICO SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA NOS ÚLTIMOS 100 ANOS

*Silvio Rodrigues*

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da USP

### Resumo:

O artigo analisa preliminarmente a legislação civil brasileira anterior ao Código Civil. Trata, a seguir, do Código Civil e do Direito de Família nele inserido, no que concerne ao casamento, à família e à filiação.

Passa então a analisar a evolução do Direito de Família anterior a 1988, com a Lei n. 4.737/42, art. 1º e seu aperfeiçoamento na Lei n. 883/49, depois a Lei n. 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada e a Lei n. 6.515/77, a Lei do Divórcio.

Finaliza discutindo o Direito de Família dentro da Constituição de 1988, em especial a perda de relevância do casamento no quadro da família.

### Abstract:

The article begins by analyzing Brazilian legislation prior to the Código Civil (Civil Code). It deals next with the Civil Code and with Family Law in it, with the parts concerning marriage, family and filiation.

It analyzes then the evolution of Family Law before 1988, with the Law # 4.737/42 section 1st and its improvement in Law # 4.121/62, known as The Married Woman Act and Law # 6.515/77, the Divorce Law.

It ends with a discussion of Family Law in the Constitution of 1988, with a special focus on the loss of relevance of marriage in the frame of the family.

1. Honrado pelo convite de colaborar na edição especial do centenário da *Revista da Faculdade de Direito*, cogitei de cuidar de alguns aspectos da evolução do Direito de Família brasileiro neste período, ou seja, neste século iniciado com a fundação da revista e que se encerra nesta data. Dada a extensão do tema e a necessidade de ser breve, pareceu-me conveniente dividir a matéria em duas partes: a *primeira* seria mais uma notícia dos principais contornos do Direito de Família a partir de 1890, data da lei sobre o casamento civil até o advento da Constituição de 1988; e a *segunda* se incumbiria de análise um pouco mais profunda das principais modificações trazidas por essa Constituição, dentro do nosso sistema familiar.

## I DO DIREITO ANTERIOR

2. O art. 1.807 do C.C. mostra o cipoal que era a legislação civil brasileira até o advento daquela codificação. Com efeito, ao revogar as *Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes*, tal dispositivo revela que todas essas normas disciplinaram, de uma ou de outra maneira, o Direito Civil brasileiro. Isso sem contar a consolidação de Teixeira de Freitas e a compilação de Carlos de Carvalho.

3. A primeira importante lei da nova República é o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, a respeito do casamento civil. Ela vai servir de base para a primeira parte do livro de Direito de Família do C.C. de 1916.

4. Ainda neste período precedente ao Código, mister realçar a importância (principalmente no campo sucessório) da Lei Feliciano Pena, Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907.

5. Pelo menos duas importantes modificações trouxe a Lei Feliciano Pena, ambas melhorando a sorte da mulher dentro do Direito das Sucessões. A *primeira* foi a promoção do cônjuge sobrevivente na ordem de evocação hereditária, pois passou a herdar antes dos colaterais. Com efeito, no Direito das Ordenanças o cônjuge sobrevivente só era chamado a suceder se não houvesse descendentes, ascendentes e colaterais até décimo grau. Transcrevo, mais pela curiosidade que desperta, o parágrafo inicial do Título 94, do Livro 4<sup>o</sup> das Ordenações:

*"Falecendo o homem casado abintestado, e não tendo parentes até o décimo grau contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira.*

*E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher e ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau".*

6. A *segunda* modificação importante trazida por essa lei foi a possibilidade de clausular a legítima do herdeiro necessário, disposição que foi gerar o art. 1.723 do C.C..

## II - O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

7. O livro de Direito de Família do C.C. dedica 149 de seus 304 artigos ao casamento, ou seja, quase a metade dos seus dispositivos são consagrados ao matrimônio, desde as formalidades preliminares à sua celebração até as regras sobre a sua dissolução.

8. De um certo modo poder-se-ia dizer que o casamento era o elemento estrutural no Direito de Família no Brasil, na forma por que o disciplinou o Código de 1916. Aliás, esse pensamento perdurou de maneira nítida entre nós, pois, a partir da Constituição de 1934 (a primeira que além de cuidar dos problemas políticos, se ocupa, também, dos sociais) se encontra sempre o preceito constitucional dizendo que a família, *constituída pelo casamento* de vínculo indissolúvel, está sobre a proteção especial do Estado (Constituição de 1934, art. 144, Constituição de 1946, art. 163, Constituição de 1969, Emenda Constitucional n. 1, art. 175).

9. A família de que cuida o legislador de 1916 é a tradicional, inspirada no privilégio da varonia, pois o art. 233 do C.C. declara que o homem é o chefe da sociedade conjugal, limita bastante os direitos da mulher casada, que inclusive é vista como relativamente incapaz quanto a certos atos e a maneira de os exercer (art. 6º).

10. Cuidarei, logo mais, da evolução desses direitos. Todavia, para acentuar essa posição tradicionalista e conservadora do C.C. em favor da família legítima, desejo mostrar como ele discrimina contra a família ilegítima, principalmente no que se refere ao concubinato e à filiação havida fora do casamento.

11. O legislador de 1916 praticamente ignora a família ilegítima e as raras menções que faz ao concubinato (C.C. arts. 248, IV, 1.177 e 1.719, III, etc.) o faz apenas com o propósito de proteger a família legítima e nunca como

reconhecidas de uma situação de fato, digna de qualquer amparo. Talvez a única referência à mancebia, feita pelo C.C., sem total hostilidade a tal situação de fato, seja a do art. 363, I, do C.C., que permite ao investigante da paternidade a vitória na demanda, se provar que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubina com o pretendido pai. Nesse caso entende o legislador que o conceito de concubinato presume a fidelidade da mulher ao seu companheiro e por isso presume, *juristantum*, que o filho por ela havido, foi engendrado pelo seu companheiro. Nos demais casos, há sempre uma hostilidade para com a ligação entre homem e mulher fora do tálamo conjugal.

12. Em matéria de filiação, embora o C.C. trate com menos rigor o filho natural, o faz com grande perversidade em relação ao espúrio, ao proclamar em seu art. 358 que os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos. Ora, como é sabido, o reconhecimento espontâneo ou forçado é que estabelece o parentesco entre o filho ilegítimo e seus pretensos progenitores. Se a lei proíbe o reconhecimento, esse parentesco não se constitui; desse modo e segundo a legislação de 1916, o filho adúltero, por não poder ser reconhecido, não herda de seu progenitor adúltero, não tem direito a alimentos, não está sob o pátrio poder, não tem direito a usar o apelido do pai, enfim, é um estranho em relação ao homem que o engendrou. Repito: o bastardo espúrio é pouco mais que um pária. Inescondível, portanto, a discriminação contra a família nascida fora do casamento.

### III - PRINCIPAIS LEIS SOBRE A FAMÍLIA, ANTERIORES A 1988

13. Essa posição rigorosa do C.C. foi sendo abandonada paulatinamente no curso dos anos subsequentes por uma legislação mais humana e menos conservadora. Analisemos algumas dessas leis, para examinar a evolução do Direito de Família e a situação desta até as vésperas da Constituição de 1988. Examinaremos, em primeiro lugar, a posição do filho espúrio, acentuando que a matéria sofreu intensa pressão em virtude da multiplicação dos filhos de desquitados, que, por longo tempo, foram tidos como adúlteros e, por conseguinte, insuscetíveis de serem reconhecidos.

14. O primeiro passo na solução do problema foi dado com a promulgação da Lei n. 4.737/42, cujo art. 1º determina que o filho havido fora do matrimônio poderia, depois do desquite, ser reconhecido espontânea ou forçadamente.

15. A controvérsia provocada por esse diploma fez com que ele viesse a ser aperfeiçoado pela Lei n. 883/49 cujo dispositivo inicial declara:

*"Art. 1º - Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação".*

16. Assim, a nova lei permitiu o reconhecimento voluntário ou forçado do adúltero, quer a sociedade conjugal de que participava seu progenitor houvesse se dissolvido por desquite, quer por morte de um dos cônjuges. A dissolução da sociedade conjugal passou a ser o único pressuposto para o reconhecimento. Tal exigência se estribava na idéia de que o reconhecimento do adúltero, na vigência da sociedade conjugal, constituía ofensa intolerável ao outro cônjuge, capaz de provocar a ruína do casamento. Dissolvida, entretanto, a sociedade conjugal pela morte ou pelo desquite, não havia mais razão nenhuma para se respeitar a sensibilidade do cônjuge falecido ou desquitado, não persistindo razão para impedir o reconhecimento do adúltero. Quero sublinhar que a idéia de preservação do casamento continua sendo a grande preocupação do legislador.

17. Embora a Lei de 1949 se apresentasse como uma Lei Áurea para os adúlteros (ela não abrangia os incestuosos), tal diploma, não obstante, continha várias restrições ao seu direito, a principal das quais era de receberem, na sucessão de seu progenitor adúltero, somente a metade do que coubesse a seus irmãos legítimos.

18. Durante quase trinta anos a Lei n. 883/49 remanesceu praticamente intocada. Somente a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977) veio ampliar o direito do adúltero, ao proclamar reconhecida igualdade de direito à sucessão, qualquer que fosse a natureza da filiação.

Esse dispositivo abriu direito sucessório ao filho incestuoso e igualou a quota sucessória dos espúrios, a do filho legítimo. Teria o dispositivo abrangido os adotivos? Cuidarei disso logo mais, quando tratar da Constituição de 1988.

19. A segunda importante lei a chacoalhar a estrutura tradicional do então vigente Direito de Família brasileiro foi o Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 17 de agosto de 1962. Essa lei procurou, dentro do possível, equiparar a mulher ao homem dentro do casamento, reduzindo muitas das restrições que o legislador anterior lhe impunha. Assim, por exemplo, e entre outras vantagens, tirou-a do rol dos incapazes. Suprimiu várias limitações que eram impostas pelo art. 242 do C.C., deu-lhe a titularidade do pátrio poder que ela, até então, desfrutava supletivamente e a manteve nessa titularidade, quando, após a viuvez, se remaridava.

20. Finalmente a Lei do Divórcio de 1977, a que já me referi, que além de trazer profunda modificação representada pela admissão do divórcio a vínculo entre nós, trouxe consideráveis alterações em outros capítulos de Direito de Família, quer em relação à pessoa dos filhos, quer quanto a alimentos e principalmente em dezenas de dispositivos referidos nas disposições transitórias. Era esse, um breve apanhado, o panorama do Direito de Família brasileiro, quando a Constituição de 5 de outubro de 1988, através de quatro ou cinco dispositivos, trouxe mudanças estruturais naquele capítulo do nosso ordenamento jurídico.

#### IV A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DE FAMÍLIA

21. O primeiro fato que chama a atenção na Carta de 1988 é sua menor consideração pelo casamento dentro do quadro da família. Com efeito, divergindo das constituições anteriores (vide supra n. 8) a Constituição vigente não repete o que dizem aquelas (que a família é constituída pelo casamento); apenas afirma que a família está sob a especial proteção da lei. Com efeito, a Constituição nesse capítulo só se refere ao casamento para dizer que ele é civil, é gratuito e que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

22. Essa menor consideração do legislador constituinte em relação ao casamento conduziu, como consequência, a uma outra posição em matéria de divórcio.

23. Como todos os estudiosos sabem, a Lei do Divórcio só foi admitida entre nós após grandes lutas e poder-se-ia mesmo dizer que o foi sorrateiramente, pois dependeu de emenda constitucional, editada quando, transitoriamente, se alterou o *quorum* necessário para mudança na Carta Magna. Ademais a Lei só foi aprovada com grandes restrições. De modo que a nossa legislação sobre o divórcio, disciplinado pela Lei n. 6.515, de 28 de dezembro de 1977, que se enfileirava entre as mais tímidas do mundo, tornou-se, com as modificações subseqüentes, uma das mais arrojadas do planeta.

24. Com efeito, a Constituição de 1988, com seu apontado menosprezo pelo casamento, colocou a nossa legislação divorcista entre as mais audazes, pois declarando que o casamento civil poderia ser dissolvido mediante comprovada separação de fato por mais de dois anos, escancarou as portas para o divórcio. Pois a mera separação de fato, por aquele período, permitia a qualquer dos cônjuges reclamar a dissolução do matrimônio, independente da prova de culpa e independente da anuência do consorte.

25. Esta posição do legislador, facilitando o divórcio, se mostra ainda mais veemente com a promulgação da Lei n. 8.408, de 15 de fevereiro de 1992, que dispõe:

*"Art. 5º .....*

*§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e impossibilidade de sua reconstituição".*

26. Paralelamente a essa relativa desconsideração pelo casamento, a Constituição revelou o propósito de dar um *status* ao concubinato ao proclamar que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união, estável, entre o homem e a mulher, como entidade familiar. É verdade que na prática e até que sobrevenha legislação ordinária a respeito, tal dispositivo não representa

modificação maior na situação dos concubinos, até então vigente. Mas, obviamente, tal disposição reflete uma profunda alteração de atitude.

27. O mais devastador dispositivo constitucional, a revolucionar a estrutura do Direito de Família pátrio, foi o art. 226, § 5º, da Carta de 1988, proclamando que *"os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"*.

28. Como disse acima, a família do C.C. é uma família tradicional, baseada nos privilégios da varonia, onde o homem é o chefe da sociedade conjugal, conservando a mulher uma posição secundária. Já vimos, também, que essa posição melhorou, no correr dos tempos, com o Estatuto da Mulher Casada e com a Lei do Divórcio. Todavia, com a proclamação da igualdade absoluta entre os cônjuges, a Constituição sacudiu de uma vez a tradição brasileira. Vejamos alguns exemplos e examinarei, de início, a questão do nome da mulher.

29. O C.C., em sua versão original, trazia o art. 240, que merece transcrição, não só por sua formosa redação, como por representar um considerável progresso no *status* da mulher casada.

*"Art. 240 A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família"*

30. Disse que este dispositivo representava considerável progresso em relação à situação da mulher, no Direito anterior. E, de fato, assim é. No sistema das Ordenações (Liv. V, Tít. 36, § 1º), não pratica ato censurável aquele que castigar criado, ou discípulo, ou sua mulher ou seu filho ou seu escravo. Lafayette (*Direito de Família*, § 38), cuidando do poder marital, cuja necessidade reconhece, observa que a possibilidade de castigar a mulher, permitida pelas Ordenações (Liv. V, Tít. 36, § 1º, e 95, § 4º), tão repugnante à dignidade humana e à civilização moderna, foi revogada pelo Código Criminal. Mas ensina que, em virtude do poder marital, compete ao marido o *"direito de exigir obediência da mulher, a qual é obrigada a moldar suas ações pela vontade dele em tudo que for honesto e justo"*

A respeito, transcrevo Coelho da Rocha, que, escrevendo em meados do século XIX, diz:

*"Ao marido, como chefe da sociedade conjugal, compete o direito de exigir da mulher respeito e obediência em tudo o que for lícito e honesto, donde resulta de parte desta: 1ª - a obrigação de o acompanhar (...) 2ª - a de lhe prestar os serviços e trabalhos domésticos, conforme suas forças e estado. Pela faculdade, que a Ord. L. V, Tit. 36, concede ao marido, de castigar a mulher, se justifica a prática de a fazer entrar em algum recolhimento" (Ob. cit., t. 1, § 230).*

Não se pode negar que o art. 240, acima transcrito, trouxe um progresso na condição da mulher casada, pois deu-lhe a condição de consorte e companheira.

31. Mas voltemos à questão do nome. A mulher, com o casamento, assumia os apelidos de família do marido. Não era apenas um direito mas uma obrigação. A Lei do Divórcio, no art. 50, modificou essa orientação para declarar, no parágrafo único do art. 240 do C.C., por ela criado, que a mulher podia acrescentar aos seus os apelidos do marido. Portanto, em vez de um dever, a adoção do nome do marido passou a ser uma faculdade da mulher que se casava.

32. Havendo a Constituição igualado os direitos do homem e da mulher, dentro do casamento, surge um problema novo. Pode o homem adotar os apelidos de família da mulher? Terá a mulher perdido o direito de acrescentar o apelido do marido? Há que se considerar a velha tradição, ao que saiba universal, da mulher adotar o sobrenome do varão. O que acontece na prática?

33. Na prática poderá haver acordo, por ocasião do casamento, mantendo-se o velho hábito. Mas, pergunta-se: pode o oficial do Registro Civil se recusar a acrescentar no assento o novo nome da mulher? É alarmante essa preocupação do legislador de interferir em assunto de interesse exclusivamente doméstico e uma prova dessa despropositada inferência se encontra no parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio na redação que lhe deu a Lei n. 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, *verbis*:

*"Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar:..."*

34. Note-se que a lei é portadora de uma ordem. Diz que a sentença *determinará* que a mulher volte a usar o nome de solteira. Por que? Qual o interesse? Se marido e mulher estão de acordo em que ela prossiga usando o apelido do marido por que impedi-lo? Trata-se de violência absolutamente injustificada.

35. Uma devastação brutal, no respeitante aos efeitos do casamento, ocorreu com o art. 233 do C.C. Dizia esse dispositivo em sua versão original:

*"Art. 233 - O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:*

*I. A representação legal da família.*

*II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto ante-nupcial (arts. 178, § 9º, I; 274; 289, I; e 311).*

*III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família (art. 36).*

*IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II e VII; 243 a 245, II; e 247, III).*

*V. Prover à manutenção da família guardada a disposição do art. 277".*

36. Como se vê é a família na sua estrutura machista e patriarcal. Todavia, já o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) abrandou o texto. Em primeiro lugar suprimiu o n. IV, podendo portanto desde então a mulher casada exercer posição fora do lar sem anuência do consorte. Ademais abrandou a regra do *caput* do inciso, limitando os poderes da chefia do lar; com efeito ao dizer que

o marido era o chefe da sociedade conjugal, a Lei de 1962 acrescentou que tal função era exercida *"com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos"*.

37. Já de há muito sustentei que tal disposição era de grande relevo e que a desobediência a seus termos provocava grave sanção. Dizia então:

*"De maneira que a atividade do marido, no desempenho daquele mister, só será lícita se for exercida no interesse do casal e dos filhos, pois, caso se comprove que isso não se dá, seus atos serão carentes de liceidade, podendo a mulher pleitear que ele decaia da chefia da sociedade conjugal, que passará, por força da sentença judicial, a ser exercida por ela"*.

e na nota:

*"103. A solução adotada no texto entra em conflito com a regra do art. 251 do Código Civil, que a Lei de 1962 não alterou e que, taxativamente, relaciona os casos em que a mulher assume a chefia da sociedade conjugal.*

*Reafirmo que, no meu entender, pode o juiz determinar que a mulher assumira a chefia da sociedade conjugal, quando se apurar que o marido a está exercendo com detrimento do interesse do casal e dos filhos.*

*Qualquer interpretação da lei, em sentido diverso, deixaria sem sanção aquele comportamento do marido, tirando qualquer sentido à reforma que a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, inseriu no art. 233 do Código Civil.*

*A solução esposada no texto atende à vontade do legislador, que circunscreveu a atividade do marido, que só pode atuar no interesse comum do casal e dos filhos"*

(Silvio Rodrigues, *Direito civil*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1973, v. 6, n. 58).

38. Também o direito de fixar o domicílio do casal foi afetado com o Estatuto da Mulher Casada, pois ao inciso III do art. 233, se acrescentou a locução *"ressalvado à mulher a possibilidade de recorrer ao juiz"* Portanto, quando a fixação do domicílio da família, pelo marido, prejudicava a mulher, podia ela recorrer ao magistrado para corrigir o abuso.

39. A igualdade entre os cônjuges, trazida pelo preceito constitucional, também provocou mudanças substanciais. Em primeiro, revogou o parágrafo único do art. 36, que atribuía domicílio necessário à mulher. Em segundo, deu-lhe direito igual ao do marido de fixar domicílio. Tanto aquela quanto este tem direitos semelhantes.

40. Isso me leva a pensar que se um dos cônjuges deixa o domicílio conjugal para ir viver alhures, não se pode dizer que abandonou o lar e sim que decidiu fixar o domicílio do casal em outro lugar. Ou, então, se abriria discussão para se estabelecer judicialmente, quem, no interesse da família, deve fixar o domicílio daquela.

41. Vejamos agora a questão da manutenção da família referida no atual art. 233, IV, do C.C.

42. A lei (art. 233, IV, do C.C.) impunha ao marido a obrigação de manter a família. Esta regra tradicional em nosso direito se inspirava na secular divisão do trabalho entre os cônjuges, ficando a mulher dentro de casa a cuidar dos filhos e da economia doméstica, indo o homem trabalhar fora do lar em busca de meios para sustentar os seus. De maneira que, constituindo a atividade do marido, ordinariamente, a fonte exclusiva de ganho da família, impunha-lhe a lei a obrigação de manter a mulher e a prole.

43. O mandamento legal encontrava uma única exceção na hipótese de serem os cônjuges casados pelo regime de separação absoluta de bens, caso em que a mulher devia concorrer para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente aos do marido (C.C., art.

277). Note-se que a mulher casada só concorria com o rendimento de seus bens e não com o produto de seu trabalho.

44. A Lei n. 4.121/62, inovando, sujeitou a mulher a concorrer com seus bens, para a manutenção da família, também na hipótese do art. 275 daquele Código, ou seja, quando houver contraído dívidas não autorizadas pelo marido, ou nas hipóteses em que se dispensa essa autorização.

45. Ademais, a mesma Lei n. 4.121/62, em seu art. 2º, determinou que a mulher casada contribuirá para as despesas de família, com a renda dos seus bens, como se o regime fosse de separação (C.C., art. 277), se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las.

46. Portanto, no direito até ontem vigente, a regra geral, em matéria de manutenção da família, era no sentido de incumbir ao marido tal encargo, com as exceções dos arts. 277 e 275 do C.C. e do art. 2º da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962.

47. Ainda no regime anterior à reforma constitucional de 1988, escrevia eu:

*"Todavia, da mesma forma que a evolução dos costumes tirou a mulher de dentro do lar, para conduzi-la a atividades remuneradas nos escritórios, nas lojas, nas fábricas, nos hospitais etc., não mais se compreende, nem se justifica, que sua colaboração na manutenção da família se circunscreva às hipóteses acima referidas. A regra de 1916 dispunha para uma outra época, pois figurava a posição da moça rica que se casa pelo regime da separação de bens, e que deve, naturalmente, concorrer para o sustento da família. Hoje, ao contrário, freqüentemente a mulher ganha tanto ou mais que o marido e é justo que participe do sustento da família, como de resto lhe impõe, em relação aos filhos, o inciso IV do art. 231 do Código Civil" (Ob. cit., n. 62).*

48. Essa situação de absoluta igualdade foi alcançada com o dispositivo constitucional tantas vezes citado (art. 226, § 5º), que diz que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

49. Desse modo e dentro do quadro teórico, o dever de prover à manutenção da família deixou de ser apenas um encargo do varão, porque esse dever hoje incumbe também à mulher.

50. Há um problema prático da maior relevância que não pode ser olvidado, que a norma constitucional não pode esconder. É que em grande número de casos, de todas as classes da população, das mais ricas às mais carentes, o sistema antigo prevalece; ou seja, em numerosas famílias ainda existe a divisão do trabalho na vida conjugal, o varão exercendo profissão fora do lar e a mulher se ocupando dos afazeres domésticos e da criação dos filhos.

51. Aqui me parece lógico que a Constituição não poderia alterar a regra do art. 233, IV, do C.C., porque só o marido terá meios econômicos para manter a esposa e filhos, já que a mulher, por definição, não os percebe.

52. Nesses casos figurados, que de resto são numerosíssimos no momento, creio que a regra antiga continua em vigor e que ao marido compete prover a manutenção da família. Dois problemas podem ser encarados, em tal hipótese. De um lado a obrigação de manter os filhos e de outro o de manter a esposa que, por conveniência da família, não exerce profissão, nem tem fonte de renda.

53. O dever de o marido manter os filhos decorre do parentesco. Além de ser-lhe imposto, neste caso, pelo dispositivo em análise, ou seja, pelos arts. 231, IV, e 396 e ss. do C.C..

54. O problema subsequente é o de saber se a mulher que se desquita tem direito a receber alimentos de seu ex-marido, em face à igualdade estabelecida na Constituição.

55. É tradicional do Direito brasileiro reconhecer à mulher que se desquita o direito de receber pensão do marido, isso com base na já apontada divisão de tarefas. Na maioria dos casos, a mulher não tem economia própria,

pois dedicou-se a maior parte do tempo ao serviço não-remunerado do lar. Assim, não raro nas separações amigáveis, encontra-se cláusula fixando uma pensão a ela; aliás, o Código de Processo, no seu art. 1.121, IV, contempla a hipótese dessa pensão ser fixada, se a mulher "*não possuir bens suficientes para se manter*".

56. Ainda tradicional no Direito brasileiro é a regra segundo a qual a mulher inocente e pobre, no desquite litigioso, tenha direito a uma pensão. Estará em vigor esta regra? Se no desquite litigioso o homem for inocente e pobre, terá ele direito a uma pensão?

57. Outro artigo em matéria de alimentos, que foi alterado pelo princípio da igualdade, é o de n. 224 do C.C. Tal disposição, na separação de corpos requerida por um dos cônjuges, permitia à mulher requerer alimentos provisionais "*que lhes serão arbitrados na forma da lei*". Tal preceito tinha razão de ser e continuará a prevalecer, quando os bens comuns estiverem sendo administrados pelo marido. Isto porque esses alimentos *ad litem* são concedidos para prover um litigante de recursos, quando estes se encontram em mãos do outro. Assim, o melhor entendimento desse dispositivo legal seria aquele em que, decretada a separação de corpos, quando qualquer dos cônjuges a tenha requerido, o outro cônjuge poderá pedir ao juiz que lhe arbitre alimentos provisionais, que lhe deverão ser pagos pelo primeiro, se este estiver administrando o patrimônio do casal.

Haveria alguns outros aspectos do Direito de Família brasileiro que foram praticamente revogados, senão profundamente modificados pela regra que estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher dentro do matrimônio. Não vou tratar de todos estes aspectos, porque na maioria dos casos eles são óbvios.

Para finalizar, quero acentuar a igualdade de todos os filhos, qualquer que seja a sua natureza, trazida pelo § 6º do art. 227 da nova Constituição.

Aí se diz que os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou mesmo por adoção, terão direitos e qualificações iguais, ficando proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Através deste preceito os filhos adotivos passaram para um plano de absoluta igualdade, havendo a regra constitucional revogado todas as disposições discriminatórias contra o adotivo, inclusive o art. 377 do C.C..

# TRANSFORMAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA AMÉRICA DO SUL

*Amauri Mascaro Nascimento*

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

## Resumo:

O sindicalismo na América Latina surgiu vinculado, em grande parte, a uma concessão do Estado, porém, vem se desenvolvendo gradativamente a caminho da plena liberdade sindical, desvincilhando-se do corporativismo.

Alguns países, para tanto, ratificaram a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, passo decisivo para a consecução da real liberdade sindical, tanto na criação e organização quanto na filiação ao sindicato.

Embora o Brasil não tenha ratificado tão importante Convenção, obteve relevante progresso com a promulgação da Constituição de 1988, sobretudo quando vedou ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

## Abstract:

Trade unionism in Latin America was born linked largely to a concession of the State, but it has been developing gradually towards full union freedom, ridding itself of corporative vices.

Having that objective in mind, some countries have ratified Convention # 87 of the International Labor Organization, a decisive step to the consecution of real union freedom, both in the creation and organization and in the affiliation to the union.

Although Brazil has not ratified such an important Convention, some relevant progress was made with the enactment of the 1988 Constitution, mainly when it barred interference and intervention in union organizations.

## Sumário:

1. Considerações gerais.
2. Influência da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho.
3. Criação de associações sindicais.
4. Índices de sindicalização.
5. Relações com o Estado.

6. Tipos de organizações sindicais.
7. Unicidade, unidade e pluralidade sindicais.
8. Garantias de liberdade sindical.
9. Sindicalização no setor público.
10. Conclusão.

1. Considerações gerais.

O levantamento das linhas básicas que podem de algum modo facilitar o desenvolvimento de uma abordagem sobre liberdade de organização e de ação sindical com vista ao reconhecimento dos princípios destinados a um possível Código-tipo de Direito do Trabalho na América Latina, fica bastante simplificado a partir do método adotado no livro *Los sindicatos en Iberoamerica*, coordenado por Mário Pasco Cosmópolis, com a colaboração de Américo Plá Rodriguez, Néstor de Buen, Alfredo Montoya Melgar, Raphael Albuquerque, Wagner Giglio, Murgas e Mário Ackerman.

O problema central está em medir o grau de desenvolvimento da liberdade sindical nos seus países, tarefa que é viável a partir de mais de uma diretriz dentre as diversas que se colocam para o observador.

A liberdade sindical no sentido individual traça o prisma da verificação do direito de que dispõe cada indivíduo, para filiar-se ou desfiliar-se de uma organização sindical e sob esse aspecto caberia ver se no direito sindical latino-americano é garantida a cada indivíduo essa específica faculdade.

Outro ângulo metodológico cognitivo do problema, mais amplo e até mesmo prioritário diante do anterior, é a liberdade de organização, que não se confunde, embora seja efetivada, pela liberdade de ação sindical, e que por sua vez se desdobra em vários planos relacionais do sindicato, frente ao Estado, frente ao empresário, frente aos partidos políticos e frente as demais organizações sindicais.

Esse é um estudo basicamente estrutural de que dependem diversos desdobramentos, a ponto de permitirem uma interessante postura classificatória dos modelos jurídicos, considerados *abstencionistas* e *regulamentados*, na medida direta da ausência normativa ou da presença normativa estatal, visível preocupação com uma necessidade que se evidencia

durante a história do movimento sindical, o afastamento da intervenção do Estado na sua organização, pontualizada, durante um período do qual não se afastam diversos países, pela presença de uma legislação restritiva, não só da organização sindical, em seu movimento constitutivo, o que nos levaria à questão do registro dos sindicatos, mas também, em sua nuance operacional, questão que suscita a discussão sobre as leis de política salarial limitadoras, não só da negociação coletiva direta entre trabalhadores e empregadores para fixação de salários, mas, também, da concertação social que permite o entendimento de pactos sociais.

Trata-se de uma dimensão que assume proporção das mais significativas em termos de autonomia sindical latino-americana, conhecida que é a predominância de posicionamentos heterônomos, que de certo modo comprometem a possibilidade de reconhecimento da plena realização da liberdade sindical, mas, reconheça-se, há transformações que não podem ser ignoradas e preteridas; daí porque ao lado de posturas conservadoras devem ser valorizados outros enfoques também. O ponto central que este aspecto da questão oferece é a necessidade de deter a ação do Estado sobre os sindicatos.

A autonomia sindical frente ao empresário, condição fundamental para efetivação dos direitos sindicais no âmbito em que se dá a sua direta atuação, é um ângulo do tema que provoca a verificação dos instrumentos que, como o *fuero del trabajo*, são assegurados como formas inafastáveis de exercício sindical, pressupondo certas garantias imperativas do constrangimento desse exercício pelo empregador, evitando-se, assim, o entorpecimento da liberdade sindical que de nada valeria se restrita ao plano meramente estrutural. A estabilidade do dirigente sindical evidencia toda a necessidade dessa instrumentação que, de certo modo, está integrada ao direito latino-americano.

A autonomia intrínseca da organização sindical, pondo em evidência o grau de liberdade existente no relacionamento dos sindicatos entre si, de finalidade evidentemente antimonopolista, envia-nos à questão da unicidade, da unidade ou da pluralidade sindical, de variações que não permitiram ainda a superação de dificuldades identificadas em casos específicos que não constituem a maioria.

A autonomia sindical diante dos partidos políticos sugere a análise do comportamento dos sindicatos frente aos referidos partidos com diretas

inflexões sobre o problema das funções sindicais e da inclusão, dentre as mesmas, de atribuições de natureza política ou político-partidárias.

É válida para a América do Sul a afirmação de Guillermo Cabanellas de Torres<sup>1</sup> sobre as origens da associação sindical na América Latina, vinculadas em grande parte a uma concessão do Estado.

Na América do Sul as organizações sindicais não tiveram, na mesma dimensão do Velho Mundo, uma tradição de luta e de combatividade.

A tendência que se manifesta é o abandono dos princípios corporativistas, de grande influência na história do movimento sindical, com a recusa das suas teses hoje não mais aceitas.

Essas teses, que tem como fundamento uma visão heterônoma de organização e ação sindical, que não reconhece a autonomia privada coletiva, que faz da lei elaborada pelo Estado a principal forma de regulamentação das relações de trabalho, que vincula os sindicatos ao Estado atribuindo-lhes o exercício de funções delegadas pelo Poder Público, que superdimensiona o sindicalismo assistencial em detrimento do sindicalismo negocial e reivindicatório, que submete a criação de sindicatos à autorização discricionária do Estado, que dificulta a autotutela sindical, não mais correspondem às aspirações atuais.

Estão sendo substituídas, como decorrência da valorização do processo inspirado no princípio democrático como forma superior de convivência política, pelas teses consubstanciadas nas Convenções ns. 87, 98 e 154, da Organização Internacional do Trabalho e em seus postulados centrais, a livre criação de sindicatos sem a necessidade de prévia autorização do Estado, a proibição da influência do Poder Público na organização sindical, a liberdade de fundação de entidades sindicais de grau superior, a proteção dos sindicatos e de seus dirigentes contra atos anti-sindicais e o fomento da convenção coletiva de trabalho.

A substituição do sindicalismo tradicional pelo moderno não está concluída e depende da remoção de obstáculos que dificultam a sua normal evolução, em especial os problemas de ordem econômica, a inflação e o

---

1. Guillermo Cabanellas, *Il diritto del lavoro del paesi dell'America Latina* (trad. de Giuliano Mazzoni), Padova, 1984, p. 111.

endividamento externo que acabam por afetar consideravelmente a qualidade de vida dos povos da América do Sul.

Não obstante, houve avanços expressivos e que passam a ser demonstrados, tomando-se por base a influência da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho na modificação dos modelos de organização sindical, os critérios existentes para a criação de sindicatos, os índices de sindicalização, os tipos de organizações, o problema da unicidade ou pluralidade sindical e as garantias de liberdade sindical.

## 2. Influência da Convenção n. 87, da Organização Internacional do Trabalho.

A Convenção n. 87, da Organização Internacional de Trabalho, foi ratificada pela Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, Guatemala, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Assim, a maioria dos países sul-americanos segue o princípio da liberdade sindical em suas principais dimensões, a liberdade de criar sindicatos sem a necessidade de prévia autorização do Estado, a autonomia de administração dos sindicatos sem a intervenção do Estado, o direito de fundar federações e confederações, o direito de filiação dos sindicatos a organizações estrangeiras ou internacionais e a liberdade individual de filiação ou desfiliação sindical.

O Uruguai desenvolveu a experiência de não legislar sobre organização sindical, negociação coletiva e greve, de modo que a Convenção n. 87, da Organização Internacional do Trabalho, é a norma básica que fixa as diretrizes observadas. Assim, o modelo uruguaio é o da desregulamentação legal do direito do trabalho, assim entendida a ausência de normas jurídicas fixadas pelas leis de direito interno.

Em informe publicado na *Série Relaciones de Trabajo*, n. 66, a Organização Internacional do Trabalho sublinha que o Uruguai é o único país da América Latina, e um dos poucos do mundo, em que as relações de trabalho se desenvolvem sem que praticamente exista um marco normativo, excetuadas algumas disposições de importância menor. As principais normas que regem as relações coletivas de trabalho no Uruguai são dois Convênios da OIT (ns. 87 e 98) e um artigo da Constituição Nacional que consagra os direitos de sindicalização e greve, embora silenciando sobre o direito de negociação coletiva.

Apesar de não ter ratificado a referida Convenção, o Brasil acolheu em sua Constituição Federal de 1988 alguns dos seus princípios, dentre os quais, a livre criação de sindicatos sem a necessidade de prévia autorização do Estado e a proibição de intervenção ou interferência do Estado na organização sindical.

### 3. Criação de associações sindicais.

A perspectiva que se delinea quanto às relações entre o Estado e o sindicato é no sentido do abrandamento dos vínculos que prenderam estes àqueles, no sentido da maior autonomia da organização sindical.

Observa-se alguma voluntariedade na fundação das entidades sindicais em dimensões variáveis que vão desde a total autonomia dos interlocutores sociais até uma liberdade relativa mesclada com a exigência de certos requisitos.

A criação de centrais ou uniões sindicais é em alguns casos absolutamente autônoma e não subordinada ao Estado, como no Brasil, com as quatro centrais sindicais existentes, quais sejam, a CGT Confederação Geral dos Trabalhadores, a CUT Central Única dos Trabalhadores, a USI União Intersindical Independente e a FS Força Sindical, que foram instituídas independentemente de qualquer tipo de registro no Ministério do Trabalho ou outro órgão estatal. A Constituição brasileira de 1988 (art. 8º, I) dispõe que para a fundação de sindicatos, federações e confederações é necessário registro no órgão competente. Não o indica, com o que os registros estão sendo feitos nos Cartórios de Registro das Pessoas Jurídicas de Direito Civil. Silencia quanto a registros de centrais sindicais.

A Constituição do Peru (1979), art. 51, declara que *"o Estado reconhece aos trabalhadores o direito de sindicalização sem autorização prévia"*.

Na Argentina (Lei n. 23.551, de 1988) as associações com personalidade gremial são as únicas chamadas a exercer a ação sindical e a adquirem ou perdem em consequência da sua representatividade. Essa associação exclui as outras inscritas perante a autoridade administrativa. Desse modo, existem dois tipos de organização, as dotadas de personalidade sindical, e que em decorrência têm o direito de representação da categoria, e as não investidas dessa atribuição.

A outorga da personalidade sindical é ato da autoridade administrativa condicionada aos seguintes requisitos legais: *a.* a associação deve estar inscrita perante a autoridade laboral e estar atuando por período não inferior a seis meses; *b.* o número de representados deve ser de pelo menos 20% dos trabalhadores interessádos.

A qualificação de mais representativa é conferida à associação que tenha o maior número médio de filiados cotizantes no semestre anterior. Ao reconhecer a personalidade gremial, a autoridade administrativa do trabalho indica o âmbito pessoal e territorial da representação. A lei prevê o traslado da representação quando outra associação, atuando na mesma esfera, tiver número maior de filiados cotizantes, caso em que a mesma autoridade retirará a personalidade gremial da associação minoritária atribuindo-a à entidade que se tornou mais representativa.

Na Venezuela (*Ley de Trabajo*, 1975) os fundadores do sindicato remetem ao inspetor do trabalho relação dos seus nomes e cópia da ata constitutiva da entidade acompanhada de um exemplar dos estatutos. A criação do sindicato depende de decisão favorável dos inspetores, caso em que a associação será inscrita em livro de registro, obtendo certificado de inscrição. Se o pedido for negado, cabe apelação para a Corte Federal e de Cassação. A inscrição da organização sindical a investe de personalidade sindical para representar os trabalhadores do seu âmbito de atuação. Essa investidura não se confunde com a aquisição de personalidade jurídica que é conseguida de acordo com as disposições do Código Civil aplicáveis a toda associação.

Exigem também a inscrição da associação para a aquisição da personalidade sindical, entre outros países, a Bolívia (*Lei do Trabalho*, art. 99) e a Colômbia.

#### 4. Índices de sindicalização.

A sindicalização tradicionalmente é baixa, mas há alguns progressos nos últimos anos. De acordo com dados da Organização

Internacional do Trabalho,<sup>2</sup> em países como Argentina, Brasil e Venezuela, a taxa de trabalhadores filiados aos sindicatos oscila entre 25 e 35%, número que, comparado ao de alguns países industrializados, não deixa de ser significativo. Em outros países, como Colômbia, Equador e Peru, os índices flutuam entre 15 e 20%. Esse número aumentou em 1987 na Argentina<sup>3</sup> para cerca de 52%, equivalentes a 3.359.460 sindicalizados numa força de trabalho de 6.650.360.

Os dados sobre sindicalização dependem de levantamentos estatísticos nem sempre completos e, em outras situações, inviáveis diante da inexistência de registro de sindicatos em órgãos oficiais como no Uruguai.

## 5. Relações com o Estado.

Na fase atual processa-se um reequilíbrio entre heteronomia e autonomia da organização sindical perante o Estado, manifestado por diversos aspectos dos quais serão resumidos os mais significativos.

As alterações na estrutura política dos países sul-americanos, passando de governos militares para democracias governadas por civis, favorecem a vida dos grupos sociais que conquistaram maior liberdade, contribuindo para a instituição de sociedades pluralistas que asseguram a autonomia desses grupos e o direito de efetivarem diretamente enlances jurídicos como livres interlocutores sociais.

É o que aconteceu, entre outros, com a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai, países que restabeleceram o regime democrático.

A Argentina aprovou uma nova lei sindical (*Ley n. 23.551, de 1988*), que assegura às associações o direito de "*adotar o tipo de organização que estimem adequado*", o de "*realizar todas as atividades lícitas na defesa do interesse dos trabalhadores, em especial exercer o direito de negociar coletivamente, de greve e adotar medidas de ação sindical*", devendo os poderes públicos e em especial a

---

2. G. von Potobski, *Las organizaciones sindicales en las relaciones colectivas de trabajo en America Latina*, Organização Internacional de Trabalho, aos cuidados de Efrén Córdova, Ginebra, 1981.

3. M. Ackerman, *Los sindicatos en Argentina*, in *Los sindicatos en Iberoamerica*, M. Pasco Cosmópolis (coord.), Lima, 1988, p. 9.

autoridade administrativa de trabalho "*abster-se de limitar a autonomia das associações sindicais*", acrescentando a lei "*além do estabelecido na legislação vigente*".

Ainda é excessiva<sup>4</sup> a presença do Estado na vida sindical já que o Ministério do Trabalho, por ser o outorgante da personalidade sindical, tem as seguintes faculdades autorizadas pela Lei n. 22.105, de 1988: *a.* aprovar os estatutos das entidades sindicais e suas modificações; *b.* rubricar os livros contábeis das entidades sindicais e controlar o seu movimento econômico; *c.* autorizar a ampliação da base territorial de representação de um sindicato a limites superiores aos de uma província; *d.* definir as questões de enquadramento sindical; autorizar reuniões sindicais em lugares públicos; autorizar a retenção da cota sindical pelos empregadores; impor inabilitação até três anos para o desempenho de funções sindicais aos representantes gremiais que incorrem em violação de disposições legais ou estatutárias; *e.* intervir transitoriamente nos organismos das associações gremiais com a finalidade de garantir o pleno dos direitos consagrados pela lei.

Todavia, como afirma o mesmo estudo acima citado, a situação atual é de novidade e de transição a partir do novo regime orgânico sancionado e suas medidas inovadoras situadas numa perspectiva de maior espaço para a autonomia sindical.

A Constituição do Brasil (1988) rompeu com as leis, de inspiração corporativista, que submetiam a organização sindical ao controle administrativo do Estado, revogando a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, em cuja vigência as associações dependiam de reconhecimento do Ministério do Trabalho para a sua criação, atuando em base territorial definida pela autoridade administrativa laboral, de acordo com o enquadramento sindical das categorias econômicas e profissionais, efetuado pela Comissão de Enquadramento Sindical do mesmo órgão. Aos sindicatos competia o exercício de funções delegadas pelo Poder Público, predominando o sindicalismo assistencialista em detrimento do sindicalismo de negociação coletiva.

Com a atual Constituição, esse modelo sindical foi substituído por outro, cujos princípios básicos estão declarados no art. 8º, I, da Lei Maior, nos

---

4. M. Ackerman, ob. cit., p. 34.

seguintes termos: "É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I- a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II- é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município"

A manutenção do princípio do sindicato único na atual legislação brasileira é abrandada pela realidade dos fatos, desde que se atente para duas circunstâncias, já mencionadas. Há três centrais sindicais criadas espontaneamente e rompendo com o referido princípio. Novos sindicatos foram criados, e atualmente são cerca de 12 mil, instituindo-se uma pluralidade sindical real e efetiva. Os trabalhadores criaram o Partido dos Trabalhadores que disputou, com um operário, Luiz Ignácio Lula da Silva, a Presidência da República, perdendo as eleições por pequena margem de votos.

## 6. Tipos de organizações sindicais.

Dos três tipos fundamentais de representação, o sindicato de categoria, eclética ou específica ou ramo de indústria, é o principal, mas não o exclusivo. Há, também, sindicatos por profissão e, em alguns casos, sindicatos por empresas. Em grau superior, há federações, confederações e centrais ou uniões sindicais.

A Lei argentina considera associações sindicais de trabalhadores as constituídas por: a. trabalhadores de uma mesma atividade ou atividades afins; b. trabalhadores do mesmo ofício, profissão ou categoria, ainda que desempenhem atividades distintas; c. trabalhadores que prestem serviços na mesma empresa. Havendo um sindicato de categoria, a lei proíbe a concessão de personalidade sindical a uma associação em nível de empresa.

Por outro lado, as organizações sindicais podem assumir uma das seguintes formas: a. sindicatos ou uniões; b. federações, quando agrupem associações de primeiro grau; c. confederações, quando agrupem as associações indicadas nos itens anteriores.

No Uruguai, a desregulamentação do direito coletivo do trabalho proporciona uma liberdade para a adoção dos critérios que os interlocutores sociais consideram adequados. As formas prevalentes na atualidade são os sindicatos por setor de atividade, como os que representam bancários, metalúrgicos, gráficos, tecelões, etc.<sup>5</sup>

No Brasil, há sindicatos por categorias e sindicatos por profissões, estes últimos denominados sindicatos por categorias diferenciadas. Não há sindicatos por empresas. Acima dos sindicatos há federações e sobre estas confederações, também por categoria. No nível acima das categorias há três centrais sindicais, duas de tendências reformistas e uma relacionada com o Partido dos Trabalhadores, de ideologia revolucionária. A Constituição Federal de 1988 (art. 37, VI) garante ao servidor público civil o direito à livre sindicalização e o proíbe ao militar (art. 42, § 5º).

Na Venezuela,<sup>6</sup> a lei reconhece o direito de associação em sindicatos a pessoas que trabalham em uma mesma empresa e às que exerçam um mesmo ofício ou profissão ou ofícios ou profissões similares ou conexas, quer de maneira manual como intelectual. Há sindicatos de empregados, de operários, não sendo vedados sindicatos mistos. Os patrões agrupam-se por ramo de indústria, mas a sua organização não alcançou um desenvolvimento vigoroso. As Câmaras de Comércio e de Indústria alcançaram maior conceito e assumiram a representação dos interesses patronais.

Na Colômbia,<sup>7</sup> os tipos de sindicatos de trabalhadores são os seguintes: *a.* de base, formados por pessoas de várias profissões, ofícios ou especialidades, que prestem serviços a uma mesma empresa, estabelecimento ou instituição; *b.* de indústria, integrados por pessoas que prestam serviços a diversas empresas do mesmo ramo de indústria; *c.* gremiais, formados por pessoas da mesma profissão, ofício ou especialidade; *d.* de ofícios vários, constituídos por trabalhadores de diversas profissões, não semelhantes ou não conexas.

---

5. A. Plá Rodríguez, Los sindicatos en el Uruguay, in *Los sindicatos en...* ob. cit., p. 361.

6. *Ley del Trabajo*, 1975, arts. 171 a 173.

7. *Código Sustantivo del Trabajo*, arts. 353, 356, 359, 414.

No Chile,<sup>8</sup> há quatro categorias de sindicatos: *a.* industriais, formados exclusivamente por obreiros de uma empresa ou estabelecimento com mais de 25 trabalhadores; *b.* profissionais, integrados por pessoas que exerçam a mesma profissão, indústria ou trabalho, específicas ou conexas; *c.* de trabalhadores das grandes minas de cobre; *d.* agrícolas.

Na Bolívia,<sup>9</sup> os sindicatos podem ser gremiais ou profissionais, mistos ou industriais ou de empresa. É admitido o agrupamento, no mesmo sindicato, de pessoas de profissões similares ou conexas.

## 7. Unicidade, unidade e pluralidade.

É possível classificar em quatro grupos os sistemas de organização sindical, segundo o prisma da unicidade, que é a imposição por lei de um só sindicato no mesmo setor da unidade, que é a união espontânea e da pluralidade que é a diversidade de associações.

Primeiro, o sistema da unicidade em primeiro grau e a pluralidade em segundo grau, como é o caso do Peru,<sup>10</sup> cuja legislação optou pela unicidade nos sindicatos de empresa ao exigir um número mínimo de trabalhadores, mas, também, que estes representem a maioria absoluta, com o que só cabe um sindicato por empresa. Para as organizações de grau superior, ao contrário, é exigido um número mínimo, mas não uma proporção com o que tacitamente é permitida a pluralidade com a coexistência de várias federações em muitos ramos de atividade ou múltiplas confederações. É o que ocorre também na Colômbia,<sup>11</sup> onde só é permitido um sindicato em cada empresa ou em cada atividade profissional ou industrial, enquanto que é possível a pluralidade de federações ou confederações.

---

8. F. W. Linares, Derecho del trabajo chileno, in *El derecho latinoamericano del trabajo*, México, 1974, v. 1, p. 650.

9. R. P. Paton, Derecho boliviano del trabajo, in *El derecho latinoamericano...* ob. cit., v. 1, p. 226.

10. M.P. Cosmópolis, Los sindicatos en el Peru, in *Los sindicatos en...* ob. cit., Lima 1988, p. 279.

11. G.G. Figueroa, *Derecho colectivo del trabajo*, Bogotá, 1986, p. 78.

Segundo, o sistema da pluralidade de associações, mas a da atribuição da personalidade sindical a uma só, a mais representativa, caso em que será a única a representar os trabalhadores na sua categoria. É o que acontece na Argentina, por força da lei,<sup>12</sup> que atribui à associação com personalidade gremial direito exclusivo para defender e representar, perante o Estado e os empregadores, os interesses individuais e coletivos dos trabalhadores e intervir nas negociações coletivas.

Terceiro, o sistema da unicidade na esfera confederativa e a pluralidade de centrais sindicais. É o caso do Brasil,<sup>13</sup> que proíbe a existência, na mesma categoria ou base territorial, de mais de uma entidade representativa, com o que só há no respectivo setor de profissão ou atividade econômica um sindicato, uma federação e uma confederação por ramo de indústria. Apesar da proibição legal, está se formando um sistema de pluralidade de fato. Acima dessas entidades existem três centrais sindicais, supracategorias, portanto a pluralidade das centrais gerais.

Quarto, o sistema da pluralidade sindical, assegurada a atuação exclusiva, nos convênios coletivos, da entidade mais representativa, como ocorre no Uruguai. Sobre esse modelo, esclarece A. Plá Rodrigues,<sup>14</sup> que esse conceito de organização profissional mais representativa não é uma constante no país, não tem vigência geral nem é uma solução aplicável a todos os casos. Trata-se apenas de um critério especial, adotado esporadicamente por algumas leis, observado em algumas situações e em outras não, nestas diante do emprego de outros critérios como a eleição da entidade representativa.

## 8. Garantias de liberdade sindical.

A expressão *garantias de liberdade sindical* é aqui utilizada no sentido de conjunto de medidas destinado a assegurar, perante o empregador, a autonomia dos dirigentes sindicais ou da ação sindical e que são as que passam a ser explicitadas.

---

12. Ley n. 23.551, art. 31.

13. Constituição Federal de 1988, art. 8º, II.

14. Ob. cit. p. 396.

Primeira, a estabilidade dos dirigentes e representantes sindicais, que é a garantia aos mesmos conferida, protegendo-os contra dispensas imotivadas ou arbitrárias para prejudicar o exercício da sua atividade sindical. Exemplifique-se com a lei do Brasil,<sup>15</sup> que veda a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave. A lei argentina já citada<sup>16</sup> também assegura a mesma proteção, de forma detalhada, proibindo a dispensa imotivada, a modificação das condições de trabalho e a suspensão do dirigente, sem prévia decisão judicial. É a expressão atual do antigo *fuero sindical* previsto nas legislações ibero-americanas.

Segunda, a punição de práticas desleais pela lei argentina,<sup>17</sup> assim consideradas as seguintes:

*a.* subvencionar em forma direta ou indireta a uma associação sindical de trabalhadores; *b.* intervir ou interferir na constituição, funcionamento ou administração de um ente desse tipo; *c.* obstruir, dificultar ou impedir a filiação dos trabalhadores em uma associação; *d.* promover a filiação de trabalhadores a determinadas associações; *e.* fazer represálias contra trabalhadores em razão da sua ação sindical ou de terem prestado testemunho ou participado de processos relacionados com práticas desleais; *f.* recusar ou obstruir a negociação coletiva; *g.* despedir, suspender ou modificar as condições de emprego para dificultar o exercício dos direitos sindicais; *h.* negar-se a reservar o emprego, a reintegrar empregado que ficou afastado do serviço para o desempenho de funções sindicais; *i.* despedir, suspender ou modificar condições de trabalho de dirigentes sindicais portadores de estabilidade quando as causas de dispensa não forem gerais; *j.* praticar ato discriminatório em razão do exercício de direitos sindicais; *k.* negar-se a informar o nome dos trabalhadores para efeito de eleição dos delegados nos locais de trabalho. A prática desleal sujeita o empregador a multas e suas importâncias são percebidas pela

---

15. Constituição Federal de 1988, art. 8º, VIII.

16. Lei n. 23.551, arts. 50 a 52.

17. Lei n. 23.551, art. 53.

autoridade administrativa do trabalho e destinadas à melhoria dos serviços de inspeção trabalhista.

#### 9. Sindicalização no setor público.

Na Argentina sempre existiu um único regime para a organização sindical tanto do setor privado como para o setor estatal, situação que permitiu ao país ratificar, em 1986, a Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho. Há restrições quanto aos direitos de negociação coletiva e de greve e a Lei n. 23.545, de 1988, embora não exclua os trabalhadores estatais do regime de negociação coletiva, não os incluiu completamente no mesmo; daí se tratar de uma situação específica. Há procedimentos próprios para a solução de conflitos no setor público, aprovados pelo Decreto n. 879, de 1957 e, de outro lado, as Leis ns. 17.183 e 17.197, de 1967, proibem o exercício de medidas de força nas empresas e órgãos do Estado que prestem serviços públicos e de interesse público, com o que o direito de greve foi limitado.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, art. 37, garante os direitos de sindicalização e de greve na administração pública, salvo ao militar (art. 42, § 5º).

No Peru, os servidores públicos, salvo os que têm poder de decisão, exercentes de cargos de confiança ou membros das Forças Armadas e Forças Policiais, têm o direito de sindicalização e de greve com base na Constituição Política, art. 64, e nas Convenções ns. 98 e 151, da Organização Internacional do Trabalho. A partir de 1982, quando a Convenção n. 151 foi regulamentada, foram registrados oficialmente 198 sindicatos e 2 federações de serviços públicos com um total de filiados superior a 500 mil, fato que é considerado por Mário Pasco Cosmópolis<sup>18</sup> bastante expressivo.

No Uruguai, as organizações de empregados públicos estão filiadas à Confederação de Organizações de Funcionários do Estado (COFE), fundada em 1964. Os empregados municipais se filiam à Federação Nacional de

---

18. *Los sindicatos en...* ob. cit., p. 255.

Empregados e Obreiros Municipais. Segundo Américo Plá Rodriguez,<sup>19</sup> em geral, as entidades sindicais no setor público estão em crescimento.

## 10. Conclusão.

A título de conclusão é possível dizer que os sistemas de organização sindical dos países sul-americanos, que durante muito tempo foram caracterizados por forte interferência estatal, passam por transformações.

Há uma nova perspectiva, em alguns casos já efetivada, de autonomia sindical perante o Estado como resultado de três principais causas.

Primeira, a ratificação da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho e dos seus princípios de garantia de liberdade sindical, com a conseqüente observância dos critérios que preconiza.

Segunda, a transferência dos regimes políticos com a abertura democrática subsequente aos governos militares, com influência direta sobre o movimento sindical e a atuação dos grupos que representam os interesses da sociedade, segundo uma concepção pluralista de organização social.

Terceira, a efetiva prática sindical que permite a evolução da consciência de classe e do direito de organização e ação dos trabalhadores, traduzindo-se em uma idéia mais clara, reconhecida pelos governos, sobre a função do sindicalismo nas democracias e como instrumento de defesa dos interesses coletivos de grande parcela da população.

As dificuldades que ainda são encontradas para o pleno desenvolvimento dessas metas corretamente serão superadas e para esse fim a integração entre os países ibero-americanos representará um passo importante para a solução dos seus problemas comuns.

---

## BIBLIOGRAFIA

CABANELLAS, Guillermo. *Il diritto del lavoro del paesi dell'America Latina* (trad. de Giuliano Mazzoni). Padova, 1984.

---

19. Ob. cit., p. 398.

- GUERRERO FIGUEROA, G. *Derecho colectivo del trabajo*. 3ª ed. Bogotá : Temis, 1986.
- LINARES, Francisco Walker. Derecho del trabajo chileno. In: *El derecho latinoamericano del trabajo*. México : UNAM, 1974. v. 1.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.). *Los sindicatos en Iberoamerica*. Lima : Aele, 1988.
- PÉREZ PATON, Roberto. Derecho boliviano del trabajo. In: *El derecho latinoamericano del trabajo*. México : UNAM, 1974. v. 1.
- POTOBSKI, Geraldo von. *Las organizaciones sindicales en las relaciones colectivas del trabajo en America Latina*. Ginebra : Oficina Internacional del Trabajo, 1987.



# MODERNIDADE DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

*Ada Pellegrini Grinover*

Professora Livre-Docente de Processo Civil e Titular de Processo Penal  
do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP

## Resumo:

Após um retrospecto sobre o direito processual brasileiro, o estudo detém-se na consolidação técnico-científica do processo, iniciada a partir de Liebman e marcando toda uma geração de processualistas. Passa depois a acentuar a fase crítica do direito processual, a partir dos estudos constitucionais e da teoria geral, examinando os grandes temas da atualidade (acesso à ordem jurídica justa, universalidade da tutela jurisdicional, efetividade e instrumentalidade do processo, participação). Finalmente, apontando para a reestruturação dos esquemas processuais clássicos, conclui pela modernidade do direito processual brasileiro que, na estrita fidelidade ao método técnico-científico, sabe conciliá-lo com as preocupações sócio-políticas.

## Abstract:

After a review of Brazilian Procedural Law, the study examines the technical-scientific consolidation of the Procedure that began with Liebman and that set its stamp on a whole generation of Procedure lawyers. It emphasizes next the critical phase of Procedural Law, from the constitutional studies and general theory, examining the great themes of our day (the access to a just juridical order, the universality of the jurisdictional guardianship, the effectiveness and instrumentality of the procedure, participation). It points, finally, to a re-structuring of the classical procedural arrangements, its conclusion being that Brazilian Procedural Law is modern, it being able to conciliate its social and political preoccupations with a strict fidelity to the technical-scientific method.

## Sumário:

1. Antecedentes
2. *A Escola Processual de São Paulo*
3. A consolidação técnico-científica
4. Da fase conceitual à fase crítica do direito processual
  - 4.1. Os estudos constitucionais do processo
  - 4.2. A Teoria Geral do Processo

## 5. A posição sócio-política

5.1. Acesso à ordem jurídica justa

5.2. A universalidade da jurisdição

5.3. Efetividade do processo

5.4. Instrumentalidade do processo

5.5. Participação e processo

5.6. As linhas de transformação no enfoque do processo

## 6. A revisitação dos institutos

6.1. O labor legislativo

6.2. Os mitos do processo tradicional

6.2.1. A reestruturação dos esquemas processuais civis: legitimação, coisa julgada e poderes processuais do juiz

6.2.2. A revisão dos princípios clássicos do processo penal: a verdade real e a indisponibilidade da ação penal pública

## 7. Conclusões

1. A história do direito processual brasileiro começa em meados do século passado, com a figura ímpar de Paula Batista, Mestre da Faculdade de Olinda e Recife, ainda hoje altamente considerado pela profunda percepção de problemas fundamentais do processo civil (ação, demanda, execução), descortinando horizontes desconhecidos pela própria processualística européia da época. Para o processo penal, a mesma intuição se delineava nas obras de Pimenta Bueno. Seguir-se-iam, depois, João Monteiro, João Mendes Júnior e Estevam de Almeida, todos catedráticos da Faculdade de Direito de São Paulo, além de Galdino Siqueira, voltado ao processo penal. João Monteiro, que nos albores do século já vislumbrava a teoria da ação como direito abstrato; Estevam de Almeida que, a partir de 1911, deixava preleções de relevante valor jurídico, com referências à doutrina de Chiovenda e, mais tarde, de Carnelutti; e João Mendes Júnior que, na primeira República, tratou do processo civil e do processo penal à luz dos princípios comuns a ambos, numa verdadeira teoria geral do processo, ciência que só começaria a adquirir pujança, entre nós, há menos de vinte anos; que ainda surgia como precursor dos estudos constitucionais do processo, lançando as bases para a compreensão do *devido*

*processo legal*; e que, ademais, edificava a "teoria ontológica do processo", colocando a disciplina nos parâmetros da concepção aristotélico-tomista das quatro causas e daí estabelecendo a nítida distinção entre processo e procedimento.

Assim, a partir da cátedra de processo civil, João Mendes supria as deficiências do processo penal que, com Galdino, não se afastava da escola procedimentalista francesa, já superada na Europa.

Mas esses foram os geniais precursores. Suas lições tardaram a espriar-se e a doutrina brasileira de então ressentiu-se profundamente de grande desatualização metodológica, permanecendo ligada aos clássicos portugueses (Correia Telles, Pereira e Sousa, Lobão) e aos exegetas italianos do século passado (Mattirolo, Pescatore e, até certo ponto, Mortara) e não se alinhando ao movimento de renovação que a partir do século passado se instalara na Europa.

Só mais recentemente - por volta dos anos trinta , surgiram processualistas mais afeitos ao novo método científico do direito processual e às suas modernas teorias.

E, no mesmo período, a promulgação do Código de Processo Civil unitário de 1939 produziu efeitos catalizadores, com repercussões profundas nos estudiosos brasileiros.

Para o processo civil, devem ser lembrados o grande Pontes de Miranda, alagoano radicado no Rio de Janeiro, que foi o primeiro, no Brasil, a conceituar o processo como relação jurídica; o paulista Gabriel de Rezende Filho, que estabeleceu a ligação entre o procedimentalismo dos Mestres anteriores e a renovação científica que ocorreu no Brasil a partir do Código de 1939; o carioca Machado Guimarães, construindo cientificamente as bases da processualística em muitos de seus institutos fundamentais; os mineiros Amílcar de Castro e Lopes da Costa, este com um tratado institucional que, embora escrito na vigência do estatuto anterior, ainda é um dos melhores que se escreveram em nosso país; no Recife, Torquato Castro; e mais um paulista, Moacyr Amaral Santos, com obra didática que grangeou grande prestígio, reeditada à luz do Código de 1973, e que ainda se mantém.

Também para o processo penal, os anos trinta marcaram uma nova fase e uma postura renovada. Perenes as lições do catedrático paulista Joaquim

Canuto Mendes de Almeida, sobrinho de João Mendes Júnior, pela tentativa de se extrair do velho processo criminal português os princípios fundamentais que estruturam o juízo penal e pela preocupação com a perspectiva constitucional do processo, deixando marcas indeléveis em muitos institutos processuais.

A renovação metodológica que se iniciara abria caminho para o franco ingresso do método científico na ciência processual brasileira. E a contribuição maior para a maturidade da processualística foi dada pela chegada de Enrico Tullio Liebman.

2. A vinda de Liebman, que se estabeleceu em São Paulo em 1940 para ficar até o final da guerra, não aportou apenas uma decisiva contribuição para a renovação do método do processo civil, mas significou também - e sobretudo a congregação, em torno de sua pessoa, de jovens estudiosos do direito processual, lançando as bases da Escola de São Paulo.

Liebman, portador da ciência européia do direito processual, mas também dominando por inteiro a obra dos autores luso-brasileiros mais antigos e o espírito da legislação herdada de Portugal; os talentosos processualistas brasileiros dos anos quarenta - reunidos em torno do Mestre para debaterem os grandes temas de sua ciência: surgiu desses elementos, em perfeita simbiose, o movimento científico do processo civil que desembocaria na construção de uma verdadeira escola, que Alcalá-Zamora chamaria, mais tarde, *Escola Processual de São Paulo*.

Constituíram essa Escola os discípulos de Liebman, que privaram de sua companhia nos encontros dos sábados à tarde: Alfredo Buzaid, José Frederico Marques, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Bruno Affonso de André, os quais souberam elevar a ciência processual a níveis científicos antes inimagináveis entre nós. E que continuariam, por muitas décadas, a oferecer um panorama processual de primeiríssima linha, em que se fixavam as grandes estruturas do sistema e amadureciam seus conceitos fundamentais.

Pertencem a essa fase metodológica não apenas os trabalhos científicos dos seus cultores, antes citados, mas também seu ponto culminante: o Código de Processo Civil de 1973, obra notável de Alfredo Buzaid, que inscreveria o sistema brasileiro entre os mais modernos e avançados do mundo.

3. Mas a Escola Processual de São Paulo transcendeu aos seus limites: não se exauriu com os primeiros discípulos de Liebman, nem no âmbito territorial de São Paulo; e a onda renovatória não se restringiria ao processo civil.

A consolidação técnico-científica do direito processual brasileiro já era irreversível.

Nos quatro cantos do país, publicam-se obras de fôlego. E os processualistas civis se multiplicam, identificados pela estrita fidelidade ao método técnico-científico e reunidos em torno de uma fundamental identidade de pensamento. São prova disto os trabalhos de Calmon de Passos, na Bahia; de Galeno Lacerda, Mendonça Lima, Ovídio Baptista da Silva e Furtado Fabrício, no Rio Grande do Sul; de Celso Barbi, José Olímpio de Castro Filho e Humberto Theodoro Jr., em Minas Gerais; de Ary Florêncio Guimarães e Moniz de Aragão, no Paraná; de Luiz Antônio de Andrade, Hamilton Moraes e Barros, José Carlos Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, no Rio; e, naturalmente, dos processualistas de São Paulo: Celso Neves, Lobo da Costa, Botelho de Mesquita, Cândido Dinamarco, Araújo Cintra, da Universidade de São Paulo; Mariz de Oliveira, Arruda Alvim e Donaldo Armelin, da Universidade Católica. E tantos outros, que seria impossível enumerar.

Pode-se dizer, sem temor de erro, que aquela que foi chamada *Escola Processual de São Paulo* se transformou depois na *Escola Brasileira*, cuja unidade metodológica e cuja doutrina remontam seguramente ao espírito aglutinador de Liebman: deste à Escola Processual de São Paulo e daí para a moderna processualística brasileira, em uma continuidade de pensamento hoje reconhecida em toda parte e, mais que nunca, na Itália.

A onda renovatória fez-se sentir também no processo penal, seja pela obra do discípulo direto de Liebman, José Frederico Marques, que se dedicou tanto ao processo civil como ao processo penal, e cujas obras permanecem em todo seu vigor, constituindo consulta obrigatória; seja porque o amadurecimento do processo penal também se mostrava irreversível, como bem demonstram as obras de Hélio Tornaghi, no Rio, de Romeu Pires de Campos Barros, em Goiás, de Athos Moraes Velloso, no Paraná, de Xavier de Albuquerque, no Amazonas, de Tourinho Filho, em São Paulo, de Nilzardo

Carneiro Leão, em Pernambuco. E também, nesse campo, o Código unitário, de 1941, provocou o reflorescimento dos estudos de processo penal.

Assim se completou, no Brasil, a fase conceitual do direito processual, marcada pelas grandes construções científicas.

4. Conquistadas as bases científicas do direito processual, consolidadas conceitualmente suas categorias e seus institutos, estabelecida a autonomia do processo, civil e penal, em relação ao direito material, os processualistas brasileiros puderam partir para outra fase metodológica, eminentemente crítica.

O processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer. E o processualista moderno, consciente dos níveis expressivos de desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência, deslocou seu ponto de vista, passando a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos *consumidores* da justiça.

Partiu, assim, a doutrina processual brasileira para a etapa *instrumentalista* do processo.

4.1. Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do estudo das grandes matrizes constitucionais do processo. O *direito processual constitucional*, como método supra-legal de exame dos institutos do processo, significou sua análise a partir de dado externo, qual seja, o sistema constitucional, que nada mais é do que a resultante jurídica das forças político-sociais existentes na nação.

No Brasil, desde cedo, houve clima para os estudos constitucionais do processo. E isso porque a Constituição republicana de 1891 trasladou para o sistema jurídico muitos institutos do direito norte-americano, desde o princípio da unidade da jurisdição e da *judicial review* dos atos administrativos e legislativos, passando pelas garantias do *due process of law* e culminando com os instrumentos constitucionais de defesa das liberdades.

Por isso já surgiam, nos albores do século, os trabalhos de Rui Barbosa, traçando com maestria as coordenadas processuais do controle da constitucionalidade das leis, tal como havia sido transplantado do sistema norte-americano para o brasileiro.

João Mendes Júnior despontaria depois, como verdadeiro precursor dos estudos constitucionais do processo, apontando as bases e fundamentos constitucionais das garantias individuais, quer no processo civil, quer no processo penal. Analisando, nessa ótica, o *direito judiciário* e o Poder Judiciário, traçou as bases do *devido processo legal*, enquanto processo necessário para assegurar os direitos subjetivos tutelados pelo direito material. E por surgir o processo como instrumento para a *segurança constitucional dos direitos*, deve ele ser plasmado de forma adequada, sendo uma espécie de *processo natural* e devendo o procedimento ser modelado segundo as formalidades definidas por lei nacional.

Mas, apesar desse precoce e promissor surgir, entre nós, do processo constitucional, a lição de seus primeiros cultores permaneceria sem eco durante longos anos. Até que a *Escola Processual de São Paulo*, inspirando-se na sensibilidade constitucional de Liebman e abeberando-se nos ensinamentos do grande Mestre uruguaio Couture, levasse os estudos processuais civis para a área do direito constitucional.

E vieram a lume, nos anos cinquenta, os estudos de Luiz Eulálio Bueno Vidigal sobre o mandado de segurança; de Alfredo Buzaid, sobre o mesmo instituto e ainda sobre a ação direta de inconstitucionalidade, esta objeto de obra em que submete o instituto a tratamento científico e sistemático, enquadrando um dos instrumentos do processo constitucional nas categorias da moderna processualística; de José Frederico Marques, cujos trabalhos em torno da jurisdição voluntária e sobre o princípio constitucional da proteção judiciária marcam o ponto inicial dos modernos estudos brasileiros sobre as garantias do devido processo legal.

Mais vinte anos deveriam passar, para que o processo constitucional tomasse renovado impulso e marcasse a produção científica dos anos setenta e oitenta. De nossa parte, escolhemos o tema das garantias constitucionais do direito de ação para o concurso de livre-docência em processo civil em 1973, e, com a edição do novo Código, analisamos suas disposições à luz

da Constituição, em 1975. Seguiu-se nossa tese de cátedra para o direito processual penal (*Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 1976).

A partir daí, multiplicam-se os estudos de processo constitucional: em 1980, vem a lume a tese de doutorado de Kazuo Watanabe (*Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro*), editada com outro ensaio sobre o mandado de segurança contra atos judiciais. Publica-se, em 1985, sob nossa coordenação, volume de jurisprudência constitucional do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. E em todas as obras processuais da década não faltam referências às garantias constitucionais.

Mais especificamente, em Minas Gerais, José Alfredo de Oliveira Baracho escreve monografia sobre o devido processo legal e Humberto Theodoro Jr. sobre a execução da sentença e o devido processo legal.

Outros fatores deram renovado impulso aos estudos constitucionais do processo: na Universidade de São Paulo, criada a disciplina de pós-graduação "Processo Constitucional", muitas dissertações e teses de mestrado-doutorado são apresentadas e defendidas; e, com os trabalhos preparatórios e a sucessiva promulgação da Constituição de 1988, rica em garantias processuais, os trabalhos multiplicam-se: Elival da Silva Ramos disserta sobre a ação popular constitucional como instrumento de participação política; Caio Mori sobre a ação direta de inconstitucionalidade; Luciano Marques Leite sobre o princípio *audiatur et altera pars* no processo penal. José Rogério Cruz e Tucci conquista a livre-docência com trabalho sobre a motivação da sentença no processo civil e Antônio Magalhães Gomes Filho defende tese de doutorado sobre a presunção de inocência e a prisão cautelar.

Nos anos noventa a produção continua: em nível acadêmico, Angélica de Maria Mello de Almeida disserta sobre o interrogatório do acusado como ampla defesa. No Rio, Luis Gustavo Grandinetti Carvalho escreve sobre o processo penal em face da Constituição e, no Ceará, Railda Saraiva, em estudo sobre a Constituição e o ordenamento jurídico penal, detém-se sobre as garantias do devido processo legal.

Numerosos os artigos de doutrina sobre o processo constitucional, nos anos oitenta e noventa: José Carlos Barbosa Moreira, em 1980, publica trabalho sobre a motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao

Estado de Direito e, em 1984, sobre a garantia do contraditório na atividade de instrução; Calmón de Passos, em 1981, escreve sobre o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição; numerosos os nossos ensaios da época, recolhidos nos volumes *O processo em sua unidade-II*, de 1984, e *Novas tendências do direito processual*, de 1990. Em 1989, José Augusto Delgado publica artigo sobre os princípios essenciais da tutela do processo na Constituição de 1988.

E recentemente, em 1992, em colaboração com Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, publicamos livro sobre as nulidades no processo penal, todo voltado à dimensão constitucional das garantias.

4.2. Os estudos de processo constitucional criaram clima metodológico para o desenvolvimento de uma *teoria geral do processo*, pois é na Constituição, antes de mais nada, que se encontra a plataforma comum às diversas disciplinas processuais. Já tivéramos, no Brasil, um João Mendes Jr. e um José Frederico Marques, como precursores da visão dos grandes princípios comuns ao processo civil e ao penal. O renovado interesse pelo direito processual constitucional, como método definidor dos grandes conceitos e estruturas do sistema, levou, na mesma linha, ao retorno do interesse pela teoria geral do processo, na qual se reúnem princípios gerais comuns aos vários ramos do direito processual, em uma visão crítica e unitária, capaz de introduzir ao conhecimento das distintas disciplinas processuais.

O impulso inicial foi dado pela implantação da disciplina, no âmbito curricular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1973. Após um ano de ensino, os docentes encarregados da matéria - Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover redigiram a primeira edição da *Teoria geral do processo*, publicada em 1974.

Decorridos quase vinte anos, introduziram-se alterações na sétima edição da obra, necessárias para adequá-la à nova ordem constitucional e às grandes transformações por que passaram a ciência processual e o próprio pensamento dos Autores nos últimos decênios. Mas o livro preserva, acentuando-o até, o método unitário de análise crítica dos fundamentos e dos institutos basilares do direito processual.

Mas não é só. A disciplina foi oferecida também em nível de pós-graduação, a partir dos anos oitenta, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e diversas outras matérias, em nível de mestrado-doutorado, passaram a ser ali ministradas dentro da visão unitária dos grandes princípios processuais.

Concomitantemente, outras Faculdades de Direito do país introduziram em seus currículos a "Teoria Geral do Processo", ocasionando com isso novo interesse pela disciplina. Prova disto é o livro de *Teoria geral do processo*, editado em São Paulo em 1986, de autoria de José de Albuquerque Rocha e o de José Eduardo Carreira Alvim, publicado em 1989, no Rio.

Durante todo esse tempo, a matéria catalizou as atenções de docentes e alunos, tendo sido elaboradas e defendidas várias dissertações e teses, obedecendo ao enfoque metodológico de teoria geral, enfoque que hoje preside a muitas obras processuais.

Lembrem-se, apenas para exemplificar, em São Paulo, a dissertação de mestrado e a tese de doutorado de Antônio Scarance Fernandes, a primeira sobre prejudicialidade (1984) e a segunda sobre incidentes, questões e procedimentos incidentais (1989); e, no Rio de Janeiro, a tese de Paulo César Pinheiro Carneiro, sobre o Ministério Público na teoria geral do processo (1988).

Guardam a mesma postura metodológica muitos dos nossos artigos, reunidos em *O processo em sua unidade-I* (1978), *O processo em sua unidade-II* (1984) e *Novas tendências do direito processual* (1990). E o recente *Manual de processo penal*, de Vicente Greco Filho (1991) é todo plasmado pela teoria geral do processo.

5. Estava preparado o terreno para mais um passo do processualista rumo à superação das colocações puramente técnico-jurídicas da fase conceitual do direito processual. Este passo foi dado, e os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sócio-política do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da Justiça substancial e garantia das liberdades. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sócio-política a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais. Todo o sistema processual passa assim a ser considerado

como instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição; e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um destes objetivos.

Examinem-se, nesse enfoque, os pontos basilares enfrentados pela doutrina processual brasileira, naquilo que oferece de mais original e representativo.

5.1. Kazuo Watanabe escreve em 1988 estudo sobre "Acesso à Justiça na sociedade moderna" (*in Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135) em que demonstra que hoje a idéia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à *ordem jurídica justa*.

Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: *a.* o direito à informação; *b.* o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; *c.* o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; *d.* o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; *e.* o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.

5.2. Surge dessas idéias a tendência para a *universalidade da tutela jurisdicional*, a que se refere Cândido Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 391-405), pela qual se oferece a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo.

Para isso, é preciso eliminar, antes de mais nada, os óbices econômicos que impeçam ou desestimulem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A promessa constitucional de assistência jurídica integral e gratuita há de ser cumprida, seja no juízo cível como no criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos.

Mas é preciso também remover os obstáculos jurídicos representados pela dificuldade de litigar para a defesa dos novos direitos que surgem na sociedade de massa (interesses supra-individuais), abrindo as portas

para o ingresso de novas causas, pelos esquemas reformulados da legitimação para agir.

E é preciso facilitar o acesso à justiça (e à ordem jurídica justa) não só aos carentes econômicos, como também aos juridicamente necessitados, dentre os quais avultam na sociedade moderna os carentes organizacionais, mais vulneráveis em face das relações sócio-econômicas (os titulares de pequenos conflitos, os consumidores, os partícipes de contratos de adesão, os usuários de serviços públicos, os pequenos investidores no mercado mobiliário, os segurados da Previdência Social, etc.): cf. nosso trabalho sobre *O acesso à Justiça no ano 2000*, publicado pela OAB-DF por ocasião da XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, setembro de 1992.

Inserem-se finalmente na idéia de universalidade da proteção jurisdicional as técnicas de revitalização das vias alternativas que, embora nem sempre jurisdicionais, se colocam num amplo quadro de política judiciária, como meios de solucionar conflitos fora do processo e sem necessidade deste: a conciliação e a arbitragem, poderosos instrumentos de desafogo da *litigiosidade contida*, na feliz expressão cunhada por Kazuo Watanabe, e cujo principal fundamento é a pacificação social (cf. Cândido Dinamarco, ob. cit., p. 404; Ada Pellegrini Grinover, "A conciliação extrajudicial no quadro participativo", in *Novas tendências do direito processual*, Rio, Forense Universitária, 1990, p. 216-233).

5.3. A *efetividade do processo* é outro ponto fundamental nas preocupações do processualista contemporâneo.

A partir de um ensaio de José Carlos Barbosa Moreira, publicado pela primeira vez em 1982, firmaram-se os pontos essenciais desse conceito: *a.* o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema; *b.* esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos sujeitos; *c.* é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto

possível, à realidade; *d.* em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jús segundo o ordenamento; *e.* esses resultados hão de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia (Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", in *Temas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 27-42).

O tema da efetividade do processo foi retomado por Cândido Dinamarco, na tese de cátedra publicada em 1987 (Dinamarco, *A instrumentalidade...ob. cit.*, p. 451-453), em que o autor assim resume os aspectos fundamentais da problemática da efetividade: *a.* acesso à Justiça; *b.* modo de ser do processo; *c.* critérios de julgamento (ou "justiça nas decisões") e *d.* a efetivação dos direitos (ou "utilidade das decisões").

5.4. A problemática da *instrumentalidade do processo*, profundamente ligada à da efetividade - sobre as quais já havia discorrido Barbosa Moreira ("Tendências contemporâneas do direito processual civil", in *Temas...ob. cit.*, p. 2-6), constituiu o tema central da tese de Cândido Dinamarco de 1987, acima referida, cujos destaques fundamentais e conclusões mais amplas são os seguintes:

*a.* falar em instrumentalidade exige que se esclareçam os fins a serem atingidos pelo instrumento, considerados os escopos jurídico, social e político da jurisdição (ou do processo como sistema): escopo jurídico, de atuação dos direitos materiais; escopo político, de participação; escopo social, de pacificação com justiça; *b.* é preciso extrair do caráter instrumental do processo os desdobramentos teóricos e práticos, colocando o processo em seu devido lugar, evitando os males do exagerado "processualismo" (como aspecto negativo da instrumentalidade) e cuidando ao mesmo tempo de predispor o processo e seu modo de uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados (aspecto positivo da instrumentalidade). Nesse enfoque, sem transgir quanto à autonomia do direito processual, relativiza-se o binômio "substância-processo"; *c.* sem renegar as conquistas teóricas do período de apogeu técnico-científico do direito processual, devem elas ser canalizadas para um pensamento crítico e inconformista, de modo que, sem prejuízo da

introspecção do sistema, este seja também encarado de ângulos externos (seus escopos) (ob. cit., p. 435-438).

5.5. Liga-se à questão dos escopos políticos da jurisdição (e do processo como sistema) a relativa ao *momento participativo*.

A participação, no interior do processo, cumpre-se por intermédio do princípio do contraditório, pelo que toma relevância o conceito de processo como procedimento em contraditório (sem exclusão da idéia de relação processual), realçado por Dinamarco, na tese citada (p. 442 e 444-5) e, mais recentemente, por Aroldo Plínio Gonçalves (*Técnica processual e teoria do processo*, Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 102-132). E toma relevância o papel do juiz no processo, como verdadeiro partícipe da relação processual (Barbosa Moreira, sobre a "participação" do juiz no processo civil, in *Participação e processo*, coord. de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 380-394).

Mas, além disso, o princípio participativo sugeriu um rumo de investigações dirigidas, total ou parcialmente, fora do âmbito estrito da atividade realizada em juízo. Trata-se agora de examinar a relação entre participação no sentido mais amplo de participação popular - e processo, aferindo os meios de interferência que os indivíduos ou os grupos sociais assumem diante do processo.

E se notou que, embora o núcleo da participação encontre seus momentos fundamentais na intervenção, na tomada das decisões e no seu controle, desdobra-se ela numa imensa variedade de formas, que vão desde a informação e a tomada de consciência, a orientação jurídica e o encaminhamento, passando pelas consultas e reivindicações e chegando à realização dos serviços (ver, de nossa autoria, "A conciliação extrajudicial..." in *Novas tendências...* ob. cit., p. 222-223).

Por isso mesmo, pode-se desenhar um amplo quadro atinente ao princípio participativo, ligado à jurisdição e ao processo. Tem-se, de um lado, a *participação na administração da Justiça* e, do outro, a *participação mediante a Justiça*.

A *participação na administração da Justiça*, que responde às exigências de legitimação democrática do exercício da jurisdição, pode fazer-se por meio da intervenção popular direta ou indireta.

A intervenção popular direta compreende a presença de leigos na fase instrutória e decisória e os procedimentos de escolha dos juízes. A indireta configura o controle da função jurisdicional pelos destinatários, ora mediante as relações Justiça-informação (com a problemática inerente à publicidade dos atos processuais, passando pelo controle dos meios de comunicação até o sigilo, com publicidade restrita às partes e a seus procuradores); ora pelas técnicas de aferição da legalidade e justiça das decisões (e a correlata obrigatoriedade de motivação); ora pelas técnicas de responsabilização do juiz; ora pelos controles sobre a atuação e inércia dos órgãos da acusação no processo penal.

Já a *participação mediante a justiça* utiliza o próprio instrumento "processo" para permitir o acesso das pessoas e das causas à Justiça e à ordem jurídica justa, ligando-se à questão da universalidade da tutela jurisdicional. O próprio processo é então utilizado como veículo de participação democrática, e por ele se possibilita a intervenção popular na urdidura do tecido social. A começar pela assistência jurídica que compreende a informação, a tomada de consciência e o encaminhamento aos canais processuais ou alternativos adequados -, passando pela assistência judiciária e culminando com a abertura dos esquemas da legitimação para a causa, que permite o acesso de vastas parcelas da população por intermédio dos portadores, em juízo, de suas pretensões, em se tratando de interesses transindividuais, cuja veiculação em juízo em processos coletivos assume relevante dimensão social e política (cf. Ada Pellegrini Grinover, "A conciliação extrajudicial...", in *Novas tendências...* ob. cit., p. 222-225).

A importância da participação no processo e pelo processo foi salientada por seminário internacional, realizado em São Paulo em meados de 1988, com a presença de processualistas estrangeiros e brasileiros, do qual resultou a publicação do livro *Participação e processo*, contendo ensaios de numerosos juristas brasileiros: Calmón de Passos, Ovídio Baptista da Silva, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe, Elival da Silva Ramos, Antônio Magalhães Gomes Filho, Rodolfo de Camargo Mancuso, Humberto Peña de Moraes, Walter Piva Rodrigues, Oscar Xavier de Freitas, Octávio Bueno Magano, Ada Pellegrini Grinover, Carlos Alberto Carmona, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Athos Gusmão Carneiro, Antônio Scarance Fernandes, José

Carlos Barbosa Moreira, Vicente Paulo Tubelis e José Antonio de Paula Santos Neto (pela ordem dos trabalhos publicados).

5.6. As linhas de transformação do enfoque do processo, à luz dos pontos centrais acima relatados, consubstanciam-se nas tendências atuais do direito processual, que Barbosa Moreira, em outro ensaio antológico, publicado em 1984, dividiu em três vertentes: *a.* do abstrato ao concreto; *b.* do individual ao social; e *c.* do nacional ao internacional (Barbosa Moreira, "Tendências contemporâneas do direito processual civil", in *Temas...ob. cit.*, p. 1-13).

A tendência que desloca o interesse dos processualistas da linha abstrata para a concreta nada mais representa do que o empenho pela efetividade e instrumentalidade do processo, já examinadas.

Os esforços pela transformação do *processo individualista*, cunhado para acudir a conflitos de interesses individuais, num *processo social*, adequado à sociedade contemporânea, confluem num movimento em que, como aponta Barbosa Moreira (*Tendências...ob. cit.*, p. 6-11), duas linhas-força podem ser identificadas: de um lado, o processo desperta para a necessidade de assegurar a tutela jurisdicional a conflitos de interesses que, por sua dimensão meta-individual, mal se acomodam no quadro dos esquemas processuais clássicos; de outro, busca imprimir ao próprio tratamento dos conflitos interindividuais feição mais consentânea com certas exigências básicas do Estado social de direito, facilitando o acesso à justiça, independentemente de desníveis culturais, sociais e econômicos, de modo a tornar operativo o princípio no plano substancial. As duas vertentes, como se viu, espelham a preocupação central do processualista contemporâneo em seus esforços rumo à universalidade da tutela jurisdicional.

Finalmente, a passagem de um *processo nacional* para o *transnacional* afeiçoa-se ao fenômeno generalizado em que se assiste à progressiva diminuição de importância das fronteiras nacionais diante de fatores sociais, culturais, políticos e econômicos. E assim, no plano processual, intensificam-se os esforços para assegurar a cooperação das justiças dos vários países. Tratados e convenções que interessam à atividade jurisdicional se multiplicam. Desenvolve-se o juízo arbitral no terreno do comércio internacional, inspirando reformas legislativas. Os ordenamentos tornam-se mais permeáveis ao reconhecimento de decisões de justiças estrangeiras, perdendo

prestígio a solução consistente em subordinar sua eficácia à aferição prévia da justiça da decisão, mediante a revisão da causa. Evolui o tratamento processual do direito estrangeiro que seja relevante para a decisão do litígio, segundo as regras de direito internacional privado, de modo que as questões de direito estrangeiro, ao menos para efeitos práticos, se equiparam a meras questões de fato (Barbosa Moreira, ob. cit., p. 11-13).

E mais: empenham-se os processualistas ibero-americanos - e dentre eles muitos brasileiros - na tarefa de cunhar Códigos-modelo para o processo civil e o processo penal, elaborando propostas de integração imediatamente operantes e que possam servir de norte aos diversos países na elaboração de seus códigos nacionais. Os Códigos-modelo, redigidos com a colaboração de juristas brasileiros por incumbência do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, respondem à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma nos países da comunidade hispano-luso-americana e oferecem um modelo institucional, rico de mecanismos adequados para responder às exigências do processo moderno (Cf. Ada Pellegrini Grinover, "Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código-modelo para Ibero-América", *Revista de Processo*, São Paulo, n. 58, p. 120-134, 1990).

Ao mesmo tempo, os processualistas brasileiros participam de congressos e encontros internacionais, neles assumindo posição de relevo; são convidados para conferências no exterior e são citados por autores estrangeiros; freqüentam com seus trabalhos as páginas de revistas alienígenas e integram as diretorias de Associações e Institutos internacionais de processo. Pode-se mesmo dizer, com Barbosa Moreira, que "*o Brasil tem voz nos conselhos mundiais, é entidade que pesa. Se dependesse só do direito processual, seria bem diferente, sem dúvida, a imagem externa do País...* (*Reflexões sobre direito e sobre processo: duas gerações de processualistas brasileiros*, separata, Rio de Janeiro, 1992, p. 28).

6. Dentro da linha de transformação do processo abstrato para o concreto, buscando a efetividade e instrumentalidade do processo, empenhado no esforço rumo à universalização da jurisdição e ao acesso à ordem jurídica justa e levando em conta as transformações sociais, o processualista brasileiro

contemporâneo inicia o trabalho de revisitação dos institutos processuais clássicos, para adaptá-los à nova realidade.

O fato é que a sensibilidade sócio-política do processualista não o levou, nem deve levá-lo, a menosprezar o rigor científico de sua matéria. E a novidade da orientação dos estudos processuais brasileiros, que os distingue de outros de igual tendência sociológica, é a estrita fidelidade ao método técnico-científico. Conciliando e fundindo o pensamento e o método técnico-científico com as preocupações sócio-políticas, o processualista brasileiro da atualidade dedica-se - tanto no processo civil como no penal - aos problemas atuais do processo, na plena observância de seus cânones científicos mais rigorosos, empregando escrupulosamente a técnica processual para atingir os diversos escopos da jurisdição.

E isso porque, como foi notado por um dos mais sensíveis processualistas brasileiros contemporâneos, menosprezar a dimensão técnica do direito é formidável equívoco, pois qualquer ciência demanda e se serve de instrumentos técnicos. Se é certo que o tecnicismo exacerbado esteriliza o direito, é igualmente certo que o direito sem técnica é reduzido a diletantismo, quando não a charlatanismo (José Carlos Barbosa Moreira, *Reflexões...* ob. cit., p. 26-27). E, nas palavras de outro processualista da atualidade, há que conciliar o aspecto instrumental do processo, o qual é uma realidade ética porque permeado dos influxos dos valores substanciais eleitos pela nação, com a necessidade de operacionalizar meios para a consecução do que se deseja (Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade...* ob. cit., p. 320).

6.1. Por isso mesmo, na última década o processualista empenhou-se em trabalhos legislativos, permeados de sua nova visão.

Assim, colaborou ele ativamente na preparação de vários diplomas legais, extremamente avançados quanto à concepção filosófica e trazendo a marca de uma impecável técnica processual: a Lei de Pequenas Causas (Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1884); a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985); o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990).

O processualista brasileiro de última geração também participou ativamente da elaboração da Constituição de 1988, que contém inúmeros

dispositivos processuais-constitucionais, igualmente progressistas: entre as garantias do devido processo legal, ganharam estatura constitucional a regra da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais e da publicidade dos atos processuais; a garantia do juiz natural em seu aspecto de juiz competente; a regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Para o processo penal, foram elevados a nível constitucional a presunção de não-culpabilidade e o direito ao silêncio; os controles sobre a prisão, inclusive pela previsão de indenizações; o monopólio da ação penal pública nas mãos do MP, com o controle da ação penal privada subsidiária da pública. Além disso, novos instrumentos de tutela das liberdades foram cunhados, como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção. Abriam-se os esquemas da legitimação às ações coletivas de associações, partidos políticos, sindicatos, do MP, de comunidades indígenas, assim como foi ampliada a legitimação à ação direta de inconstitucionalidade. Institucionalizaram-se, em nível constitucional, a conciliação extrajudicial, assim como Juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, prevendo-se para ambos a conciliação, o procedimento oral e sumaríssimo e o julgamento de recursos por turmas formadas por juízes de primeiro grau.

E o processualista continua empenhado em colaborar na elaboração de importantes projetos legislativos: as pequenas causas penais, a ampliação da lei de pequenas causas cíveis, as interceptações telefônicas, o tratamento dos crimes de colarinho branco, a nova lei ambiental, as modificações parciais dos códigos processuais civil e penal com vistas à simplificação e celeridade do processo, tudo espelha o engajamento do processualista contemporâneo, que alia a rigorosa técnica à sensibilidade sócio-política e contribui decisivamente para o aperfeiçoamento das instituições.

6.2. Nesse trabalho de reestruturação do processo, necessário para adequá-lo aos escopos sociais e políticos da jurisdição, muitos dos esquemas processuais clássicos tiveram que ser revisitados, com o objetivo de adaptá-los à realidade sócio-política da sociedade contemporânea.

Alguns mitos da processualística tradicional foram redimensionados, passando a obedecer a novos modelos, adequados às instâncias de nosso tempo: recordem-se, para o processo civil, a *legitimação para*

*a causa, a coisa julgada e os poderes do juiz no processo; e, para o processo penal, o princípio da verdade real e o da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo-se a rigidez do sistema para a autonomia da vontade.*

6.2.1. *a. A legitimação para a causa* foi tradicionalmente comprimida, pela processualística clássica, nos limites da coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação. É exatamente esta a postura do Código brasileiro de 1973, em seu art. 6º.

Percebe-se facilmente que só por intermédio de arrojadas construções doutrinárias, avançadas por processualistas que percebiam a necessidade de adaptar os esquemas clássicos às instâncias de nosso tempo (como José Carlos Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe) e por uma jurisprudência pioneira e corajosa, seria possível enquadrar nos estreitos limites do art. 6º do CPC a legitimação de entes públicos e associações às ações coletivas em defesa de interesses transindividuais: estes não se titularizam, por definição, nas mãos de um detentor individualizado, e pela doutrina clássica os entes ou associações que levassem a juízo os interesses coletivos ou difusos não agiriam por direito próprio, mas sim na qualidade de substitutos processuais, não sendo essa legitimação extraordinária prevista em lei.

O primeiro passo foi dado pela Lei da Ação Civil Pública, de 1985, que legitimou expressamente às ações coletivas o MP, outros entes públicos e as associações que, pré-constituídas há pelo menos um ano, tivessem entre seus fins institucionais a defesa dos bens e direitos protegidos pela lei. A Constituição de 1988, como visto, ampliou o arsenal das ações coletivas, mantendo fundamentalmente os princípios inseridos na LACP, com o acréscimo da legitimação ativa do partido político e a supressão do MP para o mandado de segurança coletivo. E o mesmo esquema foi preservado pelo Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou a legitimação de entes públicos, ainda que despersonalizados, destinados especificamente à tutela dos bens em questão. Paralelamente, o CDC determinou a aplicabilidade de suas normas processuais à defesa dos direitos e interesses *difusos, coletivos e individuais* (evidentemente, quando tratados coletivamente, por sua origem comum) da LACP, pelo que o exercício da ação civil pública foi estendido à defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivamente tratados, com a mesma legitimação.

Estava, assim, garantido o acesso à justiça a amplos segmentos da população, pela via das ações coletivas, por intermédio dos portadores, em juízo, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. E assegurada, de um lado, a participação popular pelo processo e, de outro, a consecução dos fins jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

b. Quanto à *coisa julgada*, a doutrina processual já estava consolidada no sentido de limitar subjetivamente às partes a imutabilidade da sentença e de seus efeitos, condenando, ainda, de modo mais ou menos generalizado, o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, de acordo com o resultado do processo.

É certo que o nosso sistema jurídico já havia se aberto à coisa julgada *erga omnes*, nas hipóteses de ação popular constitucional (Lei n. 4.717/65); e que a mesma lei havia avançado em direção a uma particular espécie de coisa julgada *secundum eventum litis*, quando se oferecia ao juiz a possibilidade de pronunciar o *non liquet*, nos casos de improcedência por insuficiência de provas.

Não foi difícil, então, acolher a mesma solução na LACP. Mas o CDC foi além: não só agasalhou os princípios da Lei da Ação Popular e da LACP, para os processos coletivos em defesa de interesses difusos e coletivos; mas ainda, ao regular os processos em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivamente tratados, adotou igualmente a coisa julgada *erga omnes*, mas agora *secundum eventum litis*, no significado mais completo: ou seja, a sentença de improcedência, nas demandas coletivas em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, impede outras ações coletivas de objeto e fundamento iguais, mas não obsta às ações individuais que, a título pessoal, cada titular do direito queira ajuizar.

A solução do direito brasileiro, diversa da adotada nas *class actions* do sistema da *common law*, apresentava-se como a mais aderente à realidade sócio-econômica brasileira e às nossas peculiaridades sobre a legitimação dos substitutos processuais; não incorria nas dificuldades que o critério norte-americano do *opt out* ainda comporta; e não feria o princípio constitucional da igualdade (nem mesmo como igualdade de *chances*), porque de qualquer modo a sentença condenatória, no processo coletivo em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, se limita a reconhecer a existência do dano geral e o

dever de indenizar, cabendo depois a cada interessado, em processos de liquidação necessariamente individualizados, provar o seu dano pessoal e o nexo etiológico, além de quantificar a indenização, tudo em cognição exauriente e contraditório pleno.

Observe-se, finalmente, ainda com relação à coisa julgada (agora vista em seus limites objetivos, tradicionalmente contidos no dispositivo da sentença), que só aparentemente o CDC estendeu aos motivos a coisa julgada, quando determinou que os efeitos da coisa julgada positiva, nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, beneficiassem os titulares de direitos pessoais, para o fim de procederem à liquidação e execução da sentença. Na verdade, trata-se aqui de efeitos secundários da sentença coletiva, ou da ampliação legal do objeto da demanda coletiva, cuja sentença também deixa certo o dever de indenizar aos particulares. Exatamente como já ocorria, no nosso ordenamento, com relação aos efeitos civis da sentença penal condenatória.

c. O Código de Processo Civil, de 1973, já havia preparado o caminho para investir o *juiz de uma soma maior de poderes* na condução do processo. Antes disso, a legislação do trabalho havia forjado soluções que limitavam o princípio dispositivo. E o legislador de 1985 e 1990 ampliou a trilha aberta por seus antecessores.

A LACP previu que, no cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, o juiz não ficaria necessariamente adstrito à imposição do preceito cominatório, consistente na clássica multa diária, podendo determinar, quando a entendesse insuficiente ou incompatível, o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica. De outro lado, se a multa diária fosse suficiente e compatível com a obrigação, poderia o juiz aplicá-la, independentemente de pedido do autor. Possibilitou, ainda, a lei de 1985, que o juiz conferisse aos recursos efeito suspensivo, para evitar dano irreparável à parte.

Por sua vez, o CDC manteve o precedente da LACP quanto à execução específica; e ainda, avançando mais, deixou claro que o juiz poderia emitir qualquer espécie de provimento jurisdicional, legítimo e adequado, para propiciar a efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos pelo Código. Quanto aos processos coletivos de responsabilidade civil, estruturou a sentença condenatória de modo que o juiz nela averiguasse a respeito dos prejuízos

causados (e não dos prejuízos sofridos), tanto assim que a condenação é genérica e a indenização, se não houver habilitantes em número compatível com a gravidade do dano, poderá reverter ao Fundo criado pela LACP.

6.2.2. a. Para o processo penal, o princípio tradicional da *verdade real*, pelo qual ao juiz penal e às partes seria permitida toda e qualquer atividade instrutória capaz de levar à descoberta da verdade, foi comprimido dentro de lindes intransponíveis, destinados a resguardar a dignidade humana e a intimidade. Princípios éticos proclamados na Constituição e regras jurídicas, que levam em consideração valores inerentes aos direitos da personalidade, conduziram à revisão do princípio da verdade real, visto outrora como instrumento essencial para a realização do poder punitivo do Estado, e agora redimensionado como verdade subtraída da influência das partes, mas sempre constitucional e processualmente válida.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de suas emanções (a inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e das comunicações); a garantia contra a tortura e tratamentos degradantes; o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório; a assistência da família e do advogado, no momento da prisão, e o direito ao silêncio; a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e a presunção de não culpabilidade; as garantias da motivação e os limites da prisão processual, tudo foi estruturado pela Constituição de modo a realçar os princípios éticos na obtenção da verdade real, dando novo enfoque ao princípio tradicional.

b. Por outro lado, ao prever Juizados Especiais para infrações penais de menor potencial ofensivo, a própria Constituição abrandou o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, permitindo a transação em matéria penal e abrindo caminho para a mitigação do princípio da obrigatoriedade, por intermédio da denominada *discricionariedade regulada por lei*, que toma corpo e avança nos sistemas processuais penais da atualidade. E o projeto de lei das pequenas causas penais, bem como o anteprojeto de lei ambiental, propõem outras técnicas em homenagem ao princípio da autonomia da vontade, como a suspensão condicional do processo e o aumento de hipóteses de ação penal condicionada à representação.

7. Concluindo, pode-se dizer que o caminho do direito processual brasileiro moderno percorreu três fases distintas:

*a.* a primeira, de índole técnico-científica que, numa visão interna do sistema, consolidou conceitualmente as categorias e os institutos do processo, estabelecendo rigorosamente os fundamentos do direito processual;

*b.* a segunda, eminentemente crítica, que, passando pelos estudos constitucionais e pela edificação de uma teoria geral do processo, examina-o a partir de um ângulo externo, considerando-o em seus aspectos deontológicos e teleológicos, aferindo seus resultados junto aos *consumidores* de justiça;

*c.* a terceira, em que o processualista torna a dirigir suas preocupações à técnica processual, utilizando-a para revisitar os institutos processuais, a fim de adequá-los à nova realidade, no esforço de edificar um sistema apto a atingir os escopos, não só jurídicos, mas também sociais e políticos da jurisdição.

Mas uma coisa é certa: não se deve censurar à geração anterior de processualistas o enfoque eminentemente técnico-científico com que conduziram seus estudos e pesquisas. A fase anterior foi necessária para que o direito processual se elevasse a patamares antes desconhecidos entre nós e foi capaz de dar à ciência do processo seus fundamentos teóricos, suas estruturas básicas, seus institutos primordiais.

Como bem disse Barbosa Moreira, "*sem o valioso acervo que recebeu, não poderia certamente a minha geração de processualistas sequer tentar as empresas que tentou, com o êxito de que acredita ter algumas razões para orgulhar-se. Desse passado imediato, ela nada quis, nem quer, rejeitar. Seu lema não foi, nem é, o da renegação, mas o da complementação*" (*Reflexões...ob. cit., p. 27*).

Complementação que se fez, utilizando a rigorosa técnica que nos foi legada, no sentido de transformar o processo num instrumento a serviço de valores mais elevados: o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa; a universalidade da tutela jurisdicional; a efetividade e instrumentalidade do processo, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição; a participação no processo e pelo processo: tudo dentro das linhas evolutivas que levaram o sistema processual do abstrato ao concreto, do individual para o social, do nacional ao transnacional.

Eis aí a modernidade do direito processual brasileiro, cuja novidade consiste na estrita fidelidade ao método técnico-científico, mas conciliando-o e fundindo-o com as preocupações sócio-políticas.

---

## BIBLIOGRAFIA

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro : Aide, 1992.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O acesso à Justiça no ano 2000*. In: XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, 1992.
- . *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.
- . Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código modelo para Ibero-América. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 58, p. 120-34, 1990.
- . *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: Moreira, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo : Saraiva, 1984.
- . *Reflexões sobre direito e sobre processo: duas gerações de processualistas brasileiros*. Rio de Janeiro, 1992.
- . Sobre a participação do juiz no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo, coord. *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- . Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: Moreira, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo : Saraiva, 1984.

- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça na sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo, coord. *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- . *Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo, K. Watanabe, 1979.

*FILOSOFIA DO DIREITO*



# LINHA EVOLUTIVA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO\*

*Miguel Reale*

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O artigo trata inicialmente das fontes que inspiraram a Teoria Tridimensional do Direito, das versões dos mestres italianos Icilio Vanni, Giorgio Del Vecchio e Adolfo Nová e da pergunta nascida nos bancos acadêmicos sobre problema essencial relativo à estrutura da experiência jurídica, da necessidade de se ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si.

Em seguida, faz a crítica da visão kelseniana do Direito concebido como uma simples norma, além de um breve histórico da evolução da noção de Estrutura Tridimensional e da dialeticidade dos três elementos e suas conseqüências: fato - valor - norma; norma - valor - fato; norma - fato - valor.

Passa a abordar, a seguir, a temática da influência da fenomenologia de Husserl e a questão da *Lebenswelt* no seu pensamento, da dialética existencial do Direito, que este autor estudou nos seus ensaios, Estudos de Filosofia e Ciência do Direito, Direito Natural/Direito Positivo e Experiência e Cultura. Logo após, é abordado o problema da norma jurídica sob diversos aspectos.

Finaliza com a questão da utilidade do Tridimensionalismo para a análise de qualquer atividade cultural e dá exemplos tomados da prática do Direito. Finalmente comunica o lançamento de sua nova obra *Nova fase do Direito Moderno*, na qual procura abordar mais amplamente a problemática da Justiça.

## Abstract:

The article begins by treating of the sources that have inspired the Three-Dimensional Theory of Law, of the versions of the Italian masters Icilio Vanni, Giorgio Del Vecchio and Adolfo Nová and the question that came from the benches of Academia on the essential problem relating to the structure of juridical experience, of the need to go beyond a methodological discrimination to arrive at the juridical reality itself.

---

\* Reconstrução da "aula" dada por ocasião da homenagem que me foi prestada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a 25 de março de 1992, quando Antonio Paim, Ubiratan de Macedo e Aquiles Cortes Guimarães apreciaram distintos aspectos de minha atividade intelectual.

It criticizes then the kelsinian view of Law, conceived as a simple rule, besides a short history of the evolution of the notion of a Three-Dimensional Structure and of the dialectics of the three elements and the consequences: fact - value - rule; rule value fact; rule fact value.

It broaches next the themes of the influence of the phenomenology of Husserl and the question of *Lebenswelt* in his thought, of the existential dialectics of Law, that this author studied in his essays, *Studies in the Philosophy and Science of Law, Natural Law/Positive Law and Experience and Culture*. It treats after that of the problem of juridical rule under several aspects.

The article ends with the question of the use of Three-Dimensionalism for the analysis of any cultural activity and gives examples from the practice of Law. It finishes by communicating the publishing of his new work *A new phase of Modern Law*, in which he tries to treat more extensively of the problems of Justice.

Em homenagem aos estudantes, que tão gentilmente vieram ouvir-me, vou fazer de conta que estou na Faculdade de Direito de São Paulo e dizer, de certa maneira, o que é o tridimensionalismo jurídico, recordando os seus momentos fundamentais, até a sua compreensão atual em termos de *modelos jurídicos*, estabelecidos em função das mutações operadas no "mundo da vida comum" (*Lebenswelt*).

A *Teoria Tridimensional do Direito* foi uma intuição da juventude. Intrigou-me o fato de grandes filósofos do direito italiano coincidirem na divisão da Filosofia do Direito, para fins pedagógicos, em três partes: uma destinada à teoria dos *fenômenos jurídicos*; outra cuidando dos interesses e *valores* que atuam na experiência jurídica e, finalmente, uma terceira relativa à teoria da *norma jurídica*. O primeiro a dar-nos essa divisão tripartida foi Icilio Vanni, o qual, como positivista-crítico que era, dava mais importância ao que ele chamava *Fenomenologia Jurídica*, por dizer respeito ao Direito como fato social, completando-a com a *Gnoseologia Jurídica*, pertinente à norma, e a *Deontologia Jurídica*, relativa aos deveres jurídicos. Del Vecchio, seu discípulo, sendo neokantiano, manteve a tripartição, mas sob outro prisma: teoria da *idéia* do Direito ou Justiça (Deontologia Jurídica); teoria do *conceito* de Direito ou Gnoseologia Jurídica, reservando poucas páginas à Fenomenologia Jurídica. Já

Adolfo Ravà dava ênfase à norma jurídica como norma técnica, completando-a com as outras duas partes.

Pois bem, minha pergunta foi esta: no fundo dessa divisão pedagógica, não se esconde um problema essencial quanto à estrutura da experiência jurídica? Não é necessário ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si?

Foi essa pergunta, nascida nos bancos acadêmicos de minha Faculdade, que ficou provocando meu subconsciente durante muito tempo. Em 1933, tive, pois, uma pálida idéia, uma intuição, do tridimensionalismo, mas foi só em 1940 que, na realidade, pensei que o Direito não podia ser concebido à maneira de Kelsen, como uma simples norma. Então, eu tive a ousadia de me contrapor ao maior jurista do nosso século que é sem dúvida Hans Kelsen, a tal ponto que eu costumo dizer que ele representa o meridiano de Greenwich da Jurisprudência. Ocupa-se uma posição no espaço jurídico conforme se está mais perto ou mais longe de Kelsen. Isto se deu em minha tese de concurso à cátedra de Filosofia do Direito, intitulada *Fundamentos do Direito*.

Kelsen estava, em 1940, no esplendor de sua primeira fase, porque ele tem três fases. Kelsen foi um jurista que mudou muito ao longo do tempo. Em 1940 ele era conhecido sobretudo como o *jurista da norma*, do normativismo hierárquico, da pirâmide da norma jurídica, conforme expunha em sua Teoria Pura do Direito (1ª edição).

Se se perguntasse a Kelsen o que é Direito, Kelsen responderia: "*Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma*". Muito bem, eu preferi dizer: "*não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, eu devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor*". Desse modo, pela primeira vez, em meu livro *Fundamentos do Direito* eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque o Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente *valor*, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. E, pela primeira vez, na introdução do livro *Teoria do Direito e do Estado*, disse aquilo que generosamente um dos maiores

discípulos de Kelsen, Josef Kunz, qualificou de "fórmula realeana": "*o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores*"

Essa é a fórmula que Josef Kunz chamou de fórmula realeana. O Direito, repito, é uma integração normativa de fatos segundo valores.

Isso ocorreu em 1940, e esta idéia continuou me apaixonando, porque, meus amigos estudantes, o homem de ciência tem que ter uma curiosidade infinita. Platão disse e Aristóteles repetiu que a Filosofia e a Ciência nascem da curiosidade, da perplexidade diante da realidade e do desejo de perquirir. A ciência nasce da vaidade e da curiosidade; e como o homem e a mulher somos todos curiosos, não há razão nenhuma para dizer que a mulher seja inferior ao homem em termos de ciência. Porque ela talvez seja até mais curiosa do que o próprio homem... Mas, voltemos à nossa exposição.

A noção da estrutura tridimensional continuou atuando na minha consciência, no meu espírito até que, em 1952, outra intuição apareceu na minha experiência de pesquisador incansável. Essa idéia foi a *dialeticidade* dos três elementos. Esses três elementos não se correlacionam apenas, eles se dialetizam. Há uma dinamicidade integrante e convergente entre esses três fatores, de tal maneira que nós temos três ordens de dialética, conforme o seu sentido dominante, da seguinte maneira:

fato	————>	valor	————>	<i>norma</i>
norma	————>	valor	————>	<i>fato</i>
norma	————>	fato	————>	<i>valor</i>

Analisemos cada uma dessas expressões ou enunciados direcionais.

No primeiro caso, visa-se atingir a norma, para interpretá-la e aplicá-la, e temos a Dogmática Jurídica, ou a Jurisprudência (sentido clássico dessa palavra, equivalente a "Ciência do Direito") Positiva. Donde se conclui que, nesse caso, estamos perante a dialeticidade do Direito enquanto este é cultivado pela Ciência do Direito, pela Dogmática Jurídica. Dogmática Jurídica é uma palavra que devemos conservar. Não devemos aceitar a intrujice de dizer que Dogmática Jurídica é a teoria do *crê ou morre*... Dogma aí não significa verdade que não se discute, mas significa apenas o *Direito posto*. Nós, os juristas, os advogados, temos que obedecer ao direito posto, porque senão perdemos a causa. Imaginem que um advogado vá ao foro e resolva dizer que é contra o

Código Civil. O Código Civil é um dogma para o advogado. *A Dogmática Jurídica é a teoria positiva do Direito Positivo*. Temos assim, portanto, a Jurisprudência, no sentido clássico da palavra, Ciência do Direito.

Note-se que, quando emprego o termo Dogmática Jurídica, a palavra "dogma" não significa, absolutamente, "*algo que é imposto*", mas tão-somente "*algo que é posto*".

Porém, o Direito também pode ir da norma para o valor e ao fato. Quem é que estuda o fato segundo a norma valorada? É a Sociologia Jurídica. A Sociologia Jurídica tem como objeto o fato. Nós juristas objetivamos a norma. Nós juristas raciocinamos em termos de normatividade. A norma é o nosso ponto de chegada. Ela é o elemento preferencial da pesquisa do jurista. Mas o sociólogo do Direito, que é que ele quer? Quer conhecer o Direito como fato social. Ora, este fato que não é um fato qualquer, é um fato jurídico. O fato jurídico não se compreende sem referir-se a uma norma e ao valor que se visa realizar. Então, elaborei uma imagem: o Direito não é um queijo ou um doce, se preferirem, com três sabores diversos, correspondentes a três pedaços distintos, de tal maneira que o jurista vem e come a norma, o sociólogo vem e se contenta com o fato, e o filósofo jusnaturalista se perde no mundo do valor.

O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente, ou por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. É o que com acume Aristóteles chamava de "diferença específica", de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na *norma*; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no *fato*, e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma culminando no *valor*, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito.

Assim sendo, há três ordens de estudos distintos, mas estudos correlatos, conforme o seguinte quadro direcional:

CIÊNCIA DO DIREITO	——> fato	——> valor	——> <i>norma</i>
SOCIOLOGIA DO DIREITO	——> norma	——> valor	——> <i>fato</i>
FILOSOFIA DO DIREITO	——> fato	——> norma	——> <i>valor</i>

Posso confidenciar aos senhores que foi em 1952 que a *Teoria Tridimensional* tornou-se madura com a dialetização dos três fatores. Quando se tem 81 anos de idade, a gente tem o direito de ser vaidoso. Eu sou vaidoso por esse ponto de vista dialético. Lembro-me que, em 1952, quando expus esse meu pensamento a um dos maiores filósofos do Direito da Itália, que viera lecionar em São Paulo, o professor Luigi Bagolini, ele com o seu generoso temperamento itálico, exclamou: "*Ma è formidabile!*" Claro que fiquei contente com essa generosa apreciação de Bagolini, o qual, quatro anos depois, verteu para o italiano minha *Filosofia do Direito*, publicada no Brasil em 1953. Essa é, portanto, a minha maior vaidade. A vaidade de ter sido fiel a uma intuição da juventude e ir levando adiante essa cogitação.

Pois bem, em 1968, data lembrada muito oportunamente por Ubiratan de Macedo, eu escrevi duas obras geminadas, isto é, pensadas em conjunto ou geminadamente. Uma se denomina *O Direito como Experiência* e a outra *Teoria Tridimensional do Direito*. Que é que eu trago de novo com essas obras?

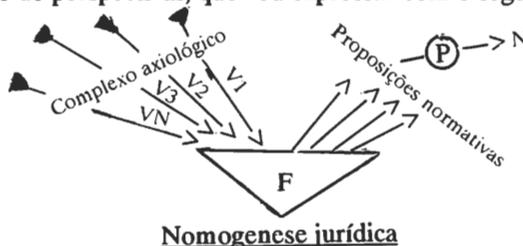
O que há nelas de novo é uma ampliação do conceito de dialética que já era dialética de complementaridade inserindo-a na experiência jurídica graças ao conceito de *Lebenswelt* ou *mundo da vida*, recebido da Filosofia fenomenológica de Husserl, e já objeto de estudo por parte de Dilthey, o mestre da Filosofia dos valores.

Correlacionando os estudos de Husserl, tão justamente admirados por nosso companheiro Aquiles Cortes Guimarães, com os estudos do grande jusfilósofo italiano Giuseppe Capograssi sobre a experiência jurídica, apresento a experiência jurídica sob o prisma tridimensional, aplicando a dialética de complementaridade desde as formas primitivas ou larvares da realidade jurídica, a qual está sempre inserida na globalidade da *Lebenswelt* ou mundo da vida comum. Destarte, eu dava ao pensamento de Husserl um sentido dialético, que ele não tinha, a partir da idéia de que, se o ser do homem é o seu dever-ser, ele é radicalmente um ser histórico. Esse sentido de historicidade conferido à fenomenologia foi novidade na época, provocando a repulsa de um professor gaúcho, que deve ter ficado muito desapontado quando, poucos anos depois, surgia uma obra póstuma de Husserl inserindo a fenomenologia no processo da história...

Disse que tomei mais profundo contato com a fenomenologia de Husserl, no que compartilho com o meu amigo Aquiles, mas vale a pena fazer um reparo, fazendo uma recomendação à juventude: não se deixem levar pelos modismos filosóficos. Eu não cheguei a Husserl por ele estar na moda, mas porque ele respondia a uma série de problemas, a uma série de indagações que estavam no meu espírito. Impressionou-me sobretudo a idéia de *Lebenswelt*, que Husserl desenvolve sobretudo em sua obra póstuma *Crise da Ciência Européia e Filosofia Fenomenológica*, mostrando que todos nós sentimos, pensamos e agimos inseridos num complexo de noções e opiniões operantes, que ele denominou "mundo da vida". Eu, que estou falando, vocês que me ouvem; o cientista que cuida de pesquisas objetivas; os pais e os filhos; o artista e os admiradores de seus quadros, todos estamos imersos nesse mundo de opiniões que os filósofos ingleses chamavam *common sense*, no século XVIII, e que pode ser apresentado como um antecedente remoto da *Lebenswelt*.

Então o Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana. O Direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade. E assim surgiu uma outra dialética, a *dialética existencial do Direito* que eu continuei a estudar em ensaios posteriores, como os reunidos em meus livros *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, *Direito Natural/Direito Positivo* e sobretudo em *Experiência e Cultura*, que é minha obra fundamental.

Aqui, eu peço licença a vocês para mostrar uma outra expressão dialética num jogo de perspectivas, que vou expressar com o seguinte símbolo:



Com essa figura, eu quero dizer que, o mundo jurídico é formado de contínuas "intenções de valor" que incidem sobre uma "base de fato",

refrangendo-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder.

A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da *autoridade (lato sensu)* que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. Todos os projetos de lei, em suma, em debate no Congresso, para dar um exemplo - perdem sua razão de ser quando um deles se converte em *norma legal*.

Essa compreensão da gênese da norma jurídica graças à participação do Poder num complexo factual-axiológico (onde, pois, não impera a vontade nua e arbitrária) é outra das contribuições contidas nas duas últimas obras citadas. Note-se que, quando falo em Poder, não penso apenas no Poder governamental, pois, através de sucessivas decisões homogêneas, o Poder Judiciário edita *normas jurisprudenciais* (Ex: as *súmulas* do Supremo Tribunal Federal) assim como o *Poder social anônimo* consagra *normas costumeiras* ou *consuetudinárias*. Há ainda o *Poder negocial* que dá vida aos contratos.

Que é uma norma? Uma norma jurídica é a integração de algo da realidade social numa estrutura regulativa obrigatória. Vamos examinar, por exemplo, o fato econômico, pois qualquer fato pode ser tomado como referencial. Sobre esse fato incide um complexo de interesses ou valorizações que exigem uma disciplina normativa, e edição, por exemplo, de uma norma legal.

Notem que o tridimensionalismo não serve só para o Direito, mas para qualquer atividade cultural. Assim é que o artista, inspirado ante certa realidade factual, projeta a sua preferência valorativa, impressionista ou expressionista, por exemplo, e esta se concretiza numa *forma* expressa por uma pintura ou uma escultura. O que é uma obra de arte senão a expressão formal de uma vivência axiológica do fato vivido pelo artista? Ora, o que é *forma* para o artista é *norma* para o jurista. A norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor.

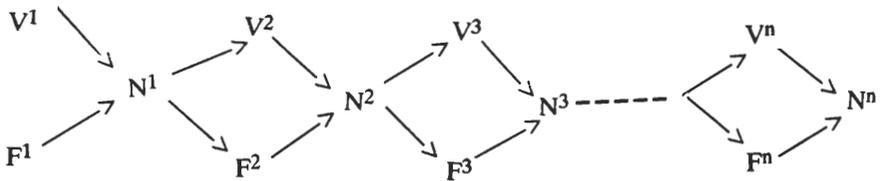
Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de

apreciar as coisas. E o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa. Querem um exemplo? Há um artigo do Código Civil (eu não saberia dizer o número, mas se algum civilista aqui presente o souber que me ajude) que declara que a multa convencionada no contrato deve ser paga proporcionalmente ao adimplemento da avença. Pois bem, na época de individualismo que se seguiu ao Código Civil de 1916 até a década de 30, que faziam os advogados? Os advogados são uns seres muito espertos, dotados de esperteza da técnica que é fundamental. Os advogados punham no contrato: a multa será sempre devida por inteiro, qualquer que seja o tempo do contrato. De maneira que aconteceu um caso muito importante em São Paulo, quando uma pobre costureira, que havia cumprido o contrato até o 20º mês na compra de uma máquina de costura, não pôde mais pagar e o credor exigia, além da devolução da máquina, mais a multa por inteiro. Ora, pela primeira vez na história do Direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: "*Alto lá! O contrato não pode prevalecer sobre a lei e a ressalva contratual é nula de pleno direito*". Até então não havia sido posta em dúvida a cláusula contratual, por entender-se que o artigo do Código Civil era apenas *dispositivo*. O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu, e entendeu bem, que essa norma legal era de *ordem pública*, dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso, determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois consagrar.

Que acontecera? Acontecera que o individualismo anterior cedera lugar a uma compreensão social e humanística do Direito, de tal modo que, em virtude dessa nova ética valorativa, o artigo da lei, sem alteração de uma vírgula, passou a significar algo de diverso, em consonância com os princípios de equidade.

Não é demais lembrar que essas alterações do alcance e significado das normas jurídicas é objeto, hoje, de estudos especiais de *Semântica Jurídica*, uma das partes da Lógica Jurídica, que não é mais apenas a Lógica dos silogismos, o que demonstra que as variações operadas na vida jurídica dão nascimento a novos ramos do saber jurídico.

Eu costumo representar o processo de variação semântica do Direito com o seguinte gráfico:



### Processo do normativismo concreto

Vamos dar, agora, um exemplo de mudança do significado do Direito em virtude de alteração no plano dos *atos*.

Mas, vou contar-lhes uma aventura que eu tive como advogado, porque eu preciso dizer aos senhores: jamais deixei de ser advogado militante. Só mesmo quando impedido como Secretário de Justiça, ou quando Reitor da USP, porque não dispunha de tempo. Ora, o fato de ser sempre advogado me ajudou muito na teoria, porque me trouxe a experiência, a força do fato social vivido diretamente.

Eu tive um fato muito curioso. Havia em São Paulo, uma grande casa de modas, chamada Casa Vogue, que era digamos assim, o esplendor da moda feminina. A Casa Vogue cresceu muito, cresceu tanto que o dono da casa, que era meu cliente, resolveu derrubar uma parede para aumentar a sua oficina. Sabendo disso, o locador entrou na mesma hora com uma ação de despejo, porque havia uma cláusula no contrato que proibia alterações no imóvel locado. O inquilino me procurou porque ia perder a oficina no coração de São Paulo. Aceitando a causa, procurei no Código Civil um artigo, segundo o qual os tapumes, as paredes divisórias de madeira, podem ser removidos livremente pelo locatário. Então eu disse ao Tribunal de São Paulo mais ou menos o seguinte: *"Ilustres Desembargadores, o que houve foi uma mudança essencial no plano dos fatos. O Código Civil Brasileiro foi feito numa época em que as paredes sustentavam edifícios, mas, hoje em dia, quando os edifícios têm estrutura metálica, ou de cimento armado, as paredes internas são removíveis como se fossem tapumes, não afetam a estrutura do edifício. Quando o inquilino sair, no término do contrato, ele reporá a parede no lugar."* Eu ganhei a causa e ganhei mais experiência jurídica.

Mas a norma não é também uma coisa assim, que se puxe para lá e para cá. Pontes de Miranda dizia, sabiamente, que a norma jurídica tem certa elasticidade. A norma é elástica. Mas chega um certo momento em que a elasticidade se parte e a norma se rompe. Logo as variações na interpretação da norma devem ser compatíveis com sua elasticidade. Pois bem, quando uma norma deixa de corresponder às necessidades da vida, ela deve ser *revogada*, para nova solução normativa adequada, o que nos revela a riqueza das soluções que a vida jurídica apresenta.

Quanto mais os senhores estudarem o Direito, mais sentirão a sua beleza. É preciso saber amar aquilo que se pratica com convicção. O jurista que não ama a sua profissão é apenas um "arremedo" de jurista e não merece a mínima atenção.

E agora meus amigos, para terminar, pois o tempo já vai longe, eu acabo de publicar, para comemorar os meus 80 anos, o livro *Nova fase do Direito Moderno*. E pela primeira vez, notem bem isso meus caros colegas, eu tive a coragem de abordar mais amplamente a problemática da Justiça. Referia-me muito à Justiça, mas nunca tinha escrito de maneira direta sobre ela, examinando-a em profundidade. Talvez eu achasse que ainda não tinha tempo ou conhecimento bastante para escrever sobre a Justiça. E deixei para o meu último livro, o que é um sinal de prudência. Creio que fiz bem, porque ao jurista nunca é demais agir com prudência. Aliás, o nome antigo e clássico de Ciência do Direito era Jurisprudência, palavra que deve ser conservada também em seu sentido pleno, ao lado da subordinada jurisprudência dos tribunais.

Pois bem, em meu último livro, eu desenvolvo o entendimento, ao qual se refere Ubiratan de Macedo, de que *a justiça é um valor franciscano*. São Francisco, o maior santo da Igreja, ensinava que a razão do amor aos homens culminava no espontâneo ato de dar, de ir ao encontro do outro para ajudá-lo.

Isto posto, entendo que a justiça não é um valor que tenha um fim em si mesma: é um valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os valores valham, numa harmonia coerente de idéias e de atitudes.

Em verdade, sem base de justiça não pode haver ordem, nem segurança, assim como a riqueza passa a ser privilégio de alguns. O uso da força só é legítimo quando se funda em razões de justiça.

É por isso que, após *Nova Fase do Direito Moderno*, cheguei a uma definição do Direito, que pela primeira vez eu vou enunciar como homenagem aos jovens que me ouvem: "*O Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores*".

# UMA POLÍTICA DE CULTURA PARA O BRASIL DE HOJE\*

Celso Lafer

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

## Resumo:

O artigo examina, preliminarmente, antecedentes importantes do liberalismo para explicar a sua vertente contratualista. Expõe a seguir, numa perspectiva *"ex parte populi"*, a importância da política da cultura como uma instituição estratégica de liberdade, uma vez que enseja, em contraste com a política cultural, a liberdade como não-impedimento; a liberdade como participação e a liberdade como *"bildung"*. Discute os princípios da política da cultura (veracidade, publicidade, espírito crítico, probidade) que tem como fundamento o valor *tolerância*, concluindo com um exame analítico da relevância deste valor para encaminhar dilemas do mundo contemporâneo.

## Abstract:

The article explains relevant characteristics of liberalism so as to give a view of its neo-contractualism dimension. Then, on the basis of an *"ex parte populi"* perspective, the article sustains the relevance of a politics of culture as a strategic institution of liberty since it offers the opportunity for positive-liberty, negative-liberty and liberty as *"bildung"*. The principle of a politics of culture (truthfulness, publicity, critical spirit, honesty) are discussed having as an axiological foundation the value of *"tolerance"*, a most relevant value to enable us to deal with the dilemma of the contemporary world.

## 1. O tema e as suas razões.

O liberalismo está na ordem do dia, com a derrocada da experiência soviética que colocou em questão os caminhos do socialismo.

Esta "vitória" do liberalismo vem simplificando de maneira inadequada o debate intelectual, que se politiza na forma de um catecismo liberal, da mesma maneira que o catecismo marxista simplificava a discussão quando era culturalmente hegemônico.

---

\* São Paulo, 15 de outubro de 1992.

O liberalismo é mais rico e complexo que o seu catecismo e, ao contrário da tradição socialista que misoneisticamente se estruturou em torno de um só clássico - Marx - tem, neste sentido, o mérito de ser pluralista desde as suas origens e o que perde em foco ganha em abrangência. Caracteriza-se, assim, por uma multiplicidade de clássicos. Kant e Adam Smith, Humboldt e Tocqueville, Benjamin Constant e John Stuart Mill, por exemplo, se têm afinidades relevantes que permitem integrá-los na família dos patronos da doutrina liberal, assinalam-se por diferenças muito apreciáveis.

Esta variedade persiste até hoje. Por isso convém falar em *liberalismos* no plural e não em *liberalismo* no singular, pois uma só etiqueta uniformizadora não apenas não permite captar as diferenças que separam um Hayek de um Bobbio, um Raymond Aron de um John Rawls, um Octavio Paz de um Popper, um Dahrendorf de um Isaiah Berlin, como também não permite sublinhar que a doutrina liberal contém tanto vertentes de vocação conservadora quanto vertentes de índole inovadora e radical.

Neste texto vou discutir e analisar "valores" da doutrina liberal que colocam uma visão do papel e do problema da cultura em relação ao estado, à sociedade e ao direito. Considero este tema relevante no âmbito da Universidade - que *ex officio* trata da cultura - e muito especialmente na nossa Faculdade uma vez que o Direito é um fenômeno cultural - é um *construído* pelos homens e não um *dado* da natureza caracterizando-se como um bem cultural, que tem, como ensina Miguel Reale, dois elementos, um *suporte* e um *significado*. Se o *suporte* do Direito hoje é o *direito positivo*, o seu *significado* está ligado a valores que cabe *compreender* e *justificar* uma tarefa que incumbe ao professor de Filosofia do Direito, que sou nesta casa, empreender.<sup>1</sup>

## 2. Preliminares.

Início com um arrolamento dos antecedentes, observando que historicamente o liberalismo inseriu na agenda política a demarcação nítida entre estado/e não estado. Com ele (*i*) o estado perdeu o monopólio do poder

---

1. Cf. Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, parágrafos 91, 94, 95, 100.

*ideológico com reconhecimento do direito à liberdade religiosa e à liberdade de opinião e de pensamento.*

Dá a relação entre *liberalismo e laicismo* e *liberalismo e tolerância* no sentido positivo que se contrapõe ao fanatismo ao se aceitar que a verdade não é uma mas múltipla e tem várias faces.

Com ele também (ii) *o estado perdeu o monopólio do poder econômico com o reconhecimento do direito à liberdade econômica.*

Esta demarcação nítida entre estado e não estado, como observa Bobbio, deriva da diferenciação conceitual entre o político e o social. Ela data do século XIX e marca uma ruptura com a tradição do pensamento político de Aristóteles a Hegel - compartilhada por isso mesmo tanto pela tradição liberal quanto pela socialista - ao colocar como pressuposto que o *Estado é parte do qual a sociedade é um todo.*<sup>2</sup>

Mais especificamente, o estado é o aparato coercitivo da sociedade por isso deve ser mínimo (liberalismo) ou desaparecer (socialismo).

Na tradição liberal, o estado como o aparato coercitivo da sociedade deve ser balizado por normas jurídicas - é o princípio da legalidade inerente ao estado de direito - que se exprime através de *imperativos impessoais*. Estes evitam o personalismo do arbítrio pessoal dos governantes, e buscam fazer do *monopólio estatal de coerção organizada força e não violência*. Com efeito, se esta tem como notas a imprevisibilidade, a descontinuidade e a desproporção entre meios e fins, aquela tem como característica a *medida* dada pela norma que impõe o agir com medida, de acordo com a medida, e com o objetivo de alcançar a medida.<sup>3</sup>

Esta preocupação com a *medida* é uma forma de domesticar o poder. Deriva da mudança trazida pelo tema dos direitos humanos colocado pela tradição liberal, que inaugurou juridicamente a *perspectiva dos governados* ao reconhecer que estes têm direitos e não apenas deveres impostos pelos governantes. Em outras palavras, o estado é para o indivíduo e não o indivíduo é

---

2. Cf. Norberto Bobbio, *Estado, governo, sociedade*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 61-62.

3. Cf. Norberto Bobbio, *Il terzo assente*, Milano, Sonda, 1989, p. 151.

para o estado como explica Bobbio na sua exegese do art. 2º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.<sup>4</sup>

Isto quer dizer que o direito não é encarado na perspectiva do soberano que coloca os deveres para os seus súditos, mas sim na perspectiva dos governados visto como cidadãos, que têm, para usar a formulação de Hannah Arendt, *o direito a ter direitos*.<sup>5</sup>

Observo que ao colocar a questão nestes termos - o dos direitos da cidadania, estou me filiando a uma vertente contratualista do liberalismo, de cunho jurídico e inspiração republicana, e não a uma vertente utilitarista de cunho econômico. Com efeito, na perspectiva contratualista, como aponta Salvatore Veca, a legitimação da mão visível da autoridade pública encontra-se na sua capacidade de tutelar direitos dos cidadãos, tendo em vista o acesso e a geração de oportunidades para que cada indivíduo possa afirmar pela livre escolha de fins no tempo a sua identidade. Não é isso o que ocorre na perspectiva utilitarista, para a qual a legitimação da mão visível da autoridade é a eficiência dos resultados no atendimento dos interesses agregados da sociedade, buscando, na fórmula de Bentham, trazer a maior felicidade para o maior número, e no qual se considera o indivíduo que integra este número apenas como maximizador de seus interesses e preferências.<sup>6</sup>

É por esse motivo, aliás, que existe um conflito latente entre juristas e economistas, pois os juristas tendem, pela sua própria formação, a defender uma ética de princípios a dos direitos e os economistas, também pela sua própria formação, a afirmar uma ética de resultados, para a qual os direitos não são uma questão em si, mas são redefinidos em termos de utilidade. É isto, diga-se de passagem, que está na raiz dos conflitos entre os juristas e os formuladores da política econômica no Brasil dos últimos anos.

---

4. Cf. Norberto Bobbio, *Estado...* ob. cit., p. 117; *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 49-65, 85-111.

5. Hannah Arendt, *Origens do totalitarismo*, São Paulo, Cia. das Letras, 1989, p. 300-336; Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Cia. das Letras, 1988, cap. 5.

6. Cf. Salvatore Veca, *Questioni di giustizia*, Parma, Pratiche, 1985, p. 69-81.

### 3. Apresentação do tema.

O tema da cultura na visão da doutrina liberal - pede uma referência analítica do termo política, que comporta polaridades. Entre elas a que contrapõe a *política domínio* e a *política programa-de-ação*.<sup>7</sup>

A dimensão *política domínio* surge através da interferência decisória do poder no exercício de uma função hierárquica de gestão da sociedade para determinar uma opção entre múltiplos possíveis e não necessariamente compatíveis programas-de-ação.

Na perspectiva liberal, em matéria de cultura, o que se pretende é excluir a cultura da política-domínio, para impedir que o Estado recupere o monopólio do poder ideológico. Este tema mantém a sua atualidade de um lado com a exacerbação dos "fundamentalismos" que está ocorrendo no mundo (por exemplo: Oriente Médio) e que não é capaz de lidar com a compatibilidade de verdades contrapostas; de outro com a nova problemática da tolerância que hoje, além de ter que lidar com a diversidade de crenças e opiniões, precisa discutir o tema da convivência de diversidades de outra natureza, como as de línguas, raças, etnias e nacionalidades, onde o *diferente* provoca a discriminação e a intolerância dos preconceitos<sup>8</sup> e pode levar à guerra civil e à centrifugação e à secessão de estados (como, por exemplo, no Leste Europeu e na antiga URSS).

Dito isso, vou iniciar a apresentação do tema por meio de uma dicotomia proposta por Norberto Bobbio que contrasta, diferenciando a *política da cultura* da *política cultural*.

i. *Política cultural* é a planificação e a organização da cultura em função de interesses políticos. Representa a idéia de uma cultura policiada no plano do estado pela censura e no da sociedade pelo "patrulhamento ideológico" com vistas ao *domínio hegemônico* de uma única e monista visão do estado, da sociedade e do direito.

ii. *Política da cultura* representa a política dos homens de cultura na defesa das condições da existência e do desenvolvimento da cultura. Neste

7. Cf. Raymond Aron, *Democracia e totalitarismo*, Lisboa, Presença, 1966, p. 21-35; Celso Lafer, *O sistema político brasileiro*, São Paulo, Perspectiva, 1975, parte 1.

8. Cf. Norberto Bobbio, *A era...* ob. cit., p. 203-204.

sentido ela é, politicamente, um programa-de-ação e não uma proposta de domínio.<sup>9</sup>

Observo que, se a visão liberal do papel da cultura, que estou buscando justificar, é contrária à cultura instrumentalmente policiada por interesses políticos, isto não significa a defesa de uma *cultura apolítica*, separada da sociedade na qual vive, e dos problemas desta sociedade, ou seja, uma cultura não empenhada e indiferente e que não se comunica com a esfera dos interesses sociais.

*O liberalismo se opõe a uma cultura policiada mas não quer uma cultura apolítica* pois pressupõe umnexo na relação entre política e cultura. Este nexoe dado pelo valor tolerância - que adiante examinarei - que requer a democracia como o solo no qual se fertiliza a cultura como livre racionalidade crítica. Tolerância, adianto, na minha perspectiva, não significa indiferença, indulgência, ou falta de princípios, mas sim a tutela da política da cultura como condição de um regime democrático.<sup>10</sup>

#### 4. Qual é o fundamento político da cultura?

A resposta a esta pergunta, para a visão liberal, é inequívoca: *a política da cultura é uma instituição estratégica da liberdade* - aspiração unificadora do liberalismo.

Responde, assim, à multiplicidade das dimensões de liberdade, das quais vou destacar três, neste texto: a liberdade como não-impedimento; a liberdade como participação e a liberdade como "*bildung*".

i. *A liberdade como não-impedimento*, que é a assim chamada desde Benjamin Constant, *liberdade moderna* ou *liberdade-negativa* como a qualifica Isaiah Berlin, traduz-se na "*freedom-from*" na liberdade da opressão e da coerção.

*A política da cultura tutela a liberdade como não-impedimento* ao postular uma *cultura livre*, ou seja, uma cultura não impedida por obstáculos materiais que dificultam a livre circulação e troca de idéias, ou por obstáculos

9. Cf. Norberto Bobbio, *Política e cultura*, Torino, Einaudi, 1977, p. 37.

10. *Ibid.*, p. 34-35.

psíquicos e morais que resultam da pressão de vários tipos sobre as consciências e mentes da cidadania.<sup>11</sup>

ii. A *liberdade como participação*, que é a assim chamada liberdade dos antigos, ou *liberdade positiva*, representa a "freedom to" - a ampliação de oportunidades de participação coletiva da cidadania na criação e divulgação dos bens culturais. A política da cultura a tutela na exata medida em que não é *domínio e imposição*, mas sim um programa-de-ação múltiplo a ser exercido pela vontade autônoma dos indivíduos no uso dos seus direitos de cidadania.

No primeiro caso - a liberdade como não-impedimento a política da cultura tutela a liberdade permitindo que o indivíduo, considerado como um todo em si mesmo, seja livre para criar e fruir; no segundo caso - a liberdade como participação a política da cultura tutela a liberdade, assegurando que o indivíduo, considerado como parte de um todo a comunidade política seja livre para participar democraticamente e com autonomia da cultura e não por força da imposição dos governantes, de cima para baixo.<sup>12</sup>

Liberdade como não-impedimento e liberdade como participação são complementares, como anota J. G. Merquior,<sup>13</sup> pois têm em comum a idéia de autodeterminação - o que me leva a discutir a terceira dimensão de liberdade, a

iii. *liberdade como "bildung"*, ou seja, como o desabrochar do potencial humano através da autônoma construção e amadurecimento da personalidade de cada indivíduo. Esta dimensão da liberdade, que foi articulada com inspiração goetheana por von Humboldt, no seu clássico ensaio sobre os limites da ação do estado e retomado por Stuart Mill em *On liberty*, é inerente à doutrina liberal, que coloca em evidência não aquilo que os homens têm em comum enquanto homens, mas aquilo que têm de diverso enquanto indivíduos.

11. Cf. Norberto Bobbio, *Política...* ob. cit., p. 38.

12. Cf. Norberto Bobbio, *Ensaios escolhidos*, São Paulo, Ch. Cardim, s.d., p. 23.

13. José Guilherme Merquior, *O liberalismo: antigo e moderno*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1991, p. 21-27.

Por isso o liberalismo tutela a individualidade enquanto diversidade, vendo no pluralismo um dos elementos do bem-estar no mundo.

A liberdade como diversidade, para ensejar o "*bildung*", faz da cultura um "bem incompressível" que responde às necessidades profundas dos homens. É por isso, como observa Antonio Candido, que a literatura é um direito humano fundamental, pois leva à *formação* do homem, na medida em que, como imagem e transfiguração da própria vida, traz livremente em si o que chamamos o bem e o mal proscrito e o sancionado organizando e humanizando de múltiplas maneiras a aventura da vida.<sup>14</sup>

A política da cultura tutela a possibilidade da liberdade como "*bildung*" precisamente porque parte do pressuposto de que o pluralismo e a diversidade são um bem incompressível a ser assegurado à cidadania.

Recapitulando, na perspectiva "*ex parte populi*" e, portanto, na linguagem dos direitos, o que foi dito sobre o fundamento da política da cultura para o liberalismo:

a. Os direitos-garantia de primeira geração, como os da liberdade de religião, pensamento, opinião, ao assegurar a *amplitude do lícito*, ensejam a liberdade como não-impedimento.

b. Os direitos humanos de segunda geração, ao colocarem os créditos do indivíduo em relação à coletividade através dos temas dos direitos econômico-sociais e culturais, postulam maiores oportunidades para a liberdade como participação, buscando criar a igualdade dos pontos-de-partida, inclusive para a fruição da liberdade como não-impedimento.

Realço aqui a relevância dos direitos de segunda geração, posto que neles se encontra a chave da relação entre liberdade e igualdade para a visão liberal que não é a do igualitarismo que considera desejável que todos sejam iguais em tudo, mas sim a de que se amplie a igualdade de oportunidades para que todos possam livremente buscar uma identidade diferenciada.<sup>15</sup>

---

14. Cf. Antonio Candido, *Direitos humanos e literatura*, in A. C. Ribeiro Fester (org.), *Direitos humanos e*, São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 107-126.

15. Cf. Norberto Bobbio, in Bobbio et alii, *Equalianza e equalitarismo*, Roma, Armando, 1978, p. 13-25.

Não preciso dizer que há uma infinidade de coisas a fazer num país como o nosso, com pouca memória de sua cultura, que não preserva adequadamente sequer a memória histórica das elites e que, dadas as condições de pobreza e marginalidade, o passado da cultura tende a ser, para a maioria da população como observa Hélio Jaguaribe -, apenas a herança da língua e da miséria. A primeira evidentemente é a de ocupar-se com a *educação*, pois sem educação cada geração começa do zero, sem tirar proveito da experiência das gerações anteriores, obstaculando, assim, o clássico papel da cultura como cultivo como *cultura animi* - tão necessária para o juízo apropriado da cidadania na condução da *res publica* e do indivíduo na orientação de sua vida privada.<sup>16</sup>

c. A tutela do "*freedom from*" e do "*freedom to*" a da liberdade tanto como exercício quanto como oportunidade - é a condição da possibilidade da liberdade como "*bildung*" diferenciada, base de uma sociedade e de uma cultura pluralista, aberta à diversidade - um valor-chave do liberalismo cuja realizabilidade a política da cultura enseja.

## 5. Princípios da política da cultura.

A política da cultura, sendo a política dos homens de cultura na defesa das condições de existência e do desenvolvimento da cultura obedece a certos *princípios*. Estes princípios vou qualificar como princípios gerais, fazendo assim uma analogia com os princípios gerais do direito, pois à semelhança destes, têm uma função como critério diretivo na interpretação e como critério programático no progresso da cultura. Penso que cabe dar a eles o devido destaque no âmbito da Universidade, posto que representam o núcleo da ética da política da cultura que é indispensável explicar e justificar numa aula inaugural de abertura dos cursos jurídicos.

i. O primeiro princípio da política da cultura é o empenho na busca da verdade, o que se traduz na afirmação do *princípio da veracidade*.

---

16. Cf. Hélio Jaguaribe, *Alternativas do Brasil*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1989, p. 66; Hannah Arendt, *Entre o passado e o futuro*, São Paulo, Perspectiva, 1972, cap. 6.

Isto significa não falsificar os fatos e não torcer os argumentos, oferecendo tenaz resistência à tentação da mentira e do engano.

A *publicidade* como critério de moral como ensina Kant - e a *boa-fé* na discussão como mostra Stuart Mill - são ingredientes asseguradores do princípio da veracidade, e não preciso indicar a importância mais ampla disso. Basta pensar, no âmbito da sociedade, como este princípio é válido na análise do que *deve ser* e frequentemente não é, o papel dos meios de comunicação a saber: o de oferecer à cidadania uma informação exata e honesta, para que a voz da razão possa manifestar-se.

ii. O segundo princípio da política da cultura é o *espírito crítico*, vale dizer, não querer transformar a ciência em sapiência profética, empreender uma constante crítica dos pressupostos, pensar o significado daquilo que se conhece. Esta é, por excelência, no meu modo de ver, a tarefa da Filosofia do Direito no campo jurídico, pois sendo o direito um bem cultural, cabe a esta disciplina descortinar o significado do direito positivo. Isto se faz através do "*aut-aut*" do diálogo, inerente ao pluralismo que nutre a visão liberal da realidade, não do "*et-et*" do dogmatismo impositivo que gera sistemas fechados à discussão.

iii. O terceiro princípio da política da cultura é o *dever da probidade*.

Este dever se traduz em método e rigor no trabalho intelectual; na circunspeção que deve preceder o julgar e a tomada de posição, o que se faz controlando e examinando todos os argumentos antes de pronunciar-se, sendo preferível renunciar a pronunciar-se do que fazê-lo açodada e precariamente.

Estes princípios que estou extraindo da reflexão de Bobbio<sup>17</sup> têm como base o tema da tolerância, que vou examinar como arremate desta exposição.

## 6. A tolerância e a política da cultura.

O liberalismo, ao postular uma política da cultura encarado como um programa-de-ação, e ao rejeitar uma política cultural baseada na imposição do domínio do poder, tem como fundamento o valor tolerância.

---

17. Cf. Norberto Bobbio, *Política...* ob. cit., p. 39-43.

i. Este pode ser defendido e justificado preliminarmente em termos de *razão prática*.

Com efeito, a tolerância não quer dizer ceticismo ou indiferença. Quer dizer, na visão liberal, que a verdade não pode triunfar pela imposição ou pela perseguição, pois a democracia parte do pressuposto de que a convivência coletiva requer a civilidade do *princípio de reciprocidade* - o "*do ut des*" da tolerância mútua - pois se me atribuo o direito de impor e perseguir, concedo ao outro este mesmo direito. Neste primeiro plano, como observa Bobbio, a tolerância se fundamenta em razões práticas da prudência política - é um cálculo para assegurar a aposta da convivência pacífica.

Esta aposta tem a sustentá-la, num segundo plano mais profundo, a confiança na razão e na razoabilidade do Outro, ou seja, na *viabilidade da persuasão* como método de discussão da verdade e no equívoco da imposição coercitiva.

Como dizia Morus em *A utopia* "*não é pela controvérsia travada com as armas na mão mas pela suavidade e pela razão - que a verdade se liberta por si própria, luminosa e triunfante, da treva do erro*".<sup>18</sup>

Na mesma linha afirmaria Locke, na sua clássica *Letter concerning toleration*, que, não só a verdade não é ensinada pelas leis nem necessita da força para obter a sua entrada na mente dos homens como se torna mais fraca valendo-se da violência.<sup>19</sup>

Como é sabido, confiar nos métodos da persuasão e não nas técnicas da força, como meio de solucionar as controvérsias, é um ingrediente da democracia, que opta, como lembra Bobbio, "*por contar cabeças e não por cortar cabeças*".

Além das razões de método, num nível ainda mais profundo que pode ser kantianamente colocado em termos de razão prática, a tolerância justifica-se no plano moral pelo respeito devido à pessoa do outro. Ela é, portanto, não apenas política e socialmente desejável e metodicamente válida do ponto de vista de um regime democrático, mas é igualmente devida numa

---

18. Cf. Tomás Morus, *A utopia*, Lisboa, Guimarães, s.d., p. 184.

19. John Locke, *A letter concerning toleration*, in *Locke, Berkeley, Hume*, Chicago, Encyclopaedia Britannica Inc., 1952, p. 15.

perspectiva ética, pelo respeito inerente ao reconhecimento do outro que caracteriza a visão do mundo da democracia, enquanto desdobramento do liberalismo.

ii. A estes argumentos da razão prática, em prol da tolerância, cabe adicionar, como faz Bobbio, um fundamento que se localiza no plano da razão teórica e que traduz o ponto de vista liberal sobre a própria natureza da verdade. Esta não é una, mas múltipla, dada a complexidade ontológica da realidade. Não vivemos num *universo* mas sim num *multiverso* pluralista a que só podemos ter acesso, por aproximações sucessivas, através da política da cultura.<sup>20</sup>

O pluralismo da razão teórica inerente a esta percepção liberal da realidade não significa *relativismo* nem se traduz em ceticismo.

*"Eu prefiro café, você prefere champanhe. Temos gostos diferentes. Não há mais nada a dizer"* - isto é relativismo, aponta Isaiah Berlin que sublinha que o pluralismo é algo completamente diferente. Trata-se de uma concepção que se baseia na idéia de que existem *"muitos fins diferentes que podem ser buscados pelos homens, fazendo com que estes se sintam plenamente racionais, plenamente realizados, capazes de entendimento, compreensão e iluminação mútuas da mesma forma que nos iluminamos com a leitura de Platão ou os romances do Japão medieval - mundos e concepções muito distintos dos nossos"*.

O que torna a intercomunicação dos pontos de vista e das culturas no tempo e no espaço possível, continua Berlin, é o fato de que *"o que faz os homens seres humanos é algo comum a todos"* e é isto que funciona como pontes, estabelecendo pontos de interação.<sup>21</sup>

Num mundo como o nosso, onde a tolerância hoje também diz respeito ao diferente e não apenas ao diverso - inclusive em nosso país onde começam a aflorar tendências centrífugas o reconhecimento da natureza heterogênea da sociedade é o caminho para a integração e o antídoto à desintegração.

Este caminho requer a *política da cultura*. *Juridicamente* isto se traduz em reduzir ao mínimo indispensável à *ordem pública*, os comandos e as

20. Cf. Norberto Bobbio, *A era...* ob. cit., p. 203-210.

21. Cf. Isaiah Berlin, *Limites da utopia*, São Paulo, Cia. das Letras, 1991, p. 21.

proibições por exemplo, os necessários para a preservação do patrimônio histórico-cultural e ampliar ao máximo os estímulos e desestímulos - os incentivos a ação cultural - que abrem o campo da autonomia da vontade.

Com efeito, sendo a política da cultura uma *vis directiva* a ser estimulada no âmbito da sociedade, a escolha dos seus meios nela deve brotar, cabendo ao estado não impor mas reconhecer na coordenação da *res publica* a multiplicidade dos modelos jurídicos por meio dos quais pode se exprimir e articular a política da cultura.

Esta proposta de uma política da cultura tem a sustentá-la uma *atitude*. Esta não é, como já disse, a acepção negativa da tolerância ou seja: a condescendência indulgente com a falta de princípios, fruto da indiferença e do ceticismo que frequentemente ocorre nas democracias, assim como a carência de tolerância positiva normalmente acomete as sociedades autoritárias.

Esta atitude requer uma razão aberta porém combativa e combatente, posto que empenhada no inconformismo que anima a minha visão do liberalismo que não aceita o excesso de tolerância negativa e de intolerância negativa, infelizmente tão presentes na experiência brasileira. A militância do liberalismo de inovação, ao qual me filio, não olha as coisas do alto de uma sabedoria ossificada num catecismo. Examina os problemas concretos, seguindo com rigor as lições, ainda que incertas, da experiência histórica, e em conformidade com as verdades parciais que vai recolhendo pelo método das aproximações sucessivas. Participa, assim, como ensina Raymond Aron, da construção prometéica do destino humano, posto que tem, nas palavras de Tocqueville, aquela preocupação salutar com o futuro, que faz velar e combater.<sup>22</sup>

---

22. Cf. Raymond Aron, *De la condition historique du sociologue*, Paris, Gallimard, 1971, p. 64-64; Norberto Bobbio, *Política...* ob. cit., p. 205.



*DIREITO PRIVADO*



## RETRATAÇÃO (ASPECTOS DE DIREITO CIVIL)

*Álvaro Villaça Azevedo*

Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP  
Professor Titular de Direito Civil e de Direito Romano da  
Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie  
Advogado e Conselheiro Federal da OAB, por São Paulo

### Resumo:

O artigo principia com a análise do conceito de retratação a partir de uma concepção etnológica, tratando a seguir de suas características, como o fato de ser ato jurídico unilateral, não culposos. Quanto às suas espécies, duas se apresentam, a legal e a contratual.

Na seqüência aborda a retratação comparando com os institutos da revogação, denúncia, retrato e resgate. A partir de então, trata da retratação no Direito Contratual e as possíveis situações daí decorrentes. Aborda então a questão da retrovenda, da revogação da doação por ingratidão do donatário, do mandato e sua extinção.

A seguir, discute o problema da retratação no Direito das Coisas, nos casos de enfiteuse e nas rendas constituídas sobre imóveis; a retratação no Direito de Família, nos casos de casamento e no Direito das Sucessões, quando da aceitação e renúncia de herança.

Finaliza com a questão da revogação de testamento e com os efeitos *in genere* da retratação no âmbito civil.

### Abstract:

The article begins with the analysis of the concept of retraction from an ethnological conception and deals then with its characteristics, such as the fact that it is a not guilty, one-sided juridical act. As to its kinds, there are two of them, the legal and the contractual.

It goes on to speak about retraction as compared with the institutes of revocation, accusation, clause of redemption and redemption. From this point it treats of retraction in Contract Law and the possible situations arising from this. The article then speaks about the questions of sale with right of redemption, of the revocation of a donation on account of ingratitude of the donee, of the mandate and its extinction.

It then discusses the problem of retraction in the Rights of Things, in the cases of fee-farms and of incomes on real estate; the retraction in Family Law, in the cases of marriage and in the Descent Law, in cases of acceptance and renunciation of inheritances.

It ends with the question of revocation of will and with the effects *in genere* of retraction in civilian life.

## Sumário:

1. Conceito
2. Caracteres e natureza jurídica
3. Espécies
4. Retratação, revogação, denúncia, retrato e resgate
5. Retratação no Direito Contratual
  - 5.1. Cláusula de retratabilidade
  - 5.2. Proposta e aceitação
  - 5.3. Arrependimento
  - 5.4. Retrovenda
  - 5.5. Doação
  - 5.6. Mandato
6. Retratação no Direito das Coisas
  - 6.1. Enfitese
  - 6.2. Rendas constituídas sobre imóveis
7. Retratação no Direito de Família
8. Retratação no Direito das Sucessões
  - 8.1. Aceitação e renúncia da herança
  - 8.2. Revogação de testamento
9. Efeitos

## 1. CONCEITO

A palavra *retratação* descende da latina *retractatio, onis*, significando desistência, recusa, retomada, revisão, reexame, emenda, correção, hesitação. Ela deriva do verbo *retracto, as, avi, atum, are* (retomar, retocar, rever, emendar, corrigir, recordar, relembrar, examinar outra vez, reler), que se forma com a adição do prefixo ou préverbo *re*, que dá idéia de repetição, retrocesso, reciprocidade, oposição e mudança, no verbo *tracto, as, avi, atum, are*, que significa arrastar, destroçar, despedaçar, rasgar, tocar, manejar, manusear, dirigir, governar, cuidar, refletir, ventilar.

É de se lembrar, em verdadeiro parêntese, que, em certos pontos, o vocábulo *retratação* guarda muita semelhança de sentido com o termo *revogação*, pois esta, *revocatio, onis*, em sua origem, advém do verbo *revoco, as, avi, atum*,

*are*, que se apresenta com o significado de chamar de novo, fazer voltar, reconduzir, conter, dissuadir, desviar, restabelecer e renovar.

Note-se, também, que a retratação, muitas vezes, surge no âmbito jurídico sob outras denominações, tal a de *denúncia*, a de *retrato* ou a de *resgate*.

*Denúncia*, por sua vez, descende de *denuntiatio*, *onis*, formada esta palavra do particípio passado do verbo *denuntio*, *as*, *avi*, *atum*, *are* (anunciar, declarar, avisar, mandar, ordenar, citar, acusar); *retrato* encontra sua derivação no particípio passado do verbo *retraho*, *is*, *retraxi*, *retractum*, *ere* (retirar, retrair, recuar, puxar para trás, recusar, reprimir, chamar, fazer vir, arrastar, restabelecer, renovar); e, finalmente, *resgate* se origina do verbo resgatar, do latino *capto*, *as*, *avi*, *atum*, *are*, antecedido dos prefixos *re* e *ex* (indicando, respectivamente, repetição, oposição, mudança, e saída, proveniência, acabamento), significando livrar do cativo, a troca de presentes ou de dinheiro, remir, obter, conseguir por dinheiro, fazer esquecer, cumprir, tirar do esquecimento.

A partir dessa concepção etimológica, podemos construir o conceito jurídico do instituto em causa, acentuando, inicialmente, que nele está presente, indene de dúvidas, a idéia de reexame, no sentido de voltar para trás, de desfazer, de desistir de uma atuação anterior, como na palinódia o poeta retrata em um poema o que dissera em outro, desdiz o que fora dito.

Por isso, entendemos a retratação, em um sentido geral, como a reconsideração de um ato, que se torna ineficaz, para o renascimento de uma situação jurídica anterior.

Situação, e não relação, jurídica, porque, muitas vezes, como veremos, a retratação ocorre, sem que exista este relacionamento.

Assim, se um herdeiro aceita ou renuncia sua cota hereditária, havendo retratação desse ato de aceitação ou de renúncia, ineficazes estas, torna ela à situação anterior, respectivamente, de repúdio ou de reaquisição desse bem hereditário.

Por outro lado, no âmbito contratual, sendo possível a retratação, e ocorrendo ela, torna-se inoperante o contrato, restituindo-se os contratantes ao momento anterior à existência deste.

## 2. CARACTERES E NATUREZA JURÍDICA

A retratação é, essencialmente, um ato jurídico unilateral, pois se realiza independentemente do acordo de vontades; contudo, pode tornar sem efeito posições não só unilaterais, como também bilaterais, como, por exemplo, respectivamente, retirar a eficácia de um ato de aceitação ou de renúncia de herança, ou, ainda, de um contrato.

O instituto sob nosso estudo, entretanto, ganha feições peculiares, quando opera no âmbito contratual, pois, embora guarde, mesmo neste caso, sua substância de unilateralidade, não pode esconder sua origem bilateral, tanto que as partes contratantes, no limiar do entabulamento negocial, devem consentir sobre se ele pode, ou não, retratar-se.

É como se os interessados na avença autorizassem um ao outro, mutuamente, a possibilidade de atuação futura, de um ou de outro, unilateralmente.

É certo, porque, se tal autorização não existir, o ato de um só contratante, rompendo unilateralmente a relação jurídica contratual, dá causa, não à retratação, mas à rescisão negocial.

Na rescisão, como visto, indispensável tornar-se a culpa, seja de um ou seja de ambos os contratantes.

Na retratação, ao inverso, o retratante exerce um direito, que lhe é reconhecido pela lei ou pelo contrato.

Também não poderíamos compreender a retratação como uma espécie de resolução contratual, pois as relações jurídicas resolvem-se, quando não há qualquer participação de vontade dos que nela se envolvem.

Tal ocorre, quando se rompe o contrato, sem que exista culpa de qualquer das partes contratantes, como no perecimento do objeto da prestação, em virtude de caso fortuito ou de força maior, impossibilitando-se, materialmente, o cumprimento das obrigações assumidas. Também, do mesmo modo, dá-se a resolução do contrato, quando por onerosidade excessiva, modificarem-se desmedidamente, por motivos alheios à vontade dos contratantes, as posições financeiras do mercado sob a égide das quais nasceu o pacto.

Excluídas as hipóteses de rescisão e de resolução contratuais, resta a análise da rescisão, em que não se pode vislumbrar, sequer levemente, o sinal de culpabilidade.

Entendemos também de refutar, à compreensão do instituto em exame, a hipótese de rescisão bilateral, pois, nesta, o desfazimento do contrato é ocasionado pelo comum acordo das partes contratantes, o que se denomina, também, distrato.

A retratação, no âmbito dos contratos, deve encarar-se como rescisão unilateral, tendo, como já assinalamos, de ser autorizada pelos contratantes em momento anterior a seu surgimento, normalmente no próprio contrato, pela cláusula de retratabilidade.

Caso freqüente de retratabilidade contratada verifica-se nos contratos de venda e compra, em prestações, em que se estabelecem penitenciais as arras, com possibilidade, assim, às partes contratantes de exercerem seu direito de arrependimento.

Vemos, aí, no exercício desse direito, um caso típico de rescisão unilateral, qual seja, de retratação.

Os contratantes, nesse caso, autorizam (bilateralmente) a rescisão futura (ato unilateral de qualquer deles), onde não existe culpa, justamente porque, decorrendo do assentimento dos interessados, ela se configura como o exercício regular de um direito (atuação unilateral).

Podemos concluir das considerações feitas, relativamente aos caracteres da retratação, que esta é um ato jurídico unilateral, não culposo, pelo qual o interessado exerce, isto sim, legitimamente, um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico positivo ou pelo próprio contrato.

No primeiro caso, quando a retratação existe fora do contrato, ela se apresenta como puramente unilateral, baseando-se em situação jurídica não contratual, tal a que se dá relativamente à aceitação ou à renúncia da herança, envolvendo o direito de propriedade sobre esta.

Consideremo-la, portanto, como rescisão unilateral de situação jurídica não contratual, autorizada, por isso, pela lei (rescisão legal).

No segundo caso, quando a retratação ocorre com base no contrato, pela cláusula de retratabilidade, deve se encarar como rescisão

contratual, unilateral, pois é exercida por uma das partes contratantes, tão-somente.

### 3. ESPÉCIES

É de se ver, neste passo, que, segundo as apontadas características da retratação, podemos dividi-la em duas espécies: *legal* e *contratual*.

Pela primeira, autoriza-se a retratação por dispositivo de lei, mostrando-se por ato unilateral do interessado, independentemente da anuência de outrem. Podemos chamá-la, assim, de *retratação legal*. A lei, por exemplo, como já mostrado, possibilita a retratação da aceitação ou da renúncia da herança.

Pela segunda, a retratação é convencionada pelos contratantes, expressamente, mostrando-se ela, após a celebração do contrato, por manifestação de vontade de um desses contratantes. Temos, aqui, a *retratação contratual* ou *convencional*, como no caso de admitirem essas mesmas partes a retratabilidade do negócio, estipulando o direito de arrependimento, no tocante às arras ou sinal, em uma compra e venda, em prestações.

### 4. RETRATAÇÃO, REVOGAÇÃO, DENÚNCIA, RETRATO E RESGATE

4.1. Procurando comparar o significado de *retratação* com o dos apontados institutos, temos, inicialmente, que a *revogação* é gênero de que a *retratação* é espécie. Esta não deixa de ser aquela, em tamanho menor, pois tem o condão de tornar ineficaz uma situação jurídica por manifestação de vontade exclusiva do retratante, portanto sempre voluntária, mas não culposa.

Por outro lado, a revogação, que pode tornar ineficaz até a lei, é suscetível de ocorrer, culposamente, como instrumento da rescisão contratual; tal, por exemplo, a revogação dolosa de um mandato conferido a um profissional ou a revogação, unilateralmente, de um contrato por um dos contratantes, sendo o negócio realizado com cláusula de irrevocabilidade e de irrevogabilidade.

Em ambas as hipóteses, desiste-se de uma situação jurídica, contratual ou extra-contratual; contudo, na retratação, torna-se incompatível a existência de culpabilidade, que pode, entretanto, existir na revogação.

Referindo-se à revogação, ensina Eduardo Espínola (*Garantia e extinção das obrigações*, Rio-São Paulo, Freitas Bastos, 1951, p. 304) que ela consiste "numa declaração unilateral, destinada a tornar sem efeito a relação jurídica".

4.2. No tocante à *denúncia*, configura-se ela como um meio de retratação de um contrato, por uma das partes contratantes, autorizada pela lei ou pela própria cláusula contratual.

Desse modo, chegando um contrato a seu termo, existindo cláusula, por exemplo, de sua prorrogação automática, caso não se manifestem pela retratação qualquer de suas partes, e ocorrendo esta, estaremos diante da denúncia, que, nessa enunciação, está autorizada no contrato.

Veja-se outrossim que, às vezes, essa autorização consta da própria lei, como na n. 6.649, de 16 de maio de 1979, já revogada, que, regulando a matéria da locação predial urbana, estabeleceu "a necessidade de denúncia cheia para os casos de rescisão da locação e de retomada do prédio urbano destinado a fim residencial; contemplando, todavia, com a denúncia vazia as situações alusivas à avença locatícia dos imóveis não-residenciais" (Rogério Lauria Tucci e Álvaro Villaça Azevedo, *Tratado da locação predial urbana*, São Paulo, Saraiva, 1988, 3ª tiragem, v. 1, p. 70-71).

Lembre-se, em breve síntese, nesta oportunidade, que a denúncia vazia não depende, e a cheia depende, de justificação do denunciante.

Embora a aludida legislação se referisse ao termo *rescisão* do contrato locatício, nesta hipótese de denúncia, autorizada pela lei ou pelo contrato, encontramos-nos em face de um caso de resilição legal ou convencional, respectivamente, sem que exista culpa, portanto, do denunciante ou do retratante, que exerce assim um direito.

4.3. Também, no que respeita ao *retrato* e ao *resgate*, usado freqüentemente como sinônimo daquele, mostram-se ambos como modos de retratação.

Por isso que é comum mencionar-se a retrovenda como espécie de retrato convencional ou contratual, que figura, na compra e venda, como uma cláusula especial estabelecida pelos contratantes.

É de se ver, ainda, que existe o retrato ou resgate legal, quando a lei o autoriza, como no caso do retrato enfitêutico e do prédio sujeito à prestação de renda.

Em ambas as espécies ventiladas de retrato ou de resgate, sentimos ora a participação da vontade individual ora a do legislador, possibilitando a retratação de uma situação jurídica em renascimento de uma outra.

Após relatar acirrada polêmica em torno do emprego dos termos retrato e resgate, Paulo Carneiro Maia (*Da retrovenda*, São Paulo, Saraiva, 1955, p. 114-116) demonstra, escudado principalmente em Clóvis Bevilacqua, contra a posição de Rui Barbosa, a sinonímia desses substantivos como acolhidos no texto de nossa legislação, asseverando que "*apesar do trabalho de joeiramento, esses designativos conquistaram foros. Impuseram-se ao uso e estão incorporados na linguagem das leis*".

4.4. Adiante, procuraremos cuidar de alguns casos mais freqüentes de retratação, sob o exclusivo aspecto desta, nas várias ramas do Direito Civil, onde então poderemos perceber que, a par da generalidade de sentido do instituto da revogação, que abarca inclusive o de retratação, esta se apresenta, por sua vez, com significação geral relativamente aos demais institutos aqui invocados, tais, a denúncia, o retrato e o resgate.

## 5. RETRATAÇÃO NO DIREITO CONTRATUAL

### 5.1. Cláusula de retratabilidade

Podem as partes, na realização de qualquer contrato, estipular a cláusula de retratabilidade do negócio.

Geralmente, porém, os contratantes lançam mão de pacto inverso, que denominam de cláusula de irretratabilidade e de irrevogabilidade, o que implica a impossibilidade de qualquer deles arrepender-se do contratado, sem que decorram disso penalidades, a não ser que estas sejam estabelecidas na convenção.

É bom que se diga, esclarecendo, e é esse nosso pensamento, que embora a palavra revogação tenha sentido mais amplo do que retratação, na aludida expressão figuram elas como sinônimas.

Veja-se mais que, inexistindo a cláusula de irretratabilidade, o contrato permanece em princípio irretroatável, pois os contratantes devem cumprir as obrigações assumidas, sob pena de, inadimplindo-as, rescindirem a avença.

Por isso que julgamos dever ser expressa a cláusula de retratabilidade, consentindo, assim, nela as partes contratantes, a não ser que seja autorizada pela própria lei.

Os contratos firmam-se para serem cumpridos, daí sua força obrigatória alçar-se como princípio de Direito.

A retratabilidade negocial é, pois, uma exceção, que modifica esse princípio, não podendo, por isso, presumir-se.

Quem se vale da cláusula de retratabilidade, exerce, enfim, um direito e age, portanto, independentemente de culpa, devendo cumprir todas as obrigações que se programarem no contrato ou na lei, previstas em caso dessa retratabilidade.

Não há, como mostrado, que se falar em pagamento de perdas e danos, cuja idéia se incompatibiliza, em princípio, com a dos atos lícitos. Acrescente-se que, ainda quando se trata de responsabilidade civil extracontratual objetiva ou decorrente do risco, isso acontece, pois deve existir a culpa de alguém para que outrem, o responsável, cubra os prejuízos causados por aquele.

Desse modo, o efeito primordial do exercício da cláusula de retratação é a restituição das partes, pura e simplesmente, ao estado primitivo.

## 5.2. Proposta e aceitação

Para que os contratos se concluam, é necessário que se acordem as vontades dos contratantes, com a acomodação de seus interesses. Para tanto, deve haver uma proposta e uma aceitação.

Os contratos formam-se, assim, no momento em que a proposta, também conhecida por oferta ou policação, é aceita.

Contudo, lembra, com oportunidade, Clóvis Bevilacqua (*Código civil comentado*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1955, v. 4, p. 195) que existe, efetivamente, uma proposta *“quando ela se refere aos pontos essenciais do*

*contrato, e o proponente não se reservou o direito de retirá-la" (retratá-la) "ao receber a aceitação, de modo que, dada a aceitação, esteja formado o contrato"*

A proposta, desde que sem prazo e dirigida à pessoa presente ou por telefone, deve ser imediatamente aceita, reza o inciso I do art. 1.081 de nosso Código Civil, podendo ser, neste caso, retratada, antes da aceitação.

Esse mesmo dispositivo legal cuida, em seus incisos seguintes, II e III, de proposta feita à pessoa ausente; na primeira hipótese, não havendo prazo, e, na segunda, havendo.

Ora, não tendo sido marcado prazo para a resposta, nesse caso não pode o proponente restar, indefinidamente, no aguardo desta. Assim, passado o tempo suficiente ao conhecimento dessa resposta pelo proponente, ficará este desobrigado.

Por outro lado, existindo o aludido prazo, a aceitação deve nele ser expedida.

Analisando, finalmente, o inciso IV do mencionado art. 1.081, percebemos logo que em qualquer situação é retratável a proposta, quando, antes desta ou concomitantemente com esta, chegar a retratação do proponente ao conhecimento do destinatário da proposta, oblato.

Nessas condições, por determinação da própria lei, a proposta torna-se ineficaz, cuidando-se, portanto, neste caso, de retratação legal.

Na retratação da proposta, entretanto, há que se distinguir entre duas situações, leciona Orlando Gomes (*Contratos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 65): "1ª) a retratação pode chegar depois de conhecida a proposta, mas antes de formado o contrato porque o aceitante não expedira ainda a resposta; 2ª) a retratação pode chegar em momento no qual o contrato já se considera formado por ter sido expedida a aceitação. A solução varia conforme o caso. Se o contrato não se formou, não pode mais se formar. Mas, como o proponente já se obrigou, será responsabilizado pelos prejuízos decorrentes da retratação naqueles sistemas jurídicos que admitem a revogação da proposta após ter chegado ao conhecimento daquele a quem foi dirigida. A responsabilidade do proponente explica-se, no caso, pela doutrina da culpa in contrahendo. Deverá indenizar os danos negativos, isto é, os prejuízos que o oblato sofreu por haver confiado na realização do contrato. Tal responsabilidade não é contratual, mas pré-contratual, por isso que o contrato não chegou a se concluir. Nas legislações

*que somente admitem a retratação se chegar antes da proposta ou com ela, a aplicação da teoria da culpa in contrahendo não faz sentido. Nenhum prejuízo, com efeito, pode ter sofrido o aceitante pela razão intuitiva de que sabe da ineficácia da proposta antes de conhecê-la, ou simultaneamente. Nesse caso, o polícitante se desdiz antes que o oblato saiba o que disse. Do arrependimento nenhuma consequência advém, até porque a proposta à ausente obriga no momento em que este a conhece. Na hipótese de já se ter formado o contrato, a retratação é inválida. Equivalerá, então, à recusa de cumprir o contrato. Responderá, portanto, pelos danos positivos, resultantes da inexecução. No caso a responsabilidade é contratual".*

Pode ocorrer, por outro lado, não a retratação da proposta, mas da aceitação, que vem tratada no art. 1.085 de nosso Código Civil, que cuida, assim, neste passo também, de outra hipótese de retratação legal, admitindo a possibilidade de retratar-se o aceitante.

Desse modo, embora tenha nosso Código Civil acolhido a teoria da expedição (art. 1.086, *caput*), pela qual se considera aperfeiçoado o negócio, entre ausentes, por correspondência epistolar ou meio de comunicação equivalente, a partir de quando a aceitação da proposta é expedida ao proponente, não restam dúvidas de que a teoria da recepção foi, pelo mesmo Código adotada, excepcionalmente, em seus arts. 1.085 e 1.086, inciso I. Realmente, ainda que tenha sido expedida a aceitação, considera-se ela cancelada, se antes de seu ou com seu recebimento pelo proponente, chegar a este a retratação do aceitante.

Cognominando de *revogação da aceitação* esta espécie de retratação, atrás mencionada, mostra-nos Darcy Bessone de Oliveira Andrade (*Do contrato*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 201), escudado no ensinamento de René Démogue, que, malgrado possa a aceitação ser declarada irrevogável, essa cláusula de irrevogabilidade da aceitação termina por tornar-se inútil, *"porque a cláusula iria causar efeito precisamente com a conclusão do contrato. Pela mesma razão, não poderia ser a irrevogabilidade estabelecida depois de realizada a aceitação. Supomos que, antes da aceitação, seria igualmente inviável, desde que a própria declaração de irrevogabilidade conteria a aceitação e, em consequência, o contrato se aperfeiçoaria sem necessidade de funcionar a cláusula"*

De tudo resulta que não só a proposta como a aceitação são retratáveis: a primeira, até que tome conhecimento dela o destinatário; a segunda, até que dela tome conhecimento o proponente.

No tocante à retratação da proposta, entendemos que tudo não passa do âmbito de uma posição exclusivamente unilateral, tanto que nosso Código Civil, após mencionar, em seu art. 1.080, que a proposta de contrato obriga o proponente, acaba, como vimos, por desdizer-se em várias situações, como no caso de retratar-se o proponente de acordo com o preceituado no aludido inciso IV do art. 1.081.

Melhor teria dito nosso legislador que a proposta de contrato só obriga o proponente, quando chegar, irretatada, ao conhecimento do destinatário, que passará a ter, desse modo, o direito de aceitá-la, fixando-se, aí sim, em seguida, as situações excepcionais.

Na verdade, se alguém propõe algo e, após, se retrata, sem que da proposta conheça o oblato ou dela tome conhecimento já destituída de qualquer efeito, não há como cogitar-se, logicamente, de obrigação do proponente.

Não podemos concordar, por outro lado, em que pese sua indiscutível e brilhante cultura jurídica, com o entendimento de Darcy Bessone de Oliveira Andrade (ob. cit., p. 201), que, com suporte em Luiz da Cunha Gonçalves, Marcel Planiol e Georges Ripert, afirma que *"até o momento da conclusão do contrato, cada uma das partes pode revogar a sua declaração de vontade"*, como se tal fosse um direito delas.

Essa assertiva, a nosso ver, descabe no Direito brasileiro, pois se choca mesmo com o espírito do invocado inciso IV do art. 1.081 de nosso Código Civil, dilatando o prazo de retratação da proposta, que nele vem consignado. Por este dispositivo legal, o termo final desse prazo ocorre, quando a proposta, irretatada, chega ao conhecimento de seu destinatário, o que se pode comprovar, por exemplo, com um aviso de recebimento do correio, do telégrafo ou do telefax.

Suponhamos assim que queira o proponente se retratar, antes de receber a aceitação, não tendo sido esta, ainda, expedida e tendo conhecimento da proposta o seu destinatário. Tal não será possível, mesmo não concluído o contrato, sem que ocorra rescisão unilateral da proposta contratual.

Daí, o sentido de que a proposta obriga o proponente, a não ser, por exemplo, que conste da proposta essa condição de poder ser retratada, até que se aperfeiçoe o contrato em cogitação, tanto que o art. 1.080 do Código Civil é claro ao mencionar que "*a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela*".

No Direito francês, é perfeitamente viável a colocação por nós atrás impugnada, pois a jurisprudência francesa tem decidido, em princípio, consoante nos dá notícia Jean Carbonnier (*Droit civil: les obligations*, 6ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1969, v. 4, p. 57), que "*a oferta (que não passa de um ato jurídico unilateral) não tem força obrigatória por ela mesma: o peticitante pode retratá-la desde que ela não tenha sido aceita*".

É clara, como tivemos a oportunidade de acentuar, a impossibilidade de acolhermos essa posição, ante nosso sistema jurídico, pois pode não ter sido concretizado o negócio proposto, sem a expedição da resposta, mas já ser a proposta do conhecimento do destinatário, situação em que a retratação, existindo, transmuda de figura, passando à categoria da ilicitude, com a conseqüente rescisão da proposta, unilateralmente, pelo proponente.

Relativamente aos efeitos da retratação da proposta e da aceitação, podemos aduzir, em síntese, além do que já se expôs, que, tornando-se ineficazes, uma e outra, o proponente não é mais obrigado a respeitar o que foi por ele proposto, nem o aceitante a manter sua concordância com o negócio concluído, desde que a retratação revista todas as apontadas exigências, da lei ou do contrato, tudo independentemente do pagamento de eventuais prejuízos ante essa perpetrada retratação, porque, como visto, ela é ato lícito, embora unilateral e causador do desfazimento do contrato.

### 5.3. Arrependimento

Em todas as situações em que se pode exercer o direito de arrependimento está presente a retratação, como no caso das arras penitenciais.

No tocante às arras, diante do disposto nos arts. 1.094 e 1.095 de nosso Código Civil, sabemos-las confirmatórias, por regra geral, e penitenciais, excepcionalmente.

A respeito da matéria, leciona Silvio Rodrigues (*Das arras*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1955, p. 83) que "*o Código dispõe que o sinal firma*

*a presunção de acordo final, tornando obrigatório o contrato; e, como exceção, uma vez que haja ajuste expresso, admite que as arras se revistam daquele caráter de pacto de arrependimento. Em linhas gerais, é a senda aberta pelo Código Alemão, cuja trilha o Código Italiano de 1942 também seguiu".*

Reafirme-se que essa posição excepcional deve se impor, expressamente, no contrato, por cláusula específica ou pela só menção de que as arras dadas são de natureza penitencial.

O contratante, que se arrepende, exerce assim um direito, por determinação contratual, como nas aludidas arras penitenciais, ou por permissão legal, como na hipótese aventada no art. 1.088 de nosso Código Civil, que concede o direito de arrependimento, que é, no dizer de Rubens Limongi França (*Manual de direito civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, v. 4, t. 2, p. 54), "a faculdade que, em determinadas circunstâncias, têm as partes de desistir dos direitos e obrigações do contrato"

Essa desistência implica, sem sombra de dúvida, uma retratação, um recuo à situação jurídica preexistente à celebração negocial.

Veja-se mais que, após declarar que o direito de arrependimento é "um dos mais importantes institutos anexos aos contratos, pois, no exercício da autonomia da vontade, pode não convir a um ou a ambos os contratantes que o negócio jurídico seja levado a efeito", mostra esse mesmo autor (ob. cit., p. 54-55) que ele se encontra mal estruturado em nosso Código Civil, ponderando que o direito de arrependimento pode exercer-se "antes da ultimização do contrato" e "depois de o mesmo se ter levado a efeito"; no primeiro caso, as regras devem ser de duas espécies: "as normas gerais sobre a formação dos contratos" e "o preceito especial do art. 1.088"; no segundo caso, não havendo regulamentação específica em nosso Código, "nada impede as partes de, no próprio contrato, estabelecerem o direito de arrependimento, como cláusula adjeta".

No que respeita às normas gerais sobre a formação dos contratos, vimo-las, ao cuidar da retratação da proposta e da aceitação, no item 5.2; quanto à possibilidade de estabelecerem os contratantes, expressamente, o direito de arrependimento, para a desistência negocial, tratamos dela no ponto específico sobre a cláusula de retratabilidade, no item 5.1.

No que atine ao cogitado art. 1.088, por ele, faculta o legislador que se arrependa qualquer das partes contratantes do que tiveram pactuado, antes da

assinatura do instrumento público, isto, quando este for exigido, como prova do contrato, "*ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097*".

Preferimos falar em reembolso e não em ressarcimento das perdas decorrentes dessa espécie de retratação, pois, sendo esta de natureza legal, assentada em exercício de direito por determinação da lei, não pode inspirar qualquer posicionamento ilícito do retratante.

Lembra, com muita oportunidade, Miguel Maria de Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1957, v. 3, p. 204) que "*arrependimento é direito e não infração às obrigações assumidas. O contratante que se obriga por um contrato, mas convencionou a faculdade de arrepender-se*", diz ele, "*adquire o direito de dissolvê-lo*" (diremos: direito de retratá-lo), "*embora pagando as pré-ajustadas perdas e danos*"

Tendo-se firmado o contrato, com dação de arras, e sendo ele retratável, poderão ser os prejuízos resultantes do exercício da retratação convertidos no valor desse sinal, com a perda ou devolução, em dobro, deste, conforme seja o arrependimento de quem o entregou ou de quem o recebeu, respectivamente.

Por outro lado, com o objetivo de conciliar o disposto no aludido art. 1.088 de nosso Código Civil com o princípio da força obrigatória dos contratos, entendemos de distinguir três situações completamente distintas: a) a do contrato preliminar com cláusula de retratabilidade; b) a do contrato preliminar sem cláusula de irretratabilidade; e c) a do contrato preliminar com cláusula de irretratabilidade.

Analisando a *primeira das situações propostas*, ou seja, a do *contrato preliminar com cláusula de retratabilidade*, temos que as partes contratantes se encontram em posição de poderem retratar-se, como no caso de serem convencionadas arras penitenciais.

Com essa cláusula, qualquer negócio preliminar pode ser retratado, mesmo que refuja das hipóteses previstas no art. 1.088 mencionado, que podem ser aplicadas, generalizadamente, a todas situações pré-negociais.

Neste caso, o exercício do direito de retratação guarda como efeito o de levar as partes contratantes ao momento anterior à contratação, aplicando-

se, analogicamente, o estatuído nesse art. 1.088, desde que não se prevejam, na avença preliminar, outras penalidades.

Estudando a *segunda das situações propostas*, isto é, a do *contrato preliminar sem cláusula de irretratabilidade*, resta, ainda, distinguir entre necessitar ele de cumprimento de formalidades para ter eficácia o contrato definitivo ou não precisar de que tais formalidades existam.

Nesta primeira hipótese, em que pese o princípio da força obrigatória dos contratos (os pactos devem ser cumpridos), podem as partes contratantes arrepender-se, por direito, porque, na ausência da cláusula de irretratabilidade, sendo o negócio visado de natureza formal, aplica-se o disposto no aludido art. 1.088. O efeito desse arrependimento prevê-se neste mesmo dispositivo legal, não existindo, nesta hipótese, todavia, prática de ato ilícito, o que coloca as partes em plena posição de boa-fé.

Na segunda hipótese, em que o contrato preliminar objetiva a realização de negócio informal, sua força obrigatória naturalmente impõe-se no âmbito contratual, independentemente de cláusula de irretratabilidade.

O efeito disto decorrente é a impossibilidade de se exercer a retratação, que, existindo, implica a prática de ato ilícito, o descumprimento culposo da obrigação assumida, com as conseqüências advindas dessa inexecução.

Examinando, finalmente, a *terceira das situações propostas*, a saber, a do *contrato preliminar com cláusula de irretratabilidade*, a mesma distinção, anteriormente feita, é de aqui fazer-se.

Assim, exigindo o pré-contrato o cumprimento de formalidades, para que valha o negócio por ele programado, não tendo sido elas observadas, as partes não podem exercer a retratação, porque vedaram o direito de arrependimento pela inserção na pré-avença da cláusula de irretratabilidade.

Outrossim, a inexistência de formalidade impede a realização normal do negócio objetivado; contudo, diante dessa cláusula de irretratabilidade, comprometeram-se os contratantes à realização desse contrato futuro, regularizando seus interesses.

O não-cumprimento, por uma das partes ou por ambas, dessas obrigações pré-contratuais, assumidas leva à rescisão da avença preliminar.

Neste caso, não havendo exercício legal, nem contratual, do direito de arrependimento, porque retirado pelas partes, expressamente, por meio da cláusula de irretratabilidade, o descumprimento da negociação embrionária caracteriza-se como ato ilícito.

O efeito que decorre desta situação é totalmente outro, pois, como visto, ante o ilícito, existe o inadimplemento culposo, apto a rescindir o pactuado. Aplicam-se, neste passo, todas as regras relacionadas à inexecução culposa das obrigações, inclusive restituindo-se importâncias porventura já pagas, com a devida correção monetária, por se tratarem de dívidas de valor. Por isso que as partes, ante esse inadimplemento, hão de restituir-se à situação imediatamente anterior ao entabulamento negocial, devendo pagar, a que agiu culposamente, as perdas e danos, além dos consecutórios previstos na lei ou no contrato.

Pode, entretanto, o contratante inocente, no apontado caso, exigir judicialmente o cumprimento da pré-pactuada obrigação, comprovando, contudo, sua completa adimplência obrigacional, superando-se, assim, com esse ato decisório, a anterior inobservância das formalidades exigidas ao ato ou a momentânea impossibilidade do cumprimento destas.

Suponhamos agora que, em um compromisso de venda e compra de um imóvel, em prestações, conste cláusula de irretratabilidade, e não seja possível levá-lo a registro imobiliário, deixando o adquirente, assim e por isso, de exercer sobre o bem negociado direito real.

Como é irretratável esse compromisso, as partes contratantes vêm-se presas a ele, sem poderem exercer seu direito de arrependimento. Faculta-se, então, ao compromissário comprador desse imóvel, desde que cumpridas todas as suas obrigações, pedir judicialmente o suprimento da vontade do compromitente vendedor, formalizando-se, com o *decisum* judicial, o instrumento definitivo apto a ser levado ao registro imobiliário.

Desse modo, autorizam os art. 639 e 641 de nosso Código de Processo Civil, respectivamente: "*Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado*". "*Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida*".

Todavia, como não tem o compromissário adquirente direito real sobre o dito imóvel, no caso do exemplo que vem sendo estudado, corre ele o risco de uma nova alienação desse objeto a terceiro de boa-fé pelo compromitente vendedor, o que exclui a possibilidade da aludida providência judiciária, voltando-se, então, o lesado à primeira alternativa de obter o mais completo ressarcimento pelos prejuízos ocasionados.

Lembre-se, por outro lado, que, assim agindo, esse compromitente vendedor comete crime de estelionato, pois, não podendo retratar a avença por manifestação de sua própria vontade, deixa de cumpri-la, deliberadamente, alienando a coisa a terceiro, para impedir que se lhe exija, judicialmente, o cumprimento obrigacional. É claro o disposto no art. 171, § 2º, inciso II, de nosso Código Penal: "*Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: ... § 2º - Nas mesmas penas incorre quem: ... II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus, ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias*".

Assim como podemos facilmente perceber, o silêncio é fundamental para a perpetração desse modo fraudulento.

Não havendo exigência de formalidades, o pré-contrato obriga os contratantes, sendo irretroatável; daí a opção à parte inocente de poder, ante o inadimplemento da outra, considerar esse entabulamento pré-negocial rescindido, com as já aludidas conseqüências decorrentes do ato ilícito, ou de poder exigir, quando possível, o seu cumprimento por via judiciária, ressarcindo-se os prejuízos, se existirem.

#### 5.4. Retrovenda

Na retrovenda, a retratação mostra-se nitidamente no fenômeno jurídico do resgate ou do retrato, noticiado nos arts. 1.140 a 1.143 de nosso Código Civil.

O aludido art. 1.140 traz, em si, o conceito de retrovenda, quando menciona a possibilidade que tem o vendedor, concordando o comprador, de reservar-se o direito de reaver a coisa vendida, restituindo o preço, além das

despesas efetuadas pelo comprador, inclusive as realizadas em melhoramentos, até o valor por estes acrescido ao mencionado objeto.

A retrovenda, ensina Orlando Gomes (ob. cit., p. 244), "*é uma venda sob condição resolutiva*"; daí ser resolúvel a propriedade do adquirente, extinguindo-se, pois, "*no momento em que o vendedor exerce seu direito de reaver o bem vendido, mediante declaração unilateral de vontade, não sujeita à forma especial, mas que pertence à categoria das declarações receptícias*".

Assim, recebendo o comprador essa declaração, obriga-se à entrega do objeto, assistindo-lhe o direito ao reembolso do preço e das despesas que lhe são devidas.

O exercício do direito de retratação, resgate ou retrato, deve ocorrer, impreterivelmente, no prazo de três anos, segundo o preceituado no art. 1.141 de nosso Código Civil.

Esse *lapsus temporis* pode ser inferior, nunca superior a essa fixação legal, que é de ordem pública, por isso que inderrogável pela vontade dos interessados.

Tal prazo, que é decadencial, pois nele deve se exercer o direito sob nossa cogitação, será reduzido ao máximo dessa limitação (três anos), caso a estipulação contratual seja superior a ela, como também existirá esse tempo máximo, quando, convencionada a retrovenda, não estipularem os contratantes prazo para essa retratação.

De destacar-se nesta oportunidade que, vencido esse prazo improrrogável e que prevalece ainda contra o incapaz, extingue-se o direito ao retrato, tornando-se "*irretratável a venda*"; é o que se menciona no parágrafo único do citado art. 1.141.

Nota-se perfeitamente que, embora a lei disponha sobre essa matéria regulando-a, a retrovenda há que ser convencionada para que, pelo consenso dos contratantes, nasça o direito do vendedor, unilateralmente, de exercer a estudada retratação, que é portanto convencional.

Exercido esse direito de retrato, vários efeitos jurídicos decorrem relativamente ao vendedor, ao comprador e a terceiros.

Mostra-nos José Carlos Moreira Alves (*A retrovenda*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1967, p. 251-252) que "*sendo a retrovenda, no Direito brasileiro, condição resolutiva expressa, exercido o retrato, e, portanto, verificada a condição,*

*têm aplicação os arts. 119 e 647 do Código Civil*", que cuidam, respectivamente, da condição resolutiva e da propriedade resolúvel. "Assim", aduz o mesmo autor, escudado em boa doutrina, *"com o exercício do direito de retrato, considera-se a compra e venda como jamais tendo existido, e resolvem-se, ipso iure, o domínio do comprador e os direitos reais que este, durante o período de resgate, constituiu em favor de terceiros. Quanto ao vendedor que não está obrigado a pagar a sisa, porque voltou a ter a propriedade do imóvel, não por transmissão, mas em virtude da resolução do direito do comprador - , pode ele, já na qualidade de proprietário, reivindicar a coisa do poder de quem quer que a detenha"*.

### 5.5. Doação

A revogação da doação por ingratidão do donatário, prevista nos arts. 1.181 a 1.187 de nosso Código Civil, longe de ser situação revocatória, é uma espécie de retratação legal, embora a lei estabeleça as causas revogadoras desse contrato, declarando mesmo no art. 1.182 a irrenunciabilidade desse direito revocatório; é meio rescisório desse contrato.

Já no direito anterior ao nosso Código Civil, era nula a cláusula que admitisse tal renúncia, entendendo mesmo Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça (*Contratos no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro-Paris, Francisco Alves-Aillaud, 1911, t. 1, p. 78) que a possibilidade de renúncia do direito de revogar a doação por ingratidão importaria *"acoroçar os maus sentimentos"*.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, na revogação da doação onerosa por descumprimento de encargo, o donatário há também que incorrer em mora (parágrafo único do art. 1.181), o que implica inadimplemento obrigacional culposo.

Ora, a revogação resta, desse modo, nas duas situações, autorizada por lei, mas em razão desse inadimplemento, o que se configura, portanto, como rescisão contratual, ante a apontada culpabilidade do donatário. Daí porque, nessas hipóteses, a idéia da resilição fica totalmente afastada com a presença da culpa, sendo aí a palavra revogação usada em sentido amplo.

Tratando dos efeitos da revogação da doação por ingratidão do donatário, assenta o legislador, no art. 1.186 do nosso Código Civil, que ela não prejudica os direitos adquiridos por terceiros nem obriga o donatário à restituição dos frutos percebidos antes de contestar a ação de revogação contra

ele proposta, mas, tão-somente, os recebidos posteriormente a essa contestação; é claro, aduzimos, se a ação for julgada procedente.

Atesta, ainda, esse mesmo dispositivo que, quando a restituição dos objetos doados não puder realizar-se em espécie, far-se-á o pagamento "*pelo meio termo do seu valor*"

Comentando esse mencionado artigo, faz ver Agostinho Alvim (*Da doação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963, p. 294) que "*a revogação da doação por ingratidão produz efeitos ex nunc, e não ex tunc, o que significa que os atos de disposição da coisa, anteriores à revogação, não são atingidos pela decisão judicial. É que a resolução aqui não se dá em virtude de cláusula resolutiva, caso em que terceiros estariam atingidos por força do dispositivo no art. 647 do Código Civil, e sim por outra causa, sendo de se aplicar, portanto, o art. 648. O terceiro, a que se refere o art. 1.186, é aquele que adquiriu direitos sobre a coisa doada, por compra, doação, hipoteca, etc.*".

E acrescenta esse mesmo autor (*ibid.*, p. 304), adiante, explicando o significado da expressão "*meio termo do valor*", constante do texto em análise, mostrando que "*não é o valor médio entre a doação e a alienação, e sim entre a doação e a restituição. Para as partes, mede-se a vida da doação a partir do seu início, até o seu término, ou seja, até a restituição. Quanto ao meio termo, como reza o texto, não supõe ele a média entre o valor ao tempo da doação e o valor ao tempo da restituição. O meio termo é a média entre o maior valor a que a coisa atingiu e o menor valor a que ela desceu, durante esse prazo, o que é diferente*".

## 5.6. Mandato

O mandato, por sua vez, é um contrato que se realiza *intuitu personae*, ou seja, fiduciariamente, pois o mandante, ao outorgá-lo, deposita sua confiança no mandatário; por essa razão, via de consequência, é, em regra geral, revogável (retratável) *ad nutum* quando bem entender o mandante.

Isto acontece quando este perde a confiança naquele ou não tem mais interesse na continuidade negocial.

Aliás, referindo-se à extinção do mandato, admite o inciso I do art. 1.316 de nosso Código Civil que cessem seus efeitos pela revogação.

Explica J.M. de Carvalho Santos (*Código civil brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, Calvino Filho, 1937, v. XVIII, p. 299 e 300) que essa

característica de revogabilidade do mandato apóia-se em sua própria natureza jurídica *"não só porque o mandato se funda na confiança e esta pode cessar, senão também porque ele é constituído no interesse do mandante, que deseja obter um serviço ou a execução de um negócio qualquer, sendo intuitivo, portanto, que, a todo tempo, não mais convindo ao mandante o negócio, não seria curial fosse ele obrigado a sustentá-lo contra os seus interesses"*, aduzindo, mais, que esse direito de revogação pode exercer-se *"qualquer que seja o mandato: gratuito ou remunerado, quer tenha sido conferido sem limite de tempo, quer tenha sido outorgado com duração determinada, pouco importando, por outro lado, a extensão ou a sua natureza, isto é, quer seja o mandato com poderes gerais ou especiais e expressos, quer seja judicial ou ad negotia"*, escudando-se, ainda, nos ensinamentos de Aubry e Rau, Laurent e Paul Pont.

Por outro lado, só será irrevogável (usando a expressão genérica, que é do nosso Código Civil) também irretratável, portanto, o mandato, quando ocorrerem as hipóteses previstas no art. 1.317, como, por exemplo, quando outorgado em causa própria. Nestes casos, a regra é excepcional.

Voltando ao aludido art. 1.316, percebemos, à análise de seu inciso I, que o mandato se extingue pela revogação ou pela renúncia.

Ora, tanto uma quanto outra, a revogação e a renúncia são casos típicos de retratação, pela atuação unilateral do mandante, quando revoga, e do mandatário, quando renuncia. Ambos retratam, quando assim agem, isoladamente, esse contrato de que fazem parte.

Mas é preciso que inexista culpabilidade do retratante, como já tivemos oportunidade de mostrar, pois, caso contrário, estaremos cuidando da revogação, onde está presente a atuação culposa.

Nas duas situações apontadas, de retratação e de renúncia, a retratação é legal, pois autorizada pelo dispositivo de lei, atrás aludido, decorrendo delas variados efeitos.

Em se tratando de revogação, é obrigado o mandante a dela cientificar o mandatário e os terceiros, para que seja elidida qualquer alegação de boa-fé por parte destes; é o que se infere do art. 1.318 de nosso Código Civil.

Também é possível essa revogação, menciona o art. 1.319, pela mera comunicação ao mandatário de que outro já foi nomeado pelo mandante para exercer a mesma atividade a que se obrigara. Tácita, como se observa, a

situação retratatória, aqui programada, pois a simples nomeação de um mandatário para desincumbir-se do mesmo mister, anteriormente atribuído a outro, faz cessar o mandato primitivo.

Por outro lado, o art. 1.320 do mesmo Código, cuidando da renúncia do mandato, assinala que o mandatário deverá comunicá-la ao mandante, que ficará, entretanto, com o direito de receber indenização do mandatário se essa atitude lhe causar prejuízo, por ser inoportuna ou sem tempo suficiente a que se providencie a substituição do renunciante. Neste passo, não temos dúvida de que se trata de renúncia rescisória e não de retratação, porque esta, nas condições apontadas, é lesiva aos interesses do mandante e eivada de culpabilidade do renunciante. Por isso que o mesmo invocado artigo ressalva que essa indenização só não será devida, se provar o mandatário a impossibilidade de continuar desempenhando sua atividade "*sem prejuízo considerável*". Neste caso, sim, está presente a retratação legal, pois a lei a concede desde que exista essa cogitada circunstância.

Comentando esse preceito legal, pondera Clóvis Bevilacqua (*Código civil comentado*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1954, v. 5, p. 55) que "*seria duro, realmente, que, ainda em face de um grande prejuízo, fosse o mandatário obrigado a manter-se no posto. A aceitação do mandato não importa abandono dos próprios interesses. Colhido por uma enfermidade, forçado a mudar de residência, não pode ser coagido a continuar na gerência do negócio do mandante*".

Entendemos, mais, que esse "*prejuízo considerável*" pode não ser do mandatário, mas sim, também, do mandante, em face do que aquele não só pode como deve fazer cessar sua atividade para que esses danos não sejam causados a este.

Em seqüência, o art. 1.321 estabelece que, enquanto não estiver extinto o mandato, são válidos relativamente aos contratantes de boa-fé os atos praticados com estes, em nome do mandante, até que o mandatário saiba dessa extinção contratual.

Veja-se, ainda, que o mandato pode ser retratado, por qualquer dos contratantes, antes ou depois de iniciada sua execução, sendo certo que, na segunda hipótese, não se apagam, malgrado extinto esse contrato, as obrigações já assumidas pelo mandatário junto a terceiros.

Leciona, com muito acerto, Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça (ob. cit., p. 254) que é o mandato *"um dos raros contratos que podem ser revogados pela vontade exclusiva de uma das partes: mas seria imoral a extensão de tal faculdade até o abandono unilateral das obrigações contraídas em virtude de um mandato que já teve início de execução. Daí resulta que, mesmo revogado o mandato, fica o mandante vinculado pelas obrigações já contraídas para com terceiros pelo mandatário, bem como a de repor a este as despesas feitas"*.

Cessando desse modo o mandato, devem repor-se as partes à situação anterior a essa contratação, devendo o mandatário restituir ao mandante os bens pertencentes a este e utilizados no desempenho negocial, bem como prestar as devidas contas (art. 1.301), concluir os atos porventura iniciados ante o risco de prejudicial demora (art. 1.308) e pagar juros sobre as importâncias por ele retidas indevidamente ou utilizadas em proveito próprio (art. 1.303).

Da mesma maneira, o mandante que retrata esse contrato deve cumprir todas as obrigações assumidas pelo mandatário até o momento da retratação (art. 1.309 e primeira parte do 1.313), bem como remunerá-lo quando oneroso o mandato, pagando as despesas com a execução deste devidas até a retratação (art. 1.310) e ressarcindo os prejuízos com essa execução porventura havidos (art. 1.312).

## 6. RETRATAÇÃO NO DIREITO DAS COISAS

### 6.1. Enfitéuse

Dentre as causas extintivas da enfitéuse, menciona-se o resgate previsto no art. 693 de nosso Código Civil.

Por ele, tem o enfitéuta ou foreiro a faculdade de resgatar a enfitéuse, dez anos após sua constituição, pagando ao senhorio direto um laudêmio correspondente a dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena e de dez pensões anuais. Esse direito do enfitéuta é irrenunciável, não podendo alterar-se ainda as disposições do capítulo relativo à enfitéuse, ante as normas imperativas que apresenta.

Contudo, esse analisado artigo assenta que esse direito de resgate existe em todos os aforamentos, inclusive anteriores ao Código Civil, com essas características, *"salvo acordo entre as partes"*.

Bem esclarece Silvio Rodrigues (*Direito civil: direito das coisas*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972, v. 5, nota 179, p. 259) que *"o caráter de ordem pública do dispositivo é manifesto e se desume da determinação de não poder o enfiteuta no seu contrato renunciar o direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas do capítulo. Tal noção, entretanto, pode ser posta em dúvida pela locução que se encontra no início do artigo, salvo acordo entre as partes, capaz de sugerir a idéia de ser a regra de caráter supletivo da vontade das partes, que assim poderiam ajustar em sentido contrário ao mandamento legal. É errada esta exegese. O acordo entre as partes é permitido apenas no sentido de diminuir o prazo do resgate e de fixar a indenização"*.

Anote-se que esse direito de resgate é vedado nos aforamentos de terrenos pertencentes ao domínio da União, pelo Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, bem como pelo Decreto n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, ante o disposto em seus arts. 103 e 122.

Tivemos (Álvaro Villaça Azevedo, *Enfiteuse-III*, verbete, *in Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1979, v. 32, p. 171-183, em especial 181) oportunidade de concordar com a idéia de que, pelo resgate, dá-se a confusão, que ocorre, quando se reúnem, na mesma pessoa, as condições opostas de senhorio e de foreiro, pois o enfiteuta, quando resgata, adquire o imóvel enfiteutico, tornando-se dele proprietário.

No resgate ou retrato enfiteutico, há, como pudemos observar, uma inderrogável autorização da lei, a mostrar, aqui, mais um caso de retratação legal.

É de se destacar, neste ponto, que essa espécie de retrato quer a lei que exista como uma das formas de eliminar os efeitos maléficos da enfiteuse.

Diga-se, em complemento, que já o anteprojeto de Orlando Gomes (*Anteprojeto de código civil*, Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1963), cuidando da enfiteuse nos arts. 516 a 523, logo no primeiro desses dispositivos, tratou de proibir a constituição de novos aforamentos, e, no segundo, de limitar os existentes, não permitindo a cobrança de laudêmio "ou

*prestações análogas*" nas alienações do imóvel emprazado, bem como a constituição de subenfiteuse.

Iniciou-se, assim, ferrenha guerra contra o instituto, em apreço, pois, como bem demonstra o mesmo autor (*A reforma do código civil*, Salvador, Universidade da Bahia, 1965, p. 213), a enfiteuse é "*instituto obsoleto, em franco desuso*" e cuja eliminação é pretendida entre nós.

Não podendo eliminar radicalmente os aforamentos existentes, retirou-lhes esse anteprojecto as vantagens, de tal sorte que procurou suprimir qualquer interesse do senhorio e do enfiteuta, aquele sem poder receber o laudêmio, este sem poder dar o imóvel em subenfiteuse.

É de se ver, ainda, que o projecto de Código Civil n. 634, de 1975, sob a supervisão de Miguel Reale, não regulamentou o instituto da enfiteuse, eliminando-o, pois, da elencação taxativa, em *numerus clausus*, dos direitos reais, cuidando, entretanto, em seu lugar, da superfície, do art. 1.401 ao 1.408. O mesmo aconteceu com esse projecto, após aprovação pela Câmara dos Deputados, em 1984 (projecto n. 634-B), que eliminou a enfiteuse de seu art. 1.226 e incluiu, nele, a superfície, tratada nos arts. 1.368 a 1.375.

A nosso ver, é utilíssimo o instituto da superfície e coerente com a posição de *ius in re aliena*, sendo de duração temporária, o que retira o principal inconveniente da enfiteuse, a perpetuidade. Entendemos que o único direito que deve ser perpétuo, no sentido jurídico, é o de propriedade, como direito real pleno, ilimitado.

Por outro lado, o aforamento, dentre os problemas que cria, possibilita o ganho ocioso, pois o foreiro, que recebe o terreno inulto, deve pagar ao senhorio direto, à oportunidade de cada alienação onerosa, o laudêmio, que é calculado não só sobre o valor desse terreno, já melhorado pelas benfeitorias e acessões nele realizadas pelo enfiteuta, como também sobre o valor destas, situação essa que se perpetua.

Todas essas projetadas restrições contra o instituto da enfiteuse encontram marca na evolução do tratamento legislativo do direito de resgate, cada vez mais facilitado, para possibilitar sua extinção.

Realmente, esse direito exercia-se, ao surgimento de nosso Código Civil, após o decurso de trinta anos de constituída a enfiteuse, com o pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro.

A Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, reduziu esse prazo para vinte anos, com a obrigatoriedade do mesmo pagamento de foros.

Por outro lado, a Lei n. 5.827, de 23 de novembro de 1972, encurtou esse tempo a dez anos, mas com o pagamento de um laudêmio de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena e de dez pensões anuais.

Basta, agora, para arrematar, relembrarmos do efeito essencial de resgate enfiteutico, atrás mostrado, que é a confusão, em uma só pessoa, das condições de senhorio e de foreiro.

O enfiteuta, ao exercer seu direito de retratação, torna-se proprietário do imóvel enfiteutico, consolida-se seu direito real limitado em direito real pleno, ante a estudada estatuição legal.

## 6.2. Rendas constituídas sobre imóveis

Bem conceituou Clóvis Bevilacqua o direito real de constituição de renda (*Direito das coisas*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1956, v. 1, p. 324) como a "*relação jurídica, em que uma pessoa entrega a outra um imóvel, a título oneroso ou gratuito, a fim de que esta por determinado tempo lhe forneça ou a outrem certa renda periódica*", aduzindo que se o ônus da renda referir-se a dinheiro não haverá direito real mas tão-somente pessoal.

Pode, entretanto, esse imóvel, sujeito a prestações de renda, como possibilita o art. 751 de nosso Código Civil, ser resgatado pelo devedor, desde que este pague ao beneficiário um capital em espécie, que lhe proporcione um rendimento equivalente à taxa legal dos juros, que é de seis por cento ao ano, conforme dispõe o art. 1.063 do mesmo Código.

Pondera Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil: direitos reais*, Rio de Janeiro-São Paulo, Forense, 1970, v. 4, p. 218), escudando-se nas lições de Hedemann, que "*o direito de resgate, não sendo de ordem pública, neste caso, pode ser derogado no ato constitutivo da renda (contrato ou testamento), e, nesse caso, o credor pode recusá-lo. Pode igualmente ser renunciado. Como pode, ainda, pactuar-se não ocorra a remissão antes de certo tempo*"

A retratação, neste caso, é legal, pois, quando opera, tal se dá por autorização da lei.

Seu efeito principal é o de fazer tornar à livre disponibilidade de seu proprietário o imóvel gravado.

## 7. RETRATAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O inciso XI do art. 183 de nosso Código Civil declara que não podem se casar os que estiverem sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, sem que obtenham o consentimento de seus respectivos representantes, sob pena de anular-se o casamento.

Vemos presente, então, e neste passo, um impedimento dirimente privado ou relativo, só superável com a manifestação da mencionada aquiescência pelos aludidos interessados.

Aliás, dentre as formalidades preliminares, nesse caso, por ocasião da habilitação para o casamento, faz-se mister, por exigência do inciso III do art. 180 de nosso Código Civil, que se apresente ao oficial do Registro Civil a *"autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem ou ato judicial que a supra (arts. 183, n. XI, 188 e 196)"*

Contudo, mesmo que os pais, tutores ou curadores tenham consentido no casamento de seus filhos, tutelados ou curatelados, podem eles, como autoriza o art. 187 do mesmo Código, retratar esse consentimento, desde que isso ocorra até a celebração matrimonial.

Saliente-se que o art. 197, que especifica as causas de suspensão do ato de celebração do matrimônio, não alude à hipótese da retratação de consentimento referida, mas tão-somente à manifestação de vontade de um dos contraentes, quer porque se recuse a afirmá-la solenemente, quer porque não a declare livre e espontânea, quer finalmente porque se mostre arrependido.

Ora, nos apontados casos, existe verdadeira retratação pelo contraente, que, por sua vontade, unilateralmente, impede a celebração matrimonial, principalmente no último, em que se arrepende de se casar.

Por outro lado, o parágrafo único desse art. 197 proíbe que o nubente se retrate no mesmo dia, o que quer dizer que essa retratação é possível posteriormente.

Aqui cogitamos de um caso de retratação da própria retratação.

Explica Antonio Chaves (*Lições de direito civil: direito de família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 220) que "*não se encontra disposição idêntica à do parágrafo único do art. 197 em alguma legislação estrangeira; mas bem a justifica*", o que diz com fundamento em Eduardo Espínola, "*o receio de ser o contraente, que deu causa à suspensão do ato, moralmente coagido a voltar de pronto à presença do juiz a fim de pronunciar uma afirmação que não corresponda ao seu verdadeiro desejo*".

As espécies de retratação aqui estudadas são de natureza legal, pois autorizados ficam, pela lei, os pais, tutores ou curadores, a retratarem seu consentimento a que seus representados se casem, bem como os nubentes, unilateralmente, a retratarem sua predisposição ao casamento até a celebração deste, podendo retratar esta retratação, depois, mas não no mesmo dia da anterior.

No momento em que a retratação dos representantes ou dos nubentes, ora ventilada, ocorre, torna-se impossível a realização matrimonial.

Por outro lado, quando a retratação for da própria retratação, volta a existir a possibilidade da celebração do casamento.

## 8. RETRATAÇÃO NO DIREITO DAS SUCESSÕES

### 8.1. Aceitação e renúncia da herança

A retratação pode ocorrer da aceitação ou da renúncia da herança, que são atos jurídicos pelos quais quem é chamado a suceder *causa mortis* manifesta seu interesse de receber ou de não receber a herança.

A aceitação é, desse modo, um ato de admissão, como a renúncia de demissão do direito ao recolhimento da herança.

Por sua vez, o art. 1.581 de nosso Código Civil estabelece, em sua primeira parte e em seu § 1º, que a aceitação pode ser expressa ou tácita, sendo certo que a anteriormente nomeada realiza-se por escritura pública ou particular, e a segunda, por atos que façam presumir a qualidade de herdeiro, que sejam compatíveis com esse caráter sucessorial.

Pela segunda parte do apontado dispositivo de lei, vemos que a renúncia deve ser sempre expressa, mas se realizando por escritura pública ou por termo judicial.

Esta formalidade impõe-se pela lei, sob pena de nulidade em caso de sua inobservância.

Neste passo, mais uma vez, como vem sendo mostrado, a retratação reveste-se de sua característica de ato essencialmente unilateral, autorizado aqui pela lei, mas tão-somente nos limites que esta estabelece.

Aliás, como bem observa Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil: direito das sucessões*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 53), a "renúncia, em regra, é irretroatável, o que se impõe e deve ser observado a bem da seriedade e da segurança das relações jurídicas. Assim acontecia também no direito romano: aquele que renunciasse à herança não podia posteriormente reconsiderar a decisão ('post quaerere non potest')". Já o mesmo não acontece com a aceitação, continua esse mesmo professor, pois esta "pode ser retratada a todo tempo mediante simples declaração unilateral do interessado, por termo nos autos, pagos os impostos devidos, porquanto, em tal hipótese, ocorre transmissão de domínio, sujeita à incidência fiscal".

Comparativamente, mostrando-nos que o direito de retratação de renúncia da herança é uma inovação do Código Napoleônico, transplantada pelos legisladores canadenses a seu Código Civil, elucida Albert Mayrand (*Traité élémentaire de droit civil: les successions ab intestat*, Montréal, Université de Montréal, 1971, p. 216 e 217) que este, em seu art. 657, admite a possibilidade desse retrato, podendo assim, em princípio, quem renunciou à herança rever sua decisão a aceitar a sucessão, desde que o beneficiário desse ato de renúncia não a tenha aceitado, sendo certo que, retomando a herança repudiada, o retratante o faz no estado em que ela se encontrar e sem prejuízo aos direitos adquiridos por terceiros sobre os bens dessa sucessão, por prescrição ou por atos validamente praticados.

Em nosso Direito, pelo contrário, a regra é a irretroatabilidade da renúncia.

Conforme determina o art. 1.590 de nosso Código Civil, somente pode retratar-se a renúncia quando a manifestação da vontade do renunciante estiver eivada dos seus vícios próprios: o erro, o dolo e a coação. Já a retratação

da aceitação da herança pode dar-se por qualquer modo, desde que isso não resulte em prejuízos aos credores.

Neste caso, porém, aplicando-se o disposto no art. 1.586 desse Código, ocorrendo assim tais danos os prejudicados poderão, com a determinação judicial competente, aceitar a herança em nome do renunciante.

Ministra, a propósito, Clóvis Bevilacqua (*Código civil comentado*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1958, v. 6, p. 30), comentando o citado art. 1.590, que a *"renúncia feita por escritura pública ou termo nos autos, somente por um desses modos poderá ser retratada. Para a renúncia"*, diz o mesmo autor, *"há forma especial; e para desfazer um ato para o qual a lei prescreve forma especial, é necessário usar da forma correspondente"*.

Entretanto, em que pese esse doutíssimo entendimento, se a renúncia ocorreu por escritura pública, que se fez utilizada no processo de inventário, julgamos despicienda a realização de um outro documento público retratador. Basta, para cumprir seu intento, que o retratante tome a providência judiciária cabível, dando-se imediato conhecimento dela ao beneficiado com a liberalidade e aos terceiros interessados.

Pode até acontecer, em um primeiro estágio, de procurar o retratante solução de seu interesse nos autos de inventário antes de propor a demanda ordinária. Isto porque pode o beneficiado concordar com a retratação da herança que lhe aproveitou ou, ainda, o juiz concedê-la de plano, conforme as circunstâncias do caso que se lhe apresente.

Acrescente-se que, verificando-se a retratação da renúncia por termo nos autos de inventário, face aos aludidos vícios da manifestação da vontade do renunciante (erro, dolo ou coação), o juiz há que admiti-la, ou não, sendo certo que até que tal providência judiciária surja, resta interrompido o prazo prescricional à propositura da competente ação anulatória do ato da renúncia.

Por isso que se afirma, em boa doutrina, que o prazo da prescrição é diferente do da decadência, também porque aquele se interrompe, este não.

Realmente, quem renuncia à sua cota hereditária ao descobrir o erro ou o dolo em que se viu envolvido ou, ainda, ao perceber que cessou o efeito do ato coativo que o prejudicou, pode retratá-la, torná-la sem efeito, ajuizando ação anulatória desse ato jurídico viciado, no prazo de quatro anos,

como autoriza o art. 179, § 9º, inciso V, letras *a* e *b*, contados, em caso de coação, do momento em que esta cessar (letra *a*) e, cuidando-se de erro ou de dolo, a partir do ato da renúncia (letra *b*).

Mas, a supor-se que esse ato de retratação encontre sua origem no termo dos autos, sob a égide judicial, tal posição, ainda que não proposta a demanda anulatória, obsta a fluência do prazo prescricional que resta interrompido até que, no inventário, a respeito dela decida o juiz.

Repelida que seja, nesse aludido feito, a retratação pretendida encontra, nesse instante, o prazo de prescrição seu termo inicial.

Tanto que estando a matéria *sub iudice*, podendo o juiz do inventário acolhê-la, a qualquer momento, não há que se falar em propositura de ação nesse período, que vai dessa retratação ao seu acolhimento ou desacolhimento judicial.

Aliás, o art. 984 do Código de Processo Civil é patente ao impor ao órgão jurisdicional que deva decidir favorável ou desfavoravelmente à pretensão que se lhe apresentem os interessados.

Isso é verdade e se expressa, por outro modo, também iniludivelmente, no art. 173 de nosso Código Civil, onde se assenta que "*a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper*".

Na hipótese que vimos analisando, o derradeiro ato judicial que marca o *dies a quo* do prazo de prescrição é, indene de dúvida, a decisão que nos autos de inventário admitir ou não o pedido retratatório.

Atente-se, a título de ilustração, que esse ato decisório pode conter, por exemplo, a determinação de que cuide o retratante de seus interesses, pelas vias ordinárias, ou pode ser homologatório da partilha ou adjudicatório de bens da herança, repelindo, expressa ou tacitamente, a retratação da renúncia deduzida no feito.

Esclarecendo o invocado art. 173, lembra João Luiz Alves (*Código civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1957, v. 1, p. 259) que "*a diferença de efeitos entre a suspensão e a interrupção da prescrição está em que, por aquela, o tempo decorrido antes do impedimento é aproveitado no prazo e, cessado o obstáculo, a prescrição continua a correr, pelo tempo que faltar; ao passo que, por esta, o tempo*

*decorrido fica perdido, inútil para o cálculo do prazo e começa a prescrição a contar novo prazo integral, da data do ato que a interrompeu".*

Assim, no caso posto, em que a retratação da renúncia se faça por termo nos autos de inventário, sendo causa interruptiva da prescrição, todo o tempo anterior resta inútil, imprestável. E, aduza-se, nenhum tempo corre, antes de admitido, ou não, esse ato retratatório pelo juiz do feito.

Como demonstra, nesse sentido, Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil: parte geral*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 300), em se tratando de incidente em inventário, o prazo interrompido começa a correr de novo a partir do instante em que o juiz remete o interessado "*para as vias ordinárias*" Esse entendimento baseou-se em venerando acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (*Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 108, p. 316, outubro de 1946).

É que, no ensinamento desse mesmo autor (ob. cit., p. 302), com base na jurisprudência pátria (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 256, p. 428, fevereiro de 1957), sempre que possível a verificação não só da data do ato interruptivo, como também do último ato do processo em que ele ocorreu, há que se considerá-la pela maneira mais favorável ao interessado na interrupção.

Na mesma trilha, assevera Rubens Limongi França (*Manual de direito civil*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 369), a evidenciar que a interrupção da prescrição ocorre com o pleitear em Juízo do reconhecimento do direito prescribendo, e que se trata "*de qualquer ato efetuado em processo, judicial, contencioso ou voluntário, principal ou preparatório, desde que fique esclarecida a disposição do credor de cobrar o débito e o devedor tenha ciência disso. São válidas, portanto, para esse fim, não só interpelação, notificações, etc, mas ainda intimações ou simples vistas da parte interessada*"

Podemos, em conclusão, afirmar ante as noções expendidas, que a retratação da aceitação ou da renúncia da herança enquadra-se como espécie de resilição legal; unilateral, pois, dado que a lei a concede ao renunciante, e nos moldes que propõe.

Contudo, há que se fazer pequena distinção entre o modo de concretizar-se, de cada uma.

A retratação de aceitação da herança é simples, pois é ato pelo qual, unilateralmente, o titular de direito sobre esta resolve não recolhê-la, embora possam seus credores obstar, mas por si, essa atuação.

Veja-se, por outro lado, que esse simples proceder não pode ser admitido em caso de retratação de renúncia da herança, uma vez que esse ato implica a reaquisição de patrimônio hereditário, o que só pode acontecer via processual. Por esta, todavia, concretiza-se essa pretensão, que se viu, antes, por determinação unilateral do retratante, com fundamento na lei, impulsionada.

## 8.2. Revogação de testamento

A revogação de testamento, contemplada nos arts. 1.746 a 1.752, é uma espécie de retratação legal, pois, estabelecida *ex lege*, possibilita a atuação unilateral não culposa do testador.

O invocado art. 1.746 deixa patente o princípio da revogabilidade ou retratabilidade do testamento "*pelo mesmo modo e forma por que pode ser feito*".

Desde o Direito Romano, explicava Ulpiano (*Digesto*, Livro 34, tit. IV, frag. 4) que a vontade do defunto é ambulatória até o último instante de sua vida ("*ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*").

Estudando esse caráter do testamento, ensina Francesco De Filippis (*Successioni*, verbete, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, sob a direção de Pasquale Stanislao Mancini, Milão, Società Editrice Libreria, 1910, v. XV, parte III, n. 755, p. 270) que, sendo este essencialmente revogável e dispondo o testador para depois de sua morte, enquanto não morrer esse disponente "*sua disposição é um projeto, que se pode sempre modificar ou suprimir; ela não produz qualquer efeito, nem cria relação jurídica; o herdeiro ou o legatário adquire direito depois e pela morte do testador*".

Atente-se, ainda, a que, sendo o testamento ato unilateral que gera efeitos tão-só após a morte do testador, os herdeiros testamentários restam em expectativa de direitos, sem tê-los, portanto, até o aludido falecimento.

Assim, a revogação ou retratação do testamento ocorre com extrema facilidade, porque também por ato unilateral se realiza, tornando ineficaz a causa geradora de futuros efeitos, a causa em potencial.

Por outro lado, existem três espécies de revogação: a expressa, a tácita e a presumida, que a seguir examinaremos.

A primeira estampa-se em outro testamento, conforme deduz-se do preceituado no art. 1.746 de nosso Código Civil.

Desse modo, se alguém fizer um testamento por escritura pública, pode revogá-lo por outro testamento, que, no entanto, poderá ser público como cerrado, ou, ainda, particular.

Neste caso, é expressa a revogação ou retratação testamentária, porque o diz, indene de dúvida, o próprio testador. Manifesta ele, inequivocamente, a sua vontade nesse sentido: por escrito e pela forma estatuída na lei.

Pode ainda ser tácita a revogação, quando em testamento novo, sem se declarar a ineficácia do anterior, seu texto for incompatível com este, ou quando for inutilizada a cédula testamentária pelo testador ou com o seu consentimento, ou, finalmente, quando o testamento perder o seu objeto. É possível, portanto, que se desdiga o testador ou que rasgue, por exemplo, seu testamento particular ou rompa o lacre do cerrado, ou, ainda, aliene o bem legado, não importando neste caso de que natureza seja o testamento.

Sendo, entretanto, presumida ou legal a revogação, constará ela, certamente, do preceituado na lei. Assim, sobrevivendo descendente do testador, ainda que pelo instituto da adoção ou da legitimação adotiva, restará ineficaz o testamento anterior a esses fatos. Da mesma forma, se o testador, depois de ter testado, reconhecer filho natural, voluntariamente ou por força de ação de investigação de paternidade julgada procedente, ou desconhecer a existência de qualquer herdeiro necessário, a não ser que as pessoas atrás indicadas não sobrevivam ao testador.

Se ainda na ocorrência desses casos quiser o testador dispor de sua parte disponível, terá de fazer novo testamento, a não ser que tenha ressalvado no primitivo sua intenção de, malgrado existirem herdeiros necessários, dela dispor, ou em caso de querer a deserção destes.

Certo é que nos dois primeiros casos de revogação, expressa e tácita, pode ela abranger, conforme a situação exposta, uma ou outra cláusula testamentária ou comprometer integralmente o testamento. Por isso será, respectivamente, parcial ou total.

Assim é parcial a retratação quando, por exemplo, o testador declara ineficaz uma das cláusulas testamentárias, ou quando desdiz, em testamento novo, o que dissera em uma das disposições do testamento antigo, ou quando aliena um dos bens legados.

Cuidando dos efeitos da revogação testamentária e após mostrar que, por eles, ela se equipara à nulidade, leciona Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil: direito das sucessões*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. 6, p. 248), e escudado em ensinamentos de Francesco Degni, Carlos Maximiliano, Ambroise Colin, Henry Capitant e Antonio Cicu, que, "*revogada ou nula, a disposição se invalida. Diferem, contudo, em que a nulidade provém de vício que maculara o testamento na sua origem, posto que declarada judicialmente após a morte do disponente; e a revogação é obra do declarante mesmo, em manifestação dotada de plena validade. E, nestas condições, é ato unilateral, não receptício e solene*".

Como pudemos perceber, nitidamente, revogado o testamento, tornam-se inúteis as suas disposições.

Entretanto, essa abrangência não nos parece absoluta, pois ainda que existam respeitáveis opiniões em sentido contrário, entendemos, por exemplo, que não é atingido pela ineficácia revocatória o reconhecimento de um filho.

A respeito, após declarar o pensamento de Estevam de Almeida, segundo o qual "*o reconhecimento é a determinação do estado de filiação, e, como tal, irretroatável*", ensina Tito Prates da Fonseca (*Sucessão testamentária*, São Paulo, Saraiva, 1928, p. 410 e 411) que "*deve-se, com Espinola, entender verdadeira a doutrina de Estevam de Almeida, quando repete a: palavras de Pacifici-Mazzoni 'o reconhecimento nada tem de comum com as disposições testamentárias; de sorte que a revogabilidade destas não se comunica àquele' O reconhecimento, confissão irrevogável, embora feita em testamento revogado, não há razão para deixar de ter subsistência*".

Seria o caso de cogitar-se agora da retratação da revogação do testamento, ou, para melhor entendermos, da retratação testamentária.

Ao tratar dessa retratação, que chama de "*revogação da revogação*", e que "*como disposição de última vontade*" é também "*revogável*", explica Paul Piotet (*Droit successoral, in Traité de droit privé suisse*, Fribourg, Fribourg, 1975,

t. 4, p. 232 e 233) que ela ganha importância pelo eventual revigoramento das disposições revogadas, aduzindo que este pode conceber-se por dois modos: ou as disposições antigas retomam vida, pelo efeito retroativo da retratação, como se fosse a revogação anulada por vício da vontade, ou essas mesmas disposições continuam nulificadas, ineficazes, sendo definitiva a revogação, podendo o testador "*ao revogar essa revogação, manifestar a vontade de testar no sentido das disposições revogadas*"

E completa esse professor da Universidade de Lausanne (ob. cit., p. 235) que "*o efeito da revogação é a ineficácia completa e irremediável do testamento revogado e é a nova vontade de testar, referindo-se ao testamento revogado, que coloca em vigor as disposições deste ex nunc*".

Poder-se-ia, neste passo, entender esse ponto de vista de acordo com o disposto no § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao nosso Código Civil, Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, em que se consagra o princípio segundo o qual "*salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência*". Assim, no Direito brasileiro é impossível a ripristinação de uma lei, pela revogação, tão-só, da lei que a revogara.

Contudo, duas são as situações que surtem desse posicionamento, pois, em se tratando de revogação de lei, quando a revogadora de outra é revogada, pura e simplesmente, isto ocorre porque o legislador, como não quis a existência da primitiva, também não quer a da lei revogada. Revogar uma lei não implica a querença de fazer ressurgir situações do passado.

Com relação ao testamento, entretanto, algo bem diferente se passa, pois quem retrata a revogação de um testamento, claro está, quer a existência deste, pois, para tornar tudo em nada, não necessitaria de retratar ou de revogar dita revogação.

Tanto isto é correto que, se alguém revoga um testamento é para que ele não venha a produzir seus efeitos, à morte do testador.

Dessa maneira, a retratação da revogação não teria qualquer significado, se as disposições anteriormente revogadas não renascessem.

Não podemos admitir em sã consciência que, com a aludida retratação, os efeitos sejam os mesmos do que sem ela.

Assim, quem retrata uma revogação é porque quer terminar com seus efeitos, como se ela jamais tivesse existido.

Há, nesta consideração, que se levar em conta a vontade do testador, que, na mostrada situação, manifesta-se no sentido de reprimir o testamento revogado, tudo para que se tenha presente a recomendação exegética do art. 1.666, que reafirma a do art. 85, ambos do Código Civil.

É preciso, portanto, que seja encontrada a verdadeira intenção do testador.

## 9. EFEITOS

Já tivemos oportunidade de cuidar dos efeitos da retratação nas variadas situações especificamente cogitadas neste trabalho.

Nesta feita resta, *in genere*, concluir que o principal efeito da retratação de âmbito civil é o de fazer ressurgir algo que, antes dela, existia.

Dizemos no campo específico do Direito Civil, porque a retratação se espalha, tratada nos diversos ramos da Ciência Jurídica, e com características completamente diversas.

A título exemplificativo, na área do Direito Processual Penal, a renúncia ao exercício do direito de queixa, prevista nos arts. 49 e 50 do Código de Processo Penal, é irreatável, como ministra Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (Retratação do retrato, parecer, *in Ciência Penal*, São Paulo, Convívio, 1975, n. 3, p. 116-122, especialmente 122), que assevera na conclusão desse trabalho: "*o ato de retratação do retrato*" (renúncia) "*não emerge válido, nulo ou anulável, que são categorias existenciais. Coloca-se tal ato em outro plano, posto que aflorou inexistente, no mais amplo sentido. É mero ato aparente, ao qual falta o elemento próprio a todos os atos jurídicos: a possibilidade em abstrato, a hipótese legal, o modelo. Nem se permite, pois, lhe cogitar de validade e eficácia. Consiste em um nada jurídico, em relação à ação penal, de que se trata, ao menos no momento*".

E situando o caso abordado nesse parecer, explica esse mesmo professor (ob. cit., p. 120) que "*a menor ofendida casou-se com terceiro e a ação penal pública privatizou-se. Veio aos autos. Tomou lugar na relação jurídica processual, deslocando o Ministério Público e retratou*" (renunciou) "*a representação, por meio de procurador bastante*".

Tal situação sela, definitivamente, no processo penal, a impossibilidade de retratação dessa renúncia ("retrato"). Extingue-se o direito, com essa renúncia, inapelavelmente, mesmo antes do decurso do prazo decadencial de seis meses.

No Direito Civil, entretanto, sempre será possível a retratação, como nos casos aqui estudados, e com as particularidades de cada um, desde que não se tenha escoado prazo prescricional, como na retratação da renúncia de herança.

A retratação civil, mostrando-se no seu efeito essencial, como vimos, faz renascer uma situação jurídica anterior entre as partes existente ou a que for prevista em lei, como no caso do retrato enfitêutico, em que esse direito real de quase-propriedade passa à categoria de direito pleno de propriedade.

---

#### BIBLIOGRAFIA

- ALVES, João Luiz. *Código civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1957. v. 1.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A retrovenda*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1967.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1963.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro : Forense, 1960.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Enfitêuse III (verbete). In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo : Saraiva, 1979. v. 32.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 10ª ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1955. v. 4.
- \_\_\_\_\_. *Código civil comentado*. 9ª ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1954. v. 5.
- \_\_\_\_\_. *Direito das coisas*. 4ª ed. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1956. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Código civil comentado*. 10ª ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1958. v. 6.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*. 6ª ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1969. v. 4.

- CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil: direito de família*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974. v. 1.
- DE FILIPPIS, Francesco. Successioni (verbete). *In: Enciclopedia Giuridica Italiana*. Milão : Società Editrice Libreria, 1910. v. 15.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Rio-São Paulo : Freitas Bastos, 1951.
- FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão testamentária*. São Paulo : Saraiva, 1928.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1969. v. 4. t. II.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1966.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do código civil*. Salvador : Universidade da Bahia, 1965.
- \_\_\_\_\_. *Anteprojeto de Código Civil*. Rio de Janeiro : Departamento de Imprensa Nacional, 1963.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo : Freitas Bastos, 1957. v. 3.
- MAIA, Paulo Carneiro. *Da retrovenda*. São Paulo : Saraiva, 1955.
- MAYRAND, Albert. *Traité élémentaire de droit civil: les successions ab intestat*. Montréal : Université de Montréal, 1971.
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Contratos no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro-Paris : Francisco Alves-Aillaud, 1911. t. 1.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: parte geral*. 13ª ed. São Paulo : Saraiva, 1975.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro-São Paulo : Forense, 1970. v. 4.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1976. v. 6.
- PIOTET, Paul. *Droit successoral*. *In: Traité de droit privé suisse*. Fribourg : Éditions Universitaires Fribourg, 1975. t. 4.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moares. *Retratação do retrato (parecer)*. *In: Ciência Penal*, São Paulo, n. 3, 1975.
- RODRIGUES, Sílvio. *Das arras*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1955.

- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das coisas*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 1972. v. 5.
- SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro :  
Calvino Filho, 1937. v. 18.
- ULPIANO. *Digesto*. Livro 34, Tít. IV, frag. 4.
- TUCCI, Rogério Lauria e AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Tratado da locação  
predial urbana*. São Paulo : Saraiva, 1988.



# O ANTEPROJETO DA CVM PARA A REFORMA DA LEI DE SOCIEDADES POR AÇÕES BRASILEIRA

*Waldirio Bulgarelli*

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

## Resumo:

O presente artigo põe em evidência aspectos da reforma da lei das companhias brasileiras. Trata-se do Anteprojeto de lei apresentado à audiência pública pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgão federal de controle e fiscalização das companhias, criado no Brasil nos moldes da SEC (*Security Exchange Commission*) norte-americana.

Procura-se adaptar com ele, a Lei n. 6.404, de dezembro de 1976, às novas realidades do país, após cerca de quinze anos de vigência.

O texto do artigo é assim marcadamente informativo, objetivando dar conhecimento da reforma que se pretende.

## Abstract:

This present article refers to relevant aspects in relation to the law's reform of the Brazilian's corporations. It concerns the Anti-project of the law presented to the public audience by the CVM, Comissão de Valores Mobiliários, a federal department that controls and supervises the companies, created in Brazil on the basis of the north-american SEC, Security Exchange Commission.

The purpose is to adapt Law # 6.404, dated December 1976 and current for fifteen years, to the new realities of the country, through the aforementioned Anti-project.

The text of the article is, thus, strikingly informative, purposefully advertising the intended reform.

1. A divulgação do Anteprojeto de reforma da Lei n. 6.404/76, elaborado e divulgado pela Comissão de Valores Mobiliários, para através de audiência pública receber sugestões, justifica uma análise do texto oferecido, ainda que resumida.
2. A respeito do tema, dois aspectos devem ser salientados: *a.* que a Exposição de Motivos da atual Lei enfatizou o seu caráter experimental, talvez motivada pelos calorosos debates que o então Anteprojeto ensejou e, em virtude do número e profundidade das inovações que propunha e que de fato introduziu

no plano da Lei das Sociedades por Ações, o então vigente Decreto-lei n. 2.627, de 1940; *b.* que, certamente, não seria fácil a absorção pelo meio jurídico e empresarial de transformações tão profundas numa lei que já se enraizara na consciência, nos costumes e na práxis, eis que vigeu para mais de trinta anos. Por tal aspecto, as manifestações ocorridas pelo décimo aniversário da Lei, em 1986, ressaltaram suas qualidades e cito nominalmente o artigo do professor Arnoldo Wald, publicado na *RDM* n. 62 (1986), que entoava loas aos dispositivos da Lei em exame, e outras no mesmo tom, o que indicava que grande parte das inovações já haviam sido compreendidas. Nem todas, é verdade, e nesse sentido os pleitos judiciais coletados dão bem um exemplo das dificuldades que os Tribunais encontraram para dar desate correto aos dissídios provocados, em que avultam os referentes aos choques entre maioria e minoria, os concernentes a uma incompreensão até conceitual da figura do controlador, os referentes ao Conselho Fiscal e assim por diante. Bem é de ver que a Lei n. 6.404/76, a par do grande número de dispositivos contidos nos seus trezentos artigos, somados aos quinze que manteve em vigor da Lei anterior e às remissões diretas ou indiretas a outras leis, já constituía por si um complicador para o seu entendimento sistemático, ao que se acresciam os vários tipos, digamos assim, de sociedades por ações por ela disciplinados, como: o regime das companhias abertas e das fechadas, sem uma separação nítida no tratamento, tendo se chegado após minucioso estudo, a assinalar pelo menos vinte e uma série de disposições específicas; das sociedades de capital autorizado, das sociedades em comandita por ações, das sociedades de economia mista, dos grupos de fato e de direito, dos consórcios, e ainda dos reflexos nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, sobretudo, em termos de transformação, incorporação, fusão e cisão. Tudo isto somado explica a extensa bibliografia surgida para analisar seus dispositivos, como muitas obras, diga-se de ocasião, e outras mais pensadas, e também o incontável número de pareceres que ainda hoje são oferecidos em relação aos temas tratados. Deve-se ressaltar que um dos temas que mais causou impressão foi o da proteção às minorias, o que chamou inclusive minha atenção, pois envolvia toda a sistemática das companhias, alcançando o controlador e suas responsabilidades, assim como os administradores, a distribuição dos dividendos, a questão das reservas, as formalidades das assembléias gerais, a aprovação de contas de administradores, a divisão das ações em formas e espécies, e ainda o

Conselho Fiscal, tendo de mim, se me permitem a referência, merecido pelo menos duas monografias específicas, uma intitulada *A proteção às minorias na sociedade anônima*, e outra, que foi tese de concurso com o qual obtive a titularidade da cadeira de direito comercial da Faculdade de Direito da USP, justamente sobre o tema do Conselho Fiscal.

3. Passando à análise do Anteprojeto oferecido agora pela CVM, dois aspectos significantes despertam desde logo a atenção: 1. que optou a CVM por introduzir alterações, sem quebrar a seqüência da Lei, ao contrário do que está ocorrendo com a pretendida reforma da Lei de Falências e Concordatas, em que se optou pelo oferecimento de um novo texto; 2. que as inovações introduzidas visam, pela perspectiva técnica, a aprimorar o funcionamento do modelo, como se vê, por exemplo, em relação às demonstrações contábeis que vieram substituir as antigas demonstrações financeiras, além de critérios de avaliação dos ativos e passivos, e da criação de um conselho para orientar a contabilidade, o COSENC, composto de membros de várias entidades (art. 302); e de outro, aprimorar o sistema de proteção às minorias, e ainda por esse aspecto, dando maior realce às preferências, como que pretendendo que se tornem algo mais do que meras ações de segunda classe, como já foram consideradas pela doutrina. Ainda nessa linha faz referência a empresas de grande porte, o que é altamente sugestivo (cf. art. 301).

4. Será, portanto, seguindo essa linha que iremos destacar algumas das principais alterações, sem qualquer pretensão exaustiva.

Começemos pelas *ações preferenciais*.

Alterou-se a proporcionalidade no capital, fixando-se em 40% (e não mais 2/3 do capital) do total das ações emitidas, conforme o texto do art. 15, § 2º, que convém transcrever:

*"O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrições no exercício desse direito, não pode ultrapassar a quarenta por cento (40%) do total das ações emitidas".*

Já no que tange às *preferências*, fixou-as o art. 17, como prioridade:

I - na distribuição de dividendos; II - no reembolso do capital com ou sem

prêmio; e III - no resgate, na amortização ou no reembolso. Quanto ao voto, manteve-se a sistemática, inserindo o art. 18 a disposição de que elas poderão ter voto *pleno, restrito* ou *não possuírem direito a voto*, conforme disponha o estatuto social. Cabe mencionar a propósito dois pontos salientes: um, referente à inclusão entre os direitos essenciais do art. 109, do inciso VI, "*exercer o direito de voto de acordo com esta Lei*"; o outro, o de que as ações preferenciais de voto restrito votam em igualdade de condições com as ações ordinárias, além de outras situações previstas nos estatutos sociais, para: "*I - eleger ou demitir, total ou parcialmente, o Conselho Fiscal; II - escolher ou demitir se houver os auditores independentes; III - deliberar sobre o aumento do capital social com emissão de ações preferenciais; IV - decidir sobre o aumento do capital social mediante a integralização em bens e créditos; V - alterar a política de dividendos estabelecida no estatuto social; VI - emissão de debêntures conversíveis em ações; VII - emissão de bônus de subscrição*".

Chama a atenção, a alteração procedida através do art. 111, que dispõe:

*"O estatuto poderá conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias além daqueles previstos nesta Lei.*

*§ 1º - As ações preferenciais sem direito a voto, e as de voto restrito, serão transformadas em ações ordinárias votantes, por expressa manifestação do acionista, caso a companhia: a. deixar de distribuir, em até 120 dias (cento e vinte) do término do exercício social, o dividendo atribuído às ações preferenciais sem direito a voto; b. após dois exercícios sociais, deixar de pagar os dividendos fixos cumulativos ou mínimos a que fizerem jus".*

Nota-se, a propósito, que não se trata mais, agora, de simplesmente adquirir o exercício do direito de voto, mas da transformação da ação preferencial em ordinária, o que constitui um passo significativo na consagração da posição das preferenciais.

Nesse sentido, vê-se também que foi revogado o atual disposto no art. 18 que permite ao estatuto assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros do Conselho de Administração (que constituía uma das formas de integração em *joint venture*); assim como o parágrafo único, que dispõe que o estatuto pode subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em assembleia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais, o que, em princípio, parece não retirar esse poder dos controladores.

Alcança também o esquema das preferenciais a remuneração dos administradores, tendo o art. 152, no seu § 1º, estabelecido que o estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do lucro líquido para as ações com voto restrito e pleno bem como em 9% (nove por cento) ou mais para as ações preferenciais sem direito a voto, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia; e ainda, o § 2º, que passou a ter a seguinte redação:

*"O montante das participações não ultrapassará a remuneração anual dos administradores atualizada monetariamente, na forma do art. 184, nem 40% (quarenta por cento) do montante dos dividendos prevalecendo o limite que for menor".*

As alterações referentes às ações preferenciais vão alcançar também a sua participação nas sociedades de economia mista, tendo o art. 239 sido alterado para apresentar a seguinte redação:

*"As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, composto por, no mínimo, 6 (seis) conselheiros, assegurado à minoria dos acionistas preferenciais o direito de eleger 3 (três) conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo"*

No que tange à *Assembleia Geral*, algumas alterações merecem relevo; assim, a possibilidade de que *qualquer acionista possa pedir que a CVM se faça representar, na Assembleia, correndo por conta o custo (parágrafo único do*

art. 121). Nessa linha observa-se também que a ata da Assembléia deverá ser distribuída aos acionistas e que estes poderão por qualquer meio *gravar* o ocorrido na Assembléia (cf. art. 130 e § 4º).

Quanto à *convocação*, alterou-se o *quorum* estabelecido na alínea c do art. 123, para acionistas que representem 2% (dois por cento), no mínimo, do capital, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, o pedido de convocação que apresentarem devidamente fundamentado com indicação das matérias a serem tratadas.

Vale ainda mencionar que em relação à deliberação para contratar auditores independentes (o que não é mais obrigatório, como na atual Lei) pode ser invocado por acionistas que representem 0,1 décimo do capital social, o processo do voto múltiplo.

Aliás, a respeito do *voto múltiplo*, convém destacar que se alterou a sistemática. Assim, o art. 141 dispõe agora:

*"Na eleição dos conselheiros, é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) das ações ordinárias com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo, atribuindo-se a cada ação, tantos votos quantos sejam os membros do Conselho, e reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários",*

ao que se acresce a alteração do § 4º, que dispõe:

*"Se o número de membros do Conselho de Administração for inferior a 5 (cinco) é facultado aos acionistas que representem 20% (vinte por cento), no mínimo, do capital constituído por ações ordinárias com direito a voto, a eleição de um dos membros do Conselho, observado o disposto no § 1º".*

Na parte que se refere ao controlador, tem-se modificação no sentido de alcançar os empregados (art. 117, d e e).

Quanto aos administradores, acresceu-se suas obrigações, no art. 154, § 2º, que se apresentam como vedações, ficando assim impedido o administrador de

*"negar-se a prestar, oralmente ou por escrito, antes ou quando das assembléias gerais, qualquer informação, ou negar-se a mostrar ou fornecer cópia de qualquer documento que, direta ou indiretamente, esteja relacionado com as matérias constantes na ordem do dia ou na assembléia discutidos" (alínea d)*

e ainda

*"deixar de comunicar aos acionistas, na primeira assembléia, a existência de inquérito ou processo administrativo iniciado pela administração pública federal, estadual ou municipal contra a companhia ou qualquer dos seus administradores" (alínea e).*

Alterou-se também a figura do *conflito de interesses*, acrescentando-se um § 3º e modificando-se o § 2º que passou a ter a seguinte redação:

*"Se o administrador, observado o disposto no § 1º, direta ou indiretamente, contratar com a companhia, deverá comunicar tal fato, por escrito e detalhadamente, na primeira assembléia geral que se realizar";*

e rezando o § 3º:

*"O negócio contratado com infração ao disposto nos parágrafos 1º e 2º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido"*

As alterações procedidas no *direito de recesso*, além de ampliá-lo, também restauraram a redação original que foi alterada, como se sabe, pela chamada Lei Lobão (n. 7.958, de 20.12.1989), que provocou grandes debates, entendendo a maioria (cf. Mauro Rodrigues Pentead, *RDM* n. 77/29 e Rubens

Aprobato Machado, RDM n. 82/46) que não havia revogado os arts. 225 a 230 da Lei n. 6.404/76. Como o art. 137 liga-se ao 136, verifica-se que este foi alterado com relação ao *quorum* para aprovação das matérias que especifica, passando para metade das ações com direito a voto e com voto restrito. Já no que tange ao art. 137 propriamente dito, passou a ter a seguinte redação:

*"A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VII do art. 136, desta Lei, dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 45) se o reclamar à companhia, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da ata da assembléia geral.*

*§ 1º - O acionista dissidente da assembléia, inclusive o titular de ações preferenciais com direito a voto restrito ou sem direito a voto, pode pedir o reembolso do valor das ações de que, comprovadamente, era titular na data da assembléia, ainda que se tenha absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à reunião".*

Vê-se, assim, que do rol das matérias previstas no art. 136, o Anteprojeto só retirou o direito de recesso para o inciso VIII, que se refere à constituição de grupo, mantendo-se esse direito em caso de fusão, incorporação ou cisão, de acordo com a nova redação dada ao art. 230.

Modificações interessantes foram introduzidas na configuração e atribuições do Conselho Fiscal, sendo que alguns ajustes atenderam a sugestões que fizemos em nossa tese sobre o tema (cf. *O Conselho Fiscal nas companhias brasileiras*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988). Destarte verifica-se desde logo que se alterou a redação do *caput* do art. 163, passando as atribuições nele mencionadas a ser não do órgão mas dos conselheiros.

Por outro lado, passou o órgão a ser permanente nas *companhias abertas*. O que causa espécie, no entanto, é a composição do órgão, com o número entre 3 e 5, o que parece não corresponder às contas dos componentes. Assim é que o Anteprojeto estatui que os titulares de ações sem direito a voto terão o direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo

suplente, tendo-se mantido a sistemática anterior "*para os demais acionistas*" que elegem um mais um; tudo somado resulta em três, não se vendo como poderá chegar a cinco.

Também introduziu alterações no acordo de acionistas, que nos parecem, aliás, bem oportunas; assim é que além dos três objetos relacionados anteriormente no art. 118 introduziu-se "*outras preferências*", o que amplia bastante a incidência do acordo. Também fixou prazo máximo de 4 (quatro) anos para os acordos e outorgou o direito de renúncia aos seus participantes.

Algumas outras alterações merecem menção ainda que sumárias: assim, a sujeição das sociedades de economia mista à falência, o que se casa aliás com o Anteprojeto governamental de reforma da Lei de Falências e Concordatas que previu o mesmo. Também as sociedades por cotas de responsabilidade limitada e demais tipos de sociedades, desde que de grande porte, ficam sujeitas à elaboração de demonstrações financeiras de acordo com a Lei e as normas da CVM.

Para requerer a adoção do voto múltiplo, foi alterada a porcentagem anterior do art. 141, passando agora para um mínimo de 0,1 (um décimo) das ações ordinárias com direito a voto; assim também a porcentagem do § 4º passou a ser computada sobre o capital constituído por ações ordinárias com direito a voto.

Um sem-número de outras alterações foram sugeridas, mas elencá-las todas seria ampliar demais o presente trabalho que tem como escopo apenas sinalizar para as mais chamativas.



*DIREITO DO TRABALHO*



## O DIREITO DO TRABALHO NO ANO 2000\*

*Octávio Bueno Magano*

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

### Resumo:

O artigo principia com a análise de Edgard Morin sobre o ano 2000, a sua simbologia dos números e a diferença que estabelece entre teoria e doutrina.

Em seguida trata da questão do modelo socialista e social-democrata e seus reflexos na nossa área trabalhista, no que concerne ao paternalismo e intervencionismo estatal da CLT, do corporativismo e do problema da composição paritária e do vocalato da Justiça do Trabalho, e também da necessidade de revisão do modelo de organização sindical e da seguridade social.

Quanto a esta última, examina o art. 194 da Constituição Federal que estabelece a sua organização, comentando as Leis n. 8.212/91, art. 3º da Lei n. 7.787/89, art. 22, I, da Lei n. 8.212/91, art. 195, I, da Lei Magna e de eventuais inconstitucionalidades desses diplomas legais, e em seguida a Lei n. 8.213/91, conhecida como Lei de Benefícios e a questão da substituição da aposentadoria por tempo de serviço.

Finaliza com a perspectiva de que a partir do ano 2000 deverá haver o recuo do intervencionismo estatal e os decorrentes reflexos na CLT, Justiça do Trabalho e Seguridade Social.

### Abstract:

The article begins with the analysis of Edgard Morin on the year 2000, his symbology of numbers and the difference he establishes between theory and doctrine.

It goes on to treat of the question of the socialist and social democrat models and their reflexes on our labor area, in what refers to paternalism and state intervention in the CLT (the labor code), corporations and the problem of parity in composition and the lay judges of the labor courts and also of the need to revise the model of union organization and social security.

In what this last is concerned, the article examines section 194 of the Federal Constitution, that establishes its organization, commenting Laws # 8.212/91, section 3rd of the Law # 7.787/89, section 22, I, of Law

---

\* São Paulo, 29 de setembro de 1992.

# 8.212/91, section 195 of the Constitution and the eventual lacks constitutionality of these statutes, examining then Law # 8.213/91, known as the Benefits Law and the question of substitution of retirement for working time.

The article ends with the prospect of a diminishing of state intervention from the year 2000 and the reflexes of this in the CLT, Labor Courts and Social Security.

Como assinala Edgard Morin, o ano 2000 chama atenção pela sua magia decimal ambígua, com três zeros anunciando três vezes nada, ou, numa visão mais otimista, com três ovos, acenando para um universo completamente novo.<sup>1</sup>

Ocorre-nos que os três zeros ou os três ovos são precedidos pelo número dois, indicativo de dualismo e, pois, de duas ordens de idéias irreduzíveis.

A julgar pela simbologia dos números, o século dos 2000 será marcado pelo contraste entre os adeptos de novas teorias e os defensores de doutrinas falidas.

Segundo Morin, um sistema de idéias pode traduzir-se em teoria ou em doutrina. Enquanto teoria, apresentar-se-á como sistema aberto, incentivador de pesquisas, debates, diálogos, o que o sujeita tanto ao enriquecimento quanto à degradação. Enquanto doutrina, exteriorizar-se-á como auto-suficiente, frio, não alterável e aparentemente não biodegradável.<sup>2</sup>

Na área trabalhista, o último modelo, inspirado no socialismo e nas múltiplas variações da social democracia, produziu, entre nós, os seguintes fenômenos: o da proteção trabalhista, contida na CLT; o da implantação da Justiça do Trabalho; o da criação da Seguridade Social.

A concepção presente na elaboração da CLT foi paternalista, baseada no entendimento de que a questão social se soluciona através de intenso intervencionismo estatal. De acordo com tal diretriz, elaborou-se texto extremamente minucioso (quase mil artigos), com pouquíssimo espaço para a atuação da autonomia da vontade e a partir do pressuposto de que o empregador

1. *Pour sortir du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Nathan, 1981, p. 84.

2. *Ibid.*, p. 93.

estaria no permanente propósito de ilaquear a boa-fé do empregado, a fim de o explorar.

Dois preceitos do volumoso corpo de normas traduzem bem a filosofia que o inspirou: "art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação"; "art. 444 As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes"

Ocupando o legislador o campo destinado ao entrelaçamento de relações trabalhistas, pouco espaço deixou à atuação dos sindicatos e ao desenvolvimento das convenções coletivas de trabalho.

Por outro lado, envenenou o relacionamento entre empregados e empregadores, ao partir do pressuposto de serem os últimos exploradores, quando, muitas vezes, estão voltados ao aprimoramento das aptidões dos primeiros, ao terem presente que o sucesso dos empreendimentos respectivos, freqüentemente, depende menos dos recursos materiais de que possam dispor do que dos recursos humanos, que se lhes ofereçam. De acordo com isso, refere-se Peter F. Drucker a uma evolução "*from working by the sweat of our brow and by muscle to industrial work and finally to knowledge work*".<sup>3</sup>

Por último, é preciso assinalar a relação de causa e efeito entre excesso de proteção e tendência à ampliação do mercado informal do trabalho, com o efeito colateral de incentivo à corrupção entre agentes da fiscalização.

No que concerne à Justiça do Trabalho, é mister considerar primeiro a sua magnitude e o enorme custo que representa para o erário. No entanto, sabe-se que as reclamações trabalhistas não se desatam antes de sete anos, o que constitui indicação clara de que o referido órgão do Poder Judiciário não está satisfazendo os objetivos visados com a sua criação.

Criou-se a Justiça do Trabalho, como se sabe, com a finalidade de que pudesse, a curtíssimo prazo, dar solução aos conflitos trabalhistas. No quadro do corporativismo, vigorante ao tempo em que foi instituída, o que se procurava evitar eram os movimentos autônomos dos grupos profissionais e

---

3. *The new realities*, New York, Harper & Row, 1989, p. 173.

econômicos, componentes da sociedade civil. Desestimularam-se, em conseqüência, os procedimentos de autocomposição e proibiram-se terminantemente a greve e o *lock-out* como recursos anti-sociais. Para preencher o vácuo, criou-se, então, a Justiça do Trabalho com a incumbência de dirimir todos os conflitos trabalhistas, tanto individuais quanto coletivos. E, porque se tratava de criação de origem corporativista, nasceu com o timbre respectivo, compondo-se não apenas de bacharéis em Direito mas também de vogais representantes, respectivamente, de empregados e de empregadores.

Vale a pena transcrever aqui as causas alinhadas por Salete Maria Polita Marcaloz para explicar a apontada composição paritária: *"Os fundamentos da composição paritária prendem-se à necessidade de organização de uma justiça especial que concretizasse a ideologia corporativa. Para tanto, a presença das classes econômicas, patrão e empregado, era simbolicamente a representação da harmonia a legitimar essa estrutura. Era o comprometimento das classes com o resultado final da atuação jurisdicional, na realidade, produzida só pelo Estado, uma vez que este construiu o sindicalismo sob um modelo só seu e condicionou a ação dos tribunais à observância da lei, elaborada, também, apenas por ele. Assim a representação classista tem uma fundamentação por demais relevante: legitimar, com sua presença, o intervencionismo estatal, como forma de dificultar ou suprimir as reivindicações sociais dos trabalhadores, uma vez que eles participam de uma tarefa inerente e exclusiva do Estado; e submeter, também, certas parcelas empresariais, principalmente os empregadores de pequeno porte".*<sup>4</sup>

O apontado modelo de organização sindical precisa ser revisto, para perder o ranço de sua origem corporativista. A eliminação do vocalato possibilitaria a duplicação do número de juízes trabalhistas sem aumento da despesa pública.

Falta, agora, considerar a Seguridade Social. Como lembra Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, seguridade social *"não é sinônimo de seguro social ou previdência social; é ampla em sua abrangência. Em primeiro lugar, na seguridade social a tutela é ilimitada, porque alcança todo ser humano, pelo simples fato de existir e viver. Não só os beneficiários mas todos os residentes do país, trabalhadores ou não, empresários ou não. Em segundo lugar, o que vai*

---

4. *Representação classista na Justiça do Trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 105.

*interessar não é mais o risco social; sim a carga social ou, como diz Francisco de Ferrari, 'todos los estados de necesidad de sus miembros, cualquiera que fuera su origem y naturaleza'. Em terceiro lugar, a responsabilidade pelo sistema de seguridade social é da coletividade em geral, do próprio Estado".<sup>5</sup>*

Na Constituição de 1988, foi a seguridade concebida com extrema largueza, tal como se os constituintes, que a esculpiram, estivessem imbuídos do desejo de, como diria Pierre Rosanvallon, "*substituer à l'incertitude de la providence religieuse la certitude de la providence étatique*".<sup>6</sup> Enquanto isso se dava no Brasil, na grande maioria dos países do mundo ocidental abundavam críticas contundentes ao Estado do Bem-Estar Social, verificando-se claro afastamento desse modelo por parte dos Estados Unidos da América do Norte ("reaganismo") e da Inglaterra ("tatcherismo"). Na Alemanha Ocidental, na França, na Itália, na Espanha e em Portugal, embora não se houvesse cunhado nenhuma expressão para significar o paulatino afastamento de tais países do referido modelo, é inquestionável haver ele ocorrido. Não obstante, no Brasil, deu-se exatamente o contrário. Nossos constituintes, sob a influência dominante de um estatismo arestoso e desatualizado, em plena fase de recesso mundial do "welfarismo", armaram o mais rebuscado modelo de Estado do Bem-Estar Social.

Em conformidade com a apontada visão, integram a seguridade social, a previdência social, na dimensão que sempre possuiu entre nós, mais os segmentos da saúde e da assistência social.

Nos termos do art. 194, da Constituição, a organização da Seguridade Social deve subordinar-se aos seguintes princípios: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa,

---

5. *A ordem social e a nova Constituição*, Rio de Janeiro, 1991, p. 12.

6. *La crise de l'État providence*, Paris, Seuil, 1981, p. 28.

com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

Tendo em vista tais diretrizes, o legislador ordinário editou as Leis ns. 8.212/91 e 8.213/91.

O primeiro diploma legal citado, composto de mais de cem artigos, aparece sob a rubrica de lei de custeio e nele se indicam realmente as fontes de custeio da Seguridade Social. Antes, porém, delineiam-se os traços característicos de cada um dos segmentos que a compõem. Importante é o tópico relativo à sua organização, merecendo ser aqui transcrito o preceito regulador da estrutura do Conselho Nacional da Seguridade Social: "*art. 6º - Fica instituído o Conselho Nacional da Seguridade Social, órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de representantes da sociedade civil. § 1º - O Conselho Nacional de Seguridade Social terá 15 (quinze) membros e respectivos suplentes, sendo: a) 4 (quatro) representantes do Governo Federal, dentre os quais, 1 (um) da área de saúde, 1 (um) da área de previdência social e 1 (um) da área de assistência social; b) 1 (um) representante dos governos estaduais e 1 (um) da prefeituras municipais; c) 6 (seis) representantes da sociedade civil, sendo 3 (três) trabalhadores, dos quais pelo menos 1 (um) aposentado e 3 (três) empresários; d) 3 (três) representantes dos conselhos setoriais, sendo um de cada área da Seguridade Social, conforme disposto no Regimento do Conselho Nacional da Seguridade Social (...)*"

O Conselho, acima estruturado, ficou investido das seguintes funções: "*art. 7º - Compete ao Conselho Nacional da Seguridade Social: I - estabelecer as diretrizes gerais e as políticas de integração entre as áreas, observado o disposto no inciso VII do artigo 194 da Constituição Federal; II - acompanhar e avaliar a gestão econômica, financeira e social dos recursos e o desempenho dos programas realizados exigindo prestação de contas; III - apreciar e aprovar os termos dos convênios firmados entre a seguridade social e a rede bancária para a prestação dos serviços; IV - aprovar e submeter ao Presidente da República os programas anuais e plurianuais da Seguridade Social; V - aprovar e submeter ao Órgão Central do Sistema de Planejamento Federal e de Orçamentos a proposta orçamentária anual da Seguridade Social; VI - estudar, debater e aprovar proposta periódica dos valores dos benefícios e dos salários-de-contribuição, a fim de garantir, de forma permanente, a preservação de seus valores reais; VII - zelar pelo*

*fiel cumprimento do disposto nesta Lei e na legislação que rege a Seguridade Social, assim como pelo cumprimento de suas deliberações; VIII - divulgar, através do Diário Oficial da União, todas as suas deliberações; XI - elaborar o seu regimento interno"*

Quanto ao financiamento da Seguridade Social, prevalecem as seguintes regras: "art. 11 - No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas: I - receitas da União; II - receitas das contribuições sociais; III - receitas de outras fontes. Parágrafo único Constituem contribuições sociais: a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; b) a dos empregadores domésticos; c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro; e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos"

Cumprida, nesta altura, assinalar a inconstitucionalidade do preceito em que se aponta como base de incidência da contribuição a cargo das empresas "a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço".

A inconstitucionalidade em causa se apura mediante a simples constatação de que o termo *empregadores* e o vocábulo *salários*, constantes do art. 195, I, da Lei Magna, rechaçam, de modo inequívoco, a possibilidade de se exigirem contribuições sobre pagamentos efetuados a diretores, trabalhadores avulsos e autônomos. Com efeito, a palavra *empregadores* tem como correlata a expressão *empregados*. E salário é pagamento que só se faz a empregados; a diretores pagam-se honorários, denominando-se *remuneração* o estipêndio de avulsos e autônomos.

Essa interpretação, de índole gramatical ou filológica, dificilmente pode ser superada por outra, de diversa natureza, porque, como acentua Manuel A. Domingues de Andrade: "*as palavras da lei são às vezes tão explícitas e categóricas que não podem exprimir, nem sequer de modo imperfeito ou constrangido, mais do que um só pensamento. Em tal caso, o intérprete deve resignar-se a aceitar o sentido verbal da lei...*"<sup>7</sup>

Tudo indica que o constituinte de 1988, ao usar da expressão *folha de salários* e não, por exemplo - *folha de pagamentos* -, visou limitar

7. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis, Coimbra, Arménio Amado, 1978, p. 28.

contribuição de efeitos perniciosos sobre o mercado de trabalho, de vez que castiga o empregador, com grande contingente de mão-de-obra, incentivando, em consequência, a expansão do trabalho clandestino.

A despeito da flagrante inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei n. 7.787/89, e do art. 22, I, da Lei n. 8.212/91, tem sido ela, por vezes, negada, sob a alegação de ser já tradicional a alusão a salários para significar pagamentos efetuados a pessoas sem relação empregatícia.

Sucedo que a expressão *salário-de-contribuição*, realmente tradicional na sistemática previdenciária, não guarda paralelismo com o termo *salário*.

É comum, aliás, que os substantivos compostos possuam significado diverso de cada um dos vocábulos que os compõem, como ocorre, por exemplo, com banana-prata, couve-flor, salário-família.

Ninguém imaginaria enxergar prata no primeiro, flor no segundo e natureza salarial no terceiro. Da mesma maneira, há de ser repudiada a idéia de que, na locução *salário-de-contribuição*, já estivesse presente o conceito de salário. E, por isso mesmo, era curial admitir-se poder ela, no passado, abarcar remunerações não exclusivamente de empregados mas igualmente de diretores, sócios, trabalhadores avulsos e autônomos.

Tal abrangência tornou-se, no entanto, incompatível com a linguagem estrita da Constituição de 1988. Como ensina Jorge Miranda, "*a superveniência de nova Constituição acarreta 'ipso facto', pela própria função e força desta, o desaparecimento do direito ordinário anterior com ela desconforme*".<sup>8</sup>

A Lei n. 8.213/91 exterioriza-se sob a rubrica de Lei de Benefícios, compondo-se de mais de cento e cinqüenta artigos.

Os benefícios por ela prodigalizados são os referidos em seu art. 18, pelo modo seguinte: "*O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de serviço; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família;*

8. *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra, 1983, t. II, p. 248.

*g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; i) abono de permanência em serviço; II quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: a) pecúlios; b) serviço social; c) reabilitação profissional"*

Do próprio conceito de Previdência Social, instituição distribuidora de renda, quando esteja esta diminuída ou extinta, em virtude de contingência social (doença, velhice, acidente, etc), tira-se a ilação de que a inserção, no seu âmbito, da aposentadoria por tempo de serviço constitui extravagância. Sendo esta a prestação mais dispendiosa do sistema, não resulta, todavia, de nenhuma contingência apta a extinguir ou diminuir a renda do trabalhador. Ao contrário, sabendo-se que, até recentemente, o ingresso no mercado de trabalho se dava a partir dos doze anos, tem-se que respectivamente aos 37 e aos 42 anos, mulheres e homens, no pleno vigor de suas forças, poderão se aposentar. Ora, num país pobre como o Brasil, que precisa fazer seleção de recursos para atender a mil e tantas misérias, o menos que se pode dizer do tratamento dado à aposentadoria por tempo de serviço é que se apresenta extravagante. Quando timbrassem os legisladores em não a excluir do rol das prestações previdenciárias, seria medida de elementar cautela que se introduzisse, no sistema, um dado de moderação, qual, por exemplo, o da idade mínima de 55 anos.

Não se oponha à preconizada extinção da aposentadoria por tempo de serviço o argumento de que representaria ela agressão à expectativa natural das pessoas de trabalharem no presente para repousarem no futuro. Tal tendência não é por certo passível de censura. Ao contrário, há de ser mesmo incentivada, como encorajados hão de ser todos os tipos de seguro: o de vida; o de acidentes; o contra fogo; o contra furto e até o seguro contra mal tempo, em período de férias, que vem sendo cada vez mais praticado em alguns países europeus. Mas todos esses casos pertencem ao âmbito do seguro privado, não podendo nenhum deles inserir-se na esfera da Previdência Social.

O terreno ideal para o florescimento da aposentadoria por tempo de serviço é o da previdência privada. Na área da Previdência Social, apresenta-se como corpo estranho e prejudicial ao adequado funcionamento do sistema.

Nem se venha com o argumento da reduzida expectativa de vida do trabalhador brasileiro, principalmente no norte e no nordeste do país. Tal argumento se mostra falacioso, porque o indicado dado da realidade não aponta para a necessidade de se manter a aposentadoria por tempo de serviço e sim

para a conveniência de se preverem limites de idade diversos para a aposentadoria, conforme a região geográfica do país (65 no sul, 50 no norte, por exemplo).

Ao contrário do modelo doutrinário acima transcrito, o que há de prevalecer, a partir do ano 2000, será o recuo do intervencionismo estatal, substituindo-se a Consolidação das Leis do Trabalho pelas cláusulas constantes das convenções coletivas do trabalho. Mostra-se tal modelo melhor do que o atual, porque reflete, com precisão, o ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes dos parceiros sociais, o que implica melhor adaptação entre norma e realidade, diminuição de custos e constrição do mercado informal de trabalho. Como assinala Chouraqui, *"c'est surtout à un développement de la négociation collective qu'a conduit la conviction, largement partagée, que la régulation étatique est plus adaptée à une 'guerre de positions' qu'à une moderne 'guerre de mouvement', correspondant à l'évolution rapide des contextes et des intérêts dont la confrontation mérite donc d'être régulée autrement"*.<sup>9</sup>

Ao invés da tutela, desenvolvida pela Justiça do Trabalho, com enormes custos para a sociedade e reduzidíssima eficiência, segundo se depreende da demora na solução dos conflitos perante ela ajuizados, o que se preconiza é a utilização crescente dos mecanismos de autocomposição, como conciliação, mediação e arbitragem.

No que toca à Seguridade Social, o de que há mister é baldar-se a mania de grandeza e engendram-se mecanismos de proteção social consentâneos com nossas possibilidades. A primeira providência, nesse sentido, consiste no estímulo à atividade econômica, com a diminuição dos pesados tributos que recaem sobre as empresas (o aumento da riqueza é o melhor antídoto contra o estado de necessidade); a segunda traduz-se na diminuição do tamanho das entidades estatais de proteção social, atribuindo-se-lhes apenas a incumbência de satisfazer, até limites razoáveis, riscos sociais da população mais carente; a terceira cautela cifra-se na estadualização da previdência, em conformidade, aliás, com o disposto no art. 23, XII e art. 24, § 1º, da

---

9. Alain Chouraqui, *Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social, in Normes juridiques et régulation sociale*, dirigido por Chazel F. e Commaile, J., Paris, LGDJ, 1991, p. 295.

Constituição; a quarta medida corresponde à necessidade de transferir para o setor privado as principais modalidades de seguro social; a quinta e última resume-se na conveniência de se incentivarem outros métodos de proteção social, como o da mutualidade, o das associações privadas de assistência e o da família, todos fundados em solidariedade genuína e não no mecanismo frio de prestações oriundas da Previdência Social.

---

#### BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra : Armênio Amado, 1978.
- CHOURAQUI, Alain. Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social, in *Normes juridiques et régulation sociale*, dirigido por Chazel F. e Commaille J. Paris : LGDJ, 1991.
- DE FERRARI, Francisco. *A ordem social e a nova Constituição*. Rio de Janeiro : Aide, 1991.
- DRUCKER, Peter F. *The new realities*. New York : Harper e Row, 1989.
- MARCALOZ, Salete Maria Polita. *Representação classista na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra : Coimbra, 1983.
- MORIN, Edgard. *Pour sortir du XX siècle*. Paris : Nathan, 1981.
- ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'État providence*. Paris : Sevil, 1981.



*DIREITO CONSTITUCIONAL*



## ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

Professor Titular de Direito Constitucional  
do Departamento de Direito Público da FDUSP  
Doutor em Direito pela Universidade de Paris

### Resumo:

O artigo analisa preliminarmente as características gerais da Constituição de 1988, comparando-a às constituições de tipo clássico, tais como a constituição-garantia, a constituição-balanço e a constituição-dirigente, da qual a nossa se aproxima.

Em seguida aborda a questão das normas não-auto-executáveis e de sua complementação por meio de comando judicial, questão relevante em uma Constituição como a nossa. Recordamos a lição recente do mestre português Jorge Miranda e a distinção por ele feita entre "normas executáveis por si mesmas", "normas preceptivas não executáveis por si mesmas" e "normas programáticas". No que concerne às normas não executáveis de imediato discute suas quatro espécies: normas programáticas, de estruturação, incompletas propriamente ditas e normas condicionadas.

Passa a discutir, na sequência, a questão do sistema de governo, da opção presidencialismo *versus* parlamentarismo, fazendo um breve histórico do assunto, passando então a uma análise do processo constituinte e de como a nossa Constituição resolve esta questão, encerrando este tópico com a análise do poder do presidente.

Aborda, então, a Ordem Econômica na Constituição, com os temas "Tipos de Organização Econômica", da delimitação entre o campo de iniciativa privada e da pública, da determinação do regime jurídico dos fatores de produção e da definição da finalidade e dos princípios gerais da vida econômica.

Finaliza com o balanço dos resultados práticos da implantação da nova Constituição, além de uma abordagem conjuntural da crise político-institucional por que passa o país.

### Abstract:

The article analyzes first the general features of the Constitution of 1988, comparing it to constitutions of the classical type, such as the warranty-constitution, the balance-constitution and the directing-constitution, that is near to ours.

It broaches then the questions of non-self-executable rules and their complementation by means of judicial command, a question of relevance in a constitution such as ours. It reminds us of the recent lesson

of the portuguese master Jorge de Miranda and the distinction made by him between "self-executable rules", "preceptoral non-self-executable rules" and "program rules" It discusses the four kinds of non-immediately-self-executable rules: program rules, structure rules, strictly speaking incomplete rules and conditioned rules.

It goes on to discuss the questions of system of government, of the option of president vs parliament, going into a brief history of the subject and making an analysis of the process of making the constitution and of how our constitution solves the question and finishing the subject with an analysis of the power of the president.

It broaches then the Economical Order of the Constitution with the themes "Types of Economical Organization", of the boundaries between private and public enterprise, of the determination of the juridical regime of the production factors and the definition of the end and general principles of economical life.

The article ends with the balance of the practical results of the implantation of the new Constitution, and an analysis of the conjuncture of the political and institutional crisis the country is going through.

1. Há praticamente quatro anos, ou seja, a 5 de outubro de 1988, entrou em vigor a nova Constituição brasileira.

Ainda não houve, por isso, o tempo indispensável para que a doutrina cristalizasse a interpretação quanto a numerosas regras; muito menos, para que os tribunais definissem a jurisprudência a respeito delas. Basta lembrar, para comprová-lo, que nenhum jurista conseguiu até agora completar livro de comentários a seu texto; da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal ainda não logrou enfrentar senão um número ínfimo das questões constitucionais a ele submetidas. Assim, é forçosamente com muita cautela e humildade que se deve proceder na sua análise.

O presente trabalho não visa, em consequência, mais que desempenhar o papel de uma introdução ao estudo da Constituição brasileira de 1988, de caráter essencialmente informativo. Para tanto, cinge-se a alguns aspectos ou pontos fundamentais. O primeiro concerne às *características gerais da Constituição*, as quais a definem como integrante do tipo constituição-dirigente; o segundo, ao tema político de maior relevo, *o sistema de governo*, o presidencialismo; o último aborda a matéria mais discutida na Constituinte, a questão da ordem econômica, a "*constituição econômica*", que nela se contém.

Enfim, como fecho do trabalho, apontar-se-ão algumas poucas inferências que se podem extrair da *prática, até agora, da nova Constituição*.

### I. Características gerais.

2. A Constituição brasileira de 1988 oferece, desde a primeira vista, uma peculiaridade que a distingue das anteriores: ela se preocupa, e em pormenores, com assuntos que não eram regulados, mas, no máximo, mencionados, nas constituições precedentes. Assim, possui ela, por exemplo, capítulos sobre a Política Urbana, sobre o Sistema Financeiro Nacional, sobre a Seguridade Social, compreendendo seções referentes à Saúde, à Previdência Social, à Assistência Social, sobre a Educação, a Cultura e o Desporto, sobre a Ciência e a Tecnologia, sobre a Comunicação Social, sobre o Meio Ambiente, sobre a Família, a Criança, o Adolescente e o Idoso, sobre o Índio, etc.

Ao tratar destas questões, ademais, ela formula definições (como a de patrimônio cultural, art. 216, que dá bem a medida de seu estilo: "*Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*"...), juridicamente irrelevantes (e substancialmente discutíveis). Outrossim, esboça planos e programas de transformação da realidade presente (Saúde, art. 196; Educação, art. 208; Ciência e Tecnologia, art. 218; etc.).

Assim, quem a compara às constituições brasileiras anteriores, ou às constituições de tipo clássico, logo se apercebe de que ela segue um outro modelo e se insere noutro tipo.

3. O tipo clássico de Constituição a constituição "escrita" nascido no século XVIII, tem uma finalidade definida: garantir os direitos naturais do Homem (vida, liberdade, segurança, propriedade). Daí poder-se chamá-lo de *constituição-garantia*.

Este tipo de constituição procura atingir a sua finalidade, estabelecendo uma *organização limitativa do Poder*. O seu modelo foi traçado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "*A sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição*"

4. Observe-se ainda que o tipo clássico de Constituição não se preocupa senão com o Poder *político*, almejando impedir-lhe os abusos. Ele não cuida de outras formas de opressão de natureza não-política.

É verdade que, após a Primeira Guerra Mundial, a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919 (pois a do México de 1917 não teve na época maior repercussão) estabeleceu um novo modelo. Este estende a tutela da Constituição aos planos político e social. Reconhece direitos econômicos e sociais do indivíduo e dos grupos, como o direito ao trabalho, o direito à educação, o direito de greve, etc. Não se perde, todavia, a perspectiva garantista. As constituições do novo modelo, muitas ainda em vigor como a da Itália de 1948, a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949, ainda visam, em última instância, a garantir os direitos fundamentais do ser humano. Continuam, portanto, constituições-garantia.

5. A este tipo clássico os juristas soviéticos contrapuseram o da *constituição-balanço*.

Foi Lassalle quem, por primeiro, contrapôs a constituição "real" à constituição "escrita". Aquela é "*composta pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade*"; esta é ... uma "*folha de papel*".<sup>1</sup>

Ora, essa colocação se ajusta perfeitamente ao determinismo histórico que formula o marxismo. Daí a adoção da idéia de que toda constituição é o reflexo ou o balanço do quadro prevalecente num determinado momento ou etapa histórica, posição esta tomada como dogma no período estalinista.

Realmente, ao ser elaborada a Constituição soviética de 1936, Stalin expôs esse entendimento em texto bem conhecido dos constitucionalistas: "*Ao estabelecer o projeto de nova Constituição, a Comissão de Constituição partia do princípio de que uma constituição não deve ser confundida com um programa. Isto significa que entre um programa e uma constituição existe uma diferença essencial. Enquanto um programa fala do que não é ainda e do que deve ser ainda obtido e conquistado no futuro, a Constituição, ao contrário, deve falar do que já*

---

1. Ferdinand Lassalle, *O que é uma Constituição política* (trad. port.), São Paulo, Global, 1987, p. 47.

*foi obtido e conquistado, agora, no presente. O programa concerne principalmente ao futuro, à constituição, ao presente... de modo que o projeto da nova Constituição representa o balanço do caminho percorrido, o balanço das conquistas já adquiridas. É, em consequência, o registro e a consagração legislativa do que já foi obtido e conquistado de fato".*<sup>2</sup>

Por essa razão, os constitucionalistas soviéticos ensinam que a Constituição de 1924 corresponde à etapa da "ditadura do proletariado"; a de 1936, à do Estado "socialista de operários e camponeses"; a de 1977, à do Estado do "povo inteiro".<sup>3</sup>

Esta última, com as emendas de 1988, se tornou a Constituição da "perestroika",<sup>4</sup> cabendo-lhe presidir aos últimos dias do sistema soviético.

6. Nos últimos vinte anos, vem-se desenvolvendo uma nova maneira de conceber a Constituição. É a idéia da *constituição-dirigente* para usar da expressão cunhada por Canotilho, o principal divulgador do modelo nos países de língua portuguesa.<sup>5</sup> A Constituição portuguesa, na versão promulgada em 1976, é o seu principal exemplo.

Nesta concepção, a Constituição é mais do que organização do Poder, é um programa de conformação da sociedade. Destarte, aponta fins, traça planos e programas destinados a alcançá-los. Tem caráter prescritivo e é exatamente por meio de prescrições que pretende dirigir a atuação governamental. Ela, como Lei Suprema, definiria "uma direção política permanente", que se imporia aos governos constituídos de acordo com suas regras, portanto, sobre qualquer "direção política do governo", naturalmente "uma direção política contingente".

2. Apud Jean-Guy Collignon, *La théorie de l'État du peuple tout entier en Union Soviétique*, Paris, P.U.F., 1967, p. 5.

3. *Ibid.*, p. 17.

4. Deve-se observar, todavia, que as emendas de 1988 instituíram, ainda que de modo precário, um controle de constitucionalidade na União Soviética. Isto equivale a trazer a Constituição para o plano do dever-ser, o que importa em abandono da concepção constituição-balanço.

5. Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição-dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra, 1982.

Isto significa que a Constituição se torna, acima de tudo, uma "lei material" a preordenar fins, objetivos e até meios, num sentido rigidamente definido. Deixa de ser u'a mera "lei processual", um "*instrument of government*", a estabelecer competências, a regular procedimentos e fixar limites.

A esta "lei material" está vinculada a atuação governamental, que, não a efetivando, incorre em *inconstitucionalidade por omissão*. E poderá ser o governo obrigado judicialmente a efetivar as promessas constitucionais, por meio de novos remédios, como a ação de inconstitucionalidade por omissão, que prevê o art. 283 da Constituição portuguesa (versão de 1982).

A constituição-dirigente tem ambição globalizante: política, econômica e social. Nada lhe é estranho.

Na verdade, a inspiração de Canotilho e de outros partidários da concepção é neomarxista. Entretanto, não está nisto um traço essencial, mas sim acessório. De qualquer modo, toda constituição-dirigente é constituição política, econômica e social, pretendendo operar profundas transformações da realidade, em todos estes planos.

7. A Constituição brasileira de 1988 resultou, em grande parte, do propósito de estabelecer uma lei fundamental voltada para reformas econômicas e sociais.

Isto transparece do fato de que, antes da convocação da Assembléia Constituinte, que iria formular a nova Lei Magna, já se haviam feito as reformas políticas e institucionais destinadas a "varrer o entulho autoritário". Com efeito, a Emenda n. 25, de 15 de maio de 1985, fez a reforma política: estabeleceu a eleição presidencial direta, facilitou a criação de partidos, aboliu a fidelidade partidária, eliminou o decurso de prazo para a aprovação de projetos de lei ou decretos-leis de autoria do Executivo, etc. E, quem comparar a ordem política estabelecida na Constituição em decorrência de suas disposições, com a que consagrou a Constituição de 1988, reconhecerá que são praticamente idênticas.

Assim, a Constituinte, convocada pela Emenda n. 26, de 27 de novembro de 1985, tinha como tarefa, velada, conquanto conhecida de todos, programar reformas sociais e econômicas tidas como indispensáveis e urgentes.<sup>6</sup>

---

6. V. a esse respeito o meu livro *O Poder Constituinte*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, n. 139.

8. Este propósito, quase unanimemente adotado pelos constituintes, foi aproveitado para que se impusesse como modelo a Constituição portuguesa de 1976. Isto levou à adoção do tipo constituição-dirigente para o texto afinal aprovado.

Assinala-o José Afonso da Silva: "*Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social democrática, imperfeita, reconheça-se*".<sup>7</sup>

Não tem ele, de fato, caráter socializante. Tinha-o o projeto; entretanto, emendas a ele opostas pelo chamado *Centrão* e aprovadas pelo Plenário eliminaram esse caráter, embora deixassem presente uma ênfase reformadora, de índole social.

É, porém, incontestavelmente, de intenção globalizante, abarcando não só o político mas também o econômico e o social.

Contém numerosos planos e programas, segundo se apontou, portanto, numerosas normas programáticas, não-auto-executáveis, cuja futura efetivação se confiou, inclusive, a mecanismos judiciais como a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Aquela é disciplinada no art. 103, § 2º, que lhe define o alcance: "*Declarada (pelo Supremo Tribunal Federal) 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*". Já sobre o mandado de injunção, dispõe o art. 5º, LXXI: "*Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*"

Este último ponto, que envolve a problemática das normas não-auto-executáveis e de sua complementação por meio de comando judicial, é de tal relevo numa constituição-dirigente, portanto, na Constituição brasileira, que merece um aprofundamento.

---

7. *Curso de direito constitucional positivo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 6.

9. A aplicabilidade imediata das normas constitucionais é conclusão de há muito aceita pela doutrina.

Entretanto, como já apontou Thomas Cooley, no *Treatise on constitutional limitations*,<sup>8</sup> cuja doutrina Rui Barbosa incorporou ao pensamento jurídico brasileiro,<sup>9</sup> há normas constitucionais que não podem ser de imediato aplicadas, porque são incompletas. São "*not-self-executing provisions*", que Rui traduziu por "normas não-auto-executáveis", que se opõem às regras completas, portanto, imediatamente aplicáveis, "*self-executing provisions*", "normas auto-executáveis".

Estas últimas normas compreendem aquelas que indicam princípios, apontam metas, traçam programas. Daí, muitos a elas se referirem como "normas programáticas", embora estas sejam apenas uma espécie dentre as normas não-auto-executáveis.

Com efeito, vale recordar a lição recente de Jorge Miranda. O mestre português contemporâneo assinala deverem-se distinguir entre "normas exequíveis por si mesmas", "normas preceptivas não-exequíveis por si mesmas" e "normas programáticas". As primeiras são auto-executáveis, porque completas em todos os seus elementos. As segundas, incompletas nalgum ponto, somente reclamam a complementação legislativa para tornarem-se executáveis. Quanto às "normas programáticas", elas exigem mais do que a mera complementação legal, pois, não dispensam para tornarem-se efetivas "providências administrativas e operações materiais", também.<sup>10</sup>

Note-se que esta distinção entre "normas não-exequíveis por si mesmas" e "normas programáticas" se ajusta à distinção feita, a propósito da inconstitucionalidade por omissão, ao art. 103, § 2º da Constituição brasileira. Com efeito, se a falta é tão-somente de lei de complementação, o Tribunal dará "ciência" ao Poder competente, o Legislativo; contudo, se a falta é das

---

8. 6ª ed., Boston, 1890, p. 99 e ss.

9. V. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1933, v. 2, p. 489 e ss.

10. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, 1987, v. 2, p. 216 e ss.

providências administrativas, ou de operações materiais, o Tribunal assinará o prazo de trinta dias para que o órgão competente as tome ou faça.

10. Na Constituição de 1988, a análise das numerosas normas não-exequíveis de imediato sugere a existência de quatro espécies dentre elas:

a. *Normas programáticas*, no sentido dado à expressão por Jorge Miranda: normas que reclamam, além de regulamentação legal, providências administrativas ou materiais. Por exemplo, o direito à educação (art. 295) que reclama não só regulamentação mas também escolas, professores, etc.;

b. *Normas de estruturação*. Normas que prevêm órgãos mas deixam de estruturá-los, ou não o fazem senão parcialmente. Em ambos os casos, reclamam uma complementação legal. É o caso do Conselho da República, cuja organização e funcionamento depende de uma lei (ainda não editada), prevista no art. 90, § 2º;

c. *Normas incompletas propriamente ditas*. São aquelas a que falta elemento imprescindível para que possam ser aplicadas. Por exemplo, a do art. 203 que atribui à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possua meios de prover à própria manutenção, um "*benefício mensal*", isto "*conforme dispuser a lei*", que obviamente terá de precisar as condições que a norma constitucional apenas indica genericamente; e

d. *Normas condicionadas*. Estas são regras que, embora numa análise objetiva apareçam completas, portanto, imediatamente aplicáveis, não o podem ser, porque expressamente o texto constitucional condicionou sua eficácia a uma lei. Isto quer dizer que a eficácia da norma está condicionada a uma apreciação de oportunidade por parte do legislador. É o caso de disposições contidas, por exemplo, nos parágrafos do art. 192 sobre o sistema financeiro nacional, as quais seriam de imediato aplicáveis, se o todo não estivesse condicionado a uma lei a ser editada. Na verdade, politicamente falando, esta espécie de normas resulta do equilíbrio de forças entre grupos, hostis ou favoráveis a uma idéia, que se conciliam, adiando uma medida até uma decisão futura (que poderá jamais ser tomada) do legislador.

11. Houve, logo que vigente a nova Constituição, quem não admitisse a existência de normas não-executáveis de imediato em seu texto. Apoiavam essa

opinião na letra do art. 5º, § 1º: "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*".

Evidentemente, porém, esta afirmação fere a natureza das coisas. Uma norma incompleta não pode tornar-se auto-executável por um mero *fiat* constitucional.

Ademais, a própria Constituição desmente essa aplicabilidade imediata de todas as suas regras, na medida em que prevê ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, exatamente para fazerem eficazes e efetivas prescrições que edita.

## II. O sistema de governo.

12. Uma das raras questões políticas que se debateram intensamente na Constituinte foi a opção *presidencialismo versus parlamentarismo*.

Desde a República, salvo em brevíssimo período (setembro de 1961 - janeiro de 1963), o sistema de governo adotado no Brasil é o presidencialista, por inspiração do sistema norte-americano. O sistema, porém, não funciona aqui como lá: apresenta, por exemplo, uma evidente exacerbação do poder presidencial. Por isso, os seus críticos, especialmente de 1946 para cá, propõem como solução para males políticos que afligem o Brasil a adoção do sistema parlamentarista.

13. Convém lembrar que, durante o Segundo Império, certamente entre 1847 e 1889, quando se proclamou a República, viveu o Brasil um parlamentarismo.

A Carta de 1824, é certo, não o previa expressamente, mas não o faziam também as constituições européias da época. Sua índole seguramente se adequava ao sistema, cujas formas se seguiram a partir de 1847 quando se criou a Presidência do Conselho de Ministros. Assim, embora a Carta atribuísse ao Imperador o Poder Executivo além do Poder Moderador,<sup>11</sup> este Poder Executivo

---

11. A Constituição do Império previa quatro Poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador. Este, adotado segundo o modelo de Benjamin Constant, era conferido ao Imperador "*para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos*" (art. 98).

era exercido pelo Conselho de Ministros, dirigido por seu Presidente, que necessitava do apoio da maioria parlamentar, tanto para a investidura quanto para a permanência em funções. E, em consequência, a política brasileira passou a compreender moções de desconfiança, questões de confiança, quedas de gabinete: toda a vivência, enfim, do parlamentarismo.

Críticos liberais, entretanto, denunciavam o artificialismo do sistema. Apontavam que, dada a inconfiabilidade dos resultados eleitorais, que eram realizadas sob a influência do gabinete em funções, o Imperador podia designar quem quisesse para constituir o gabinete, pois, se este não tivesse maioria parlamentar, a eleição seguinte, apressada pela dissolução da Câmara, criaria fatalmente essa maioria.

Por outro lado, os críticos republicanos, e isto explica o abandono do sistema com a queda do Império, tinham ojeriza pelo parlamentarismo, a que se referiam pejorativamente como o "regime do falatório e da intriga". Assim, o republicanismo brasileiro era, desde a origem, presidencialista. E nisto coincidiam tanto os liberais, que viam nos Estados Unidos da América o modelo, como a forte corrente positivista que, inspirada nas lições de Comte, assumiu forte influência no Exército brasileiro nos anos 80, partidária que era da "ditadura republicana".

14. Adotado o presidencialismo na Constituição de 1891, foi ele mantido na de 1934, na de 1937 (que, na verdade, foi apenas nominal), na de 1946, como na de 1967.

Ao cair o Estado Novo, em 1945, surgiu uma significativa corrente parlamentarista, no cenário nacional, particularmente forte no Rio Grande do Sul. Esta vinculação regional tem sua explicação. Vigente a Constituição de 1891, os positivistas conquistaram o poder nesse Estado e lhe deram uma Constituição nos moldes da "ditadura republicana". A oposição gaúcha aos positivistas locais (os "castilhistas") assumiu, até por reação, a bandeira parlamentarista.

A tese parlamentarista não vingou na Constituinte, portanto, na Constituição brasileira de 1946. Entretanto, logrou impor-se na Constituição do Rio Grande do Sul, que se estabeleceu a seguir. O Supremo Tribunal Federal, todavia, declarou inconstitucional esse sistema, por entender que ele feria a

*"independência e harmonia dos poderes"*, que a Constituição Federal obrigava os Estados a respeitar.

Os parlamentaristas gaúchos, sob a liderança do deputado Raul Pila, desenvolveram, a partir de então, uma campanha nacional em favor do sistema. E foram ganhando valiosos apoios, graças, especialmente, às crises políticas dos anos 50. Assim, é de citar-se a adesão de Afonso Arinos, constitucionalista e parlamentar de renome, que sempre se opusera às propostas de adoção do sistema parlamentarista, quando debatidas no Congresso Nacional, como o foram, sem êxito, em 1949 e 1952.

A crise de 1961 trouxe, com a Emenda n. 4 à Constituição de 1946, a adoção do parlamentarismo. Foi um arranjo de circunstância para evitar uma guerra civil prestes a eclodir.

De fato, a eleição de 1960 dera vitória a Jânio Quadros para a Presidência da República, a João Goulart para a Vice-Presidência. Ora, ambos não pertenciam à mesma orientação política, nem contavam com o mesmo apoio (Jânio era o candidato da oposição, Goulart, da situação, e suspeito de simpatias para com o sindicalismo à moda peronista, além de ser o candidato da extrema-esquerda). A sua eleição concomitante apenas fora possível em razão de serem disputadas à parte a Presidência e a Vice-Presidência e ter havido uma dissidência a enfraquecer o candidato à Vice-Presidência dos aliados de Jânio.

Desse modo, ao ocorrer a renúncia deste, em agosto de 1961, constitucionalmente o substituiria João Goulart, mas este era inaceitável para os que haviam apoiado Jânio e se consideravam representantes da maioria do povo brasileiro. Ademais, contavam eles com o apoio de forte corrente militar, radicalmente hostil ao esquerdismo de Goulart. Ora, como este contava com apoio militar, também, em nome da legalidade, depois de uma difícil negociação evitou-se o conflito armado, adotando-se o parlamentarismo. Com este sistema, Goulart "reinará" mas não governaria...

O novo sistema, porém, teve o seu funcionamento comprometido desde o primeiro momento. Com efeito, Goulart e seus partidários, mormente os mais à esquerda, não se conformaram com a "castração" (como diziam) dos poderes do Presidente. Em conseqüência, desenvolveram uma acerba campanha contra o parlamentarismo que levou à sua revogação, num plebiscito em janeiro

de 1963. Mas igualmente isto selou a sorte de João Goulart, que iria ser deposto pelo movimento revolucionário de 1964, com as decorrências que se conhecem.

15. A Constituinte reuniu forte corrente parlamentarista, distribuída por muitos dos partidos que a integravam. Esta corrente logrou maioria na Comissão de Sistematização que elaborou o Projeto de Constituição. Entretanto, emendas, apoiadas pela influência do então Presidente José Sarney, foram aprovadas pelo Plenário, no primeiro turno de discussão e votação, que mantiveram o presidencialismo. Previu-se, porém, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, em 7 de setembro de 1993, se realizará um plebiscito para que o povo escolha entre parlamentarismo e presidencialismo (art. 2º), plebiscito este agora antecipado para 21 de abril de 1993.

16. De acordo com a Constituição em vigor, cabe ao Presidente da República o Poder Executivo, independente do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Ele o exercerá, como diz o art. 76 da Constituição, com o auxílio dos Ministros de Estado. Estes ele livremente escolhe e exonera.

É eleito pelo voto popular direto, pelo princípio majoritário. Eventualmente, em dois turnos de votação, já que no primeiro só se elegerá quem obtiver a maioria absoluta dos votos (não computados os nulos e os em branco). Caso isto não ocorra, haverá um segundo turno disputado, apenas, pelos dois mais votados do primeiro.

Tem um mandato de cinco anos, que somente poderá ser extinto em caso de crime de responsabilidade, por meio de *impeachment*.

17. Cumpre ao Presidente da República todos os papéis que Corwin assinala serem desempenhados pelo Presidente da República dos Estados Unidos, embora com algumas qualificações.<sup>12</sup> Ele é o "*administrative chief*", o "*chief executive*", o "*organ of foreign relations*", o "*commander-in-chief*" e o "*legislative leader*".

---

12. Edward S. Corwin, *The president: office and powers*, 4ª ed., New York, New York Univ. Press, 1964.

Como "*administrative chief*", ele tem nas mãos a "*direção superior da administração federal*", nomeia e exonera os Ministros de Estado, provê e extingue os cargos públicos federais, etc. (art. 84).

Como "*chief executive*", regulamenta as leis, decreta o estado de defesa e o estado de sítio, decreta e executa a intervenção federal, concede indulto e comuta penas, etc. (art. 84).

Como "*organ of foreign relations*", mantém relações com Estados estrangeiros e acredita seus representantes diplomáticos, celebra tratados, convenções e atos internacionais, declara a guerra e celebra a paz, etc. (art. 84).

Como "*commander-in-chief*", exerce o comando supremo das Forças Armadas, decreta a mobilização nacional, promove os oficiais-generais, nomeia-os para os cargos que lhes são privativos, etc. (art. 84).

Como "*legislative leader*", exerce a iniciativa legislativa, veta projetos aprovados, sanciona-os, promulga-os e publica-os, etc. (art. 84). Ademais, possui o poder de editar, sem a necessidade de autorização do Legislativo, "*medidas provisórias com força de lei*" (art. 62)<sup>13</sup> e com autorização deste "*leis delegadas*" (art. 68). É, assim, o Presidente da República, no Brasil, um legislador, conquanto excepcional, segundo a letra da Constituição.

Enfim, cumpre não olvidar que o Presidente nomeia os integrantes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e outros magistrados, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, membros do Tribunal de Contas da União, o presidente e os diretores do Banco Central, etc. (art. 84).

De modo geral, já possuía ele esses poderes no direito anterior. Comparativamente com este, perdeu ele um pouco de sua força, juridicamente falando. De fato, depende de aprovação prévia por parte do Senado a nomeação de muitas das autoridades que ele escolhe; algumas atribuições administrativas estão agora sujeitas à apreciação do Congresso Nacional, como atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão, atos relativos a atividades nucleares, etc.

---

13. O texto da norma constitucional sobre as medidas provisórias acha-se no item 27 deste trabalho.

No exercício de algumas funções, tem de ouvir a opinião de um ou mesmo dos dois Conselhos que a Constituição criou: o Conselho da República (art. 90) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91). O primeiro quanto a questões relevantes para a estabilidade das instituições; este, para os assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático.

18. Entretanto, a força política do Presidente da República muito ganha com a eleição direta, ainda mais num sistema em que fatalmente ele poderá invocar a escolha pela maioria absoluta do povo brasileiro.

Na realidade, a eleição presidencial direta foi denunciada, vigente a Constituição de 1946, como um dos males do presidencialismo. Afonso Arinos converteu-se ao parlamentarismo, apontando a eleição presidencial direta como um "*plebiscito entre dois demagogos*", plebiscito este que seria fatalmente vencido por "*aquele que mais esperanças privatistas despertou nos indivíduos, classes e grupos. Aquele que mais prometeu às coletividades e não à coletividade, aquele que mais mentiu a seções separadas do povo e menos falou a dura verdade ao povo em conjunto*" E, com pessimismo, concluiu Arinos: "*Isso cada vez será pior*".<sup>14</sup>

Na verdade, a exacerbação do poder presidencial, que leva muitos a preferirem o parlamentarismo, tem além dessa causa política, algumas outras.

Uma é a fragilidade do sistema partidário. Não tem o País verdadeiros partidos, embora sejam eles, hoje, mais de trinta: isto é, partidos com um programa, ainda que vago, um mínimo de disciplina e coerência. Conseqüentemente, o Presidente da República faz, no Congresso, com toda a facilidade, a *sua* maioria, em geral por meio das benesses que pode distribuir. Ora, à falta de tal sistema partidário, não se vê como um sistema parlamentarista possa sustentar-se. Ao invés, fácil é predizer que será ele instável e impotente.

Outra é a falta de prestígio do Legislativo que, assim, não lhe pode servir de contrapeso. E a ela não socorre o prestígio do Judiciário que, embora o tenha maior, longe está de contar com o respeito de que goza a Suprema Corte dos Estados Unidos.

---

14. Afonso Arinos de Melo Franco e Raul Pila, *Presidencialismo ou parlamentarismo?*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1958, p. XXIII.

O desprestígio do Legislativo decorre, entre outros fatores, do fato de que ele não tem dado conta de sua tarefa essencial: a de legislar. Por isso, já a Constituição anterior previa uma legislação pelo Executivo, com o decreto-lei. E a atual, conforme já se apontou, prevê as "*medidas provisórias com força de lei*", que efetivam em mãos do Presidente a indesejável concentração do Poder Executivo com o Poder Legislativo. Nega-se com isto a grande virtude da separação dos poderes, ainda que formalmente a Constituição a ela adira.

### III. A ordem econômica.

19. Nenhum tema provocou na Constituição um confronto tão aceso quanto a definição da ordem econômica. A corrente de esquerda, estatizante, socializante, até marxizante, logrou êxito nas primeiras etapas, inclusive no estabelecimento do Projeto; entretanto, a corrente liberal reagiu durante a discussão deste e logrou fazer aprovar várias emendas que alteraram, em substância, o texto proposto. Deste confronto resultaram, pela necessidade de acordos e transigências, ambigüidades e dificuldades na interpretação da ordem econômica na Constituição em vigor. Inclusive, com a formação entre os juristas, como se verá, de pelo menos três linhas de opinião divergentes entre si.

Vale observar, ademais, que o Texto vigente contém uma verdadeira "constituição econômica". De fato, ela regula expressamente os quatro aspectos fundamentais que a doutrina considera essenciais a esse respeito:

- a. o estabelecimento do *tipo de organização econômica*, que repercute na
- b. *delimitação entre o campo da iniciativa privada e o da iniciativa pública*; bem como
- c. *a determinação do regime jurídico dos fatores de produção*; tudo encimado pela
- d. *definição da finalidade e dos princípios gerais da vida econômica*.<sup>15</sup>

---

15. V. meus estudos *Lineamentos de uma Constituição econômica e Democracia política e democracia econômica*, publicados em *Idéias para a nova Constituição brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 119 e ss. e p. 135 e ss., respectivamente.

20. Quanto a este último ponto, é fundamental o art. 170 da Constituição.

No *caput* deste artigo, é indicada a finalidade da ordem econômica: "*assegurar a todos existência digna*". Reflete-se aqui a doutrina da Igreja, que, seguindo Santo Tomás de Aquino, vê na "*vida humana digna*" a essência do bem comum. Há, é certo, neste passo, um eco do art. 151 da Constituição de Weimar, por intermédio do art. 115 da Constituição brasileira de 1934. Significativo é contrapor-se essa finalidade à que atribuía à ordem econômica o art. 160, *caput*, da Lei Magna anterior: "*realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*".

Ainda no *caput* do art. 170 afirmam-se como fundamentos da ordem econômica "*a valorização do trabalho humano*" e a "*livre iniciativa*". Na verdade, estavam ambos presentes no direito anterior. Por outro lado, esses dois pontos já estavam sublinhados no próprio art. 1º da Constituição, que inscreve entre os fundamentos do Estado Brasileiro "*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*" (inciso IV).

Por outro lado, o art. 170 destaca vários princípios que deverão orientar a atividade econômica: a soberania nacional (I), reflexo de sua inspiração nacionalista; a propriedade privada e a livre concorrência, incluídos pela ala liberal da Constituinte (II e IV); função social da propriedade, referência que desde 1934 está no direito constitucional brasileiro por força da dupla influência da doutrina social da Igreja e do positivismo (III); a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente (V e VI), temas em voga no mundo inteiro; a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (VII e VIII), temas caros à linha socializante; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (IX), que espelha a angústia dos pequenos empresários em face da concentração econômica produzida pelo desenvolvimento capitalista. Enfim, num parágrafo único, se ajuntou o princípio de que toda atividade econômica é livre, independentemente de autorização por parte do Poder Público - essência da livre iniciativa - mas ressalvados os casos previstos em lei, o que obviamente esvazia o preceito.

Vê-se bem dessa congêrie de princípios o caráter compósito da inspiração do constituinte, reflexo da divisão ideológica presente na Assembléia.

21. A definição do tipo de organização econômica é o cerne de uma Constituição econômica. É o ponto que traduz a opção entre uma *economia descentralizada* e uma *economia centralizada*. Ou seja, entre uma economia de mercado e uma economia *comandada* de um centro de Poder.<sup>16</sup>

O Anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização da Constituinte continha uma definição do tipo de economia, que equivalia a caracterizá-la como centralizada. Era o que se via no art. 310: "*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá as funções de controle, fiscalização e planejamento, que será imperativo para o setor público e indicativo para o setor privado*". E este texto foi repetido pelo art. 203 do Projeto.

O termo *controle* na linguagem jurídica brasileira é ambíguo. De fato, ele provém, conforme a inspiração de quem o emprega, ou do francês "*contrôle*", que traduzido para o vernáculo seria "fiscalização", ou do inglês "*control*", que antes significa "poder sobre", "dominação". Entretanto, controle num texto que fala também em fiscalização somente pode significar "dominação", e era isso o que decorria do texto do Anteprojeto e do Projeto. E isto era bem o que queria o PT (Partido dos Trabalhadores), agremiação de esquerda radical, responsável pela proposta.

Uma emenda, proposta pelo chamado *Centrão*, aprovada no primeiro turno de discussão e votação, eliminou a menção a controle e acrescentou a referência a "incentivo". Ficou assim o texto, do que é o art. 174 da Constituição: "*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*".

Ora, esta redação ensejou uma forte controvérsia, ainda não extinta.

Alguns dão-lhe uma interpretação ultraliberal, entendendo que o Estado não poderia senão desempenhar as funções estritamente entendidas de "fiscalização, incentivo e planejamento". Ademais, invocavam em apoio desta

---

16. V. a este respeito, além dos trabalhos citados na nota anterior, Raymond Barre, *Économie politique*, 2ª ed., Paris, P.U.F., 1957, t. 1, p. 185 e ss.

exegese os princípios de livre iniciativa, livre concorrência, de que fala o art. 170.<sup>17</sup>

Outros, em posição oposta, continuam a ler o preceito tal qual ele estava no Projeto, como se ele não houvesse sido alterado. Enfatizam, para tanto, o papel do Estado de "agente regulador" da atividade econômica.<sup>18</sup>

Enfim, uma terceira corrente, moderada, entende que o texto referido, se exclui uma economia centralizada, deixa largo campo para a intervenção do Estado, quer de índole normativa, quer de índole regulatória. E nesta atuação interventiva pode ele fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica.<sup>19</sup>

22. No tocante ao relacionamento entre iniciativa privada e iniciativa pública, cumpre lembrar que a Constituição anterior, no art. 170, afirmava a primazia da iniciativa privada na exploração de atividade econômica e punha como excepcional o desempenho de atividade dessa natureza por parte do Estado. Ela só caberia "em caráter suplementar da iniciativa privada". Não obstante isto, sob essa Constituição é que mais cresceu a atuação direta do Estado na atividade econômica, com a multiplicação de empresas ditas "estatais", quase todas deficitárias, porque ineficientes e sobrecarregadas de empregados desnecessários, admitidos por motivos eleitorais.

Na Constituição vigente, o art. 173 põe ainda como subsidiária a atividade direta do Estado no campo econômico, embora o faça de modo menos enfático. Entretanto, admite-a quando "*necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*" Fácil é ver, portanto, que uma decisão política, tomada por meio de lei, pode estender a

---

17. A esta primeira corrente pertence o Professor Miguel Reale. Fazendo tábua rasa do Anteprojeto e do Projeto (pois, a lei é mais sábia do que o legislador), considera ele a Constituição de 1988 de orientação essencialmente liberal. Assim, esta proibiria formas de intervenção na economia, como os congelamentos e tabelamentos de preços, que haviam sido estabelecidos (e que voltaram a ser estabelecidos depois de vigente a nova Constituição).

18. V. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 674.

19. A esta corrente filio-me eu, conforme está em meu livro *Direito constitucional econômico*, São Paulo, Saraiva, 1990. Os tribunais, em face do Plano Collor, parecem dar-lhe razão.

atuação do Estado no domínio econômico, sob a invocação de "*relevante interesse coletivo*"

23. O regime jurídico, básico, do trabalho está fixado num capítulo dedicado aos "*Direitos Sociais*", que se inclui no Título relativo aos "*Direitos e Garantias Fundamentais*"

Enuncia o art. 6º da Constituição, desde logo, esses direitos sociais. São eles o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A seu turno, o art. 7º aponta, exemplificativamente, os direitos do trabalhador. São estes entre outros: garantia no emprego, participação nos lucros, duração máxima do trabalho semanal fixada em quarenta e quatro horas, jornada não excedente a oito horas, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, licença-maternidade, licença-paternidade, aviso prévio, aposentadoria, etc.

Já o art. 8º declara livre a associação profissional ou sindical, vedando a ingerência do Estado, quer na sua organização, quer no seu funcionamento.

Por sua vez, o art. 9º assegura o direito de greve, "*competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender*". Isto configura uma grande ampliação do seu alcance, já que no direito anterior era vedada a greve nas "*atividades essenciais, definidas em lei*". São, todavia, sancionados os abusos cometidos no seu exercício.

24. Não prevê a Constituição normas especiais referentes ao capital, nem a "*nacionalizações*", "*estatizações*" ou "*privatizações*"

Assim, deve-se admitir que o regime do capital é o da propriedade em geral.

Esta é garantida, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, sempre mediante prévia e justa indenização em dinheiro. A desapropriação de bens imóveis para fins de reforma agrária ou de reforma urbana pode, é certo, ser paga em títulos especiais.

A Constituição vigente aborda, porém, a questão da nacionalidade da empresa. Segundo ela, é empresa brasileira toda aquela que for "*constituída*

*sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País" (art. 171, I). Reconhece como empresa brasileira de capital nacional somente "aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades" (art. 171, II). Assim, a contrario sensu, pode haver empresa brasileira de capital estrangeiro.*

A distinção que é feita entre as empresas brasileiras em função de seu capital ser ou não nacional, tem por motivo ensejar um favorecimento à de capital nacional. Este favorecimento aparece nos §§ 1º e 2º do art. 171. O primeiro o limita a atividades "*estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País*", mormente ao "*desenvolvimento tecnológico nacional*", e não admite senão a concessão de benefícios temporários. O segundo dá "*tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional*"

Acrescente-se que o capital estrangeiro é excluído de vários setores: pesquisa e lavra de recursos minerais, aproveitamento de potenciais de energia elétrica (art. 176); pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural, transporte marítimo de petróleo bruto, pesquisa, lavra e enriquecimento bem como reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares (art. 177); e navegação de cabotagem (art. 178).

#### IV. A prática até agora.

25. Cabem, à guisa de conclusão, algumas observações sob sua prática.

A primeira é a de que ela permanece em boa parte *ineficaz*, portanto, *inefetiva*. O constituinte, que se tornou membro do Congresso, finda a obra constitucional (cujo mandato acaba de terminar), parece haver-se desinteressado de dar seguimento ao trabalho, mormente complementar às novidades que adotou, regulamentando-as.

De fato, ainda não foi regulamentada a esmagadora maioria das normas não-auto-executáveis que ela contém em profusão. Assim, somente se aplicam, na realidade, as normas auto-executáveis da Constituição. Isto significa

que a ordem política é regida pelo novo regime (praticamente igual ao anterior depois da Emenda n. 25/85), que a ordem econômica o é em parte, mas que a ordem social continua, quase toda, no plano da promessa.

Razão para isto parece decorrer do fato de que essa ordem social, generosa nos benefícios, não encontra no momento de crise financeira que o País vive, condições de implementação.

Ademais, os mecanismos judiciais de vinculação do legislador, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, não produziram ainda qualquer fruto, digno de menção.

26. Por outro lado, a Presidência Collor de Mello, iniciada em 15 de março de 1990, vem mostrando em toda a sua plenitude o *presidencialismo exacerbado* que se pretendia coibir.

Apoiado na maioria absoluta obtida no segundo turno do pleito, em dezembro de 1989, o novo Presidente desencadeou um programa nunca visto no País de medidas radicais, com o objetivo de estancar a inflação, principalmente. Basta observar que das contas correntes bancárias ou das contas de poupança, seja de particulares, seja de empresas, congelou oitenta por cento do saldo, desde que superior a Cr\$ 50.000,00. Igualmente, congelou outros haveres aplicados em fundos e títulos. E, para evitar o crivo judicial imediato, suspendeu a possibilidade de concessão de medidas liminares contra o Plano.

Tudo isto foi feito sem consulta ao Congresso Nacional, cuja maioria, aliás, não o apoiou na eleição. Este, porém, não reagiu senão muito moderadamente e de modo especialmente verbal contra as medidas. Aprovou todas as medidas básicas do Plano, rejeitou só um dos atos normativos que a ele se ligam, emendou outros poucos, permitiu a reedição dos que não quis converter em lei. Frágil contrapeso tem sido ele.

Quanto ao Judiciário, este, embora com o vagar costumeiro, vem corrigindo tais desvios, impondo o respeito à Lei Magna.

27. O Presidente da República não poderia fazer o que faz se não contasse com um instrumento de legislação que, no seu efeito imediato, prescinda da concordância do Legislativo: as *medidas provisórias*.<sup>20</sup>

Vale reproduzir a norma constitucional que o autoriza a editá-las. Trata-se do art. 62:

*"Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.*

*Parágrafo único: As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes".*

Deflui do texto que o Presidente legisla, embora provisoriamente, sobre qualquer matéria. As normas que assim edita são imediatamente eficazes, portanto, imediatamente aplicáveis. É certo que perdem eficácia no prazo de trinta dias se até lá não tiverem sido acolhidas pelo Legislativo, ou antes mesmo, se por ele rejeitadas.

Entretanto, a prática já mostra que o Legislativo, de modo geral, não ousa rejeitar as medidas provisórias (só o fez uma vez e por acidente). Hesita em subscrevê-las, de modo que é freqüente escoar o prazo de trinta dias sem sua manifestação. Isto redundaria na perda de eficácia das normas, contudo já se aceitou a praxe da renovação das medidas provisórias, por ato presidencial. O que significa que elas perduram vigentes sem a aprovação do Congresso Nacional.

A inconstitucionalidade dessa praxe foi levantada perante o Supremo Tribunal Federal. Este, porém, só acolheu, e numa decisão que não é

---

20. V. sobre as medidas provisórias meu artigo "As medidas provisórias com força de lei", em *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 5, p. 89 e ss, 1ª quin. mar. 1989.

definitiva, essa tese num caso único, em que se renovava medida provisória *rejeitada* pelo Congresso. De seu posicionamento parece possível inferir que ele admite a renovação de medida provisória não rejeitada.

#### V. Observações finais.

28. No momento em que se concluem estas observações, está em curso grave crise político-institucional. Com efeito, em razão de elementos colhidos por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, está pendente de decisão, na Câmara dos Deputados, pedido de autorização para submeter o Presidente da República a processo e julgamento, perante o Senado, por crime de responsabilidade.

No plano jurídico, essa postulação encontra graves dificuldades em virtude de o Congresso Nacional não haver ainda estabelecido a lei de complementação reclamada pelo art. 85, parágrafo único, lei esta consentânea com as modificações que imprimiu ao processo dos crimes de responsabilidade a Constituição em vigor.

Por outro lado, mais uma vez se põe a questão da exequibilidade do *impeachment* no Estado contemporâneo. E a busca de sistema alternativo, de acordo com as peculiaridades do presidencialismo.

Tudo isto, ademais, fortalece a proposta parlamentarista, alternativa mais uma vez alvitrada nos cenáculos políticos.

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

*Dalmo de Abreu Dallari*

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

## Resumo:

A sociedade brasileira vem revelando, na últimas décadas, o crescimento de novas forças sociais, nascidas na luta contra as ditaduras militares e influenciadas pelo consenso mundial de que os direitos humanos devem ser os princípios fundamentais de uma sociedade harmônica e justa.

Apesar disso, ao lado dos novos fatores de influência a Constituição brasileira revela a permanência parcial de uma herança colonial negativa, com a dominação de elites conservadoras e reacionárias. A nova década deverá assistir à superação dessa contradição.

## Abstract:

The brazilian society is revealing, in the last decades, the growing of new social forces born in the fighting against military dictatorship and influenced by the world conviction that human rights must be the fundamental principles of a just and harmonic society.

Notwithstanding, besides these new influential factors, the constitutional frame of the country shows clearly the partial permanence of the negative colonial heritage, as the domination of conservatives and reactionaries elites, including old fashioned land-owners, impresarios, politicians and intellectuals.

That contradiction can be detected in the brazilian Constitution of 1988. The most democratic in the constitutional history of the country, in terms of people's participation, incorporating new fundamental rights and guaranties, the some Constitution assures the permanence of a discriminatory social and economic order. The next decade must know the overcoming of that contradiction.

## 1. Direitos Fundamentais no Brasil: uma injustiça histórica.

Existem no Brasil tantas situações de marginalização e de injustiça social, e isso aparece com tamanha evidência, que se tem a impressão de que nada de positivo pode ser dito relativamente à situação dos Direitos Humanos.

Na realidade, desde o início da colonização do território brasileiro pelos portugueses, no ano de 1500, foi estabelecida no Brasil uma sociedade profundamente marcada pela diferenciação entre os novos senhores da terra e os outros. As primeiras vítimas dessa nova sociedade foram os índios, primitivos habitantes da terra brasileira, que o colonizador explorou de várias formas, tentando escravizá-los e roubando suas terras. Acostumado a viver em liberdade, em relação íntima com a natureza, o índio tentou resistir, mas a superioridade de armas e a ambição de riqueza dos colonizadores foram mais fortes.

Calculam os historiadores que existiriam no Brasil, no ano de 1500, entre quatro e cinco milhões de índios. Mas eles foram sendo dizimados, ou pelas armas ou por falta do ambiente natural que garantia sua sobrevivência, conseguindo sobreviver apenas as comunidades mais protegidas pela floresta e poucos grupos isolados em alguns pontos do litoral.

Hoje restam menos de trezentos mil índios, muitos deles sendo vítimas da espoliação e das pressões da sociedade circundante. Empresários e agentes do governo se mostram impacientes e procuram apressar a eliminação dos grupos tribais remanescentes, considerados obstáculos à plena ocupação do território e à exploração das riquezas do solo e do subsolo.

E os índios vão morrendo de fome, porque os brancos estão destruindo as florestas e envenenando os rios, além de morrerem também de doenças levadas pelo branco, sem que o governo cumpra as obrigações legais de proteger os territórios indígenas e de proporcionar assistência médica aos índios. É um genocídio mais ou menos disfarçado, que necessita de algum tempo para se consumir, mas é absolutamente certo. Os "civilizados" estão assassinando os "selvagens"

A impossibilidade de escravizar os índios estimulou a escravidão de negros africanos, que começaram a chegar ao Brasil enviados pelos portugueses, que colonizaram também a África, desde o século XVI. A escravidão negra, tragédia humana que vitimava negros nascidos na África e no Brasil, durou até o ano de 1888, quando foi legalmente abolida. Com a abolição da escravatura o Brasil começou a receber grandes levas de trabalhadores europeus, contratados para trabalhar no campo.

Os negros libertados, sem dinheiro e sem preparação profissional, foram abandonados à sua própria sorte e passaram a constituir um segmento

marginal da sociedade. Vivendo na miséria e, além disso, vítimas de um tratamento preconceituoso, passaram a trabalhar nas atividades mais rudimentares e com menor remuneração, o que arrastou muitos deles para a criminalidade, agravando ainda mais os preconceitos, embora estes sejam sempre negados.

Só muito recentemente, com a ampliação das oportunidades por influência da onda democratizante resultante da Segunda Guerra Mundial, começaram a cair as muralhas da marginalização. Os próprios negros foram tomando consciência das injustiças de que eram vítimas e começaram a se organizar para conquistar mais possibilidades de progresso social. O aparecimento dos Estados africanos na década de sessenta, com populações negras, bem como a mobilização política dos negros nos Estados Unidos, exerceram grande influência sobre os negros brasileiros, que começaram a se organizar para a reivindicação do direito à igualdade.

Desde então vem aumentando o número de movimentos e associações de negros, muitos deles buscando recuperar seus vínculos culturais com a África, outros mais diretamente influenciados pelos movimentos negros norte-americanos e outros propondo-se, pura e simplesmente, a lutar por meios institucionais para modificar sua condição de brasileiros discriminados por motivo racial. A diversidade de inspirações e métodos impede a unificação desses grupos, que chegam mesmo, algumas vezes, a se hostilizar abertamente. É preciso assinalar também que, ao lado de uma resistência preconceituosa, existem muitas organizações defensoras de Direitos Humanos que denunciam a discriminação contra os negros e apóiam ostensivamente suas reivindicações.

Na prática os negros brasileiros, em sua grande maioria, continuam a pertencer às camadas mais pobres da população brasileira. Entretanto, embora com evidente lentidão, os negros vão conquistando lugares nas universidades e nas profissões de mais alta qualificação. A presença do negro nos cargos de representação política também vai aumentando, mas tem contribuído muito pouco para a melhoria da condição social dos negros, pois vários dos eleitos para o Legislativo abandonaram a proposta de luta e preferiram fazer composições com as elites tradicionais, buscando vantagens pessoais.

É muito forte a presença negra nas áreas do esporte e da música popular, mas, nesses dois casos, aquele que revela melhores qualidades consegue

prestígio social e derruba as barreiras do preconceito; daí porém só resultam benefícios de caráter pessoal, sem influir para melhorar a situação dos negros na sociedade brasileira.

Um dado significativo é a diminuição constante da porcentagem de negros na população brasileira, em consequência das imigrações européia e asiática, desde o final do século passado, como também em decorrência da miscigenação, sendo bem elevado no Brasil o número de mulatos, que é o resultado da união do negro e o branco. Cálculos mais recentes estimam que os negros representam hoje cerca de 6% da população brasileira.

A par desses segmentos socialmente inferiorizados, identificados por suas características étnicas e culturais, existem desníveis regionais e sociais muito acentuados no Brasil. Circunstâncias históricas aliadas a fatores políticos, com repercussões na economia, produziram um verdadeiro "*arquipélago cultural*", conforme a expressão de Alberto Torres, eminente sociólogo brasileiro da primeira metade do século XX.

As formas de ocupação do território, bem como a repercussão de acontecimentos políticos da Europa, além dos interesses econômicos europeus, tudo isso contribuiu para a definição de um tipo de sociedade em que desigualdade de direitos e de acesso à riqueza e aos benefícios proporcionados pela vida social é escandalosamente evidente. O primeiro desnível profundo está na existência de uma parte pobre e atrasada, especialmente nas regiões norte e nordeste do país, ao lado de outra mais moderna e dinâmica, em que há muito mais oportunidades de trabalho e de ascensão social, englobando o sul e o centro-sul do país.

Nas regiões norte e nordeste prevalecem o latifúndio e as culturas extensivas e a organização política e social é semifeudal. Existe uma classe social dominante, que detém a propriedade da terra e, a partir dela, o controle do comando político e econômico. Com base numa aliança imoral, que perdura há mais de um século e meio, as lideranças nortistas e nordestinas garantem apoio político ao governo central. Em troca, o governo central fornece dinheiro, em forma de auxílios, ou de empréstimos que geralmente não são pagos pelos tomadores.

A par disso o governo da República também fornece serviços, mantendo organismos ditos de planejamento e de desenvolvimento ou de ajuda

"às vítimas da seca". Assim a rara ocorrência de chuvas que caracteriza sobretudo a região nordeste gerou uma "indústria da seca" Trata-se de um canal permanente de concessão de auxílios, que nunca são usados para construir um bom sistema de irrigação e que jamais chegam até a população mais pobre. A par disso, o governo central concede financiamentos, em condições muito favoráveis, para a implantação de projetos agropecuários ou industriais que nunca saem do papel, sendo raros os empreendimentos concretizados.

Dentro desse mecanismo a presença do Estado é muito forte na região e os serviços públicos proporcionam mais empregos do que a iniciativa privada. E o acesso a tais empregos, assim como o uso dos serviços, depende sempre da concordância das elites dominantes, que assim aparecem como beneméritas e recebem em troca os votos agradecidos dos eleitores pobres, que são a maioria. Montou-se uma eficiente máquina de dominação política, econômica e social, que se completa com o aproveitamento malicioso do federalismo brasileiro e do sistema eleitoral e representativo do país. A dominação em muitos estados da Federação e a quantidade destes asseguram para essa região a maioria no Parlamento nacional, especialmente no Senado, onde todos os estados têm igual número de representantes.

Na região que compreende o sul e o centro-sul do Brasil houve uma evolução diferente desde o século XVIII. Sendo mais distante da Europa, essa região mereceu menos atenção nos primeiros séculos da colonização. Por esse motivo ela ficou mais atrasada, enquanto no nordeste se desenvolvia o plantio da cana-de-açúcar, que foi o primeiro produto brasileiro de exportação em grande escala.

Para ocupação do território brasileiro o governo português fez doações de grandes extensões de terras no século XVI. Esse foi o início do sistema de latifúndios e se constituiu na base a partir da qual se formaram as grandes famílias de proprietários. Os descendentes dos donatários ainda hoje dominam a região, controlando, inclusive, os meios de comunicação. Estes são utilizados para convencer a população pobre de que as lideranças regionais são competentes e lutam constantemente contra a pobreza, que dizem ser causada pela riqueza do sul.

A desvantagem inicial da parte sul do Brasil acabou sendo benéfica, pois deu possibilidade a outro tipo de exploração das riquezas, gerando uma elite .

econômica que, embora também insensível às injustiças sociais, não procurou manter a pobreza e o atraso da população como base permanente de sua dominação. O desenvolvimento diferenciado já se faz presente no século XVIII, com a descoberta de ouro e pedras preciosas em Minas Gerais, uma província do centro-sul. Por ser uma região montanhosa essa parte do território não se prestava para culturas extensivas. A par disso, a atividade econômica baseada na mineração não exige a propriedade de grandes extensões de terra para produzir riqueza. Por isso não se teve aí o semifeudalismo estabelecido na parte norte do país.

E foi a partir dessa perspectiva que se desenvolveu a ocupação intensiva da região sul. Embora tenha havido plantio de cana-de-açúcar numa pequena parte do litoral do Rio de Janeiro, a ambição do ouro e das pedras preciosas acabou sendo determinante e inspirou a organização de grupos, chamados "entradas" ou "bandeiras", para avançar pelo território desconhecido em busca de riquezas.

Os "bandeirantes" saídos de São Paulo, que eram os integrantes das bandeiras, foram desbravando as matas e caminhando pelos rios, semeando cidades e fazendas. No extremo sul, caracterizado pela existência de extensas planícies, foi sendo intensificada a criação de gado, mas também sem a figura do donatário explorador da miséria e do atraso.

Durante o século XIX cresceram extraordinariamente as plantações de café, sobretudo na província de São Paulo, tendo sido amplamente utilizada a mão-de-obra escrava, de origem africana. Sem a perspectiva da quase auto-suficiência dos semifeudos do nordeste e tendo necessidade de trabalhar ativamente para formar e manter um patrimônio e para obter um alto nível de renda, os proprietários dessa região procuraram sempre agir com dinamismo e criatividade.

Esses modos de ocupação do território e de desenvolvimento econômico influíram bastante para a diferença de mentalidades entre o norte e o sul do Brasil, sendo uma das causas do profundo desnível econômico e da diferenciação cultural que hoje são patentes. Mas outros fatores foram sendo adicionados, merecendo especial referência a substituição da mão-de-obra escrava por trabalhadores livres, ocorrida a partir de 1888, com a abolição da escravatura.

Quando isso ocorreu, a parte norte do país já estava acomodada, a sociedade já havia atingido a estratificação, estando bem definida e consolidada a situação do pequeno número de proprietários dominadores e do restante, que era a grande parcela populacional de dominados. Por isso quase não havia escravos no norte e no nordeste e não houve necessidade de substituição da mão-de-obra.

Na parte sul do país, especialmente em São Paulo, o número de escravos ainda era muito grande e para substituí-los foi iniciada a importação de trabalhadores livres europeus, com predominância de italianos, mas incluindo espanhóis, alemães e pequenos contingentes de outras nacionalidades. Um pouco mais tarde viria também um número significativo de japoneses.

O final do século XIX e o início do século XX foram muito marcantes na história brasileira. Uma das conseqüências da abolição da escravatura, formalizada em 1888, foi a derrubada da Monarquia e a implantação da República, em 1889. Com isso ficou enfraquecida a posição da antiga nobreza rural, naturalmente conservadora, criando-se ambiente favorável para as mentalidades mais progressistas.

Para muitos historiadores e estudiosos da vida econômica brasileira foi na passagem do século que se iniciou, verdadeiramente, a formação de um parque industrial no Brasil, com sua base principal em São Paulo. Muitos dos trabalhadores europeus chegados ao Brasil eram operários, emigrados da Europa como refugiados econômicos. Eles só haviam aceitado o trabalho rural por estarem vivendo com extrema dificuldade ou pela perspectiva de se tornarem proprietários de terras, porque se dizia que nesta parte do mundo havia terra de sobra à espera de ocupação.

Esses ficaram pouco tempo na agricultura e logo procuraram as cidades, levando para as indústrias nascentes sua experiência, mas também sua consciência de direitos e sua prática de reivindicação organizada. Logo vieram as associações operárias, antecessoras dos sindicatos, as reuniões políticas, os fundos de solidariedade e as greves.

Instala-se então no Brasil a luta clássica entre capital e trabalho, com as características da sociedade industrial. Os empregadores, viciados pela submissão forçada dos escravos e pela docilidade dos trabalhadores rurais brasileiros, reagiram com violência, tornando-se corrente a expressão: "*a questão*

*social é uma questão de polícia*". Muitas das cenas de exploração e injustiça que marcaram tragicamente o início da revolução industrial européia se repetiram no Brasil até 1930.

A grande crise econômica de 1929, que abalou profundamente a Europa e os Estados Unidos, teve imediato reflexo no Brasil. As injustiças acumuladas, o desejo de modernização, a luta entre o campo e a indústria e, finalmente, a queda violenta dos preços do café no mercado internacional, tudo isso se conjugou e levou à deposição armada do presidente da República, Washington Luiz. Assim termina a primeira República e começa um novo período da história brasileira, com Getúlio Vargas assumindo a chefia de um governo provisório, que lhe daria condições para manobrar politicamente e permanecer à frente do governo brasileiro durante quinze anos ininterruptos.

Uma das principais características do período Vargas foi o desenvolvimento da legislação trabalhista, assegurando um mínimo de garantias aos trabalhadores. Entretanto, o aperfeiçoamento da legislação não representou, na prática, o efetivo respeito pelos direitos e a eliminação das injustiças. "*Obter o maior lucro possível pagando o menor salário possível*" continuou sendo o lema dos empresários. Sob influência dos Estados Unidos, com quem o Brasil se aliou na Segunda Guerra Mundial, toda reivindicação operária passou a ser classificada como "subversão comunista" e as Forças Armadas nacionais foram intensamente utilizadas para proteção da ordem, que era, na realidade, a ordem conveniente ao grande capital.

Entre 1960 e 1970 ocorreram profundas transformações na sociedade brasileira e certamente os historiadores irão falar dessa década como uma das mais importantes de toda a história brasileira. Em 1960 a maioria dos brasileiros morava no campo e em 1970 a população urbana já é maior do que a rural. As migrações de nordestinos para o sul do país, especialmente para o Rio de Janeiro e São Paulo, que já haviam aumentado depois de 1930, ganharam extraordinária intensidade. São Paulo é hoje a maior cidade nordestina do Brasil, pois aí vivem e trabalham cerca de três milhões de nordestinos, parte significativa do total de doze milhões de habitantes. Esses migrantes, em sua grande maioria, são pessoas modestas, sem qualificação profissional e, devido ao seu número elevado, não conseguiram habitações razoáveis, além de serem forçados a trabalhar nas atividades mais pesadas e com menor remuneração. Por

isso estão concentrados nos bairros distantes da periferia ou moram em favelas, integrando a parte mais carente da população, de onde sai elevado número de crianças e adolescentes que vivem nas ruas em situação de marginalidade social.

Muito recentemente, como consequência imprevista dos governos militares que comandaram o Brasil entre 1964 e 1985, teve início uma importante mobilização social, iniciada nas camadas mais pobres, apoiadas pelos setores mais progressistas da Igreja Católica. Os primeiros grupos organizados foram denominados "comunidades eclesiais de base". Reunidos para a realização de trabalhos de interesse comum, como a construção de moradias rústicas, os membros dessas comunidades passaram a receber ensinamentos sobre a organização social e a respeito do uso de seus direitos. Assim adquiriram consciência política e mesmo sendo pobres passaram a influir sobre os governos, fazendo denúncias, apresentando reivindicações e cobrando dos políticos suas promessas eleitorais.

O exemplo dessas comunidades estimulou a formação de grande número de associações, para defesa de direitos, adoção de providências junto a autoridades, divulgação de situações de marginalidade e ofensas a Direitos Humanos. Deste modo surgiram inúmeros grupos organizados, dispostos a trabalhar sistematicamente para a eliminação das situações de injustiça e violência que envolvem milhões de brasileiros. Mas também foram formadas muitas associações voltadas para a promoção de interesses específicos de certos segmentos sociais, como as mulheres, os favelados, os negros, os índios, os aposentados, os deficientes físicos, etc. A partir da década de setenta esse movimento associativo chegou à classe média, intensificando-se a formação de entidades representativas de profissionais de mais alto nível. O exemplo mais expressivo desse movimento foi o aparecimento de associações de magistrados, com objetivos reivindicatórios.

Esse fenômeno associativo tem extraordinária importância, pois representa a superação do ultraindividualismo, tradicional na sociedade brasileira e razão da inexistência de pressões eficientes para a eliminação de privilégios injustos. Pode-se mesmo falar em "mudança qualitativa" da sociedade, estando em fase de superação o individualismo egoísta, para surgir em seu lugar uma convivência solidária, que já produziu efeitos políticos na Assembléia Nacional Constituinte que elaborou a Constituição de 1988.

## 2. Promessas e negativas da nova Constituição.

Se fosse possível aplicar concretamente todos os capítulos e normas constitucionais favoráveis aos Direitos Humanos, sem a necessidade de considerar os aspectos econômicos, seria possível afirmar que a situação dos Direitos Humanos melhorou consideravelmente com a nova Constituição. Do mesmo modo, se houvesse a possibilidade de aplicar inteiramente as normas constitucionais relativas à ordem econômica, sem considerar os artigos que tratam dos Direitos Humanos e de suas garantias, a sociedade brasileira iria manter os privilégios e as injustiças sociais acumulados durante quase quinhentos anos de história.

Isso quer dizer que aparentemente existem duas orientações diferentes, dentro da própria Constituição, uma fortalecendo os Direitos Humanos e ampliando suas garantias e outra privilegiando os interesses econômicos. Mas o conflito é apenas aparente, pois no seu conjunto e a partir dos princípios expressamente estabelecidos a Constituição dá prioridade à pessoa humana e subordina as atividades econômicas privadas ao respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo e à consideração do interesse social.

É evidente que a simples existência de uma nova Constituição, ainda que muito avançada, não é suficiente para que os Direitos Humanos sejam efetivamente respeitados e usados. Por vários motivos é previsível a ocorrência de dificuldades, mas sem dúvida alguma é melhor ter uma Constituição mais favorável à promoção e proteção da dignidade humana, pois a partir daí fica mais fácil a mobilização social de sentido democrático e humanista.

A nova Constituição brasileira fixa princípios, que deverão condicionar e orientar a aplicação de todas as suas normas, bem como as atividades legislativas, executivas e judiciárias. Esses princípios estão enunciados em diferentes artigos. O Título I se denomina "*Dos Princípios Fundamentais*" e aí se encontram no art. 4º, entre os princípios que regerão as atividades internacionais do Brasil, os seguintes: II. prevalência dos Direitos Humanos; VIII. repúdio ao terrorismo e ao racismo. No art. 170 estão expressos os princípios da ordem econômica, entre os quais se encontram a função social da propriedade e a redução das desigualdades sociais.

Além desse exposto enunciado de princípios, encontram-se na Constituição outros parâmetros para interpretação e aplicação de suas normas, os quais são favoráveis aos Direitos Humanos. No próprio Título I estão expressos "*a dignidade da pessoa humana*" e "*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*" como fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III e IV), que é definido como Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

É significativa a inclusão no Título VIII da Constituição, referente à *Ordem Social*, de capítulos que cuidam "*Da Seguridade Social*", aí incluindo a assistência social, "*Da família, da criança, do adolescente e do idoso*" e "*Dos índios*". Este último capítulo tem especial significação, considerando-se que os índios constituem uma das minorias mais vulneráveis da sociedade brasileira, pois além de não estarem preparados para competir numa sociedade capitalista, muitos deles são analfabetos ou nem mesmo falam a língua portuguesa, que é o idioma do povo brasileiro.

A Constituição revela também certa preocupação com a igualdade de acesso aos serviços fundamentais prestados pela sociedade e pelo Estado, quando reconhece a saúde e a educação como "*direito de todos e dever do Estado*" (arts. 196 e 205). Considerando-se que grande parte da população é muito pobre e não tem meios econômicos para pagar pelos cuidados de saúde e pela educação, é importante o reconhecimento desses direitos, pois daí pode nascer a atribuição de responsabilidade às autoridades públicas.

O enunciado sistemático dos Direitos Humanos está no Título II da Constituição, que trata "*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*". O capítulo I refere-se aos direitos e deveres individuais e coletivos, que são enumerados em setenta e sete incisos do art. 5º, incluindo várias garantias formais. E no capítulo II, que vai do art. 6º ao 11, está a enumeração dos direitos sociais. Esses dois capítulos refletem, em muitos pontos, a influência dos Pactos de Direitos Humanos aprovados pela Organização das Nações Unidas em 1966, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

É interessante observar que essa influência foi indireta. Na realidade, o Brasil não ratificou até agora sua adesão aos Pactos de Direitos Humanos, mas através da Constituição de Portugal, que acolheu esses pactos e influenciou sobre muitos constituintes brasileiros, os direitos civis, sociais e políticos, como proclamados pela ONU, acabaram chegando à Constituição brasileira.

Os direitos políticos estão expressos nos arts. 14 a 16. A leitura desses artigos revela que foram acolhidos os direitos considerados clássicos na democracia representativa característica do Estado liberal-burguês. As duas inovações mais significativas, em relação às anteriores Constituições brasileiras, foram a concessão do direito de voto aos analfabetos e aos maiores de dezesseis anos. Para os maiores de dezoito anos de ambos os sexos o voto é obrigatório, como já ocorria antes, e para os que tiverem entre dezesseis e dezoito anos o exercício desse direito é facultativo.

Um dado muito expressivo é a inexistência de um capítulo relativo aos direitos econômicos. O art. 170, que define os fundamentos da ordem econômica brasileira, tem a seguinte redação: "*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...*". Não há dúvida de que essa redação é bem expressiva e reflete uma posição teórica bastante avançada para uma sociedade capitalista. Mas é importante notar que se trata apenas de uma afirmação abstrata, que não foi complementada pela especificação de meios e garantias de caráter prático e objetivo.

É bem verdade que foram expressos como princípios de ordem econômica a função social da propriedade e a redução das desigualdades sociais. Mas ao mesmo tempo a Constituição manteve integralmente e sem restrições o direito de herança, por força do qual haverá brasileiros nascendo muito ricos ao lado de outros que já nascerão miseráveis, porque só herdarão a miséria dos seus pais. Assim também a garantia de lucro ilimitado para os empresários e manipuladores de capital, mais a garantia absoluta da propriedade, tornando praticamente inviáveis a reforma urbana e a reforma agrária, tudo isso torna certo que para mais da metade da população brasileira a pobreza continuará sendo um obstáculo ao uso dos direitos.

### 3. Garantias formais e obstáculos práticos.

Apesar da pobreza e do profundo desequilíbrio social existem direitos fundamentais que poderão ser gozados por todos, ainda que com desigualdade. Entre esses há direitos referentes às relações de trabalho e outros relativos ao acesso aos serviços essenciais, sendo necessário um esforço

constante para a garantia desses direitos a fim de que sejam gradativamente reduzidas as agressões à dignidade humana. Outros direitos são indispensáveis para que as próprias camadas mais pobres da população, com apoio de organizações sociais dedicadas aos Direitos Humanos, possam atuar politicamente e ter acesso aos meios judiciais de proteção, visando assegurar todos os direitos reconhecidos pela Constituição e reduzir as desigualdades.

De vários modos a Constituição procura assegurar o uso e a defesa dos direitos fundamentais. Assim, pelo § 2º do art. 5º ficou estabelecido que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, ou ainda de tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Com base nessa regra poderá ser sustentada a existência de direitos implícitos, desde que não sejam contrários a alguma disposição constitucional.

É de extrema importância o § 1º do art. 5º, pelo qual "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*". Na Constituição de Portugal se encontra uma regra muito semelhante a essa, podendo-se dizer que desse modo se garante a aplicação imediata das normas da Constituição referentes a direitos e garantias fundamentais, sem necessidade de aguardar uma lei ordinária regulamentadora. Alguns autores se referem a essas normas como auto-aplicáveis, exatamente por não dependerem da edição de outras. O importante é que essa inovação constitucional anula o argumento, muitas vezes utilizado por advogados e acolhido pelos tribunais, segundo o qual as normas constitucionais são apenas programáticas e dependem de regulamentação para serem aplicadas.

As garantias formais dos direitos estão contidas no art. 5º da Constituição, tendo sido reiteradas algumas que já constavam de Constituições anteriores, além de terem sido criados novos instrumentos de garantia.

Assim é que foi mantido o *habeas-corpus*, para garantia do direito de locomoção. Essa garantia já existe no direito positivo brasileiro desde 1832, tendo sido aperfeiçoada durante mais de um século e meio de experiência, sendo hoje amplamente utilizada, sobretudo para assegurar a liberdade em casos de prisão ilegal ou de sua ameaça.

O *mandado de segurança* é instrumento utilizado desde 1934, para suspender a aplicação de um ato ilegal de qualquer autoridade, que ofenda

direito líquido e certo de uma pessoa física ou jurídica. Houve uma inovação nesse caso, pois a Constituição de 1988 criou o *mandado de segurança coletivo*, permitindo que um partido político, uma organização sindical, uma entidade de classe ou uma associação legalmente constituída defendam os direitos de seus membros. São duas garantias de objetivos semelhantes.

Outra inovação foi o *habeas data*, que permite a uma pessoa saber que informações constam a seu respeito em qualquer banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Essa garantia foi inspirada na existência de registros sigilosos mantidos pelos organismos de segurança nacional, muitas vezes com dados errados ou falsos, sobre pessoas que faziam oposição aos governos militares.

Uma garantia nova, que vem sendo objeto de acesa polêmica, é o *mandado de injunção*, inspirado no direito norte-americano, mas tendo características próprias no Brasil. De acordo com a Constituição, será concedido mandado de injunção *"sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"*. Existe divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do objetivo do mandado de injunção. Muitos entendem que através dele pode-se obter do Judiciário a complementação da norma constitucional para um caso concreto que dependa dessa providência. Outros, porém, sustentam que ao conceder o mandado de injunção o juiz ou tribunal se limitará a comunicar ao órgão do Poder Legislativo competente, que este deve elaborar a norma complementar.

No Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, vem prevalecendo esta última interpretação, que é preferida pelos juízes de tendência conservadora. O argumento básico desses magistrados é que o juiz não pode transformar-se em legislador. Contra essa afirmação existe a lembrança de que ao conceder o mandado de injunção o juiz já dispõe de uma norma de direito positivo, que é o artigo da Constituição reconhecedor do direito ou da prerrogativa, devendo apenas complementá-lo para viabilizar a aplicação ao caso que lhe for submetido. Na prática, se prevalecer a interpretação mais restritiva estará anulado o mandado de injunção, pois a comunicação do juiz não garantirá que o Legislativo faça a lei, ou que a faça em tempo curto, nem impedirá que o

Chefe do Executivo decida vetar o projeto que for aprovado pelo Legislativo, como permite a Constituição.

Além dessas garantias existe ainda a *ação popular*, que foi ampliada na Constituição de 1988, ganhando alcance bem maior do que tinha anteriormente. Por meio de ação popular qualquer cidadão é parte legítima para pedir ao juiz a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. A inovação está na possibilidade de ação popular para anulação de atos que sejam lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Finalmente, a Constituição prevê ainda o exercício dos direitos de petição e representação, que permitem a qualquer pessoa dirigir-se a uma autoridade, pedindo providências para a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Há vários aspectos do sistema de garantias que devem ser ressaltados. O primeiro deles é a atribuição de competências ao Poder Judiciário para efetivação das garantias. Embora sempre veementes na defesa de sua independência e de suas prerrogativas, muitos juízes temem o excesso de responsabilidade e chegam mesmo a dizer que a Constituição exagerou ao confiar todos esses encargos ao Judiciário.

Outro dado significativo é a atribuição de competências a associações para a defesa de direitos individuais. Além da legitimidade, já referida, para uso do mandado de segurança coletivo, diz a Constituição, no inciso XXI do art. 5º, que "*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*".

Esta última possibilidade deverá ganhar importância com o passar do tempo. As pessoas mais pobres não têm o hábito de utilizar o Poder Judiciário para defender seus direitos, ou por falta de informações, ou por não conseguirem o auxílio de um advogado ou ainda por terem medo de uma represália. O número de associações cresceu muito no Brasil nos últimos anos e por meio delas será mais fácil e menos perigoso chegar ao juiz para repelir uma agressão a direitos.

#### 4. Direitos Humanos no Brasil: entre o sonho e a realidade.

Com base no conjunto das situações e na realidade de agora pode-se dizer que os Direitos Humanos ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros. A marginalização social é imensa e a discriminação econômica e social está apoiada na própria Constituição.

Entretanto, a sociedade brasileira está mudando, as camadas mais pobres da população estão adquirindo consciência de seus direitos e já conseguiram avançar muito no sentido de sua organização. A sociedade ultraindividualista, criada pelos colonizadores europeus e acentuada no século XX pela interferência norte-americana, está cedendo lugar a uma nova sociedade de indivíduos associados, que começam a descobrir a importância da solidariedade.

A utopia de um país de pessoas realmente livres, iguais em direitos e dignidade e com igualdade de oportunidades começou a despontar. As barreiras do egoísmo, da arrogância, da hipocrisia, da insensibilidade moral e da injustiça institucional, que até hoje protegeram os privilegiados, apresentam visíveis rachaduras. Já começou a nascer o Brasil de amanhã, que por vias pacíficas deverá transformar em realidade o sonho da justiça social, que muitos já ousam sonhar.

---

#### BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro : Renovar, 1990.
- BENEVIDES, Maria Victória. *A cidadania ativa*. São Paulo : Ática, 1991.
- BURSZTIN, Marcel. *O poder dos donos*. Petrópolis : Vozes, 1984.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989.
- COVRE, Maria de Lourdes (org.). *A cidadania que não temos*. São Paulo : Brasiliense, 1986.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1990.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. São Paulo : Julex, 1989.
- SANTOS JR., Belisário dos et al. *Direitos Humanos: um debate necessário*. São Paulo : Brasiliense, 1988.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- WHITAKER, Francisco et al. *Cidadão constituinte*. São Paulo : Paz e Terra, 1989.



# SIGILO DE DADOS: O DIREITO À PRIVACIDADE E OS LIMITES À FUNÇÃO FISCALIZADORA DO ESTADO

*Tércio Sampaio Ferraz Júnior*

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

## Resumo:

A privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, cujos atributos principais são a solidão (o estar-só), o segredo, a autonomia. Na intimidade protege-se sobretudo o estar-só; na vida privada, o segredo; em relação à imagem e à honra, a autonomia. A privacidade tem, pois, a ver com a inviolabilidade do sigilo, porém, não significa um impedimento absoluto à autoridade fiscal. O acesso aos dados é permitido ainda que seja proibida a interceptação da comunicação.

## Abstract:

The right to privacy is governed by the principle of exclusivity, whose main attributes are solitude (being alone), secrecy and autonomy. Intimacy entails the protection of being alone, while private life entails the protection of secrecy in respect to one's image, honor and autonomy. The right to privacy is thus related to the inviolability of secrecy, but does not imply an absolute exclusion of the fiscal authority of the State. Access to undisclosed data is therefore permissible, notwithstanding the legal prohibition of the interception of communication.

1. O sigilo de dados é uma hipótese nova, trazida pela Constituição Federal de 1988. A inovação trouxe com ela dúvidas interpretativas que merecem, por isso mesmo, uma reflexão mais detida.
2. A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) é correlata ao direito fundamental à privacidade (art. 5º, X). Em questão está o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada. Mister se faz, pois, explicitar a correlação entre sigilo e privacidade, assinalando também o que os distingue. Principiemos com o direito à privacidade.
3. Trata-se de um direito subjetivo fundamental. Como direito subjetivo, manifesta uma estrutura básica, cujos elementos são o *sujeito*, o

*conteúdo* e o *objeto*. O *sujeito* é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte cf. Mello Filho, p. 20) no País (art. 5º, *caput*). O *conteúdo* é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O *objeto* é o bem protegido, que pode ser uma *res* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito. Tanto conteúdo quanto objeto são muito claros no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em que se lê: "*Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei*". No Brasil, a Lei n. 5.250/67, ainda em vigor (Lei de Imprensa) estabelece responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser "*respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público*", e a Lei n. 7.232/84 Lei de Informática - protege o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas (art. 2º, VIII).

A positivação de um direito humano, conforme o demonstra Celso Lafer (p. 241), "*não elimina, e por vezes exacerba, os problemas práticos de sua tutela*". O direito à privacidade tem raízes modernas. No antigo Direito Romano, a oposição entre o público e o privado tinha a ver com a separação entre o que era de utilidade comum e o que dizia respeito à utilidade dos particulares. Com base nesta distinção afirmava-se a supremacia do público sobre o privado. Mas o público, como já se esboçava na Grécia antiga, passando a princípio básico das democracias modernas, é também o que aparece, que é visível a todos, em oposição ao secreto, ao segredo, ao ato de um poder por isso arbitrário, isto é, porque não se mostra. Já o privado é o que pertence à ordem do que não se mostra em público, do que não se informa a todos nem deve ou precisa ser

transparente, por dizer respeito às exigências vitais de cada indivíduo, impostas pela necessidade de sobrevivência, que circunscreviam o âmbito do privado.

A distinção entre a esfera pública e a privada, que para os romanos e os gregos era clara, perde nitidez na era moderna. Para aqueles, o privado (*privus*), que não se confundia com riqueza privada, era o terreno do que era próprio ao homem, como ser jungido ao trabalho e à sobrevivência, à busca de que lhe era útil. Já o público era o âmbito do político, do encontro dos homens para o seu governo. Esta distinção, na era moderna, se vê atravessada pela noção do *social*, comum tanto ao público (político) como ao privado (familiar). A afirmação generalizada da "sociabilidade" trouxe o problema da distinção entre o social público (área da política) e o social privado (área do econômico, do mercado), donde o aparecimento de duas novas e importantes dicotomias que estão na raiz dos direitos humanos modernos: Estado e sociedade, sociedade e indivíduo. É nesse contexto que surge a privacidade. O social privado, o mercado, passa a exigir a garantia de um interesse público (livre concorrência, propriedade privada dos bens de produção) que não se confunda com o governo (política), embora dele precise. Mas contra a presença abrangente e avassaladora do mercado que nivela os homens à mercadoria, contrapõe-se a privacidade do indivíduo (Ferraz, p. 131).

4. Analisando-se, pois, o público e o privado na sua acepção contemporânea, deve-se reconhecer que o público-político é dominado pelo princípio da transparência e da igualdade; já o social-privado está sob o domínio do princípio da diferenciação (no sentido do direito de ser diferente, por exemplo, à maneira de Stuart Mill, p. 70); por fim, o terreno da individualidade privativa é regido pelo *princípio da exclusividade*.

Este último, expresso por Hannah Arendt com base em Kant (cf. Celso Lafer, p. 267), visa a assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é dominada nem por normas nem por padrões objetivos. O princípio da exclusividade comporta três atributos principais: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de

decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações). No recôndito da privacidade se esconde, pois, em primeiro lugar, a intimidade. A intimidade não exige publicidade, porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos. Há, porém, uma certa gradação nos direitos da privacidade. Também o direito ao nome, à imagem, à reputação compõem o campo da privacidade. A imagem, a reputação, o nome, à diferença da intimidade, são exclusivos (*próprios*), mas *perante* os outros. Como direito à privacidade, demarcam a individualidade *em face* dos outros. Ninguém tem um nome, uma imagem, uma reputação só para si mesmo, mas como condição de comunicação. Contudo, embora sejam de *conhecimento* dos outros, que deles estão *informados*, não podem transformar-se em objeto de troca do mercado, salvo se houver consentimento. Segue-se daí que o princípio da exclusividade, que rege o direito à privacidade, aplica-se diferentemente aos seus objetos específicos. Assim, o inciso X do art. 5º da Constituição, ao tornar invioláveis a *intimidade*, a *vida privada*, a *honra* e a *imagem das pessoas*, assegura-lhes o domínio exclusivo em vários sentidos. Embora os comentadores não vejam diferença entre vida privada e intimidade (cf. Ferreira Filho, p. 35, Cretella Júnior, p. 257), pode-se vislumbrar um diferente grau de exclusividade entre ambas. A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível exemplificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas *de convivência*. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus. Terceiro é, por definição, o que não participa, que não troca mensagens, que está interessado em outras coisas. Numa forma abstrata, o terceiro compõe a sociedade, dentro da qual a vida privada se desenvolve, mas que com esta não se confunde (cf. Luhmann). A

vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão. Já a honra e a imagem têm um sentido comunicacional, que inevitavelmente envolve terceiros. Ambos, especialmente a imagem, são situações personalíssimas *perante os outros*. Direito à honra é, assim, direito de sustentar o modo pelo qual cada um supõe e deseja *ser bem-visto* pela sociedade. É uma combinação entre auto-respeito e respeito dos outros. A honra se projeta na imagem que, embora *de* alguém, é sempre como alguém julga e quer aparecer para os outros. Deve-se dizer, nestes termos, que seu atributo básico é a autonomia. O direito à imagem é o direito de não vê-la mercantilizada, usada, sem o seu exclusivo consentimento, em proveito de outros interesses que não os próprios. Por último, embora graduando-se nos diferentes objetos, o princípio da exclusividade tem, perante todos, um mesmo propósito: a integridade moral do indivíduo, aquilo que faz de cada um o que é e, desta forma, lhe permite inserir-se, na vida social e na vida pública.

5. Pelo exposto, o direito à privacidade não é propriamente um gênero *do*, mas tem a ver *com* o direito à inviolabilidade do domicílio (estar-só), da correspondência (segredo), etc. Pontes de Miranda (p. 360) vê na inviolabilidade da correspondência e do segredo profissional um direito fundamental de "negação", uma liberdade de "negação": liberdade de não emitir pensamento exceto para um número reduzido (segredo da correspondência circular, dos avisos reservados aos empregados, etc.) ou exceto para um (cartas particulares). Como direito subjetivo fundamental aqui também há de se distinguir entre o objeto e o conteúdo. O objeto, o bem protegido, é, no dizer de Pontes, a liberdade de "negação" de comunicação do pensamento. O conteúdo, a faculdade específica atribuída ao sujeito, é a faculdade de resistir ao devassamento, isto é, de manter o sigilo (da informação materializada na correspondência, na telegrafia, na comunicação de dados, na telefonia). A distinção é importante. Sigilo não é o bem protegido, não é o objeto do direito fundamental. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito.

Como faculdade, a manutenção do sigilo não está a serviço apenas da liberdade *individual* de "negação" de comunicação. Serve também à sociedade e ao Estado. Veja-se, a propósito, o inciso XXXIII do art. 5º da C.F., que assegura a todos receber, dos órgãos públicos, informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, "*ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*". Aqui o sigilo é faculdade (conteúdo) atribuída à sociedade e ao Estado (sujeitos), em proteção de sua segurança (objeto). Seria, portanto, um equívoco falar em *direito ao sigilo*, tomando a faculdade (conteúdo) pelo bem protegido (objeto), como se se tratasse em si de um único direito fundamental. Ao contrário, é preciso ver e reconhecer que o sigilo, a faculdade de manter sigilo, diz respeito a informações privadas (inciso XII do art. 5º) ou de interesse da sociedade ou do Estado (inciso XXXIII do mesmo artigo). No primeiro caso, o bem protegido é uma liberdade de "negação". No segundo, a segurança coletiva.

6. A liberdade de "negação" de informar o próprio pensamento tem a ver com a privacidade. Ninguém pode ser constrangido a informar sobre a sua privacidade. A liberdade de omitir informação privativa é, porém, também um fato que tem por limite a liberdade de comunicar uma informação privativa: esta possibilidade é *um fato* que está na base da denúncia e do comportamento do denunciante. Diante deste *fato* a Constituição garante o sigilo profissional, isto é, a faculdade de resistir ao devassamento de informações mesmo ilegais que o sujeito, em razão de sua profissão, pode lhe ver confiadas (art. 5º, XIV). Nem todo ofício, porém, está protegido pelo sigilo profissional: só aquele que, por sua natureza, exige a confidência ampla no interesse de quem confidencia. É o caso do médico, do advogado, do padre, do psicólogo, etc. Nos demais casos, a denúncia é uma possibilidade e até uma exigência. Note-se, pois, que a faculdade de resistir ao devassamento (de manter sigilo), conteúdo estrutural de diferentes direitos fundamentais, não é um fim em si mesmo, parte indiscernível de um direito fundamental (uma espécie de direito fundamental da pessoa ao sigilo), mas um instrumento fundamental, cuja essência é a assessoriedade. A inviolabilidade do sigilo, como tal, pode garantir o indivíduo e sua privacidade, ou a privacidade de terceiros, ou ainda a segurança da sociedade e do Estado. No campo da privacidade, pode garantir a confidência, mesmo ilegal, que o

profissional ouve em razão de ofício. Mas não acoberta a ilegalidade perpetrada no âmbito da privacidade e da qual alguém, sem violência física ou mental, tem notícia.

7. A inviolabilidade do sigilo, não sendo faculdade *exclusiva* da privacidade (é também da segurança da sociedade e do Estado), é *conditio sine qua non* (condição), mas não é *conditio per quam* (causa) do direito fundamental à privacidade. Ou seja, se não houver inviolabilidade do sigilo não há privacidade, mas se houver inviolabilidade do sigilo isto não significa que haja privacidade (pode haver outra coisa, como a segurança do Estado ou da sociedade). O direito à privacidade, em consequência, sendo um fundamento em si mesmo, permite dizer que a privacidade de um indivíduo só se limita pela privacidade de outro indivíduo (como a liberdade de um só encontra limite na liberdade do outro). O mesmo, porém, não vale para a inviolabilidade do sigilo, cuja instrumentalidade remete à avaliação ponderada dos fins, à chamada "*Abwägung*" (sopesamento) da dogmática constitucional alemã (Grabitz, p. 5).

A Constituição (art. 5º, XII) ressalva a investigação criminal ou instrução processual, bem como, em caso de estado de defesa (art. 136, § 1º, I, b, c) e no estado de sítio (art. 139, III) possíveis restrições ao sigilo da correspondência e das comunicações. Por outro lado, no sentido inverso, a publicidade dos atos processuais (visibilidade da coisa pública) é limitada pela intimidade: a lei pode exigir sigilo (art. 5º, LX), do mesmo modo que a publicidade das informações de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral é limitada pelo sigilo necessário à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII). Já por aí se observa que o direito à inviolabilidade do sigilo (faculdade) exige o sopesamento dos interesses do indivíduo, da sociedade e do Estado (objeto). Há casos em que a própria Constituição, como vimos, faz o sopesamento. Mas há outros em que o sopesamento aponta para outras relações possíveis, nomeadamente, entre o *direito* ao sigilo e o *dever* de sigilo.

Tudo isso mostra, em síntese, que, quando a Constituição garante a inviolabilidade do sigilo, o princípio do sopesamento exige que o intérprete saiba distinguir entre o devassamento que fere o direito à privacidade, no seu objeto, em relação com outros objetos de outros direitos também protegidos pelo sigilo.

Feita, pois, a distinção entre a faculdade de manter sigilo e a liberdade de omitir informação, este, objeto correlato ao da privacidade, e entendido que aquela não é uma faculdade absoluta, pois compõe, com diferentes objetos, diferentes direitos subjetivos, exigindo do intérprete o devido temperamento, cumpre agora, na análise do texto constitucional, esclarecer, com referência ao art. 5º, XII, que significam ali os *dados* protegidos pelo sigilo e em que condições e limites ocorre esta proteção.

8. Em primeiro lugar, a expressão "dados" manifesta uma certa impropriedade (Celso Bastos & Ives Gandra, p. 73). Os citados autores reconhecem que por "dados" não se entende o objeto de comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (p. 38): "*Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XIV e LXXII)*". A interpretação faz sentido. O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à *comunicação*, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo "*da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas*". Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção *e* une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é *comunicação* por correspondência e telegrafia, *comunicação* de dados e telefonia. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na *comunicação* alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém *entra nesta transmissão*, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.

A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) *privativa* é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutrino modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu *dever* de denunciá-los!

9. Ainda que nos pareça claro o assunto, sua explicação merece um detalhamento. Admitimos, em resumo, que o inciso XII do art. 5º da C.F. trata, em síntese, do direito à inviolabilidade do sigilo da comunicação, o qual tem por conteúdo a faculdade de manter sigilo e por objeto a liberdade de negação. A faculdade referida significa, para o sujeito, que ele pode restringir os endereçados do seu ato comunicativo e, em decorrência, para os demais (os outros) vigora um veto à entrada nessa comunicação, sem consentimento do sujeito - emissor e receptor - da mensagem. Quando, pois, alguém - um outro - intercepta uma mensagem, por exemplo abre uma carta que não lhe foi endereçada, comete uma violência contra a faculdade de manter sigilo e viola a liberdade de negação. Não importa se, na carta, esteja apenas a reprodução de um artigo de jornal publicado na véspera. O direito terá sido violado de qualquer modo, pois a proteção não é para o que consta da mensagem (tecnicamente, o chamado *relato* comunicado), mas para a ação de enviá-la e recebê-la.

Visto deste ângulo, toma seu correto sentido o disposto no inciso XII do art. 5º da C.F. quando ali se admite, apenas para a comunicação telefônica e, assim mesmo, só para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial, a quebra do sigilo. Conquanto haja quem caminhe para uma interpretação literal deste texto, não nos parece razoável aceitá-la na sua inteira singeleza. Note-se, antes de mais nada, que dos quatro meios de comunicação ali mencionados - correspondência, telegrafia, dados, telefonia - só o último se caracteriza por sua instantaneidade. Isto é, a comunicação telefônica só *é enquanto ocorre*. Encerrada, não deixa vestígios no que se refere ao relato das mensagens e aos sujeitos comunicadores. É apenas possível, *a posteriori*, verificar qual unidade telefônica ligou para outra. A gravação de conversas telefônicas por meio chamado "grampeamento" é, pois,

uma forma subreptícia de violação do direito ao sigilo da comunicação mas, ao mesmo tempo, é a única forma tecnicamente conhecida de preservar a ação comunicativa. Por isso, no interesse público (investigação criminal ou instrução processual penal), é o único meio de comunicação que exigiu, do constituinte, uma ressalva expressa. Os outros três não sofreram semelhante ressalva porque, no interesse público, é possível realizar investigações e obter provas com base em vestígios que a comunicação deixa: a carta guardada, o testemunho de quem leu o nome do endereçado e do remetente, ou de quem viu a destruição do documento, o que vale também para o telegrama, para o telex, para o telefax, para a recepção da mensagem de um computador para outro, etc.

Como isto é tecnicamente possível, o constituinte não permitiu absolutamente a entrada de terceiros, ainda que em nome do interesse público, na comunicação.

Esta proibição, porém, não significa que, no interesse público, não se possa ter acesso *a posteriori* à identificação dos sujeitos e ao relato das mensagens comunicadas. Por exemplo, o que se veda é uma autorização judicial para interceptar correspondência, mas não para requerer busca e apreensão de documentos. Esta observação nos coloca, pois, claramente, que a questão de saber quais *elementos de uma mensagem* podem ser fiscalizados não se confunde com a questão de saber se e quando uma autoridade *pode entrar no processo comunicativo* entre dois sujeitos. São coisas distintas que devem ser examinadas distintamente. Assim, por exemplo, solicitar ao juiz que permita à autoridade acesso à movimentação bancária de alguém não significa pedir para interceptar suas ordens ao banco (sigilo da comunicação) mas acesso a dados *armazenados* (sigilo da informação).

A primeira solicitação - salvo se o meio for o telefone - é inadmissível; já a segunda é possível. Em que limites?

10. A análise do inciso X do art. 5º da Constituição nos orienta a resposta: são aquelas informações, em termos de *privacy*, constitutivas da integridade moral da pessoa. No que tange à *intimidade*, é a informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade - dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, enfim dados que, quando constantes de processos

comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito. Em termos do princípio da exclusividade, diríamos que esta é, nesses casos, de grau máximo. Em consequência, o emissor *pode* comunicar tais dados, se o desejar, mas a ninguém é dado *exigir* dele a informação transmitida, salvo em casos especialíssimos em que a intimidade de alguém venha a interferir na intimidade de outrem: o direito de não ser obrigado a revelar situações íntimas é limitado pelo direito de o receptor recusar informações íntimas que lhe firam a própria intimidade. Por isso, em processos que versem situações íntimas, a lei garante o sigilo. A inexistência desses dados, salvo quando alguém se vê por eles ferido na sua própria intimidade, faz deles um limite ao direito de acesso à informação (art. 5º, XIV da C.F.).

No que diz respeito à *vida privada*, é a informação de dados referentes às opções da convivência, como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, de dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade da convivência). Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos - como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. -, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores *usados* nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem *relações* de convivência privadas: a proteção é para *elas*, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, R.G., filiação, etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam *relações* de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer

aqueles interesses, etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito. Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio, etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade.

Por último, a honra e a imagem. A privacidade, nesse caso, protege a informação de dados que envolvam avaliações (negativas) do comportamento que, publicadas, podem ferir o bom nome do sujeito, isto é, o modo como ele supõe e deseja ser visto pelos outros. Repita-se que o direito à privacidade protege a honra, o direito à inviolabilidade do sigilo de dados protege a comunicação referente a *avaliações* que um sujeito faz sobre outro e que, por interferir em sua honra, comunica restritivamente, por razões de interesse pessoal. É o caso, por exemplo, de cadastros pessoais que contêm avaliações negativas sobre a conduta (mau pagador, devedor impontual e relapso, etc.). No tocante à imagem, para além do que ela significa de boa imagem, assimilando-se, nesse sentido, à honra, a proteção refere-se a dados que alguém fornece a alguém e não deseja ver explorada (comercialmente, por exemplo) por terceiros.

11. Feitas estas observações, é oportuno perguntar, em que limites a autoridade fiscal pode exercer sua atuação fiscalizadora, no que diz respeito ao disposto nos incisos X e XII do art. 5º da C.F.

O art. 174 da Constituição determina que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerça, dentre outras, a função de fiscalização, na forma da lei. *Fiscalizar*, um dos sentidos da palavra controlar (cf. Fábio Comparato, p. 14), significa vigiar, verificar e, nos casos de anormalidade, censurar (Caldas Aulete: verbete *fiscalizar*). Fiscalização é, pois, vigilância, donde verificação continuada e, detectada a anormalidade, é censura. O acesso continuado a informações faz parte da fiscalização. Sem isso não há vigilância. O acesso intermitente, na verificação da anormalidade, faz parte da censura, que implica castigo, punição.

A competência da administração fazendária para o exercício da função fiscalizadora encontra embasamento constitucional em vários dispositivos.

Por exemplo, na prevenção (vigilância) e repressão (censura) do contrabando e do descaminho, em sua área de competência, ela é afirmada no art. 144, § 1º, II. Já o art. 145, § 1º, ao estabelecer o princípio da capacidade contributiva conforme o qual os impostos, sempre que possível, devem ter caráter pessoal e ser graduados, faculta à administração tributária, "*especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*". Esta faculdade de identificar está ligada à implementação de um princípio. Note-se que o constituinte usa a expressão *especialmente* para conferir a faculdade referida. Este advérbio, em português, significa "*de modo especial; particularmente; principalmente; nomeadamente*" (Aulete: verbete *especialmente*). Ou seja, pode significar exclusivamente (só para aquela espécie) ou principalmente (sobretudo, mas não só para aquela espécie). Ora, tendo em vista a função fiscalizadora da administração tributária, parece-nos que o advérbio está usado no segundo e não no primeiro sentido. Ou seja, o constituinte, de um lado, escreveu *especialmente* porque a mencionada faculdade de identificar não é de presunção óbvia para o efeito de assegurar efetividade àquele princípio e, se não fosse aí inscrita, não se poderia inferir a sua autorização. De outro lado, porque o fez expressamente, admitiu, ao fazê-lo, implicitamente e *a contrario sensu* que a identificação de patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte é uma presunção da função fiscalizadora da administração tributária. Interpretar de outro modo é tornar impossível a exigência de declaração de bens, de rendimentos, etc.

Por cautela, embora isso nem fosse preciso, o dispositivo exige respeito aos direitos individuais. Ademais que a identificação se faça nos termos da lei. Isto vale tanto para o caso especial, como para a fiscalização em geral.

No que se refere à fiscalização em geral, vale, em termos legais, o disposto nos arts. 194, 195, 196, 197, 198, 199 e 200 do CTN. Mencione-se ainda o art. 12 da Lei Complementar n. 70/91. Em especial, o art. 197 fala de informações com relação a bens, negócios ou atividades de terceiros. E aí inclui *bancos*, entre as entidades obrigadas a prestar, mediante intimação escrita, as informações.

Pergunta-se se estas autorizações legais estariam revogadas pelo art. 5º, XII da C.F. combinado com o inciso X. Não nos parece plausível admi-

lo pelo absurdo a que ela conduz. Isto significaria acabar com a competência fiscalizadora do Estado. Ora, como vimos, o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados.

E estes, protegidos pela privacidade, não constituem um limite absoluto. Tanto que, ainda recentemente, o Ministro Carlos Mário Velloso, relator de decisão que tinha por objeto o sigilo bancário, não teve dúvidas em afirmar, que não se trata de *"um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme aliás tem decidido esta Corte"* (grifei; segue copiosa citação da jurisprudência do STF e da doutrina cf. STF, Sessão Plenária, ac. de 25.03.92). Do mesmo modo, no mundo financeiro internacional, já se notam importantes mudanças no conceito de sigilo bancário quando estão envolvidas atividades criminosas (Spencer).

12. No tocante, pois, às informações sobre terceiros, exigíveis de instituições financeiras, quando protegidas pela inviolabilidade de sigilo de dados (sigilo bancário), podem ter acesso, observadas as cautelas e formalidades prescritas pela lei, as autoridades e agentes fiscais. O art. 38, § 5º da Lei n. 4.595/46 exige, para isso, processo instaurado (art. 196 do CTN) e que os dados requisitados sejam considerados indispensáveis pela autoridade competente. Não se trata de sigilo profissional (art. 5º, XIV da C.F.) que, na palavra autorizada de Aliomar Baleeiro, não alcança a profissão de banqueiro (p. 550). Em questão está o sigilo de dados privativos (art. 5º, X e XII da C.F.). A nosso ver, com ressalva de dados referentes à intimidade dos sujeitos, os dados da vida privada são acessíveis às autoridades fiscais nas condições e com as cautelas estabelecidas pela lei. Havendo processo administrativo instaurado e sob o sigilo a que o próprio Fisco está obrigado, devem ser reveladas pela instituição financeira intimada as informações consideradas indispensáveis, pela autoridade fiscalizadora, ao exercício de sua função.

O que se diz para a instituição financeira vale, *a fortiori*, para entidades não protegidas pelo chamado sigilo bancário, como as mencionadas no art. 12 da Lei Complementar n. 70/91, cuja fiscalização se rege, sem as restrições da Lei n. 4.595/64, pelo CTN e pela legislação tributária específica a cada tributo.

13. Até agora falamos da fiscalização intermitente, que procede mediante processo instaurado. Resta-nos examinar o teor do art. 12 da Lei Complementar n. 70/91, cujo texto dispõe:

*" Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartão de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Geral de Contribuintes - CGC.*

*§ 1º. Às informações recebidas nos termos deste artigo aplica-se o disposto no § 7º do art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.*

*§ 2º. As informações de que trata o caput deste artigo serão prestadas a partir das relações de usuários constantes dos registros relativos ao ano-calendário de 1992.*

*§ 3º. A não-observância ao disposto neste artigo sujeitará o infrator, independentemente de outras penalidades administrativas, à multa equivalente a trinta e cinco unidades de valor referidas no art. 5º desta Lei Complementar, por usuário omitido".*

Como se vê está aqui a possibilidade de se exigirem informações cadastrais relativas a nome, filiação, endereço e número de inscrição no CPF ou CGC. Este tipo de dado (que, por sinal, acrescido de outras informações de

duvidosa constitucionalidade chega a ser *comercializado* no negócio chamado *mala direta*), conforme fizemos ver anteriormente, embora privativo do sujeito, é *condição* de sua identificação para efeito dos intercâmbios sociais que ocorrem inclusive na vida privada. Destacados dos intercâmbios privados, eles não estão protegidos pela privacidade. Isto vem sendo reconhecido pela jurisprudência, no caso até mais estrito do sigilo bancário, como se observa em diversos julgados, nos quais cadastros de que constem apenas os chamados dados pessoais (nome, endereço, filiação, número de registro) não são considerados objeto de sigilo. Assim, de há muito decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do Mandado de Segurança n. 397 em antigo acórdão de 2.12.53. Nesse sentido, a 20.06.79, também é a manifestação do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo em aresto relatado pelo Des. Joaquim Francisco, em cujo voto se lê:

*"...Ora, o primeiro documento - o relatório do fiscal Milton da Silva Torres - é peça meramente informativa de uso interno do Banco, no processamento de um pedido de financiamento. Demais disso, o interesse das partes exauriu-se nos esclarecimentos obtidos quando da tomada do depoimento daquele fiscal, como testemunha, confirmando que foi o indeferimento do Banco para o custeio de um cafezal a ser erradicado. Quanto ao segundo documento - cópia do indeferimento do pedido de financiamento feito pelo autor ou pelo Sr. Alcides dos Santos - basta que o Banco informe ao Juízo qual o motivo determinante do indeferimento ou somente confirme o indeferimento, sem remeter peças ou informação que envolvam juízo de valor, a serem resguardadas pelo dever-direito de sigilo bancário" (RT 529/150).*

Que este tipo de dado possa ser exigido pela administração fazendária, no exercício da fiscalização intermitente, não há menor dúvida. O art. 12 da Lei Complementar n. 70/91 refere-se, porém, à fiscalização continuada, em termos de vigilância. O que se pretende é alcançar, pelo cruzamento de cadastros de nomes, endereços, filiação (para os casos de homonímia) e número

do CPF ou CGC, pistas que conduzam a eventuais fraudes, como uso de documento fiscal falso, ou de terceiros, etc. O interesse da fiscalização não está, aí, na identificação das relações de convivência próprias da vida privada, mas na identificação de um documento oficial (CPF, CGC) e o respectivo portador. *Não* se quer atingir o *uso* do serviço (bancário, de cartão de crédito, etc.), mas a *identidade tributária* do usuário. É este dado e somente este dado que, não estando protegido pela privacidade, pode ser exigido nos termos do mencionado art. 12, isto é, sem a necessidade de processo instaurado.

Poder-se-ia contra-argumentar que, ao fornecer os elementos identificadores do usuário, a entidade mencionada no art. 12 estaria também fornecendo dados referentes à sua clientela, o que estaria protegido pelo sigilo de dados relativos à vida privada nos dois pólos da relação: quem é o cliente e de quem alguém é cliente. De novo não está em jogo a fiscalização intermitente, mediante processo, para a qual este dado é perfeitamente acessível. Em questão, está a fiscalização-vigilância, isto é, a requisição de cadastros sem a instauração de processo, nos termos do art. 12.

Em primeiro lugar, note-se que a lei não obriga o fornecimento de cadastros, mas de *informações cadastrais* referentes a nome, filiação, endereço e CPF ou CGC. Ou seja, a lei cuidou de separar a informação relativa à *relação de clientela*, própria da vida privada, e que consta dos cadastros com seus elementos característicos registro dos dados e esclarecimentos sobre as pessoas ou firmas referentes a seus haveres, garantias que oferecem para os negócios, assiduidade no uso do serviço, preferência por tipos de serviço, referências de outras empresas, etc. da informação sobre nome, endereço, filiação e CPF ou CGC que, tomada isoladamente, não caracteriza a relação de clientela. Em outras palavras, a "informação cadastral" mencionada pela lei não é o cadastro e, no cadastro, por si só, não revela a relação de clientela, não revela o uso do serviço que identifica o usuário como cliente, podendo ser fornecida de modo tecnicamente destacado do cadastro de clientes. Esta é a razão pela qual a jurisprudência exclui essas informações do sigilo bancário e esta a razão pela qual estes dados não devem ser considerados dados da vida privada no sentido dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal.

Em segundo lugar, a doutrina mais autorizada é clara a esse respeito. Veja-se, a propósito, o que diz Covello (p. 93):

*"O fato de a pessoa ser cliente do Banco deve ficar sob sigilo?"*

*A resposta não é tão simples como pode parecer à primeira vista.*

*Bernardino Gonzaga entende que esse fato é hoje corriqueiro e banal, de modo que a divulgação de que o indivíduo é cliente do estabelecimento bancário não constitui violação do dever de reserva, especialmente porque é difícil, nos dias que correm, alguém não ser cliente de Banco ou não recorrer ao Banco para obter algum serviço.*

*Certo é também que muitas vezes esse fato é notório, sendo mesmo comum a hipótese de o próprio cliente propalar a sua condição de cliente de determinado Banco como traço de 'status' ou, então, para fazer do Banco seu agente de cobrança. Certas entidades filantrópicas divulgam até pelos meios de comunicação o número de suas contas bancárias com o fito de arrecadarem donativos através da instituição financeira. Onde há notoriedade, não há falar em segredo, muito menos em obrigação de segredo a cargo do Banco".*

A revelação do nome é muito distinta da revelação do nome *aliada* ao serviço. É o que nota o mesmo autor, ao comentar:

*"Não obstante, é de considerar que, em determinados casos, convém ao cliente ocultar esse informe, como ocorre, por exemplo, quando alguém contrata a locação de cofre de segurança com o estabelecimento de crédito. A maior vantagem desse serviço, além da segurança da custódia, é o seu caráter sigiloso, pois presume-se que o usuário do cofre tenha interesse em ocultar de terceiro a própria circunstância de ter a disponibilidade da caixa de segurança no estabelecimento bancário. Também a custódia de*

*títulos e valores e, bem assim, o depósito pecuniário revestem esse mesmo caráter, por isso que, para o Banco, é sempre melhor calar".*

Em relação, porém, ao nome, sua posição não deixa dúvida:

*"Agora, a revelação de que determinada pessoa se vale dos serviços de caixa do Banco não nos parece constituir violação do segredo, porque esse fato é corriqueiro, nos dias atuais. O Banco não é esconderijo".*

14. Não resta dúvida, pelo exposto, que tanto a privacidade quanto a inviolabilidade de sigilo de dados, inseridas no art. 5º da Constituição Federal, são uma peça fundante da própria cidadania, ao lado de outros direitos fundamentais ali expressos. O sigilo, nesse sentido, tem a ver com a segurança do cidadão, princípio cujo conteúdo valorativo diz respeito à exclusão do arbítrio, não só de parte da sociedade como sobretudo do Estado que só pode agir submetido à ordem normativa que o constitui. Nestes termos, a cidadania, exigência do princípio republicano, que a reclama como uma espécie de fundamento primeiro da vida política e, por consequência, do Estado, *antecede* o Estado, não sendo por ele instituída. É ela que constitui a distinção entre o público e o privado, sob pena de perversão da soberania popular (C.F., art. 1º, parágrafo único). As competências estabelecidas e atribuídas ao Estado devem, pois, estar submetidas ao reconhecimento do indivíduo como cidadão, cuja dignidade se corporifica em direitos fundamentais.

Por outro lado, o Poder Público não pode ser inibido de exercer suas funções, mormente a de fiscalização, por isso que a própria Constituição, no rol mesmo dos direitos fundamentais, prevê o sigilo para atividades do próprio Estado. Quando o assunto envolve inviolabilidade de sigilo de dados privativos que protege o cidadão, mas não aquele interesse do cidadão cujo sentido social é duvidoso, o dever de fiscalização impõe, como vimos, ao Fisco, na coleta e no tratamento dos dados, igual sigilo. Deste equilíbrio interpretativo não escapa o Poder Legislativo. Assim, por exemplo, quando se lê no art. 50, § 2º, da C.F., que as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal podem encaminhar

pedidos escritos de informações aos Ministros de Estado, esta competência tem de sofrer a devida interpretação restritiva. Destarte, deve-se reconhecer que, a propósito, o art. 38 da Lei n. 4.595/64 que, com cautela, exige que pedidos que afetem o sigilo de dados bancários sejam solicitados com aprovação pelo Plenário da Câmara e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros, foi recebido pela atual Constituição. Esta exigência, de um lado, protege o cidadão, de outro, baliza o modo pelo qual a autoridade pode e deve exercer sua competência.

Assim, o art. 50 da C.F. quando autoriza, no *caput*, a convocação, pela Mesa, de Ministro de Estado para prestar, pessoalmente, informações sobre *assunto* previamente determinado e, no seu § 2º, pedidos escritos de informação, é óbvio que os assuntos devem dizer respeito a questões de natureza pública, na órbita da competência federal. Mais especificamente, o art. 50 instrumentaliza o inciso X do art. 49 (*"É de competência exclusiva do Congresso Nacional: ... X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta"*). Aliás, o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados, aprovado pela Resolução n. 17, de 21.09.1989, especifica quais *assuntos* - atos e fatos - estão sujeitos à fiscalização e controle do Congresso. Ali se menciona expressamente o art. 70 da C.F. (assuntos passíveis de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta) e, por via de consequência implícita, os atos de gestão administrativa do Poder Executivo. Nada autoriza a pensar que neste rol possam estar assuntos referentes à vida privada dos cidadãos.

Inclusive no caso de comissões parlamentares de inquérito, que tem poderes de investigação próprias das autoridades judiciais e, por isso mesmo, são constituídas por requerimento de um terço dos membros do Senado e da Câmara, para a apuração de fato determinado, não se pode esquecer o mandamento do inciso XXXIII do art. 5º que assegura direito a informações a todos os cidadãos, *"ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"*. Nestes casos, o fornecimento de dados submetidos a sigilo obriga a autoridade competente à manutenção do próprio sigilo, que sob esta condição, serão encaminhados.

Por fim, este temperamento das situações, a busca da hermenêutica equilibrada, só favorece o Estado de Direito que não significa um bloqueio do Estado, mas o exercício de sua atividade, no contorno que lhe dá a Constituição, para a realização do próprio bem-estar social.

---

## BIBLIOGRAFIA

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972.
- BASTOS, Celso, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1989. v.2.
- COMPARATO, Fábio. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.
- COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo : Leud, 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 1.
- GRABITZ, Eberhard. *Freiheit und Verfassungsrecht*. Tübingen : Mohr, 1976.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 2 vs.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo : Saraiva, 1984.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. New York-London : W. W. Norton & Company, 1975.
- SPENCER, David E. Capital flight and bank secrecy: the end of an era? *International Financial Law Review*, London, May, 1992.



*DIREITO PROCESSUAL*



# DEVIDO PROCESSO PENAL E ALGUNS DOS SEUS MAIS IMPORTANTES COROLÁRIOS

*Rogério Lauria Tucci*

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

## Resumo:

Partindo da determinação conceptual do **devido processo penal**, à luz das normas constitucionais, são especificados alguns de seus mais importantes corolários.

Assim sendo, a assecuração do **devido processo penal** decorre das garantias da "presunção de inocência" e prisão provisória; da contraditoriedade no inquérito policial; da imprescindibilidade de autorização judicial para a busca e apreensão; e, de idêntico modo, para a interceptação das comunicações telefônicas.

## Abstract:

Starting from a concept of the **due criminal process**, according to constitutional rules, some of its most important principles are taken under special consideration.

Therefore, the assurance of the **due criminal process** is related to the guaranties of the "presumption of innocence" and provisory imprisonment; the right of hearing during the preliminary investigation; the indispensability of judicial warrant for search and seizure, and for interceptions of private telephone calls.

## Sumário:

### § 1º - DETERMINAÇÃO CONCEPTUAL DO DEVIDO PROCESSO PENAL:

1. Preceituações constitucionais e Direito Processual Penal.
2. Garantia de tutela jurisdicional.
3. Devido processo legal.
4. Devido processo penal.

### § 2º - ESPECIFICAÇÃO DE ALGUNS DOS MAIS RELEVANTES DIREITOS E GARANTIAS ÍNSITAS AO DEVIDO PROCESSO PENAL:

5. "Presunção de inocência" e prisão provisória.
6. Contraditoriedade no inquérito policial.
7. Imprescindibilidade de autorização judicial para a busca e apreensão.
8. Interceptação de comunicações telefônicas.

## § 1º - DETERMINAÇÃO CONCEPTUAL DO DEVIDO PROCESSO PENAL

### 1. Preceituações constitucionais e Direito Processual Penal

Impõem-se ao estudioso do Direito Processual Penal, preambularmente, a verificação, entre outras noções que ostentam real importância, dos regramentos constitucionais atinentes ao processo penal, tidos, generalizada e equivocadamente, como "princípios constitucionais do processo penal".<sup>1</sup>

Manifesta e constante é, com efeito, a influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico à luz deles editadas, especialmente as processuais penais, que constituem, segundo uniforme e corrente entendimento doutrinário, seu necessário complemento.<sup>2</sup>

Ademais, Lei das leis, situada no mais elevado ponto da hierarquia das formas de expressão do *ius positum*, e contendo os fundamentos políticos e institucionais de toda a legislação ordinária, em seus textos - como precisa José Frederico Marques,<sup>3</sup> repousam numerosos dispositivos e institutos processuais penais.

E dado, ainda, consistir a jurisdição criminal numa atividade estatal determinada à aplicação do Direito Penal material a um conflito de interesses de alta relevância social; corresponder um destes ao anseio de liberdade do ser humano, que se faz fundamento do processo penal; e constituírem as normas processuais penais, sempre, "atualidades das garantias constitucionais", qualquer que seja o ângulo visualizado, apresentam-se as preceituações constitucionais respeitantes ao Direito Processual Penal como base e diretriz das normas reguladoras do respectivo processo.

---

1. V., a respeito, das acepções de *princípio* no singular, porque *único* - e *regras*, de nossa autoria e de outros, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 27 e ss.

2. Cf., por todos, Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, *Curso de direito judiciário penal*, São Paulo, Saraiva, 1958, v. 1, p. 30-1.

3. *Elementos de direito processual penal*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965, v. 1, p. 71-2.

## 2. Garantia de tutela jurisdicional

Expendidas essas sucintas e imprescindíveis considerações, bem é de ver que a atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, a exemplo das precedentes, e de modo igualmente expreso, contém várias disposições alusivas ao Direito Processual Penal, implicativas, outrossim, da orientação determinante da edição de normas disciplinadoras do processo penal.

Assim também - já agora de maneira implícita (a teor do § 2º do art. 5º, **verbis**: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"), integrados na formação do sistema em que consubstanciado o ordenamento jurídico brasileiro - de outros, igualmente postos com a finalidade de plasmar as variegadas instituições e, correlatamente, estabelecer, completa e cientificamente, a normatividade do Direito Processual Penal.

Tais regras, na essência de Direito Processual Constitucional, firmando direitos subjetivos individuais e as correspondentes garantias, são, exatamente, os por nós denominados **regramentos constitucionais do processo penal**, e podem ser alinhadas a partir da concepção de Direito Processual como "expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado através de procedimento demarcado formalmente em lei" <sup>4</sup>

Essa **garantia de tutela jurisdicional**, aliás, consiste, por sua vez, num **direito público subjetivo**, universalmente consagrado, e decorrente da assunção, pelo Estado, do monopólio da administração da Justiça: é conferida ao membro da comunhão social (inclusive, à evidência, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito de invocar prestação ou providência jurisdicional, relativamente a determinado interesse, em conflito com o de outrem.

Denominada **direito ao processo**, ou, mais precisamente, **direito à tutela jurisdicional do Estado**, tem sido, definida, sucessivamente, nas mais importantes **declarações de direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos do Homem**, proclamada pela Organização das Nações Unidas - ONU,

---

4. Cf., ainda, José Frederico Marques, ob. cit., v. 1, p. 75.

em 10 de dezembro de 1948, art. 10; **Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, subscrita no dia 04 de novembro de 1950, art. 6º, n. 1; **Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos**, de 16 de dezembro de 1966, art. 14, n. 1; **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada em 22 de novembro de 1969, art. 8º, n. 1); e encontra-se, na esteira das antecedentes, repristinada no art. 5º, XXXV, da vigente Carta Magna de nossa República Federativa, a saber:

“art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
 XXXV a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Consagra-se, destarte, uma vez mais, e de maneira inarredável, um dos mais expressivos direitos subjetivos materiais conferidos pelo Estado aos integrantes da comunidade, qual seja o **direito à jurisdição**.<sup>5</sup>

E a tal corresponde, como precedentemente aventado, a determinação proemial, efetivada no mais alto plano da hierarquia das leis, da **garantia de tutela jurisdicional** a todos quantos vivam ou existam no território nacional, iguados em tudo, no tocante aos direitos ditos fundamentais e respectivas garantias.

---

5. Cf., de José Rogério Cruz e Tucci e nosso, *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 12, em que conceituada a *jurisdição* como “*poder-dever*” concedido aos agentes do Poder Judiciário - juízes e tribunais - para, no exercício de *função* em lei definida, e mediante *atividade substitutiva* da dos membros da comunhão social, *realizar o direito* aplicável a uma pretensão (no processo civil) ou a um conflito de interesses de alta relevância social (no campo penal)”.

### 3. Devido processo legal

Colocando-se, para os interessados, a par ou à margem do **direito à jurisdição**, o ônus de demandar consoante preciso magistério de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, por nós sobrelevado na **Apresentação** do livro intitulado **Processo penal, ação e jurisdição**<sup>6</sup> - por certo que o adimplemento deste, com a propositura da **ação**, origina a **formação do processo**, que, segundo entendemos, se apresenta como **instrumento, técnico e público, de realização de Justiça, pelos órgãos jurisdicionais**.

Isso significa, outrossim, que o **processo** consiste, precipuamente, numa **garantia** outorgada pela Lei das leis à efetivação do **direito** (subjetivo, material e público) à **jurisdição**.

E, por via de consequência, que, constitucionalmente assegurado a todos os integrantes da sociedade (a teor do art. 5º, LIV, da Constituição Federal: "**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**"), se impõe sua consideração como encartado no **due process of law**.

Trata-se esta em vernáculo **devido processo legal**, e como explicitado na já referida monografia **Constituição de 1988 e processo**<sup>7</sup> - de difundida locução mediante a qual se determina a imperiosidade, num proclamado Estado de Direito, de:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (**substantive due process of law**, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o **processo (judicial process)**; e,

c) assecuração, neste, de **paridade de armas** entre as partes, visando à igualdade substancial.

---

6. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

7. p. 15-6.

Apresenta-se, ademais, relativamente ao **processo judicial**, como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal).

E consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa **garantia** conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados **fundamentais** através da efetivação do **direito ao processo**, materializado num **procedimento regularmente desenvolvido**, com a imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num **prazo razoável**.

#### 4. Devido processo penal

Esses consectários, por sua vez, constituem na força de seu conjunto, e em sede penal, o **devido processo penal** - expressão apropriada (dotada de rigor técnico) à sua designação no específico campo processual de atuação, como bem explica Pedro J. Bertolino,<sup>8</sup> concluindo, verbis: "Claro está que la denominación de 'penal' adscripta a la garantía menta, por cierto, el modo corriente con el cual se indica al derecho que en el proceso respectivo se actúa. Este es, digámoslo así, el sentido más apropiado y riguroso de la denominación".

Especificam-se, outrossim, nas **garantias**: a) de acesso à **Justiça Penal**; b) do **juiz natural em matéria penal**; c) de **tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal**; d) da **plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes**; e) da **publicidade dos atos processuais penais**; f) da **motivação dos atos decisórios penais**; e g) da **fixação de prazo razoável de duração do processo penal**.

E determinam, inequívoca e inexoravelmente, que uma pessoa física não pode ser privada de sua liberdade (ou de outros bens, a ela correlatos) sem o **devido processo penal**, em que se realize a **ação judiciária**, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da **Justiça Criminal**, tanto na inflicção e na

---

8. *El debido proceso penal*, La Plata, Platense, 1986, p. 20-1.

concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação do **ius libertatis**.

Neste derradeiro enfoque, cumpre salientar o generalizado reconhecimento de que o ser humano, membro da comunhão social, antes de sofrer qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em que garantidas: a) a atuação de órgão jurisdicional antecedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial; b) a determinação legal de um procedimento destinado à investigação e posterior julgamento acerca de fato penalmente relevante; c) o proferimento deste, **em prazo razoável**, pública e motivadamente; d) a correlação entre acusação e sentença; e) a possibilitação de reexame de atos decisórios desfavoráveis ao imputado; f) a propiciação de ampla defesa, tanto material, como tecnicamente; e g) o não reconhecimento de culpabilidade, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória.<sup>9</sup>

Ademais, o destaque propositadamente feito reclama a verificação do enunciado do § 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira em vigor, cuja repetida transcrição se faz necessária, **verbis**: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**" (com grifos nossos).

Ora, nosso País é um dos signatários da **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada em São José, Costa Rica, no dia 22 de novembro de 1969, e cujo art. 8º, n. 1, tem a seguinte redação: "Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável** por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, **na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada**, ou para determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza..." (com grifos também nossos).

E, assim sendo, por certo que se afigura inaceitável o prolongamento do curso do processo penal além do tempo necessário à consecução de sua finalidade, qual seja a definição da relação jurídica

---

9. Cf., em senso assemelhado, José I. Cafferata Nores, *Derechos individuales e proceso penal*, Córdoba, Ediar, 1984, p. 21-5.

estabelecida entre o cidadão envolvido na *persecutio criminis* e o Estado: o imputado tem, realmente, direito à pronta determinação de "sua situação ante a função penal do Estado"<sup>10</sup>

Em suma, na concepção do devido processo penal torna-se inafastável a inclusão, também, do direito do indiciado ou acusado, de obter pronunciamento judicial que "ponha termo do modo mais rápido possível à situação de incerteza e de inegável restrição da liberdade que lhe é acarretada pela persecução penal".<sup>11</sup>

## § 2º - ESPECIFICAÇÃO DE ALGUNS DOS MAIS RELEVANTES DIREITOS E GARANTIAS ÍNSITAS AO DEVIDO PROCESSO PENAL

### 5. "Presunção de inocência" e prisão provisória

Tudo isso devidamente explicitado, parece-nos oportuna a análise mais detida de alguns temas cuja importância se torna despidendo asseverar.

É o que passamos a fazer, não sem antes relembrar as idéias liberais que nortearam a Assembléia Constituinte na elaboração do trabalho legislativo que resultou na edição da Lei Maior de 1988, especialmente no tocante à elencação dos "direitos e deveres individuais e coletivos", no Capítulo I do Título II ("Dos direitos e garantias fundamentais").

Assim também, na esteira de doutrinação de Emilio Betti,<sup>12</sup> que a interpretação reclamada pelo Direito, sobretudo a da norma constitucional, é a

10. V., a respeito, Pedro J. Bertolino, ob. cit., p. 79; José I. Cafferata Nores, *Eficacia de la persecución penal y garantías procesales en la Constitución de Córdoba*, Córdoba, Lerner, 1987, p. 26-7; Alejandro D. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, p. 130 e ss.; Jose Antonio Tome Garcia, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 57-8 e 118-21; Vicente Gimeno Sendra, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 137-9; Daniele Saint-Laurent, *Principes de droit constitutionnel et pénal*, Québec, Modulo, 1986, p. 126-7; André Morel, *Certain guarantees of criminal procedure*, The Canadian Charter of Rights and Freedoms (obra coletiva), 2ª ed., Toronto, Carswell, 1989, p. 497 e ss.

11. Cf., ainda, Alejandro D. Carrió, ob. cit., p. 132.

12. *La interpretazione delle legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffré, 1949, p. 3 (e que se difundiu, inclusive entre nós, e. g., Fran Figueiredo, *Metodologia constitucional: técnicas de elaboração e técnicas de interpretação*, Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 1987, p. 178;

voltada ao reconhecimento e à reconstrução do seu significado, como "forma representativa" do respectivo conteúdo, e feita "fonte de valoração jurídica, ou que constitua objeto desta valoração".

Pois bem, um dos temas que se tornaram polêmicos com o advento da vigente Constituição Federal é o relativo à denominada "**presunção de inocência**" e a **prisão provisória**.

Expressam, nesse particular, os incs. LVII e LXI do art. 5º, respectivamente, que: "**ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**"; e "**ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, ou crime propriamente militar, definidos em lei**" (com todos os grifos nossos).

E traduzem, indubitavelmente, duas diversificadas concepções: a da correntemente afirmada "**presunção de inocência**" e a da determinação e formalização da **prisão provisória**.

A primeira reclama a formação da **coisa julgada de autoridade relativa** (isto é, a correspondente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, **sempre sujeita à rescisão**), e a outra diz com os enunciados dos arts. 301 e ss., 311 a 316, 393, I, 408, § 1º, e 594 do Código de Processo Penal; art. 35 da Lei de Tóxicos (Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976), e art. 1º e ss. da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Para bem correlacioná-las, faz-se mister verificar, de logo, quais as espécies de **prisão provisória** e suas respectivas características.

Com efeito, inobstante a conotação preponderantemente **cautelar** que todas elas ostentam, as diferentes espécies de **prisão provisória** (como tal conceituada a efetuada precedentemente ao proferimento da sentença condenatória, ou até que ela se torne irrecorrível) agrupam-se em duas, por força de critério distintivo firmado na sua conformação.

Se não, vejamos.

Cinco são, atualmente, em nosso processo penal comum, as mencionadas espécies de **prisão provisória**, sendo quatro delas previstas no

Código de Processo Penal, a saber: **a) prisão em flagrante delito** (art. 302, I a IV); **b) prisão preventiva** (arts. 311 a 316); **c) prisão decorrente de ato decisório de pronúncia**, nos processos referentes a crimes cujo julgamento seja da competência do Tribunal do Júri (art. 408, § 1º); e **d) prisão resultante de sentença condenatória recorrível** (arts. 393, I, e 594).

A outra, **prisão temporária**, cujos contornos se definiram, primeiramente, no Anteprojeto de Código de Processo Penal, que se converteu no Projeto ora em tramitação no Congresso Nacional n. 1.655, de 1983,<sup>13</sup> foi instituída pela já indicada Lei n. 7.960, de 1989, com o mesmo escopo de encarceramento provisório do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da **informatio delicti** mediante portaria (inocorrente, portanto, a **prisão em flagrante delito**) e o momento em que verificada a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da **prisão preventiva**.

Três delas, quais sejam, a **prisão em flagrante delito**, a **prisão preventiva** e a **prisão temporária**, são, na realidade, **tipicamente cautelares**, isto é, têm por finalidade a assecuração do resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, quer para a garantia da ordem pública, quer em razão da conveniência da instrução criminal ou para preservar a aplicação da lei penal (cf. art. 312 do apontado Código).

As outras duas, porém, tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório de pronúncia ou de condenação, assumem **natureza marcadamente processual**: enquanto as **tipicamente cautelares** firmam-se em fatos **extra e meta-processuais**, elas ocorrem no **âmbito de processo em curso**, necessariamente vinculadas a **ato processual**, de que derivam.

Assim, não podem ser confundidos, de maneira alguma, os pressupostos da ordem judicial, encarceramento provisório com os de um pronunciamento interlocutório de outra índole, ou condenatório, no processo penal de conhecimento. Os daquela encontram-se estatuídos no já aludido art. 312 do Código de Processo Penal; os destes, por sua vez, dizem com a convicção do órgão jurisdicional pronunciante sobre a viabilidade da acusação,

---

13. V., a respeito, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Prisão temporária e crise urbana*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 603, p. 296-7, 1986.

encaminhando o processo a julgamento pelo Tribunal do Júri; ou com a certeza acerca da materialidade do fato criminoso e da indigitada autoria.

Por via de conseqüência, somente quando aqueles guardem estrita correlação com estes torna-se admissível o aprisionamento prévio do apontado autor da prática delituosa. E, então, sem nenhuma afronta ao transcrito inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, até porque a **prisão provisória tipicamente cautelar** não implica, qualquer seja o ângulo de sua visualização, apriorística consideração de culpa do ser humano envolvido na *persecutio criminis*.

Como anota, a este propósito, Fernando da Costa Tourinho Filho,<sup>14</sup> verifica-se, na realidade, em tal hipótese, a indispensabilidade de segregação imediata, face à possibilidade de perturbação da ordem pública, de criação de óbice, tumulto ou desorientação da instrução criminal ou, ainda, de frustração da aplicação da lei penal.

Já agora, todavia, a **prisão provisória de natureza processual**, decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, ou recorrida, não tem como se manter perante o examinado regramento constitucional, sobretudo por significar **antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado**, de todo inadmissível.

E, dado o exposto, sobrevém a inarredável conclusão de que:

a) restam de todo ineficazes, não tendo mais como serem aplicados, desde a edição da Constituição Federal de 1988, e. g., os arts. 393, I, 408, § 1º, e 594 do Código de Processo Penal, e 35 da Lei n. 6.368, de 1976;

b) a nova Carta Magna de nossa República Federativa, por outro lado, permite, não só a **prisão em flagrante delito**, com as cautelas especificadas nos incs. XI, LXIX, LVI, LVIII, LXII, LXIII e LXVI do art. 5º, bem como a **temporária** e a **preventiva**, desde que calcadas em ordem escrita e fundamentada de órgão jurisdicional competente (cf. inc. LXI do mesmo artigo); e,

c) essa, assim sintetizada, e indubiosamente, é a única interpretação que se coaduna com o enunciado da Súmula n. 09 do Superior Tribunal de Justiça ("**A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência**"), cuja liberalidade, com o

14. *Processo penal*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, v. 3, p. 422-4.

devido respeito, apresenta-se gritantemente afrontosa do preceito constitucional focado.

Acrescente-se, por oportuno, que o texto da lei, quando claro, inadmite interpretação restritiva, extensiva ou diversificativa (vocábulo ora utilizado para referir posicionamento como o ostentado por Antônio Magalhães Gomes Filho, na monografia intitulada **Presunção de inocência e prisão cautelar**;<sup>15</sup> devendo prevalecer a que revela, explicitamente, a *mens legislatoris* transfundida na *mens legis*: "En él es donde se halla expressamente establecida su intención; querer indagarla en otra parte es peligroso".<sup>16</sup>

Igualmente, com Weber Martins Batista,<sup>17</sup> que o "status de inocência do réu ou com maior razão - do indiciado, não permite a imposição de qualquer restrição à sua liberdade, que não seja absolutamente necessária. A prisão provisória, como medida cautelar ou de segurança, não sendo uma pena antecipada, só assim se justifica"

#### 6. Contraditoriedade no inquérito policial

Outro tema que clama pela atenção do analista é o referente à **contraditoriedade no inquérito policial**.

A Constituição Federal de 1988, inovando vigorosamente na matéria, deixou assentado no mesmo art. 5º, LV, LXII e LXIII, respectivamente, que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"; "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada"; e "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Percebe-se, desde logo, sem o mínimo esforço de raciocínio, que o nosso legislador constituinte pontuou, no primeiro dos incisos transcritos, a real

15. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 65 e ss.

16. Cf., Pascuale Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, tr. castelh. Enrique Aguilera de Paz, 3ª ed., Madrid, 1927, p. 591.

17. *Liberdade provisória*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 117.

diferença entre o conteúdo do processo civil, cuja já verificada finalidade é a compositiva de litígios, e o do processo penal, em que pessoa física, integrante da comunidade, é indiciada, acusada e, até, condenada pela prática de infração penal.

Orientou-se, aliás, nesse particular, pela mesma trilha que, na esteira dos ensinamentos de Calamandrei e Luciano Marques Leite, há anos percorremos em nossas aulas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e, já agora, fortalecida, não só pela lúcida preceituação constitucional em referência, como também por jovens e autorizados especialistas pátrios, e. g. Jacinto Néelson de Miranda Coutinho, na excelente monografia intitulada **A lide e o conteúdo do processo penal**,<sup>18</sup> e, mais recentemente, José Carlos Teixeira Giorgis, **A lide como categoria comum do processo**.<sup>19</sup>

E, de modo também indubioso, reafirmou os regramentos do **contraditório** e da **ampla defesa**, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos **procedimentos administrativos**.

Igualmente, para que esta não configurasse uma utopia, determinou a indispensabilidade de imediata comunicação da prisão e do local onde o preso se encontre ao juiz competente e à família, ou pessoa por ele indicada; assim como, em complemento, da informação explícita de seus direitos, especialmente no tocante ao **silêncio** e à **assistência de advogado**.

Representa o **direito ao silêncio**, por certo, a proteção, constitucionalmente assegurada, contra a auto-incriminação, de sorte a não se poder concluir desfavoravelmente ao indiciado, ou acusado, pelo simples fato de ter-se calado, isto é, de abster-se de prestar declarações, em especial das que possam incriminá-lo.<sup>20</sup>

A **assistência de advogado**, por sua vez, não há de ser concebida como assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela

---

18. Curitiba, Juruá, 1989.

19. Porto Alegre, Lejur, 1991.

20. V., a respeito, Daniele Saint-Laurent, ob. cit., p. 124-5.

autoridade policial e seus agentes, mas, sim, **assistência técnica**, na acepção jurídica do termo, qual seja a de **atuação profissional de advogado**.

Por via de consequência, essa atuação só poderá atender ao desígnio do legislador constituinte se for **efetiva**, balizada na **contraditoriedade indispositiva**, ínsita ao processo penal na integralidade da **persecutio criminis**, com o exercício da **defesa técnica**, na sua maior amplitude, tal como preconizado no transcrito inc. LV.

Poder-se-á dizer, a propósito, que este se refere a **processo**, e não a **procedimento**, como é o inquérito policial; nem a **indiciado**, ou seja, a quem, *si et in quantum*, face à convergência de dados indicadores, atribuída a autoria de infração penal.<sup>21</sup> E, por esse motivo, não poderia ter a larga aplicação aqui e agora alvitrada.

Deve ser verificado, todavia, que a confusão terminológica, e até mesmo conceptual, entre **processo** e **procedimento** se tradicionalizou em nosso País. Fala-se num, quando, na realidade, se cogita do outro, e chega-se ao ponto de, no texto de uma Constituição Federal, expressar "processo administrativo", quando se está querendo aludir a **procedimento administrativo**.

Ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo **processo** para designar **procedimento**, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer **procedimento administrativo** e, conseqüentemente, a de "procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal", que é o **inquérito policial**.<sup>22</sup>

Por outro lado, quando se menciona "acusados em geral", na examinada preceituação constitucional, certamente se pretende dar a mais larga extensão às palavras, com referência óbvia a qualquer espécie de acusação, inclusive a ainda não formalmente concretizada. Assim não fosse, afigurar-se-ia de todo desnecessária a adição "em geral"; bastaria a alusão a "acusados".

---

21. V., a propósito, nosso estudo Indiciamento e qualificação indireta, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 571, p. 292 e ss., 1983.

22. Cf. José Frederico Marques, *ob. cit.*, v. 1, p. 153.

Não há como aceitar-se, com a devida vênia, o argumento contrário daqueles que, como Celso Ribeiro Bastos,<sup>23</sup> entendem que não se pode falar em "acusados" no inquérito policial, por tratar-se de "um meio de apuração", não havendo, ainda, "uma irrogação a alguém da prática de um ato condenável, no caso um ilícito penal"

E isso, tanto mais quanto se tenha presente anterior lembrança do mesmo e ilustre autor,<sup>24</sup> de impor-se "reconhecer que o dispositivo procurou ser de extrema abrangência", no que diz respeito "aos destinatários"; ao ponto de pregar sua inteira valia, e aduzindo, *verbis*: "Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não despertar estas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário. Daí porque esta **preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo ser muito vantajosa**, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores são as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário" (com grifos nossos).

Realmente, referendada a extensão dos direitos indicados no dispositivo constitucional aos "indiciados em processos administrativos", e sendo inequívoco, outrossim, como visto, que o **inquérito policial** é uma das modalidades de **procedimento administrativo**, não há como negar sua abrangência pelo novel regramento da Carta Magna da República.

---

23. *Comentários à Constituição do Brasil* (em co-autoria com Ives Gandra Martins), São Paulo, Saraiva, 1989, v. 2, p. 268.

24. *Ibidem*.

Como bem intuiu Nagib Slaibi Filho, <sup>25</sup> "assistência de advogado não significa simplesmente a presença fiscalizadora do profissional habilitado aos atos processuais, mas, sim, sua interveniência no processo, pois senão não seria a advocacia essencial à função jurisdicional. Ainda no inquérito policial ou no auto de prisão em flagrante delito, tem o advogado poder de reperguntar, requerer diligências e providências que achar convenientes ao ato, sem prejuízo, é claro, da autoridade processante deferir, ou indeferir, sempre com fundamentação, o que lhe foi requerido" E concedida, indubitavelmente - permitimo-nos acrescentar - ao defensor técnico do indiciado a utilização dos meios em lei previstos para **impugnar qualquer ato arbitrário** da autoridade policial.

O mais que se pode admitir, na exegese do preceito constitucional focado, é a **dispositividade da determinação da atuação de defensor do indiciado** (que não pode ser confundida, à evidência, com a **contraditoriedade real**, ínsita à sua **efetiva assistência**) no transcorrer da **informatio delicti**.<sup>26</sup>

Em verdade, o fato de a Constituição Federal conferir ao cidadão envolvido na **persecutio criminis**, desde o seu início, o **direito à assistência de advogado** não significa, obviamente, que ele esteja obrigado a ser assistido pelo causídico.

Além do que, nesse ponto, ela mais não fez do que consagrar habilidosa prática de profissionais experimentados que, com largo descortino jurídico e acuidade, sempre têm prestado **efetiva assistência ao indiciado** no desenvolvimento do inquérito policial. Às vezes, com alguns percalços, certamente; porém, via de regra, com resultados amplamente satisfatórios.

Já agora, consubstanciada a atuação espontânea do defensor num **direito subjetivo** do seu constituinte, a atividade defensiva prévia ganha bem maior dimensão, ao ponto de propiciar, sem qualquer sofisma, a **contraditoriedade no inquérito policial**.

---

25. Ob. cit., p. 318.

26. V, a respeito, Vicente Gimeno Sendra, ob. cit., p. 98, *verbis*: "La intervención del defensor en el proceso penal venía, pues, jalonada por tres estadios procesales: la defensa técnica prohibida (antes del procesamiento), la defensa permitida (a partir del procesamiento) y la defensa técnica obligatoria que había de suceder con el trámite de calificación provisional".

Diz essa afirmação, de resto, com a **inafastabilidade da perquirição da verdade material** em todo o desenrolar da **persecutio criminis**, como dado mais relevante do fundamento do processo penal, qual seja, a **liberdade jurídica do perseguido**: a par da imprescindibilidade de adequada **assistência técnica ao indiciado** que, desde logo, a deseja, apresenta-se, também inarredável, "la necesidad de determinar la verdad en sustancia por encima de los excesos rituales, a fin de posibilitar el debido control de la justicia sobre los órganos administrativos".<sup>27</sup>

E representa, também, uma autêntica conquista do Direito Processual Penal Constitucional moderno, como clarifica José I. Cafferata Nores<sup>28</sup> ao publicizar sua colaboração à Convenção Constituinte e subseqüentes reflexões formuladas em curso específico ministrado no "Centro de Estudios de Derecho Procesal Dr. Alfredo Vélez Mariconde", *verbis*: "En ese sentido, el texto propuesto puntualiza que 'es inviolable la defensa en juicio de la persona u de los derechos', y agrega que 'todo imputado tiene derecho a la defensa técnica, aun a cargo del Estado, desde el primer momento de la persecución penal' Entendemos que es necesario dejar plasmado en la Constitución Provincial el derecho del imputado a contar con el consejo y la asistencia de un abogado durante todo el curso del procedimiento penal, incluida la etapa prevencional a cargo de la Policía".

Trata-se, enfim, de um **direito fundamental**, que, por ser "um elemento decisivo do processo penal", não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em "mero requisito formal";<sup>29</sup> e cuja observância, por isso, se impõe, sob pena de  **nulidade** dos atos procedimentais praticados sem a **efetiva assistência do defensor** constituído pelo indiciado, ou **público** (cf., também, arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal).

## 7. Imprescindibilidade de autorização judicial para a busca e apreensão

Faz por merecer, igualmente, nossa especial atenção, no trato da **matéria versada, a busca e apreensão**.

27. Cf. Alejandro D. Carrió, *ob. cit.*, p. 101.

28. *Eficacia...* *ob. cit.*, p. 29-30.

29. Cf., a respeito, José Antonio Tome Garcia, *ob. cit.*, p. 112.

Várias das disposições do vigente Código de Processo Penal, que lhe são específicas, encontram-se superadas pela Constituição Federal de 1988, dada a preceituação contida no inc. XI do art. 5º, assim redigido: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Como se tem da sua parte final, em situações normais (isto é, não sendo caso de prisão em flagrante, de desastre, ou de prestação de socorro) imprescindível é a **determinação judicial** para que algo se busque, com a finalidade da respectiva apreensão.<sup>30</sup>

Por via de conseqüência, a autoridade policial e/ou seus agentes não mais poderão realizá-la, sem que, prévia e justificadamente, pleiteada e obtida a correspondente **ordem** de órgão jurisdicional competente.

Esta, todavia, poderá ser **genérica**, isto é, sem especificação do que deva ser buscado e apreendido, até porque muitas vezes impossível a definição do **objeto da busca e apreensão**.

Deve ter-se presente, nesse caso, que a nossa Carta Magna, diferentemente da Emenda n. IV da Constituição dos Estados Unidos da América, na qual a respectiva ordenação "deve determinar com precisão o lugar e os objetos sobre os quais versará o procedimento deste tipo",<sup>31</sup> não estabeleceu a necessidade dessa especificação, de sorte a firmar a crença de que se faz suficiente a **determinação judicial inespecífica**.

Só mesmo quando não efetuar **pessoalmente** a diligência, é que a autoridade policial, lastreada na **ordem judicial**, deverá expedir **mandado específico**, visando ao seu cumprimento com total exaçaõ; vale dizer, sem qualquer espécie de abuso.

---

30. V., acerca de *busca e apreensão*, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do seqüestro no processo penal brasileiro*, São Paulo, J. Bushatsky, 1973, p. 59 e ss.; e nosso *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 249 e ss., conceituando a *busca* como "a procura ou perquisição de coisa ou pessoa determinada ou determinável"; e a *apreensão* como a "tomada de coisa ou retenção de pessoa, uma e outra determinada, de qualquer modo relacionadas com o fato criminoso investigado", representando, portanto, o resultado proficuo da *busca*.

31. Cf. Alejandro D. Carrió, ob. cit., p. 58.

Foi esse, certamente, e a exemplo do que acontece também alhures,<sup>32</sup> o escopo que animou o nosso legislador constituinte, procurando "prevenir tanto quanto possível a repetição de medidas tão odiosas e violentas", com a estatuição de regramento de meridiana clareza para a realização de **busca e apreensão** em domicílios ou em locais a ele equiparados.<sup>33</sup>

E, por isso, como exposto, distinguem-se, à luz da preceituação constitucional analisada, a **determinação judicial** sempre necessária e, até, inespecífica e o **mandado de busca e apreensão**, a ser expedido, se for o caso (cf. art. 241 do Diploma legal por último indicado), pela autoridade policial, e com a também imprescindível especificação da coisa ou pessoa buscada.

## 8. Intercepção de comunicações telefônicas

Concluindo este breve estudo, não podemos deixar de examinar, ainda, o teor do inc. XII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Resultou essa preceituação, especialmente na parte final, de sugestão encaminhada, à Assembléia Nacional Constituinte, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a partir de parecer por nós elaborado acerca da violação do disposto no § 9º do art. 153 da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, em presídios, verberando o estabelecimento, pela legislação ordinária, de restrição ao direito subjetivo do preso, condenado ou não, de comunicação com o mundo exterior, dada a sua manifesta inconstitucionalidade.

Entendeu-se, então, que a situação deveria modificar-se no tocante à **comunicação telefônica**, passível de **intercepção** sempre que imprescindível à apuração da verdade material, numa persecução penal em curso.

---

32. V. José I. Cafferata Nores, *Eficácia...* ob. cit., p. 62.

33. Cf. art. 246 do Código de Processo Penal; e, nesse idêntico senso, Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., v. 2, p. 68.

A novel idéia, como não podia deixar de ser (até porque consagrada, moderna e universalmente, como um dos mais eficientes meios de prova em matéria penal), vingou, de sorte a permitir-se, já agora, a explicitada **intercepção**, mediante a concorrência dos seguintes requisitos:

- a) previsão em lei ordinária (**ainda inexistente**);
- b) autorização, exclusivamente, por órgão jurisdicional competente;

e,

c) destinação especificada à constituição de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal.

Diz de perto, ademais, com dois outros preceitos de nossa Carta Magna, quais sejam os incs. LV e LVI do art. 5º, o primeiro determinante do **contraditório** e da **ampla defesa**, e o outro assim redigido, *verbis*: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Com efeito, a **garantia da ampla defesa**, seja qual for a natureza do processo, compreende: a) o direito do interessado de ser informado; b) a bilateralidade da audiência (**contraditoriedade**); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.

Abstração feita do **direito à informação sobre a existência de persecução penal**, que não se coaduna com o ponto focado, bem é de ver que não afronta a regra do **contraditório** procedimento que comporta decisão **inaudita altera pars**, dado ostentar ela caráter de **provisoriedade**, ensejando-se, sempre, ao outro sujeito parcial do processo (inclusive, como é óbvio, ao imputado), antes que seja definitivamente considerada, a possibilidade de **ampla defesa**.<sup>34</sup>

Em verdade, nessas hipóteses de "contraddittorio posticipato", a **garantia da audiência bilateral** não se delineia violada, mas, por certo, tão-só dilargada para um momento sucessivo à ordem e realização da providência liminar, "che poi a sua volta, allorche si realizza, e assistita da tutte le garanzie del modello ordinario".<sup>35</sup>

34. V., a propósito, Giuseppe Martinetto, *Contradittorio (principio del)*, verbete, in *Novissimo digesto italiano*, 1959, v. 4, p. 461.

35. Cf. Vittorio Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti special*, *Rivista di diritto processuale*, n. 4, p. 588 e 618, 1975.

Ademais, em matéria penal, inexistente um processo cautelar, como tal considerado, podendo as medidas assecuratórias, preventivas ou incidentes, ser tomadas em qualquer tempo, a fim também de que os fatos restem devidamente esclarecidos através de prova legitimamente obtida ou produzida.

A Constituição Federal veda, como visto, a consecução desta **por meios ilícitos**, impondo-se ressaltar a **imprestabilidade da prova** viciada pela ilegalidade consubstanciada em sua realização, ou com ofensa a direito constitucionalmente assegurado ao cidadão envolvido numa persecução penal.<sup>36</sup>

Como explica José Antonio Tome Garcia,<sup>37</sup> em doutrinação que bem se ajusta ao nosso ordenamento jurídico, "constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorância de las garantías propias del proceso (art. 24-2º CE), implicando también una inacceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado los instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro."<sup>1</sup>

Em suma, não podendo surtir qualquer efeito processual, no processo penal, prova obtida ou produzida com violação, direta ou indireta, de direito tido como fundamental, especialmente o de liberdade, deve ter-se presente a admissibilidade, apenas, e concorrentes os requisitos supra-enunciados, da **interceptação** (não da **escuta**, que, com ela, não pode ser confundida) **telefônica** nas situações em que, justificada pela autoridade policial a sua necessidade, obtenha a indispensável **ordem judicial**, a ser rigorosamente observada, isto é, sem qualquer alargamento ou extensão.

E a respectiva fita, após periciada, e copiada datilograficamente, deverá ser lacrada e remetida a Juízo com os autos da investigação criminal efetuada.

São essas cautelas mínimas, que não poderão ser ignoradas pelo

36. V., também, Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., v. 2, p. 272-6; José I. Cafferata Nores, *Eficacia...* ob. cit., p. 90-1.

37. Ob. cit., p. 126.

legislador ordinário, ao regulamentar a preceituação constitucional analisada, e cuja inobservância poderá inutilizar a importante prova conseguida pelo interceptador.

*DIREITO INTERNACIONAL*



# DIMENSÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA

*José Roberto Franco da Fonseca*

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

## Resumo:

Os direitos humanos (que mais corretamente se deveriam denominar "direitos fundamentais da pessoa") têm sido estudados como matéria de direito interno.

Desde a Segunda Grande Guerra, todavia, tem-se entendido que o tema deve ser apreciado sob o foco do Direito Internacional, porque diz respeito ao ser humano, cuja dignidade é a essência deste ramo do Direito.

## Abstract:

Human Rights (which should rather be called "essential human rights") have been handled as a subject of internal matter.

Since the Second World War, however, it has been generally accepted that this matter should be dealt under the focus of International Law, because human beings and their values are the heart of the matter.

## 1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA.

### 1.1. Precisões terminológicas.

A locução "direitos humanos" ou "direitos do homem" (tomada diretamente de empréstimo aos textos clássicos da literatura política do século XVIII) não deve ser adotada, sem maior cuidado de adequação científica, pelo jurista, por conter grave equívoco. É que, no trabalho científico (e nisso ele se distingue do conhecimento empírico ou vulgar), quando o âmbito de extensão de um substantivo é limitado pelo acréscimo de um qualificativo (compreensão), pressupõe-se, sempre, que o substantivo designa o *gênero*, do qual o qualificativo designa a *diferença específica*. É óbvio que dos panfletários da ciência política do liberalismo francês do século referido não se poderiam licitamente exigir nem rigor lógico-formal nem conhecimento específico da doutrina jurídica.

O equívoco lógico intrínseco daquela locução decorre de dois axiomas jurídicos: *a.* todos e quaisquer direitos só podem ser humanos, uma vez que o mundo do jurídico é o cultural; *b.* só pode ser sujeito (ativo ou passivo) de direito subjetivo o homem (os demais animais, os vegetais, os minerais e outros seres somente poderão ser objeto de tutela jurídica, nunca sujeitos).

Como, então, designar-se aquela categoria especial de direitos subjetivos (defendidos por remédios jurisdicionais em regra sumários, como os "*writs*"), de modo a distingui-los dos de outra categoria (defendidos pelas ações ordinárias)?

Houve quem, na Faculdade de Direito de São Paulo, já os tivesse designado "direitos subjetivos públicos" (Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, p. 460 e ss.). Tal designação, cientificamente irreprochável, vinha de molde, mas para uma época em que a disciplina do tema era objeto de indagações de direito público *interno* (concebidos tais direitos como os oponíveis pelos indivíduos contra o Estado). Ademais, não se colocara, até então, a visão metodológica social do tema.

## 1.2. Metodologia adequada para a rigorosa catalogação e conceituação da matéria.

Impõe-se partir de determinados princípios da teoria geral do Direito, se se quiser chegar próximo não só de uma perfeita expressão terminológica como também de uma conceituação adequada à idéia que se examina. Tais princípios indicam-nos que a cada direito subjetivo corresponde um título aquisitivo; através de tais títulos (compra e venda, mútuo, concurso, ato do poder público, por exemplo) adquirem-se, no curso da vida, os direitos de proprietário de determinado prédio ou móvel, de credor de determinada importância, de acesso ou investidura em determinado cargo público, etc. São os direitos *adquiridos*.

Há, todavia, uma categoria de direitos de que o sujeito é titular não por aquisição no curso da vida; o título aquisitivo destes direitos especiais é o só *nascimento*, com *personalidade*. Se um ser nasce pessoa, torna-se *ipso facto* titular desses direitos. Ora, se tal ocorre, a locução que mais se adequaria para a designação dessa categoria especial de direitos subjetivos seria "direitos

fundamentais da pessoa" ou "direitos essenciais à personalidade", para distingui-los dos da espécie dos "adquiridos".

Então ter-se-á, como corolário, a conceituação dessa categoria de direitos: aqueles ínsitos à personalidade.

O trabalho científico seguinte deverá ser, necessariamente, a identificação e individuação desses direitos. Para tal tarefa, deve o jurista valer-se de conhecimentos ancilares que lhe possa fornecer a Psicologia (ciência que se ocupa da personalidade). Foi essa a metodologia por que optou outro professor da Faculdade de Direito de São Paulo (Sampaio Dória, *Direito constitucional*, p. 689-764), para chegar a conclusões preciosas que em seguida sumariamos.

### 1.3. Identificação e individuação dos direitos fundamentais da pessoa.

Ora, a Psicologia indica-nos que a personalidade é fenômeno complexo, pluridimensional: é síntese integrativa de vários índices ou caracteres, cada um deles, por seu turno, objeto de uma ciência específica. Mas a mera Psicologia não explica a pessoa (Reale, *Introdução à filosofia*, p. 160).

O índice mais aparente e elementar da personalidade é de ordem biológica: as manifestações anátomo-fisiológicas desse índice (vida, integridade física, autolocomoção) são tuteladas como direito fundamental. Outro é de ordem psicológica: o livre pensamento e sua manifestação. Existe também o de ordem sociológica: a vocação para a reunião e associação. Outro elemento é de ordem econômica: o trabalho e acumulação de seus frutos. Há o índice de ordem metafísica: crença e a manifestação exterior dela (culto). Há um índice, finalmente, de natureza política: a vocação para o exercício do poder (mediante acesso direto ou participação indireta). E como tais índices são constantes na personalidade, corolário da síntese integrativa deles é a igualdade.

A idéia de pessoa nasce da autoconsciência da dignidade do *ser* humano, que é *dever-ser* (*Ibid.*, p. 160).

## 2. EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NO PLANO INTERNO.

### 2.1. Do individualismo ao neoliberalismo.

A concepção individualista dos direitos fundamentais, no plano econômico (capitalismo), levou a Europa do século XIX a presenciar situações politicamente conflitivas, sobretudo em decorrência dos abusos no exercício da propriedade, do amealhamento do capital e da livre contratação do trabalho. A "questão social", crise dialética em que se defrontavam a tese da liberdade individual e a antítese do coletivismo, suscitou o surgimento do neo-liberalismo, como tentativa teórico-prática de solução sintética do conflito.

De conseqüência, procede-se a uma revisão da teoria original dos direitos fundamentais, que passam a ser concebidos não mais como de titularidade exclusiva da pessoa física ou jurídica individualizadamente consideradas: alguns daqueles direitos são fundamentais do indivíduo; outros são de titularidade da coletividade ou de grupos sociais (representados pelo Estado, autorizado, assim, a intervir no plano privado). Os chamados direitos sociais não são senão o produto da restrição que se permitiu ao Estado fazer, através de intervenção no plano privado, no antigo âmbito dos direitos individuais: a desapropriação, a propriedade coletiva do subsolo, o imposto sobre a renda, a regulamentação heterônoma dos contratos de trabalho, a restrição da autolocomoção aos limites do território nacional tornaram-se, por isso, o que grande número de estudiosos aprecia chamar de direitos fundamentais "de segunda geração".

Surge, no plano do direito constitucional interno, novo modelo de disciplina da matéria: a Carta de Weimar (que, depois da tradicional declaração de direitos fundamentais do indivíduo, passa também a proclamar os direitos fundamentais sociais).

### 2.2. A dimensão internacional dos direitos fundamentais da pessoa exige novo âmbito para a disciplina jurídica do tema.

O breve esboço, acima ensaiado, da evolução da teoria dos direitos fundamentais está a demonstrar um evidente equívoco no tratamento jurídico

tradicional do tema. É que, ontogenoseologicamente, o Estado (e, portanto, as ordens jurídicas constitucionais internas), surgido como exigência política no marco entre o feudalismo e a Idade Moderna, insere-se no mundo da cultura, que é criação e expressão da experiência humana. Por outro lado, a idéia de que a pessoa seja mera categoria histórica deve ser corrigida com a verificação de que "*a pessoa é o valor-fonte de todos os valores*" (Reale, ob. cit., p. 159-162).

Assim, a sede adequada para o tratamento jurídico do tema não é o Direito interno, ainda que de nível constitucional, senão o Direito Internacional, em que pontifica como ator e destinatário último das regras jurídicas a pessoa, como já alertava o gênio criativo do fundador Francisco de Vitória.

### 3. EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NO PLANO INTERNACIONAL.

#### 3.1. O indivíduo como sujeito de Direito Internacional Público.

Ao final da Segunda Grande Guerra, criaram-se os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, com os atos constitutivos, respectivamente, de 8 de outubro de 1945 e de 19 de janeiro de 1946. Tipificaram-se, então, pela primeira vez em nível internacional, delitos imputáveis a pessoas físicas, indivíduos (sabendo-se que só a pessoa física pode ser agente de delito). A afirmação da responsabilidade criminal do indivíduo por crimes internacionais foi passo importantíssimo na evolução da teoria (Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 162-172), pouco importando os aspectos não-políticos e estritamente técnicos respeitantes aos princípios da anterioridade da lei penal e do juiz natural. Paradoxalmente, foram violados direitos fundamentais dos condenados, mas para um resultado altamente positivo que foi a afirmação teórica de que o indivíduo é responsável criminalmente no plano internacional.

Quanto à afirmação da titularidade ativa de direitos subjetivos, no plano internacional, o primeiro instrumento que formalmente a proclama é a Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948. Alguns entendem que as disposições da Declaração não são geradoras de obrigações jurídicas por parte dos Estados, porque tal

documento não constitui um tratado (Rezek, *Direito internacional público*, p. 222). Outros sempre afirmaram o poder vinculante dessas resoluções (Marotta Rangel, *A Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu vigésimo aniversário*).

Com o advento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 16 de dezembro de 1966 e em vigor desde 1976, internacionalizou-se definitivamente a normatização do tema.

Fora do âmbito dos direitos fundamentais da pessoa, a Corte de Justiça das Comunidades Européias, criada pelo Tratado de Roma de 1957, confere capacidade processual às pessoas físicas e jurídicas de direito privado para intentar ações. O mesmo modelo inspirou a criação do Tribunal Andino de Justiça (Tratado de Cartagena de 1979).

### 3.2. Instrumentos regionais.

Na Europa, entrou em vigor em 1950 a Convenção sobre os Direitos Fundamentais. Esse instrumento, que contém dispositivos substanciais e instrumentais, criou uma Comissão regional, à qual têm acesso as pessoas físicas e jurídicas. A Comissão tem legitimidade processual para, como substituta, deduzir aquelas pretensões individuais perante a Corte de Justiça, sediada em Estrasburgo.

Inspirados nesse modelo, doze Estados do continente americano firmaram, em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Fundamentais da Pessoa. O Brasil vem de ratificá-la, tendo ela já entrado em vigor em 18 de julho de 1978. Trata-se de Convenção aberta à adesão de todos os membros da OEA, sem limite no tempo. Tal instrumento é constituído de disposições substanciais e processuais, tendo previsto a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Fundamentais, que já foi estruturada e está sediada em São José da Costa Rica. A Corte, tal como no modelo europeu ocorre, não conhece diretamente de pretensões individuais, senão quando deduzidas pela Comissão Interamericana de Direitos Fundamentais (organismo que já vinha anunciado no art. 112 da Carta da OEA, tal como reformulado em 1967 em Buenos Aires).

No continente africano, celebrou-se também tratado sobre a obrigação jurídica, imposta aos Estados da OUA, de respeito aos direitos fundamentais da pessoa, mas ali há restrições quanto à garantia da efetividade de seus preceitos: indivíduos podem peticionar perante a Comissão, mas esta não lhes dará curso se não se caracterizarem violações graves ou massivas.

### 3.3. Os direitos fundamentais chamados "de terceira geração".

Os direitos fundamentais chamados "de segunda geração" (cf. 2.2 supra) foram enunciados já em instrumentos internacionais importantes, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976.

Todavia, mais recentemente, fala-se em direito à paz, direito à segurança, direito ao meio ambiente, como direitos fundamentais "de terceira geração", não sem que se oponham críticas de ordem técnico-científica a essa concepção (Rezek, ob. cit., p. 223-224).

Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas (n. 41-128), de 4 de dezembro de 1986, contém importantíssima declaração quanto ao direito ao desenvolvimento como direito fundamental da pessoa. Os titulares do direito ao desenvolvimento são não só os Estados senão também os indivíduos (Bermejo Garcia e Dougan Beaca, *El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable*, p. 211 e ss.). Foi demonstrado, por outro lado, a partir de experiência haurida em análise de casos apreciados pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, que existe profunda e inequívoca relação entre o subdesenvolvimento do Estado e de seus cidadãos, de um lado, e as violações dos direitos fundamentais da pessoa, de outro lado (Pastor Ridruejo, *La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo*), de modo tal que a efetividade do direito ao desenvolvimento passa a ser direito-condição para o respeito aos direitos fundamentais da pessoa globalmente considerados.

#### 4. ESTÁGIO ATUAL E PERSPECTIVAS.

No estágio atual do desenvolvimento do chamado "Direito Internacional dos Direitos Humanos" (Garcia Amador, *Dimensiones actuales de derecho internacional publico*, p. 71-97), vários institutos consolidaram-se, a demonstrar a inexorável internacionalização do tema a partir de fins da Segunda Guerra. Alguns autores, como Hildebrando Accioly (*Tratado de direito internacional público*, p. 102 e 103), ensaiaram um rol de exemplos, nem sempre felizes, dos quais extrairemos os mais pertinentes, acrescentando-lhes outros:

- a. Na "jurisdição de presas", o proprietário do navio e da carga tem capacidade processual, distinta da do Estado reclamante;
- b. Nos casos de pirataria, a responsabilidade é do indivíduo e não do Estado de que é súdito;
- c. A liberdade dos mares beneficia também, diretamente, o indivíduo;
- d. A possibilidade de arbitragem internacional em que sejam partes um Estado e indivíduo súdito de outro Estado.

Estudiosos acrescentam, mais recentemente (Gilda Russomano, *Direito internacional público*, p. 186-187), a pertinente observação de que surgiram tribunais, no plano da jurisdição supraestatal, que não só admitem legitimidade ativa à pessoa privada, como existem, precisamente, para tutelar-lhe os direitos subjetivos: assim concebem-se os tribunais administrativos de várias organizações internacionais, como a própria ONU, a OEA, o BIRD e outras.

Quanto à proteção diplomática, duas são as faces do instituto. A primeira delas diz respeito ao dever de assistência, que incumbe ao Estado, aos súditos que no exterior estejam sendo sujeitos a medidas coercitivas lícitas pelas autoridades territoriais. Quanto à segunda face do instituto, respeitante aos atos ilícitos de que eles possam ser vítimas no exterior, o endosso parece-nos exemplo claro da tutela internacional de direitos fundamentais, porque, neste caso, o interesse deduzido em juízo pelo Estado que fala em nome próprio tem como titular o indivíduo; trata-se de fenômeno de substituição processual. Por isso ousamos discordar de eminentes escritores (Garcia Amador, ob. cit., p. 164 *in fine*) que, fundados em argumentação expendida em conhecido acórdão da Corte

Internacional de Justiça, entendem que, no endosso, o Estado deduz em juízo pretensão de direito material própria.

Dois outros institutos merecem ser referidos: o asilo e o direito a uma nacionalidade (bem como o direito à naturalização, seu consectário).

---

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1956. v. 2.
- BERMEJO GARCIA, R.; DOUGAN BEACA, J.D. El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable. *Anuario de Derecho Internacional*, Universidade de Navarra, n. 8, 1985.
- BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos direitos fundamentais. *Revista Nomos*, Fortaleza, vs. 9-10, ns. 1-2, jan-dez. 1990-91.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Internacionalização dos direitos do homem*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1972.
- DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo : Max Limonad, 1958. v.1, t.2.
- GARCIA AMADOR, F.V. *Dimensiones actuales del Derecho Internacional Publico*. Comunicação ao XVII Congresso do Instituto Hispano Luso Americano de Direito Internacional. San Lorenzo de el Escorial : IHLADI, 1992.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1ª reimpressão. São Paulo : Cia. das Letras, 1991.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A. *La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo*. Comunicação ao XVII Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional. Madri : IHLADI, 1992.
- RANGEL, Vicente Marotta. A Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu vigésimo aniversário. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, n. 70, 1969.

- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo : Max Limonad, 1958. v.2.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. v.1.

# REESCALONAMENTO DA DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA: UM EXEMPLO DE INTEGRAÇÃO JURÍDICO-ECONÔMICA NO FINAL DO SÉCULO

*Fábio Nusdeo*

Professor Associado do Departamento de Direito Econômico-Financeiro  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O artigo procura apresentar uma visão geral do problema da dívida externa brasileira, colocando-o sob uma perspectiva estrutural, com vistas a ressaltar não decorrer a mesma de uma mera conjuntura momentânea, mas sim de uma profunda alteração nas relações econômicas internacionais que se processou em virtude da conjugação de uma série de fatores internos e externos que são, brevemente, analisados.

Após uma rápida introdução histórica, o trabalho focaliza o surgimento do mercado de eurodólares e o seu subsequente desenvolvimento, sobretudo a partir dos dois choques do petróleo quando, através dele, se processou a chamada reciclagem dos petrodólares.

É, a seguir, analisada a instrumentação jurídica para o reescalonamento da dívida externa, apresentando-se, ao término, algumas sucintas conclusões.

## Abstract:

The article purports to present a general view of the Brazilian foreign debt crisis departing from a structural approach, in order to stress that same does not derive from a mere unfavourable phase or cycle of the economy, but results from a substantial transformation in the international economic set, caused, in turn, by a conjunction of factors which are briefly examined.

Starting with a small introduction, the paper focuses on the creation and development of the eurodollar market in particular as a consequence the two oil crisis when it promoted the so called petrodollar recycling.

Subsequently, the legal architecture established for the reescheduling of the debt is also analysed. At the end some succinct conclusions are drawn from the text.

## INTRODUÇÃO.

A chamada crise da dívida externa representa, sem dúvida, uma das marcas mais características da economia internacional neste *fin de siècle* que é, também, um fim de milênio.

Como salientado, com muita propriedade, pelo professor Celso Lafer, em conferência proferida nesta Faculdade, não se trata de um momento ou de uma época de crise, como tantas já vividas anteriormente, mas, sim, da crise de uma época. Ela não é, pois, meramente conjuntural por representar o epifenômeno de toda uma estrutura criada pela conjugação de diversos fatores que passaram a caracterizar a economia mundial e as relações entre seus principais segmentos a partir da década de sessenta.

Para o bom entendimento do problema, impõe-se um breve esboço histórico da evolução de cada um desses fatores a fim de se chegar a uma percepção tão nítida quanto possível de como eles se foram imbricando, para gerar o quadro, a um tempo inédito e dramático, com que vem se defrontando o Brasil e a maioria dos países da América Latina, além de outros, há cerca de dez anos, quadro esse que não é de molde a se alterar substancialmente no decorrer das próximas décadas.

Neste trabalho procurar-se-á analisar, de início, o panorama dos empréstimos internacionais até a Segunda Guerra Mundial e a inserção nele do Brasil, para, a seguir, apresentar-se o surgimento e o desenvolver de uma nova fonte para esses financiamentos representada pelo chamado mercado do eurodólar cuja aparição se deu após o término daquele conflito.

Proceder-se-á, depois, à discussão dos aspectos político e econômico do desenvolvimento brasileiro, sob a égide do movimento militar ocorrido em 1965 no bojo da Revolução de 1964. Uma nova secção examinará os efeitos dos dois choques do petróleo, de 1964 e 1969, com a chamada reciclagem dos petrodólares e suas repercussões sobre a economia nacional. Prosseguindo, procurar-se-á caracterizar o impasse da dívida e a materialização do risco político inerente a toda operação internacional para se chegar a uma descrição dos mecanismos jurídicos para o equacionamento da nova situação e, imediatamente após, a evolução dos mesmos até o recentíssimo "Acordo em Princípio" que representa uma nova visão do problema da dívida, com a

indicação de um ou outro detalhe de maior relevância legal no contexto do sistema de reescalonamento adotado. Algumas conclusões finalizam o trabalho.

A fim de não alongar em demasia o presente artigo e evitar desbordamentos desnecessários, não se fará menção específica a acordos e a esquemas de reestruturação aplicados a outros países em situação semelhante à do Brasil, bastando indicar que, em linhas gerais, eles se situam em paralelo àqueles adotados pelo Brasil, guardadas, naturalmente, as características e peculiaridades próprias de cada um.

Após essa singela apresentação inicial, passa-se, agora, a discorrer sobre os itens atrás anunciados.

## I O BRASIL E OS FINANCIAMENTOS INTERNACIONAIS ATÉ A DÉCADA DE SETENTA.

É corriqueiro o conhecimento de que o Brasil, como nação, já nasceu endividado. Com efeito, para o reconhecimento do novo império brasileiro, exigira Portugal uma indenização pelos dispêndios realizados na ex-colônia - depois Reino Unido - de cerca de 2 milhões de libras esterlinas. Como, naturalmente, tal soma era indisponível na época, o Marquês de Barbacena foi encarregado pelo Imperador de obter um empréstimo na praça de Londres, conseguindo-o junto à Casa Rothschild, com o que se iniciou a história da dívida externa brasileira.

É quase pitoresco apontar que, com ela, iniciaram-se também as suspeitas de locupletamento indevido de agentes do governo em negócios da espécie, já que o inefável Marquês que mais tarde negociaria o segundo casamento do Imperador foi alvo, no Parlamento, de acusações de ter embolsado uma não despreciable comissão pelos seus préstimos no episódio.

Naquela época e assim continuou por mais de um século os empréstimos internacionais eram concedidos primordialmente por banqueiros londrinos e, basicamente, pelo menos no que tange a países da periferia européia, a governos ou a grandes concessionários de serviços públicos que tinham o respaldo governamental, inclusive via contratos que lhes asseguravam o monopólio da exploração em suas áreas de atuação. Em grande número de

casos, governos e concessionárias se financiavam por meio de títulos (apólices) colocadas nos mercados europeus sob a égide dos grandes bancos.

O Império não desenvolveu a rotina de captação de recursos no exterior. Já na República, a Constituição de 1891 estabelecera um regime curioso para as captações oficiais, submetendo o endividamento federal a um conjunto rígido de autorizações que, paradoxalmente, não se aplicavam aos governos estaduais e municipais. Isso deu origem a uma caótica pulverização de contratação de empréstimos e de colocação de títulos no exterior por parte dessas esferas executivas o que causou, ainda no fim do século, uma dificuldade de pagamento, levando o Presidente Campos Salles a negociar em 1898, pela primeira vez, uma consolidação da dívida externa a que se deu o nome de *funding* com o reescalonamento de prazos de vencimento com vistas ao alívio da balança de pagamentos. Novo reescalonamento ocorreria em 1914 com Hermes da Fonseca.

Já sob o governo provisório, instalado como decorrência da Revolução de 1930, decretou-se no ano seguinte uma moratória, em parte justificada pela crise de 1929 que reduzira drasticamente as exportações de café, base da receita cambial àquela época. Em 1961 o recém-empossado governo de Jânio Quadros também conseguiu, sob os auspícios do Presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy, uma extensão de prazos.

O endividamento do Brasil do setor público e do privado situava-se, então, ao redor de 3 bilhões de dólares, chegando a 3.7 bilhões em 1964 quando o novo governo solicitou e obteve um *stand-by loan* do Fundo Monetário Internacional e algumas facilidades para pagamento junto aos banqueiros privados.

Como a prioridade essencial do primeiro governo após a Revolução de 1964 era representada pelas reformas institucionais tidas como indispensáveis para permitir a estabilidade monetária e a retomada, em bases sadias, do desenvolvimento econômico, não houve até 1967 e, mesmo, até o fim da década, preocupação maior em se proceder a uma captação maciça de recursos externos, muito embora o fluxo de capitais de empréstimo tenha tido os seus canais normativos perfeitamente estruturados com a regulamentação em 1965 da Lei n. 4.131, de 1962 - a lei do capital estrangeiro e a edição, logo mais, da Resolução n. 63, pelo Conselho Monetário Nacional, estabelecendo a figura

do repasse de recursos externos obtidos por bancos nacionais e redistribuídos fracionadamente a tomadores finais do país.

Foi, no entanto, a partir dos anos setenta que se iniciou a grande escalada do endividamento brasileiro, colocado como uma peça essencial ao projeto Brasil-potência, então acalentado e delineado pelo terceiro governo revolucionário instalado em 1969.

Havia, na época, uma generalizada confiança na capacidade nacional de captar recursos em grande escala, bem como na de pagá-los na época dos vencimentos. Tal otimismo decorria dos resultados altamente favoráveis obtidos pelas exportações que no período 1964-1971 passaram da casa dos 1.5 bilhão de dólares para cerca de 12 bilhões. Tal desempenho deveu-se não apenas a medidas internas de fortalecimento e racionalização do setor, como também a uma conjuntura internacional extremamente favorável, representada por uma fase de expansão e afluência nos grandes mercados importadores e por uma expressiva melhora ao redor de 20% nas relações de intercâmbio (*terms of trade*) entre os produtos componentes das pautas exportadora e importadora do país.

## II - O SUPRIMENTO INTERNACIONAL DE RECURSOS NO APÓS GUERRA - O MERCADO DE EURODÓLARES.

Enquanto as coisas assim evoluíam no Brasil, profundas alterações também se fizeram sentir do outro lado, ou seja, no campo dos supridores dos recursos tão avidamente procurados pelos tomadores subdesenvolvidos.

Até o segundo grande conflito mundial o tema não oferecia maiores indagações ou complexidades. Os grandes bancos dos vários países desenvolvidos, particularmente os ingleses, destinavam uma parte de seus recursos a mutuários do exterior, seja para o financiamento do comércio internacional, seja o suporte a investimentos industriais ou agrícolas e, ainda, a projetos de infra-estrutura conduzidos por governos ou empresas estatais. A atividade desses banqueiros englobava, ademais, a colocação de títulos junto a poupadores locais com ou sem o compromisso de *underwriting*.

A instrumentação legal desses empréstimos não apresentava problemas de maior monta. Tratava-se de contratos de mútuo celebrados sob a

égide das leis de cada país onde tivesse sede o mutuante, sempre com forte marca, do padrão anglo-saxão de contratos da espécie.

No entanto, pouco depois de findar-se a Segunda Guerra Mundial, começa a surgir na praça de Londres um mercado *sui generis* de fundos para empréstimos, alimentado por alguns depósitos feitos em dólares americanos junto a bancos daquela praça, sobretudo por sociedades sediadas nos Estados Unidos. Três fatores principais deram origem a esse fenômeno, sem dúvida, um dos mais marcantes nas finanças internacionais da atualidade.

Em primeiro lugar, deu-se a volta à convertibilidade monetária das grandes nações do primeiro mundo, já em dezembro de 1958.

Em segundo lugar, a crise da libra esterlina, ocorrida em 1957, levou a uma série de limitações impostas pelo governo britânico ao movimento de *acceptances* em libras no mercado londrino, privando, assim, o mundo ocidental de um de seus mais tradicionais instrumentos de financiamento. Em contrapartida, o mesmo governo britânico passou a permitir aos bancos ingleses receberem depósitos em moeda americana, os quais foram utilizados nos financiamentos internacionais com base no *know-how* britânico no setor.

Em terceiro lugar, veio se somar a esses dois fatores a adoção pelos Estados Unidos em 1967-68 de uma política monetária extremamente severa e restritiva com vistas a jugular tendências inflacionárias que vinham se acumulando até então. O célebre "*Regulation Q*" do *Federal Reserve*, editado no bojo do *Banking Act* de 1933, passa a ser aplicado com vigor, restringindo o crédito e elevando as taxas de juros para empréstimos, enquanto estabelecia um teto para os juros pagos a depositantes.

O resultado foi o crescimento extraordinário do mercado de eurodólar com uma plethora de fundos para ele canalizados por empresas americanas, particularmente as de caráter multinacional e, igualmente, com significativo crescimento da procura por tais fundos também por sociedades americanas, ansiosas por contornar as restrições domésticas no suprimento de recursos.

Expandiu-se, assim, e se consolidou o mercado de eurodólares, também chamado de eurodivisas, passando a atrair depósitos de todas as partes do mundo, graças sobretudo, ao seu *status* de extraterritorialidade, já que seus fundos não estão sujeitos a qualquer autoridade monetária que possa aplicar-lhes

os instrumentos habituais da política monetária interna, tais como, contingenciamento de crédito, depósitos compulsórios, tetos para juros e outros que tais. Em termos jurídicos ele ensajou o desenvolvimento de uma espécie de *lex mercatoria* para o campo dos empréstimos internacionais, com seus contratos calcados no estilo anglo-saxão cada vez mais padronizados, seus mecanismos próprios de fixação de juros, tudo sem intervenção estatal. Em suma, esse mercado passou a corresponder a uma espécie de bolsão de liberdade em meio a um mundo de mercados financeiros nacionais estritamente regulamentados pelos respectivos bancos centrais.

### III OS DOIS CHOQUES DO PETRÓLEO E A RECICLAGEM DOS PETRODÓLARES.

Estava assim o mercado de eurodólares perfeitamente estruturado e em processo de constante ampliação quando sobreveio o primeiro choque do petróleo, em outubro de 1974, que veio convulsionar a economia mundial, gerando de início uma generalizada escassez de moeda forte, já que os preços triplicados do óleo implicaram o comprometimento proporcionalmente maior das receitas de exportação da generalidade dos países com esse ítem de importação, operando-se a conseqüente drenagem de moeda forte em direção aos produtores, membros da OPEP. Esses últimos viram-se, assim, da noite para o dia, abarrotados de recursos que, dada a incipiência de suas economias, não tinham condições de prontamente utilizar, seja em consumo, seja em investimentos.

A solução natural foi a de colocá-los no sistema financeiro internacional, provocando o seu retorno ao mercado de eurodólar, que passou, assim, a inflar-se extraordinariamente. Não apenas a oferta de moeda para empréstimos se elevou, como também a sua procura, pois a única forma a curto prazo de as nações importadoras de petróleo arcarem com os novos preços sem paralisar ou reduzir em excesso as suas atividades produtivas era a de tomar esses recursos a fim de suprir as inevitáveis insuficiências de suas balanças comerciais.

Inicia-se, destarte, o chamado processo de reciclagem dos petrodólares, via mercado de eurodivisas, com a expansão extraordinária dos

empréstimos internacionais. O movimento, de caráter mundial, teve, porém, no Brasil da época, um dos seus pontos culminantes. E isso se explica, basicamente, por uma razão política.

Na realidade, a Revolução de 1964 teve, em si, um escopo limitado: o de "pôr a casa em ordem", com o saneamento financeiro, implantação de razoável estabilidade monetária e reformas diversas de caráter institucional na estrutura do sistema econômico. Sucede que essa corrente por assim dizer "minimalista", que predominou no início da nova ordem, foi sendo suplantada por uma outra de visão "maximalista", cuja orientação era a de manter o estado de exceção institucional revolucionário pelo período necessário à implantação e operacionalização de todas as reformas, quando, então, o Brasil ter-se-ia transformado numa potência de porte médio. Como é sabido, essa última corrente impôs-se definitivamente com a nova revolução ocorrida com a edição do Ato Institucional n. 5, em dezembro de 1968.

Nessas condições, o regime, instalado por tempo indeterminado, buscou a sua legitimidade não pela origem - o consenso da nação manifestado por eleições livres - mas sim pelos resultados com que acenava: o Brasil-potência.

É claro que em tal contexto, tornava-se impensável para o *establishment* brasileiro da época, qualquer redução no ritmo dos investimentos e do crescimento da economia que caracterizavam o tão decantado "milagre brasileiro". E, assim, lançou-se o país, na voragem dos acontecimentos mundiais, ou seja, adentrou a ciranda dos petrodólares, virtualmente impondo por meios diversos às empresas brasileiras, públicas e privadas, o recurso ao endividamento externo, tais como a elevação dos juros internos acima do nível internacional a fim de tornar tais empréstimos atrativos. Utilizou-se também o mecanismo das operações simbólicas de câmbio para permitir que tomadores de recursos externos fizessem um *hedge* cambial, mediante depósitos em moeda estrangeira junto ao Banco Central, a fim de atender às fases de liquidez em cruzeiros não correspondentes aos períodos de exigibilidade das remessas relativas aos empréstimos tomados. Especificamente no setor público, projetos eram febrilmente elaborados, não tanto porque sua implantação fosse imprescindível, mas principalmente porque eles gerariam divisas, via financiamento externo.

Dentro do quadro acima descrito, fácil será entender a razão do crescimento explosivo do endividamento externo brasileiro que por volta de 1982 atingia a casa dos 120 bilhões de dólares. A essa cifra chegou-se não apenas pelo movimento contínuo de empréstimo sobre empréstimo, mas também pela ocorrência de um fato, ou melhor, de um ato perturbador do relativo equilíbrio em que se encontravam as taxas de juros internacionais. Ele se deveu à política contracionista adotada pelo *Federal Reserve* americano, no fim da década de setenta até início da de oitenta, a fim de conter pressões inflacionárias internas e diminuir o ritmo de atividade, justamente para não agravar a balança de pagamentos. A contração monetária americana levou a *prime rate* para os píncaros o que, pelo princípio dos vasos comunicantes, acarretou a desmesurada elevação da LIBOR - a taxa flutuante de juros praticada no mercado de eurodivisas. Essa que tinha variado, basicamente, entre 7 e 12% chegou a atingir por um bom período o patamar dos 20%, superando-o mesmo em alguns meses.

Desnecessário frisar o agravamento trazido por essa situação para a balança de pagamentos do país, na qual apenas o item *juros* passava a absorver anualmente algo ao redor dos 24 bilhões de dólares, sem se contar com todas as importações, entre elas a do próprio petróleo, cujos preços com o segundo choque de 1979 haviam mais do que duplicado em relação aos do primeiro choque, varando o nível de 30 dólares o barril.

#### IV - OS INSTRUMENTOS DE FORMALIZAÇÃO PARA O REESCALONAMENTO DA DÍVIDA.

A crise da época, como dizia Celso Lafer, desencadeou-se sem peças e a partir de 1982 com a guerra das Falklands e a *bancarotta* mexicana, levando ao movimento de reestruturação das dívidas externas de diversos países, inclusive o Brasil.

É interessante, porém, ressaltar que naquele momento - 1982-1983 - a chamada comunidade financeira internacional e os próprios governos não se haviam dado conta, pelo menos aparentemente, do caráter duradouro e estrutural da crise, de tal sorte que o seu equacionamento jurídico ficou limitado no tempo. Com efeito, parece hoje, pelo menos estranho, que os quatro grandes projetos, como foram chamados, se corporificassem em contratos com prazo de

apenas um ano. Claramente, tal defasagem entre a realidade econômica e o seu tratamento jurídico-político não se devem exclusivamente a uma possível falta de percepção. Outras explicações devem ser procuradas na situação enfrentada pelos vários bancos no seu relacionamento com suas respectivas autoridades monetárias que, àquela época, diante de uma prorrogação a longo prazo da dívida externa de países inteiramente insolventes, possivelmente exigiriam provisões que a grande maioria deles não estaria em condições de fazer. Havia, ainda, o aspecto didático a ser considerado: a comunidade financeira não estava preparada para acenar aos devedores, indistintamente, com uma tal prorrogação. E, ademais, parecia conveniente realizar, de início, um "ensaio" dos mecanismos legais apenas então criados ou adaptados para testar o seu funcionamento e a sua adaptabilidade a um estado de coisas tão inusitado, quanto complexo.

Chega-se, assim, ao mês de fevereiro de 1983, quando são assinados quatro grandes contratos entre o Banco Central de um lado e os bancos credores de outro, comparecendo a República Federativa do Brasil como garantidora. Cada um deles preenchia um escopo específico, mas complementavam-se entre si, para formar um conjunto sincronizado apto a escorar as finanças internacionais do Brasil e a enfrentar a crise que marcava uma época. Os quatro contratos são a seguir descritos em suas linhas gerais.

#### 1 - "Credit and Guaranty Agreement"

Trata-se, pura e simplesmente, de um aporte de novos recursos em moeda (*New Money*) que os bancos credores fizeram ao Banco Central do Brasil, sob a forma de empréstimos a longo prazo, no montante de 4,5 bilhões de dólares. Tratou-se de um contrato-padrão de mútuo internacional, contendo, porém, algumas cláusulas especiais, adaptadas aos seus objetivos próprios. Entre elas por sua relevância devem ser mencionadas as relativas ao *prepayment* (pagamento antecipado) e ao *relending* (reempréstimo), segundo a qual o Banco Central brasileiro passava a ter a obrigação de, em qualquer momento, pagar antecipadamente determinados montantes do empréstimo recebido, desde que solicitação nesse sentido fosse a ele encaminhada por qualquer banco mutuante. Tal solicitação, porém, somente seria cabível se os recursos correspondentes ao *prepayment* fossem colocados à disposição de um novo mutuário brasileiro indicado pelo banco interessado ao Banco Central, mediante uma *notice of*

*prepayment*. Daí o nome *relending*, pois o que na realidade ocorria era um pagamento antecipado da dívida do Banco Central sob esse contrato, mas condicionada tal antecipação a um novo empréstimo a ser concedido pelo banco pré-pago a uma empresa ou entidade, de sua escolha, sediada no país, seja do setor público, seja do setor privado.

O contrato celebrado entre o banco e seu novo mutuário, chamado de *Additional Loan Agreement*, tinha os seus parâmetros todos juros, comissões, encargos diversos, prazo mínimo, etc. já previamente fixados pelo *Credit and Guaranty Agreement*, constituindo-se num empréstimo absolutamente normal e rotineiro concedido por um banco estrangeiro a um tomador nacional. Como tal, sujeitava-se a registro no Banco Central para fins de remessas de juros, repatriamento do principal (o que, na prática, não ocorreria em virtude do outro contrato a ser a seguir examinado), aplicação de suas cláusulas quanto a garantias e tudo o mais. A única diferença, irrelevante aliás, decorria do fato de estarem os recursos mutuados, já no Brasil, com o Banco Central e não serem trazidos de fora por ocasião do saque pelo mutuário.

## 2 - "Deposit Facility Agreement"

A segunda base e sem dúvida, a mais importante - montada para o equacionamento do problema da dívida externa foi representada por este segundo contrato, também celebrado pelo Banco Central do Brasil com os diversos bancos credores tendo a República como garantidora.

O seu objeto não foi o de trazer novos recursos em moeda do exterior, mas sim o de evitar a saída dos recursos já no Brasil, em mãos de tomadores nacionais por via de contratos de mútuo anteriormente celebrados e que se venceriam daí em diante. Explica-se, pois, o nome do documento: *Deposit Facility Agreement*, ou seja, um empréstimo (*facility*) que os bancos internacionais faziam ao mesmo Banco Central, concordando em que as parcelas do principal a eles devidas pelos mutuários do país fossem sendo depositadas, à medida em que se vencessem, junto ao mesmo Banco Central e não remetidas aos mesmos bancos, seus credores no exterior, como assegurado pelos respectivos certificados de registro concedidos à época da contratação.

Tais depósitos eram, evidentemente, denominados em moeda estrangeira, constituindo-se mediante a celebração de operações simbólicas de

câmbio. Ficava, assim, o Banco Central como devedor não por se subrogar na dívida do mutuário original, mas, pura e simplesmente, pelo fato de essa dívida a do mutuário original - ter sido por este saldada mediante o depósito junto ao Banco Central determinada ou autorizada pelo próprio credor externo.

Em outras palavras, com o depósito acima referido, desobrigava-se cabalmente o devedor local, para todos os efeitos legais, liberando inclusive, quaisquer coobrigados tais como eventuais garantidores no Brasil ou no exterior.

Ora, para todos os efeitos, tais recursos à medida em que iam sendo depositados no Banco Central, sempre identificados pelos certificados de registro originais, passavam a ter a mesma natureza daqueles outros provenientes do exterior ao abrigo do contrato anteriormente comentado *Credit and Guaranty Agreement* - e assim, passavam a estar sujeitos basicamente ao mesmo tratamento, passíveis, portanto, de serem igualmente utilizados pelos bancos credores - titulares dos depósitos - para reempréstimo (*relending*) nas mesmas condições daqueles outros fundos. Mais ainda, os recursos de um e de outro dos projetos Projeto I (*Credit and Guaranty Agreement*) e Projeto II (*Deposit Facility Agreement*) - poderiam, perfeitamente, ser mesclados pelos seus titulares, de modo a compor um único *Additional Loan Agreement* a ser concedido a novos tomadores nacionais.

A rigor, foi este contrato o suporte fundamental de todo o programa de ajuste então adotado porque, na realidade, foi ele o responsável pela rolagem do estoque da dívida então existente. Por essa razão ele será mantido, com renovações, é claro, por dez anos, chegando, levemente transformado até o presente ano de 1992 como se verá logo mais.

### 3 "Trade Finance"

O terceiro projeto integrante do conjunto que compôs o reescalonamento do ano de 1983 foi o relativo às chamadas linhas comerciais, destinadas ao financiamento do comércio exterior do país nos dois sentidos.

Tenha-se presente que o acerto geral com os credores teve por objeto sempre o estoque da dívida, ou seja, o seu principal acumulado ao longo dos anos e engrossado pelo *New Money* do Projeto I. O seu pressuposto era o de regular manutenção do seu serviço no que tange aos juros. No entanto, como já assinalado, somente o comprometimento com esse encargo, à época, significava

algo ao redor de US\$ 20 a 24 bilhões, deixando da receita exportadora, apenas, e escassamente, o indispensável para o suprimento de combustíveis. Daí a necessidade de um terceiro esquema, voltado à sustentação da capacidade importadora do país que, se assim não fosse, quedar-se-ia economicamente inerte.

O mecanismo operacional do Projeto III consistiu no suprimento de linhas comerciais rotativas pelos diversos bancos, mediante recursos colocados à disposição do Banco Central do Brasil que os deveria manter na praça de New York. Tais recursos seriam utilizados pelos bancos para financiar basicamente as importações brasileiras, o que se fazia mediante saque pelo banco financiador sobre a sua linha junto ao Banco Central, destinados os recursos a pagamento direto ao exportador estrangeiro de bens por ele vendidos ao Brasil. A formalização dava-se mediante contrato com o importador local que assim ficava devedor do banco estrangeiro. No caso de financiamento à exportação, o fluxo seria o inverso.

De qualquer maneira, pagos os financiamentos em questão, os respectivos fundos voltavam a ficar à disposição do Banco Central na praça de New York para subseqüentes operações, o que decorria do caráter rotativo das linhas de crédito.

#### 4 - Depósitos junto a agências no exterior

O último quadripé do esquema implantado em 1983 foi representado pelo compromisso por parte dos bancos internacionais de manter um montante mínimo de depósitos junto às agências dos bancos nacionais no estrangeiro. Tal providência se impunha pelo fato de essas agências terem, antes da crise, utilizado os depósitos por elas captados para, também, financiarem empresas nacionais quer na modalidade *trade finance* quer sob a forma de mútuos-padrão. Nessas condições, eram também credoras de nacionais em moeda estrangeira, sujeitas aos mesmos percalços e em posição idêntica à das demais instituições financeiras sediadas no exterior quando a crise da dívida se desencadeou. Necessitavam assim de um nível mínimo de recursos para a manutenção de suas atividades, o que foi equacionado por esse projeto.

Ficou, assim, constituída juridicamente a estrutura montada para permitir ao país superar as severíssimas dificuldades decorrentes de um processo

pouco responsável de endividamento maciço desenvolvido sob a égide da idéia força do Brasil-potência ao longo de uma década e meia, com ênfase especial a partir do primeiro choque do petróleo, como visto.

Naturalmente, os acordos acima, envolvendo o Banco Central e a chamada comunidade financeira internacional, deram origem a toda uma parafernália normativa representada por resoluções, circulares, comunicados e demais atos das autoridades monetárias destinados a implementar os diversos projetos tal como acordados. A importação, por exemplo, foi minuciosamente regulamentada pelo próprio Banco Central, através de resoluções que condicionavam o licenciamento de quase toda a pauta à comprovação de estar a operação lastreada em contrato de financiamento com prazos previamente estipulados em função do tipo e valor de cada item a ser importado. Inúmeros atos normativos detalharam, por outro lado, todos os trâmites de caráter administrativo para a constituição e identificação dos depósitos do Projeto II junto ao Banco Central e sua utilização para fins de *relending*. O mesmo quanto à utilização do *New Money* do Projeto I.

Claramente, a análise de tais disposições regulamentares não cabe no âmbito deste trabalho. Procurar-se-á, isso sim, ainda que sinteticamente, mostrar as grandes linhas ao longo das quais evoluiu a busca de mecanismos aptos ao equacionamento do problema do endividamento, consentâneos com as novas realidades por ele trazidas às esferas nacional e internacional.

## V AS MODIFICAÇÕES NO ESQUEMA DE REESTRUTURAÇÃO.

Como ficara patente, desde o início, o quadripé, montado em fevereiro de 1982, não poderia ser desmanchado em dezembro do mesmo ano, pois a natureza do problema não se compadecia de esquemas efêmeros para o seu equacionamento. E, assim, já em janeiro de 1983 repetia-se a dose com a assinatura de novos contratos, nos mesmos moldes dos anteriores, a vigorarem durante todo aquele ano.

Mesmo após o término desses contratos, a partir de 1985, seus mecanismos continuaram sendo aplicados por uma espécie de *agreement* informal, de sorte a continuar o Brasil a honrar o pagamento dos juros, mantendo, porém, em depósitos junto ao seu Banco Central, as parcelas do

principal vencidas. As demais linhas dos acordos foram igualmente mantidas, exceção feita ao Projeto I *New Money* - que ficou definitivamente encerrado.

A situação assim se arrastou até 1986 quando um *Amendment* ao *Deposit Facility Agreement* foi assinado, destinado basicamente a validar a situação de fato vivida desde 1985, estendendo-a até a formalização de novo acordo, o que veio a ocorrer somente dois anos depois, em 22 de setembro de 1988, com a celebração de diversos contratos, dos quais o mais importante, naturalmente, foi o novo *Deposit Facility Agreement*, agora precedido da expressão "*Multi Year*" para significar que, finalmente, era reconhecida a natureza estrutural da crise e o longo prazo necessário para a sua superação. Daí a sigla MYDFA pela qual passou a ser designado. A demora em se chegar a este novo acordo, decorreu, em parte, da turbulência causada pela moratória unilateral decretada pelo Brasil em março de 1987, suspendendo o próprio pagamento dos juros.

Em sua essência o MYDFA mantém os mecanismos criados pelos anteriores DFAs, introduzindo, porém, entre outros, um conceito inovador, representado pela aceitação da conversão de parcelas do principal da dívida em investimento, porém com a aplicação de um deságio.

A conversão de crédito em capital sempre existiu no direito brasileiro. A própria Lei n. 4.131, de 1962 o diploma do capital estrangeiro - a prevê expressamente e, em tempos mais recentes, uma simples Carta-circular a de n. 1.125, de 1984 - do Banco Central a referendava, apenas estabelecendo obrigatoriedade de permanência no país dos fundos convertidos em capital pelo prazo de duração dos créditos que lhes deram origem, a fim de evitar que com a conversão fosse remetido como retorno de capital aquilo que seria irremissível como pagamento de dívida.

O conceito da conversão com deságio encontra sua origem no desenvolvimento de um mercado secundário para os títulos representativos da dívida externa brasileira, no qual os mesmos passaram a ser colocados com considerável redução de seu valor de face. Assim, em termos econômicos, cada credor já não poderia afirmar que possuísse efetivamente o valor nominal do seu crédito para pronta realização do mesmo. Estabeleceram-se, pois, no MYDFA, normas para essa conversão, refletidas subseqüentemente na Resolução n. 1.460 do Banco Central. E, com efeito, de março a dezembro do ano de 1989

realizaram-se mensalmente os chamados leilões de conversão durante os quais eram apresentados "lances" expressos em percentagens de deságio que os credores estavam dispostos a oferecer para poderem converter seus MYDFAS depósitos no Banco Central em investimento de capital de risco. O deságio apurado nos leilões aplicava-se, também, à conversão de dívidas vincendas junto às próprias mutuárias brasileiras.

A necessidade de controle da base monetária, no entanto, fez com que tais leilões fossem indefinidamente suspensos, pois a conversão dos MYDFAs implicava, inexoravelmente, a liberação de fundos pelo Banco Central ao sistema econômico, pressionando, pois, os meios de pagamento, com imediata repercussão nas taxas inflacionárias que, à época - janeiro de 1990 - já iniciavam a marcha ascensional que levariam os índices de preços daquele ano a se aproximarem dos 90 ou 100%.

Em termos de conversão restaram, apenas, as relativas a dívidas vincendas das empresas brasileiras, cuja efetivação, evidentemente, não implicaria qualquer sobrecarga dos meios de pagamento por já estarem os correspondentes recursos em mãos das mesmas empresas.

Por outro lado, o *relending* - utilização dos depósitos no Banco Central pelos bancos credores para fins de novos empréstimos em moeda estrangeira muito embora previsto no acordo, também deixou de ser implementado pelas mesmas razões, ou seja, para se evitar a saída de recursos líquidos do Banco Central a engrossar a base monetária.

Outro ponto importante, a merecer realce, é o da desvinculação total dos depósitos MYDFA junto ao Banco Central, dos empréstimos iniciais que lhes deram origem. O cordão umbilical entre uns e outros que havia sido mantido pelos anteriores DFAs de 1983 e 1984 e com o *Amendment* de 1986 foi agora seccionado, de tal modo a não existir mais a menor vinculação entre os empréstimos originais e os depósitos atuais. Isso implica, por via de consequência, a completa liberação de quaisquer eventuais coobrigados nos empréstimos originais com relação aos depósitos abertos no Banco Central ao abrigo dos antigos DFAs, liberação essa que sempre se entendeu ter ocorrido, já que o mutuário original pagava, efetivamente, o seu débito, ficando, apenas, a faltar a fase final da remessa, substituída pelo depósito. No entanto, a partir de 1988 esse entendimento ficou formalmente consagrado, o que aqui se ressalta,

por causa de seu significado emblemático. Ou seja, a desvinculação como que prenuncia a evolução futura das linhas institucionais a serem desenvolvidas nas negociações subseqüentes. Essa evolução se fará no sentido de uma despersonalização crescente dos títulos da dívida que deixarão basicamente de serem representados por contratos ou contas de depósito para caminharem em direção ao conceito de securitização, como adiante se verá.

Juntamente com o MYDFA, de 22 de setembro de 1988, outros instrumentos foram assinados, a fim de cobrir aspectos específicos do problema da dívida. Foram eles: *Trade Commitment Letter*, *Commercial Bank Cofinancing Agreement*, *Parallel Financing Agreement*, *Interbank Commitment Letter*, *New Money Trade Deposit Agreement* and *Investment Bond Exchange Agreement*.

No entanto, a sua duração foi relativamente curta como o relativo às linhas rotativas do *Trade Finance*, no antigo Projeto III, que deixaram de existir em 1991. O mesmo sucedeu com as linhas de depósitos interbancários do Projeto IV.

No entanto, por mais evoluído e refinado que tenha sido o novo Projeto II o MYDFA já plurianual, ele não impediu novas crises dentro da grande crise. Mais uma vez, a velha e renitente inflação brasileira, com renovada energia, alimentada pelo descalabro das finanças federais, impôs o seu tributo. As taxas mensais de alta de preços em escalada estratosférica, aproximando-se do patamar fatídico de 100%, acabou por inviabilizar o próprio pagamento dos juros contratuais do MYDFA. A suspensão dos pagamentos, iniciada em meados de 1989, manteve-se até meados de 1991, quando a 20 de junho é assinado o *1989-1990 Interest Arrangements* para promover o acerto desses juros. Delineia-se agora com clareza nos Arrangements a figura da securitização ou seja a emissão de *securities*, sob a forma de *bonds*, totalmente dissociados dos anteriores contratos e com novo esquema de juros com a passagem de boa parte deles para a categoria de alíquotas fixas ou mistas, conforme opção dos credores.

É bem verdade que, já em 1988, um dos acordos dos então assinados, o *Investment Bond Exchange Agreement* já previa a emissão pelo Brasil de *bonds* relativos a investimentos a serem trocados por alguns itens da dívida externa. No entanto, tal acordo, além de limitado em seu escopo, virtualmente não teve aplicação, ficando mais como um esboço ou tentativa de inovação.

Tais títulos apresentam-se sob modalidades diversas em função de prazos, redução do valor do principal e tipo de juro incidente, o que permite, em princípio, um certo balanceamento de vantagens e desvantagens seja para o país, como devedor, seja para os bancos, como credores, em função dos diversos cenários futuros para a evolução da taxa de juros no mercado internacional. Realizado, pelo Brasil, o pagamento da parcela de 25% devida em moeda, encontra-se, no presente (setembro de 1992), na fase de implementação da emissão dos títulos autônomos referentes ao complemento de 75% a serem securitizados, com a escolha pelos credores de tipos e modalidades postos à sua disposição.

Ao mesmo tempo, chega-se à conclusão de um novo acordo, destinado a suceder o MYDFA, em bases também inteiramente novas, ou seja, na linha da securitização, agora também do principal, aplicando-se-lhe *mutatis mutandis* sistemática análoga à da há pouco utilizada para com o acerto referente aos juros.

## VI CONCLUSÕES.

A análise, embora perfunctória, da evolução do tratamento jurídico dado à questão da dívida externa, permite extrair algumas conclusões, a seguir sintetizadas:

1 - A política econômica da nação exerce um papel preponderante sobre toda a atividade financeira *tout court* e, em particular, sobre a de caráter internacional. Está-se diante de um quadro típico de dirigismo contratual, caracterizado pela imposição de determinados parâmetros aos pactos privados, o que é feito, mesmo a nível de contratação internacional, por meio do mecanismo do registro de empréstimos e expedição dos certificados correspondentes pela autoridade monetária, o Banco Central.

2 O certificado de registro de empréstimo internacional, como também o certificado de registro de investimento estrangeiro e o de suprimento de tecnologia, são instrumentos típicos de direito econômico por envolverem um compromisso, em princípio, da autoridade monetária de fornecer as necessárias divisas para as remessas ao estrangeiro, desde que as linhas básicas da política

econômica nacional tenham sido seguidas, conforme evidenciado pelos próprios certificados.

3 - Surge daí a dicotomia econômico-jurídica do risco que se biparte em risco comercial e risco político: microeconômico o primeiro; macroeconômico o segundo, decorrente este do descumprimento pela autoridade monetária - o Estado - do compromisso subjacente a cada certificado.

4 - Configurada esta última situação, surge a negociação não entre os particulares envolvidos na relação original, mas entre os particulares credores, de um lado, e o Estado, representado pela autoridade monetária - o Banco Central - de outro. Este, no entanto, formalmente se apresenta como um particular, contratando empréstimos, comprometendo-se a pagar juros e assim por diante, mas comprometendo-se, também - aí como autoridade monetária - a emitir regulamentos internos coerentes com o pactuado com a outra parte - os particulares credores.

5 Nesses contratos, os particulares que contrataram com o Banco Central - autoridade monetária - de antemão aceitam os termos dos futuros regulamentos a serem editados e que os obrigarão pelo poder de império da mesma autoridade, bem como a qualquer terceiro, agente econômico privado não parte dos acordos em questão, como no caso de uma empresa nacional que pretenda obter empréstimo, via *relending*, celebrando um *Additional Loan Agreement* ou, então, uma sociedade estrangeira que deseje se valer dos mecanismos de conversão da dívida para capitalizar uma sua subsidiária no Brasil.

6. Os instrumentos contratuais, acima analisados, não apenas consubstanciam o tratamento aplicável à questão da dívida externa, como também oferecem um fértil e interessante campo de pesquisa e de estudo teórico para o cultor do direito econômico, neste fim de século, por apresentarem as peculiaridades características deste campo do jurídico, cujas marcas assinalam e diferenciam os vários ramos do direito, interseccionando-o como em corte transversal.

7. Mais, talvez, do que um exemplo e eloqüente - da chamada *économie concertée*, tão realçada pelos tratadistas da matéria, eles parecem apontar, também, para a existência de um sistema com traços de auto-regulação, ao estilo de Teubner, a merecer uma análise atenta por parte dos estudiosos.

## BIBLIOGRAFIA

- AUBANEL, G. Les mécanismes des euro-marchés. *Bulletin trimestriel de la Banque de France*, mai 1975.
- BÉKERMAN, G. *Les euro-dollars*. Paris : Presses Universitaires de France, 1977.
- Le marché euro-obligataire. *Banque*, mai et juin 1977.
- Le marché international des capitaux* (thèse complémentaire). Paris-1, 1976.
- Should the euro-currency market be controlled? *SUERF*, déc. 1980.
- BELL, G. *Les marchés d'euro-devises*. Paris : Presses Universitaires de France, 1974.
- BERTRAND, R. *Economie financière internationale*. Paris : Presses Universitaires de France, 1971.
- BLAISE, FOUCHARD & KAHN. *Les euro-credits*. Paris : Librairies Techniques, 1981.
- BRANSON, W. & HILL, R. D. *Mouvements de capitaux dans l'ensemble de la zone OCDE: une analyse économétrique*. OCDE, 1971.
- BURNS, A. F. The conditions of the world economy. *The AEI Economist*, 1986.
- CHAMPION, P. & TRAUMAN, J. *Mécanismes de change et marché des euro-dollars*. Paris, 1978.
- CLARK, T. B. Tackling the debt crisis. *National Journal*, September 1986.
- COULBOIS, P. *Finance internationale*. Cujas, 1979.
- DE VRIES, B. A. *Restructuring debtor economist: the trustees of Columbia University in the city of New York*, 1984.
- EINZIG, P. *The euro-dollar market*. Londres, 1975.
- HERRING, R. & MARSTON, R. *Monetary interdependence among industrial countries: a study of interest rates linkages*. Washington : Department of the Treasury, 1974.
- HUSAIN, I. Recent experience with the debt strategy. *Finance & Development*, December 1989.
- IKLE, M. *Die Schweiz als Internationaler Bank-und Finanzplatz*. Zürich, 1970.
- LATTRE, A. de. *Les finances extérieures de la France*. Paris : Presses Universitaires de France, 1958.
- LIPFERT, H. *Internationaler Devisen-und Geldhandel*. Francfort, 1967.

- MAYER, H. Credit and liquidity creation in the international banking sector. *BIS Economic Papers*, n. 1, nov. 1979.
- MCCLAM, W. D. US monetary aggregates, income velocity and the euro-dollar market. *BIS Economic Papers*, n. 2, avril 1980.
- J. DU PRÉ DE SAINT-MAUR, Les euro-crédits financiers. *Banque*, juillet-août 1974.
- PEREIRA, L. C. Bresser. *Dívida externa: crise e solução*. São Paulo : Brasiliense, 1989.
- PROCHNOV, H. V. et al. *L'euro-dollar*, trad., 1971.
- RIVOIRE, J. Les problèmes monétaires internationaux: avis et rapports du Conseil Économique et Social. *Journal du Conseil Économique et Social*, 28 janvier 1976.
- STEM, C. H. *The euro-dollar system*. Harvard.
- WEILLER, J. S. *Économie internationale*. Mouton, 1975.
- WELLONS, P. A. *Les emprunts des pays en développement sur le marché des euro-devises*. OCDE, 1977. 502 pages.



# AS IMUNIDADES DE JURISDIÇÃO NA JUSTIÇA TRABALHISTA BRASILEIRA\*

*Guido Fernando Silva Soares*

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo<sup>1</sup>

## Resumo:

Nas causas, até recentemente julgadas pela Justiça brasileira, relativas a contratos de trabalhos entre indivíduo submetidos à lei brasileira e missões diplomáticas ou repartições consulares sediadas no Brasil, havia o entendimento de que existiriam imunidades de jurisdição, em virtude de serem os empregadores diplomatas ou cônsules estrangeiros. Recente jurisprudência do STF, em matéria trabalhista, passou a considerar que aqueles contratos são relações entre indivíduos submetidos à lei brasileira e, diretamente, Estados estrangeiros, aos quais não se aplicam as regras sobre imunidades de jurisdição, reservadas a diplomatas e cônsules estrangeiros.

## Abstract:

Until recently in the cases decided by Brazilian Courts relating to labour contracts between individuals submitted to the Brazilian Law and foreign diplomatic missions or consular agencies, there was the rule that they were covered by foreign sovereign immunities, due to the fact that their employers were foreign diplomats or consuls. Recent cases of the Federal Supreme Court, however, in the matter of labour relations, have decided that such labour contracts deal with relationships between individuals submitted to the Brazilian Law and foreign States themselves, in which regard there is no room for application of the foreign sovereign immunities rule, which must be understood only in relation to foreign diplomats and consuls.

---

\* São Paulo, 16 de abril de 1992.

1. Responsável nos cursos de graduação em Direito, pelas seguintes disciplinas: "Direito Internacional Privado", "Direito do Comércio Internacional" e "Direito Processual Internacional". Nos cursos de pós-graduação em Direito Internacional, é o responsável pelas disciplinas: "Teoria Geral do Direito Internacional" e "Soluções Pacíficas de Litígios Internacionais". Atualmente é o chefe do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por eleição de seus pares.

O tema das imunidades de jurisdição, invocado perante tribunais dos Estados, é recente no Direito Internacional, embora o fenômeno, em algumas de suas manifestações (em particular, no relativo a diplomatas e pessoal lotado em repartições consulares) possa ser vislumbrado em épocas antigas, na medida em que pessoas ou lugares estavam fora da jurisdição local das autoridades. Assim, os governantes estrangeiros recebidos em visita oficial, seus emissários (em particular em épocas de guerras ou de hostilidades), eram considerados como pessoas que não podiam ser submetidas às autoridades da cidade ou do povo que visitavam. Da mesma forma, alguns lugares, considerados sagrados, como os templos ou cemitérios, eram colocados sob a proteção dos deuses (no caso da Grécia antiga, dos deuses do Olimpo, e não dos deuses locais, os deuses epônimos), o que lhes dava o privilégio de poder oferecer asilo a perseguidos pelas autoridades, ou de serem lugares de refúgio e refrigério, nas épocas de guerras localizadas (como o Templo de Epidauro).

Na sua origem, pois, as denominadas imunidades de jurisdição tinham um efeito pleno. As mencionadas pessoas e lugares eram consideradas acima da lei local, não unicamente nos seus aspectos processuais, mas, na verdade, no sentido de estarem *supra legem*, em virtude de serem regidos por uma lei supra-humana, a lei divina. Tais concepções sofreram algumas variações na história do Direito Internacional, e, na Idade Média (quando imperava o conceito de que a lei tinha uma eficácia unicamente pessoal, e em que o território não era ainda o elemento fundamental para determinar a eficácia e vigência do direito), as imunidades, sobretudo dos governantes estrangeiros, ou de seus enviados diplomáticos, eram explicadas com base num costume próprio das organizações estamentais daquele período: "*par in parem non habet iudicium*".

Com a derrocada do personalismo do direito, conforme vigente no período medieval e a instauração do Estado, fortemente assentado numa base territorial, as imunidades passaram a ser explicadas pelo princípio da "extraterritorialidade". Aquelas pessoas e lugares eram, por uma ficção, consideradas como se estivessem "fora do território", e sua situação de não-submissão à lei local era devida ao fato de serem elas verdadeiras extensões físicas do governante estrangeiro, no caso de lugares imunes, ou de representação direta, no caso de enviados diplomáticos. O grande expoente da

teoria da extraterritorialidade foi Hugo Grotius (1583-1645), considerado como um dos fundadores do Direito Internacional.

Algo tardou para que a teoria da extraterritorialidade de Hugo Grotius fosse suplantada por outra, a de Eméric Vattel (1714-1767), segundo a qual, o fundamento dos privilégios e imunidades de locais e pessoas se baseiam no respeito devido à função que exercem ("*ne impediatur officium*") ou à sua representatividade ("*ne impediatur legatio*"). Na verdade, tal é a teoria atual, conforme se pode depreender dos preâmbulos das duas convenções internacionais que regulam o exercício das funções diplomáticas (a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, promulgada no Brasil com o Decreto n. 56.435 de 08.06.1965) e das funções consulares (a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 24 de abril de 1963, promulgada com o Decreto n. 61.078 de 26.06.1967). Eis seus termos:

*"reconhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados..."*  
(Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas);

*"convencidos de que a finalidade de tais privilégios não é beneficiar indivíduos, mas assegurar o eficaz desempenho das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados..."* (Convenção de Viena sobre Relações Consulares).

Conforme dissemos, o tema das imunidades de jurisdição é recente nos dias atuais, em especial, no que se refere à sua invocação constante perante tribunais dos Estados. Em épocas anteriores, as imunidades e os privilégios de diplomatas e cónsules estrangeiros eram postuladas perante os próprios governantes que os recebiam (ou seja, os Poderes Executivos, em suas mais variadas manifestações, como o Chefe de Estado, a autoridade policial ou dos Ministérios Públicos, a administração tributária geral ou a alfandegária, etc.) e, nos raros casos em que os Poderes Judiciários eram chamados a pronunciar-se, o faziam por questões personalíssimas relacionadas diretamente a diplomatas ou cónsules estrangeiros (como as questões de cobrança de dívidas pessoais, ações

sucessórias, e em notáveis e célebres questões de natureza criminal, estas, em geral, ligadas a crimes de alta traição, espionagem, etc.). As primeiras questões que a doutrina internacional aponta, relacionadas a decisões judiciais dos tribunais internos dos Estados, sobre imunidades de jurisdição, dizem respeito a atos praticados, não no exercício das funções diplomáticas ou consulares, mas em assuntos relativos à própria participação do Estado estrangeiro em atividades corriqueiras no território dos Estados que recebiam os agentes estrangeiros.

Na verdade, a emergência do tema das imunidades de jurisdição (e, conseqüentemente, o tema das imunidades de execução) na sua versão corrente nos dias atuais, ou seja, das imunidades do próprio Estado estrangeiro, deve ser creditada, pelo menos, a dois fenômenos típicos do século XX:

a. a freqüência da prática de determinados atos pelo próprio Estado, que, em épocas anteriores, se tinha absterido de realizar, dada a concepção dominante de que se tratava de um campo reservado aos particulares (a concepção liberal de que ao Estado estavam proibidas atividades de intervenção no domínio econômico, cidadela reservada à iniciativa privada, onde imperava o mais pleno princípio da autonomia da vontade dos contratantes particulares);

b. a superação do princípio de que a Administração Pública, por ser um órgão do Estado, não poderia submeter-se à jurisdição dos tribunais do seu próprio Estado, uma vez que se tinha a concepção generalizada de que a ação dos Poderes Executivos seria sempre conforme às normas jurídicas (era a regra tão bem expressa pela *Common Law* inglesa: "*the King can do no wrong*", ou melhor dito, "*the Queen can do no wrong*", pois à época da Rainha Victoria é que se pode ter como imperante tal princípio da legalidade intrínseca dos atos do Governo e da sua inatacabilidade perante os tribunais nacionais).

Ora, na medida em que se torna corrente a prática pelo próprio Estado de atos anteriormente reservados à iniciativa dos particulares, e em que os Poderes Judiciários estendem sua jurisdição para abarcar os atos assim praticados, começam a surgir os primeiros casos em que são invocadas as imunidades do Estado estrangeiro perante os tribunais daqueles Estados, seja onde estão postados seus agentes diplomáticos ou consulares, seja onde seus atos produzirão efeitos. Foi assim que, aos poucos, em particular na jurisprudência federal dos EUA, foi surgindo a distinção entre, de um lado, as questões das imunidades de jurisdição (*foreign sovereign immunities*), para os atos praticados

pelos agentes do Estado estrangeiro, e de outro lado, as questões relacionadas com os efeitos no território de um Estado, dos atos praticados pelo Estado estrangeiro alhures (o princípio do *Act of State Doctrine*).

Uma questão curiosa a ser desvendada é aquela relativa às razões da freqüência crescente com que os funcionários dos Estados estrangeiros têm sido trazidos às barras dos tribunais judiciais nacionais dos Estados, na atualidade. Um levantamento das questões versadas, pelo menos nas Capitais (onde se localizam as missões diplomáticas) e nas grandes cidades (onde estão as repartições consulares) revelassem, talvez, tratar-se de um agigantamento das representações estrangeiras e a presença, cada vez maior nos países, de estrangeiros residentes portadores de privilégios e imunidades, bem como um crescimento das atribuições das citadas representações, com as conseqüentes questões relacionadas a contratos de trabalho com pessoas locais, questões de inadimplência de contratos de locação de imóveis por funcionários estrangeiros, ou ainda, de acidentes de trânsito, envolvendo diplomatas ou cônsules estrangeiros. Os raros casos de natureza criminal, na verdade, não têm sido apreciados pelos tribunais, tendo-se, antes, preferido uma solução diplomática de pedir a retirada compulsória dos funcionários estrangeiros do território nacional, pelo acionamento do mecanismo da declaração de "*persona non grata*" (previsto nas convenções internacionais).

Por outro lado, têm ocorrido casos resultantes de inadimplência de contratos de construção de imóveis para sede das representações estrangeiras, ou ainda, outros relativos a pagamento de débitos da própria missão diplomática ou da representação consular estrangeiras, que, por serem atos do próprio Estado estrangeiro, não podem, *em princípio*, ser assimiláveis aos atos de seus agentes no exterior. Na verdade, o assunto é complexo, e por isso mesmo, dissemos "em princípio", uma vez que variam os sistemas relacionados com a posse ou propriedade de imóveis em território estrangeiro, para fins da representação diplomática ou da sede de uma repartição consular. Há países em que é o Estado que adquire ou aluga, em nome próprio, o imóvel; outros, em que são proibidas a posse e a propriedade por Estados estrangeiros, de quaisquer imóveis, ainda que para fins de representação oficial (e, por conseguinte, é o Chefe da Missão diplomática ou da repartição consular que os adquire ou aluga, em nome próprio). No direito brasileiro, a lei proíbe a governos estrangeiros, bem como a

organizações que tenham constituído, que dirijam ou nas quais hajam investido funções públicas, de adquirir bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação, salvo no caso de aquisição da propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares, nestes compreendidos, os imóveis para residência dos Agentes Diplomáticos e membros da Missão das respectivas missões diplomáticas (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 11, §§ 2º e 3º, bem como a Lei n. 4.331 de 01.06.1964, art. 1º).

O que se pode, desde já, acentuar e o que faremos no decorrer do presente artigo é que se trata de questões distintas:

a. de um lado, as imunidades diplomáticas e consulares, reguladas pelas normas escritas e mais ou menos precisas de duas convenções internacionais, as já citadas Convenções de Viena de 1961 e de 1963, portanto *jus scriptum*, devidamente incorporadas às legislações domésticas da maioria dos Estados na atualidade;

b. de outro, as imunidades do próprio Estado estrangeiro, que não são reguladas por qualquer norma escrita de Direito Internacional Geral, salvo a Convenção da Basiléia, de 16 de maio de 1962, "Convenção Européia sobre Imunidades do Estado e Protocolo Adicional" (ainda não vigente na esfera internacional dos Estados-partes) mas sim têm sido reguladas por leis escritas internas de alguns Estados, por sinal, pertencentes ao sistema da *Common Law*, como: os EUA (legislação federal, o *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, conhecido como *FSLA*), o Reino Unido (*State Immunity Act 1978*), Canadá (*State Immunity Act 1982*), Austrália (*Foreign States Immunities Act 1985*), Paquistão, e África do Sul, em 1981 e Singapura (*State Immunity Act 1979*). No caso brasileiro, como veremos, a construção da norma no segundo caso, ou seja, das imunidades do próprio Estado estrangeiro, é de origem jurisprudencial, em particular, originária da jurisprudência gerada em questões laborais, motivo pelo qual elegemos a jurisdição trabalhista como ponto de análise do tema das imunidades de jurisdição.

Em um campo de tal maneira lacunoso e importante, deve-se ressaltar a posição da doutrina dos internacionalistas e do direito comparado. Para unicamente ficar nos cursos da Academia de Direito Internacional da Haia, e em temas monográficos especiais sobre o assunto, podemos citar: A. Weiss, *Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des États étrangers, Recueil*

*des Cours*, v. 1 (1923); Sir Cecil Hurst, *Les immunités diplomatiques, Recueil*, (1926); Jean-Flavien Lalive, *L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales, Recueil*, (1953-III); Mario Giuliano, *Les relations et immunités diplomatiques, Recueil*, (1960, v. 100); N.C.Dunbar, *Controversial aspects of sovereign immunity in the case law of some States, Collected Courses* (1971, v. 132); Sompong Sukharitkul, *Immunities of foreign States before national authorities, Collected Courses*, (1976, v. 149); Sir Ian Sinclair, *The law of sovereign immunity, Recent development, Collected Courses* (1980, v. 167); e Peter D. Trooboff, *Foreign State immunity: emerging consensus on principles, Collected Courses* (1986-V). No campo da doutrina recente brasileira, remetemos o leitor para a bibliografia constante no final do presente artigo; para a doutrina anterior a 1980, remetemo-lo para nosso livro: *Das imunidades de jurisdição e de execução*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

O assunto das imunidades de jurisdição, por outro lado, ocupa um lugar especial nas considerações sobre as relações entre o Direito Internacional e os direitos internos dos Estados. Em qualquer outro ramo do Direito Internacional, as questões suscitadas no que se refere a tais relações, sempre diziam respeito a problemas de hierarquia das normas, em particular, no que se refere a eventual derrogação ou abrogação das normas domésticas dos Estados, por força daquelas elaboradas nos foros legisferantes internacionais, mas sempre com o pressuposto de que quem iria decidir sobre tais questões, seria um juiz nacional (ou eventualmente um juiz criado pela própria norma internacional). Já no caso das imunidades de jurisdição, o que se discute é a própria existência deste poder dos tribunais nacionais de poderem dirimir controvérsias sobre sua própria competência. O que é mais intrigante, no caso, é que se tem de conviver, num ramo tão nacionalista como o Direito Processual, com exceções que o mesmo não contempla, e em assuntos tradicionalmente reservados a normas de ordem pública, e que exigem uma interpretação rígida e restritiva, como é o caso das competências dos juízes e tribunais nacionais e dos motivos de extingüibilidade do processo sem julgamento do mérito.

Na verdade, as argüições de extingüibilidade do processo pressupõem um processo instaurado perante um juiz ou tribunal, tendo, portanto, havido a existência das preliminares básicas: a competência do órgão judicante (com a ocorrência das hipóteses legais de sua competência, seja a

internacional, seja a interna) e a presença física ou ficta (através de uma citação válida) da pessoa contra quem se move o processo. Torna-se evidente que o julgador, ao decidir extinguir um processo sem julgamento de mérito, o faz, numa relação processual validamente constituída, durante a qual foram alegados e julgados os motivos que teriam podido solapar as condições de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (conforme o art. 267, IV do Código de Processo Civil brasileiro) ou dado causa a que não ocorressem as condições da ação cível, ou seja: a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual (art. 267 do CPC, VI). O que não contempla o Código de Processo Civil brasileiro (*et pour cause* a lei processual trabalhista) é a impossibilidade de uma não-resposta a uma citação válida ter o efeito de não se configurar em revelia, e, por outro lado, dar motivo à extinção do processo, por impossibilidade jurídica! No entanto, é o que se tem verificado, em particular nos assuntos trabalhistas e, até há pouco tempo, na jurisprudência brasileira dos mais altos Tribunais federais, em que a recusa de comparecimento de missões diplomáticas ou de repartições consulares estrangeiras (e, em certos casos, nem sequer para contestar a jurisdição dos juízes brasileiros) se tenha configurado numa impossibilidade jurídica de constituição do processo civil, com a conseqüente decisão de extinguir-se o feito sem julgamento do mérito.

No presente estudo, não trataremos das questões das imunidades de pessoas empregadas por organizações internacionais e que se encontrem no Brasil. O assunto é diverso, pois que regido por normas distintas daquelas que regem pessoal a serviço de Governos estrangeiros, como os diplomatas e cónsules postados no nosso País, ou de pessoas empregadas dos Governos estrangeiros, em relações trabalhistas.

Passando, pois, ao estudo do caso brasileiro, no que se refere a pessoas físicas abrangidas pelos privilégios e imunidades, trata-se daquelas que se encontram no território nacional, em exercício de uma função oficial, a serviço de um Estado estrangeiro: diplomatas<sup>2</sup> (funcionários estrangeiros em

---

2. "Diplomata", no direito brasileiro, tem duas acepções: "*lato sensu*", designa o funcionário público federal, da carreira diplomática, que pode tanto estar lotado na Secretaria de Estado das Relações Exteriores, em Brasília, quanto estar em posto numa missão diplomática na Capital de um Estado estrangeiro, ou em uma representação do Brasil junto a alguma organização internacional, numa cidade no exterior (e nesses dois casos, chamar-se-á "diplomata" "*stricto*

determinadas funções nas Embaixadas estrangeiras sediadas na Capital Federal, Brasília, DF) e vice-cônsules, cônsules, cônsules-gerais e cônsules honorários (determinados funcionários em posto nas repartições consulares estrangeiras nas principais cidades brasileiras, ou naquelas de importância para seus países). Por outro lado, não são todas as pessoas lotadas em tais repartições diplomáticas ou consulares que estão acobertadas pelas imunidades e privilégios, diplomáticos ou consulares, uma vez que as próprias normas das duas Convenções de Viena estabelecem pré-requisitos e exceções.

Quanto a pessoas encontráveis em missões diplomáticas estrangeiras no Brasil, deve distinguir-se na letra da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961:

a. o agente diplomático, ou seja: o Chefe da missão diplomática e os "*membros do pessoal de missão*" que tiverem a qualidade de diplomatas (art. 1º, *d e e*);

b. os membros do pessoal administrativo e técnico, quer dizer: os membros do pessoal da missão empregados no serviço administrativo e técnico da mesma (art. 1º, *f*), como os burocratas designados a secretariar trabalhos da rotina administrativa, e além do mais, os arquivistas, criptógrafos, encarregados de telecomunicações, técnicos em vários ramos a que se dedique a missão diplomática;

c. os membros do pessoal de serviço da missão diplomática, empregados no serviço doméstico da mesma (art. 1º, *g*) como copeiros, cozinheiros, jardineiros, motoristas (e que por comparação com o "criado particular", a seguir descrito, sejam empregados do Estado estrangeiro);

d. os criados particulares, definidos como pessoas do serviço doméstico de um membro da Missão que não sejam empregados do Estado acreditante (art. 1º, *h*), ou seja, pessoal idêntico ao descrito no item c. anterior, mas com a situação de estarem regidos por uma relação privada entre eles e o agente estrangeiro.

---

*sensu*"), ou ainda, estar em posto numa repartição consular em alguma cidade no exterior (quanto então sua denominação será de "vice-cônsul", "cônsul" ou "cônsul-geral", dependendo de sua posição na carreira diplomática e da natureza da repartição consular em que estiver postado). Em alguns países, existe uma carreira consular, ao lado da carreira diplomática.

O "agente diplomático" não tem qualquer tipo de relação trabalhista com o Estado brasileiro, uma vez que suas funções decorrem de uma relação jurídica dele com o seu próprio Estado, funções aquelas regidas pelas normas do Direito Internacional Público (sendo irrelevante o tipo de ligação que o mesmo mantém com o país que ele representa, se de direito administrativo, ou se de direito trabalhista), desde que gozem de situação de *personae gratae* e que tenham sido admitidos no território nacional, com a expressa anuência do Governo brasileiro.<sup>3</sup> Em regra, o agente diplomático é nacional do Estado acreditante, havendo, contudo, a possibilidade de um diplomata a serviço de uma missão diplomática estrangeira ser brasileiro, com a expressa anuência do Governo brasileiro (art. 8º da Convenção de Viena de 1961), mas, nesse caso, se tiverem residência permanente no território nacional, gozarão das imunidades de jurisdição e de inviolabilidade pessoal apenas quanto aos atos oficiais praticados no desempenho de suas funções (art. 38, § 1º, id.). Gozam das imunidades os membros da família de um agente diplomático, nas condições de com ele viverem e desde que não sejam nacionais do Estado acreditado (ou seja, de não serem brasileiros) (art. 37, § 1º da Convenção de Viena de 1961).

As imunidades de que gozam os agentes diplomáticos são as da jurisdição penal e as da jurisdição cível e trabalhista (sendo que a Convenção de Viena de 1961, no seu art. 31, § 1º, se refere à "*jurisdição civil e administrativa*", entendendo os seus intérpretes que se trata, nesta última, da jurisdição laboral). A própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas estabelece as exceções às imunidades da jurisdição cível:

*"a. uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditante para os fins da Missão;*

---

3. No caso do Chefe da Missão, tal anuência se perfaz com a concessão de um "*agrément*" do Governo brasileiro, e se exterioriza com a entrega solene de suas credenciais ao Chefe de Estado, no Brasil, atualmente, o Presidente da República. No caso de outros membros do pessoal da missão, o fato é perfeito com uma comunicação da chegada do agente em território nacional, pelo Chefe da Missão, às autoridades brasileiras, especificamente, ao Ministério das Relações Exteriores, por nota oficial.

*b. uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário;*

*c. uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais".*

Ainda nos termos da citada Convenção de Viena de 1961, o agente diplomático não é obrigado a prestar depoimentos como testemunha, nem está sujeito a nenhuma medida de execução, salvo nos casos das exceções mencionadas no § 1º do art. 31 transcrito; no caso de depoimentos prestados nas hipóteses elencadas, eventuais medidas constritivas deverão ser conduzidas sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência.

Quanto ao pessoal administrativo e técnico da Missão diplomática, pode ser composto tanto de nacionais do Estado estrangeiro acreditado, quanto brasileiros. No caso de serem brasileiros e residentes no território nacional, é evidente que existe uma relação trabalhista entre eles e a Missão diplomática, ainda que a citada Convenção de Viena de 1961 seja silente a respeito. O que importa dizer é que a relação trabalhista que se estabelece é *entre o Estado estrangeiro e um indivíduo brasileiro* (ou nacional daquele país, e em tal caso, é necessário examinar na legislação estrangeira se o contrato é de natureza de Direito Administrativo, tipo funcionário público, ou se de natureza de Direito do Trabalho, para a hipótese de uma pessoa contratada alhures para prestar serviço no Brasil), e não como tem feito entender a jurisprudência brasileira, entre o indivíduo e os membros da Missão diplomática! Na verdade, trata-se de pessoas que têm uma ligação direta com papéis oficiais, com códigos e sistemas de cifragem de mensagens, com o manuseio de verbas orçamentárias de Governos estrangeiros, e eventualmente de contatos oficiais com o público, razões pelas quais se justifica a atribuição dos privilégios e imunidades *ratione officii*. Eis os dispositivos da Convenção de Viena de 1961 a respeito dos membros do pessoal administrativo e técnico de uma missão diplomática:

*"Art. 37, § 2º - Os membros do pessoal administrativo e técnico da Missão, assim como os*

*membros de suas famílias que com eles vivam, desde que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente, gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos arts. 29 a 35, com a ressalva de que a imunidade de jurisdição civil e administrativa do Estado acreditado, mencionada no § 1º do art. 31 não se estenderá aos atos por eles praticados fora do exercício de suas funções: gozarão também dos privilégios mencionados no § 1º do art. 36, no que respeita aos objetos importados para a primeira instalação".*

Da mesma forma, os "*membros do pessoal de serviço*" de uma Missão diplomática são empregados do Estado estrangeiro, pelas razões já mencionadas. Neste particular, mais do que claro se tornam as finalidades das normas relativas às imunidades de jurisdição: proteger a função diplomática e não as pessoas que as exercem. Da mesma forma, a regulamentação da situação dos "*criados particulares dos membros da Missão*", revelam tais intuitos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Vale a pena transcrever os dispositivos relativos aos temas, conforme constantes dos §§ 3º e 4º do art. 37 da citada Convenção:

*"§ 3º - Os membros do pessoal de serviço da Missão, que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente, gozarão de imunidades quanto aos atos praticados no exercício de suas funções, de isenção de impostos e taxas sobre salários que perceberem pelos seus serviços e da isenção prevista no art. 33.*

*§ 4º - Os criados particulares dos membros da Missão, que não sejam nacionais do Estado acreditado nem neles tenham residência permanente, estão isentos de impostos e taxas sobre salários que perceberem por seus serviços. Nos demais casos, só gozarão de privilégios e imunidades na medida reconhecida pelo*

*referido Estado. Todavia, o Estado acreditado deverá exercer a sua jurisdição de modo a não interferir demasiadamente com o desempenho das funções da missão".*

De igual forma, a jurisprudência brasileira tem laborado em um equívoco, ao assimilar a pessoa do reclamado à pessoa dos diplomatas estrangeiros, em reclamações trabalhistas impetradas contra Missões diplomáticas estrangeiras no Brasil, e, por conseguinte, tem acatado as preliminares de imunidades de jurisdição como se os reclamantes fossem empregados de pessoas imunes. Na verdade, o vínculo trabalhista que se estabelece (salvo no caso de "*criados particulares dos membros da Missão*") é entre, de um lado, um trabalhador brasileiro ou estrangeiro, mas "*residente no Brasil*" (para empregar a terminologia da Convenção de Viena, quando se deveria ter dito domiciliado, numa boa tradução, para o direito brasileiro, de seus termos), e de outro, o próprio Estado estrangeiro, que, pelo menos nos termos da Convenção de Viena de 1961, não possui imunidades de jurisdição.

Quanto ao pessoal lotado em repartições consulares estrangeiras no Brasil (sejam elas Consulados-Gerais, nas grandes cidades, consulados, vice-consulados ou agências consulares, em cidades menores, o que lhes dimensiona o número de seus funcionários) é mister distinguir, como o faz a Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares, tratar-se de funcionários consulares de carreira ("*toda pessoa, inclusive o Chefe da repartição consular, encarregada nesta qualidade do exercício de funções consulares*", art. 1º, § 1º, *d*) ou de funcionários consulares honorários (que a Convenção de Viena de 1963 não define diretamente, mas que *expressis verbis*, no art. 1º, § 2º, faz regular no capítulo III, denominado *Regime Aplicável aos Funcionários Consulares Honorários e às Repartições Consulares por Eles Dirigidas*). Os cônsules honorários, na verdade, são, em geral, nacionais do Estado receptor, pessoas de elevadas qualidades pessoais e profissionais, que foram eleitas pelo Estado que envia,<sup>4</sup> para representar-lhes os interesses em matéria consular; a distinção entre

---

4. Note-se a terminologia de ambas as Convenções de Viena: naquela sobre relações diplomáticas, as fórmulas utilizadas são *Estado acreditante* e *Estado acreditado*; naquela sobre relações consulares, as fórmulas são *Estado que envia* e *Estado receptor*.

os funcionários consulares de carreira e os funcionários consulares honorários é antiqüíssima no Direito Internacional, correspondendo aos *consules missi* e aos *consules electi*. Estes ainda representam uma forma de homenagear pessoas que prestaram ou podem prestar serviços a um Governo estrangeiro, ou ainda de poder suprir, com a indicação de pessoas locais, uma eventual falha de pessoal altamente preparado no funcionalismo do Estado que envia (ou ainda, por questões de redução de custos operacionais, tendo em vista que os funcionários consulares honorários recebem apenas por seus serviços prestados e não como funcionários do Estado que envia).

Seguindo a sistemática de alguns tratados internacionais, inclusive a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, na qual se inspirou,<sup>5</sup> a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, no seu art. 1º, define os termos mais importantes que emprega. Assim, no que interessa ao presente estudo são definidos:

a. funcionário consular, como já dito, "*toda pessoa, inclusive o chefe da repartição consular, encarregada nesta qualidade do exercício de funções consulares*" (art. 1º, § 1º, e);

b. empregado consular, "*toda pessoa empregada nos serviços administrativos ou técnicos de uma repartição consular*", (art. 1º, § 1º, e);

---

5. Na verdade, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 tinha alguns precedentes históricos notáveis, como as regulamentações existentes em séculos anteriores, tais o Regulamento de Viena de 1815 sobre a Ordem de Precedência dos Agentes Diplomáticos, complementado pelo Protocolo de Aix-la-Chapelle de 1818, ou aquela elaborada sob a égide da organização internacional regional americana, a União Panamericana, antecessora da atual Organização dos Estados Americanos, OEA, adotada pela VI Conferência Internacional Americana em Havana, a 20 de fevereiro de 1928, "Convenção relativa a Funcionários Diplomáticos". Deve-se ressaltar que esta última foi calcada no Projeto de Código de Direito Internacional Público, (arts. 104 a 150), de 1911, de autoria do então Ministro da Justiça do Brasil, o eminente Epiácio Pessoa. Veja-se, a esse propósito, a insuperável obra do Embaixador Geraldo do Nascimento e Silva, *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*, Brasil, Ministério das Relações Exteriores, Seção de Publicações, 1ª ed., 1967, p. 14-15, ou ainda, sua *A missão diplomática*, recentemente relançada pela Editora Forense. No caso da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, o único precedente que os legisladores internacionais contavam, era com a citada Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, votada anos antes, na mesma Capital austríaca.

c. membro do pessoal de serviço, "*toda pessoa empregada no serviço doméstico de uma repartição consular*" (art. 1º, § 1º, f);

d. membro do pessoal privado, "*a pessoa empregada exclusivamente no serviço pessoal de um membro da repartição consular*" (art. 1º, § 1º, i).

Isto posto, segue-se que, com exceção do "*membro do pessoal privado*", todas as pessoas que não sejam funcionários consulares de carreira são regidos pela legislação trabalhista brasileira, em função do lugar da prestação do trabalho, sendo claro que *o empregador é o Estado estrangeiro*, que não se acha diretamente abrangido pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares, nos contratos de trabalho que celebra com as citadas pessoas. Neste particular, mais uma vez, é necessário denunciar o equívoco da jurisprudência brasileira que tem assimilado os contratos de trabalho entre uma repartição consular e um empregado contratado no Brasil aos contratos de trabalho entre funcionários consulares (e estes contratos é que são imunes à jurisdição brasileira, em alguns aspectos, como se verá adiante). Relembre-se: por mais paradoxal que possa parecer, os Estados não estão acobertados pelas disposições das Convenções de Viena de 1961 ou de 1963, que, no entanto, concedem imunidades a alguns atos de seus funcionários!

No que diz respeito às imunidades de jurisdição, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares é sensivelmente menos abrangente que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas:

a. inexistente a imunidade da jurisdição penal plena para os funcionários consulares (que podem ser detidos ou presos preventivamente em caso de crime grave e em decorrência de decisão de autoridade judicial competente, conforme art. 41, § 1º, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares);

b. estão os membros de uma repartição consular obrigados a depor como testemunhas, citadas em processo judicial (ou administrativo), por força do art. 44, § 1º (id.).

No que se refere a outras imunidades, assim dispõe o art. 43 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares:

*"Artigo 43*

*Imunidade de Jurisdição*

*1. Os funcionários e os empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelo atos praticados no exercício das funções consulares.*

*2. As disposições do § 1º do presente artigo não se aplicarão, entretanto, no caso de ação civil:*

*a. que resulte de contrato que o funcionário ou empregado consular não tiver realizado, implícita ou explicitamente como agente do Estado que envia; ou*

*b. que seja proposta por terceiro, como consequência de danos causados por acidente de veículo, navio ou aeronave, ocorrido no Estado receptor".*

Quanto aos contratos de trabalho entre uma pessoa brasileira ou um estrangeiro, contratados no Brasil para funções numa repartição consular, é mister analisá-los de acordo com o disposto no supracitado art. 43, § 2º. Na sua exegese, verifica-se que existe imunidade de jurisdição naqueles contratos em que o funcionário ou empregado consular agirem, implícita ou explicitamente, no exercício das funções consulares (contrato realizado como agente do Estado estrangeiro).

Ora, a realização de um contrato na qualidade de agente do Estado estrangeiro é típico das funções consulares, o que pressupõe todo o regime de regulamentação unilateral pelo Estado brasileiro dos seguintes aspectos:

**a.** entrada e permanência dos estrangeiros na qualidade de funcionários consulares (o sistema do *exequatur* das cartas patentes expedidas pelo Estado estrangeiro, em benefício de seus funcionários, especialmente enviados ao exterior);

**b.** a atribuição de uma jurisdição consular, sobre parte do território nacional, por parte do Governo federal, por sinal, o único competente para regular, com exclusividade, tais aspectos das relações internacionais do Brasil com países estrangeiros;

c. a existência de uma autorização implícita para a realização de atos oficiais regulados pela legislação estrangeira, como: a expedição de passaportes aos seus nacionais, registros civis de nascimentos ou óbitos, realização de casamentos consulares entre nacionais de seu país, legalizações de faturas comerciais, de assinaturas de autoridades brasileiras, concessões de todos os tipos de vistos de entrada e permanência, enfim, uma série de atos, inclusive inexistentes no direito brasileiro ou de nenhum efeito entre nós (como as notificações e citações judiciais para produzirem efeitos alhures);

d. sua permanência no território nacional pelo tempo que bem julgar o Estado que envia, mas sujeita à vigência da autorização do Estado receptor para o exercício das funções consulares, que pode terminar, nos termos do art. 25 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, pela notificação do Estado que envia ao Estado receptor de que aquelas funções chegaram ao fim; pela retirada do *exequatur*, unilateralmente, pelo Estado receptor, e pela notificação deste Estado, de que deixou de considerar a pessoa em apreço como membro do pessoal consular (nos dois últimos casos, a situação é semelhante à consideração de "*persona non grata*", como no caso dos diplomatas).

Ora, nenhuma pessoa poderá realizar tais atos típicos da função consular, que esquematicamente descrevemos, e cuja enumeração se encontra no art. 5º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares ("Funções Consulares"), salvo no caso de estar investida nas mesmas, na qualidade de agente do Estado estrangeiro, e como tal, na condição de estar autorizado pelo Governo federal, a entrar e permanecer no território nacional, bem como a exercer seus atos típicos.

É necessário dizer que tais normas, que criam privilégios e imunidades de jurisdição, são autênticas restrições de direitos subjetivos públicos, em particular, do direito à ação civil, expressamente consagrado pela norma constitucional brasileira, no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, que proíbe ao legislador ordinário subtrair ao exame do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ora, sendo normas de restrição de direitos individuais, devem ser interpretadas restritivamente, segundo o adágio "*odiosa restringenda*". Isto posto, uma leitura do art. 5º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, com olhos de um intérprete a quem se proíbe a exegese por analogia, conduz à conclusão de que a celebração de contratos de

trabalho entre a repartição consular e o empregado brasileiro ou estrangeiro (sendo mesmo irrelevante se os contratos foram assinados no Brasil ou alhures, dado que o que interessa é o lugar da prestação do trabalho), não se inclui entre as citadas funções consulares. Na verdade, se ao juiz brasileiro está vedado examinar os atos referentes à função consular, daí nada se pode inferir quanto a eventuais proibições de examinar atos, como contratos trabalhistas, que não se incluem naquele rol de atos oficiais da função consular.

No exame da jurisprudência brasileira dos últimos anos, verifica-se que as alegações de imunidades de jurisdição ocorreram nos seguintes casos: **a.** contratos de construção civil entre Embaixada de país estrangeiro e empresa brasileira; **b.** inúmeros contratos de locação de imóveis entre autores brasileiros e Missões diplomáticas ou repartições consulares de países estrangeiros; **c.** acidentes de trânsito, que envolveram reclamações de responsabilidade civil, contra pessoa estrangeira investida de imunidades de jurisdição; **d.** e os casos mais freqüentes, de inadimplência de contratos de trabalho, sendo o reclamante um indivíduo domiciliado no Brasil e o reclamado, uma das pessoas investidas das referidas imunidades de jurisdição. Na maioria das vezes, com exceção dos últimos casos a seguir relatados e que ocorreram na Justiça do Trabalho, foram as citadas imunidades de jurisdição, ou invocadas, ou declaradas *ex officio* pelo juiz brasileiro (no caso de não-resposta a uma citação judicial válida), e pela simples verificação de que os réus ou reclamados eram diplomatas ou cônsules estrangeiros os feitos judiciais foram declarados extintos, pela impossibilidade do pedido.

Tão freqüentes têm sido as questões trabalhistas relativas a imunidades de jurisdição, que houve mesmo a emergência de um conflito de jurisdição entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal ordinária. Na verdade, nas reclamações trabalhistas propostas contra Missões diplomáticas ou Repartições consulares, na letra da Constituição federal anterior havia a lacuna de se saber qual a justiça competente, se a federal geral ou se a justiça trabalhista (ainda que se reconhecesse ser esta federal, mas, por ser especializada, havia a perplexidade), por ser o reclamado um ente de Direito Internacional Público. Dos julgamentos do mencionado conflito de jurisdição resultaria a Súmula 83 do então Tribunal Federal de Recursos, assim redigida:

*"Compete à Justiça Federal processar e julgar reclamações trabalhistas contra representação diplomática de país estrangeiro, inclusive para decidir sobre a preliminar de imunidade de jurisdição".*

Contudo, não houve qualquer súmula semelhante *no que respeita a reclamações trabalhistas contra repartições consulares de país estrangeiro.*

Na verdade, com a promulgação da vigente Constituição Federal de 1988, o conflito cessou de existir, uma vez que o seu art. 114 expressamente assim estatui:

*"Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta ou indireta..."*  
(ênfase nossa).

Em que pese a imperfeição conceitual de *entes de direito público externo* (a terminologia correta seria: *entes de direito internacional público*) do referido art. 114 da Constituição Federal de 1988, conclui-se tratar-se:

a. o empregador: Estados estrangeiros ou organizações internacionais intergovernamentais, por qualquer maneira que seja, inclusive através de intervenção dos agentes do Estado estrangeiro no Brasil, ou seja, funcionários das suas missões diplomáticas ou das suas repartições consulares localizadas no território nacional;

b. os dissídios individuais ou coletivos: aqueles surgidos, seja de contratos celebrados alhures, seja, especialmente, de contratos celebrados no território nacional (sem ter relevância a distinção de ser o trabalhador um brasileiro ou um estrangeiro, por força do princípio da isonomia entre nacionais e estrangeiros, conforme consagrado no *caput* do art. 5º da mesma Constituição Federal);

c. a lei de regência do contrato: qualquer lei nacional de um país determinado (seja a brasileira, seja a estrangeira), mas com exclusão das normas de Direito Internacional Público, em particular aquelas constantes das Convenções de Viena de 1961 e de 1963 (uma vez que o legislador constituinte

atribuiu à Justiça brasileira a competência de julgar os contratos, porque as prestações laborais são realizadas no território nacional).

Na verdade, deve considerar-se que os contratos de trabalho celebrados, de um lado, por uma missão diplomática ou por uma repartição consular estrangeiras, e de outro, um trabalhador submetido à lei trabalhista brasileira, não são atos negociais celebrados por funcionários diplomáticos ou consulares, a título personalíssimo (salvo no caso do "*criado particular*" ou "*membro do pessoal privado*", na terminologia das Convenções de Viena), mas atos praticados em nome do Estado estrangeiro. Isto posto, segue-se que as relações trabalhistas se estabelecem entre o indivíduo e o próprio Estado estrangeiro, não havendo, pois, como invocar-se a regra do Direito Internacional Público, conforme constante nas mencionadas Convenções de Viena de 1961 e de 1963, mas em outros princípios legais, inclusive para definir-se o problema central das discussões: a própria existência daquelas imunidades de jurisdição.

A própria evolução da jurisprudência brasileira mostra a impropriedade de tentar-se aplicar as mencionadas Convenções de Viena para a resolução de assuntos ligados a outras esferas normativas, pois até o julgamento da Apelação Cível n. 9.696-3/SP, sendo apelante Genny de Oliveira e apelada a Embaixada da então República Democrática Alemã, (D.J. 24.10.1990, p. 11.828, em republicação), que *brevitatis causa* denominaremos *Caso Geny de Oliveira/90*, o raciocínio tinha sido de que, por tratar-se de atos celebrados por diplomatas *stricto sensu* ou por funcionários consulares estrangeiros, estariam eles acobertados pelas imunidades, e, portanto, não haveria possibilidade de a Justiça brasileira manifestar-se sobre o mérito das reclamações trabalhistas ajuizadas.

Como já mencionamos, é outro caminho que deve ser buscado no deslinde das questões que suscitam os contratos de trabalho celebrados entre o indivíduo e o Estado estrangeiro, e seu exame pelos Poderes Judiciários dos Estados. Já mencionamos as razões que, acreditamos, teriam feito surgir o fenômeno da crescente apresentação perante os citados Poderes Judiciários, de ações contra Estados estrangeiros: relembremos, de igual forma, os motivos que forçaram o estabelecimento de regras sobre a competência das Justiças estatais, nas ações que envolvem um Estado estrangeiro, e dentre estes, pudemos afirmar que existe tão-somente uma regra internacional, a Convenção Européia sobre

Imunidades do Estado, assinada a 16 de maio de 1962, na Basileia, mesmo assim, de vocação regional. Deixamos dito que, em alguns países da *Common Law* (EUA, Reino Unido, Canadá, Austrália, Paquistão e Singapura), foram passadas leis nacionais escritas (*statutes*), que buscaram resolver a questão. Falta dizer algo sobre os países da *Civil Law*, ou melhor dito, da família de direitos romano-germânica e a sua evolução jurisprudencial (pois foi este o caminho trilhado, e não a passagem de leis escritas).

No caso dos direitos da *Common Law*, mencionados, houve um momento preciso e punctual, a partir do qual o assunto passou a ser tratado: a passagem dos mencionados *statutes*; a partir deles, os precedentes jurisprudenciais anteriores (*stare decisis*), tão caros àquela família de direitos, tornaram-se inoperantes como fontes de regras para soluções das questões, então novíssimas no direito. Trata-se de leis que buscam estabelecer, de maneira pragmática, uma tipologia dos atos praticados pelos Estados estrangeiros, que podem ser ou não ser examinados pelos Poderes Judiciários domésticos: são diplomas casuísticos, onde se busca traçar um rol aproximativo de certos atos, imunes à jurisdição, ou não imunes. No caso dos direitos da família romano-germânica, não houve edição de leis escritas, mas houve, sim, a emergência de uma jurisprudência dos tribunais internos, no sentido de distinguir (sob as denominações iniciais e originais de *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*), os atos praticados pelo Estado estrangeiro, que merecem ser considerados imunes à jurisdição dos tribunais nacionais, e aqueles que podem ser examinados e julgados por estes.

O caso da Convenção Européia de 1962, por se tratar de uma lei escrita, mereceu uma comparação com outra lei escrita, o *United Kingdom State Immunity Act 1978*, já mencionado no nosso trabalho *Das imunidades de jurisdição e de execução* (1984), *verbis*, p. 150-151:

*"Não se beneficia das imunidades o Estado estrangeiro que:*

*a. por sua conduta (mais do que pela natureza do ato) se submete à jurisdição das cortes do Reino Unido, tais como iniciar uma ação ou intervir no processo (salvo para invocar a imunidade), entendendo-se como*

*peessoas que assim podem fazer, o chefe da missão diplomática ou as pessoas tituladas para agir em nome do Estado, em contratos (Seção 2);*

*b. pela natureza de u'a atividade, o UK-Act o submete às suas cortes, tais:*

*1. situações contratuais: contratos comerciais ou não, exeqüíveis no Reino Unido, contratos de trabalho, disposições essas iguais às da Convenção Européia;*

*2. procedimentos relativos à responsabilidade extracontratual, idem;*

*3. procedimentos relativos à propriedade de bem imóvel sito no Reino Unido, ou advinda de sucessão ou doação, idem;*

*4. procedimentos relativos a direito de propriedade intelectual ou industrial, idem;*

*5. procedimentos relativos a assuntos 'interna corporis' em que um Estado se encontra frente a uma sociedade ('body corporate, incorporated body or a partnership'), idem;*

*6. submissão à arbitragem no Reino Unido, salvo disposição compromissória diferente ou quando as partes forem Estados, idem,*

*c. nos casos de Direito Marítimo (ações in rem e in personam) relativas à operação de navios da propriedade do Estado estrangeiro (sec. 10) e nos de procedimentos relativos a tributos e taxas, verbis:*

*Sec. 11. A State is not immune as respect proceedings relating to its liability for*

*a. value added tax, any duty of customs or exercises or any agricultural levy; or*

*b. rates in respect of premises occupied by it for commercial purposes.*

*Além do catálogo específico, mencionado, a Seção 3 do UK-Act contém uma disposição de caráter geral, que*

*isenta o Estado estrangeiro das imunidades de jurisdição nos procedimentos relativos a transações comerciais, assim definidas na subseção 3, verbis:*

*a. qualquer contrato de suprimento de bens e serviços;*

*b. qualquer empréstimo ou outra transação para a provisão de recursos financeiros e qualquer garantia ou indenização relativa àquela transação ou qualquer outra obrigação financeira; e*

*c. qualquer outra transação ou atividade (comercial, industrial, financeira, profissional ou de caráter similar) em que o Estado participe ou exerça, e que não seja no exercício de sua atividade soberana".*

Importantes estudos da jurisprudência que se seguiu a partir da edição dos *statutes* nos referidos países da *Common Law* (em particular os mencionados cursos na Haia de Sir Ian Sinclair e de Peter D. Trooboff), mostram a formação de uma distinção, em algo similar à existente nos países da família romano-germânica, e que acabaram por incorporar-se na regra da *Section 451* do *Revised Restatement of the Foreign Relations Law of the USA*, que distingue "*governmental activities (de jure imperii) and activities of the kind that may also be carried on by private persons (de jure gestionis), notably commercial activities...*"

Na verdade, a distinção entre *acta jure imperii* (atos praticados por Estados estrangeiros e que não podem ser apreciados pelos Poderes Judiciários de outros Estados, porque relevantes da *potestas* normativa e administrativa interna daqueles) e *acta jure negotii*, ou ainda denominados *acta jure gestionis* (atos de Estados estrangeiros passíveis daquele exame e julgamento, porque susceptíveis de serem praticados, igualmente, por simples particulares) é uma criação da jurisprudência da Bélgica e do Egito, do final do século XIX. Criticada por grandes autores, na base de que não se pode descaracterizar atos praticados pela mesma pessoa, o Estado (pense-se numa operação de compra de armamentos, realizada por um Estado de um particular estrangeiro, para suprir suas Forças Armadas, ou nos contratos rotineiros de construção civil de obras

públicas, em concorrências internacionais abertas a particulares estrangeiros) segundo a ótica do interesse da outra parte, o particular estrangeiro, ou segundo a ótica dos interesses do Estado, aquela distinção, contudo acabou por se impor, pela sua utilidade. Na verdade, aquela distinção foi aos poucos ganhando outras roupagens, como as oposições conceituais entre *atos de Governo* e *atos como simples particular*, ou ainda, *atos públicos do Estado* e *atos do Estado enquanto particular*, etc. O citado professor Trooboff reconhece que não foi difícil à jurisprudência dos países da família romano-germânica elaborar conceitos refinados, com base numa distinção fundamental que nela existe, e que é estranha aos países da *Common Law*: a dialética da oposição ideal-típica entre as esferas do Direito Público e do Direito Privado.

O caso Genny de Oliveira/90 merece destaque, pois, como já se disse, reformou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil e colocou o País em consonância com os princípios que regem a matéria, na imensa maioria dos países da atualidade. Num momento histórico em que os Estados alargam suas atividades no que respeita ao domínio econômico e em que restringem ao máximo as possibilidades de invocação de imunidades de jurisdição para o Estado-empresário, para tornar seus Judiciários exemplarmente conformes ao respeito dos direitos subjetivos da pessoa humana, particularmente no que concerne ao acesso da pessoa humana aos tribunais nacionais, não fazia sentido o País manter-se aferrado ao princípio da imunidade absoluta de jurisdição dos Estados estrangeiros, em detrimento da proteção daqueles direitos subjetivos.

Em particular, na atualidade brasileira, em que a matéria dos contratos de trabalho com o Estado estrangeiro voltou a ser da competência da Justiça do Trabalho, por força do mencionado art. 114 da Constituição Federal de 1988, tudo indica que a jurisprudência laboral seguirá as linhas daquele *leading case*, que, por sinal, ainda em casos remanescentes da Justiça Federal sobre o assunto, acabou por determinar o resultado do julgamento da Apelação Cível n. 2 (89.8751-7) pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 07 de agosto de 1990 (apelante, a Embaixada dos EUA em Brasília e apelados, Paulo da Silva Valente e outro, publicado *in D.J.* de 03 de setembro de 1990). Eis a ementa deste acórdão:

*"Imunidades de Jurisdição. Reclamação Trabalhista intentada contra Estado estrangeiro. Sofrendo o princípio da imunidade absoluta de jurisdição certos temperamentos, em face da evolução do direito consuetudinário internacional, não é ela aplicável a determinados litígios decorrentes de relações rotineiras entre Estado estrangeiro e os súditos do país em que o mesmo atua, de que é exemplo a reclamação trabalhista. Precedentes do STF e do STJ. Apelo a que se nega provimento".*

Na verdade, o caso Genny de Oliveira/90 já tivera um exame anterior pelo Supremo Tribunal Federal (que tínhamos analisado em nossa obra citada, que fora escrita em 1980, editada porém em 1984) razão pela qual tivemos o cuidado de batizar-lhe com a nomeação do ano da prolação do último acórdão a ela relativo. Um estudo crítico do e preciso do mesmo encontra-se na obra do professor doutor Georgenor de Souza Franco Filho, titular de Direito Internacional Público e Privado da União das Escolas Superiores do Estado do Pará (UNESPA) e Juiz Presidente da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belém, *Da distinção entre atos de império e de gestão e seus reflexos sobre os contratos de trabalho celebrados com entes de Direito Internacional Público, apud Georgenor de Souza Franco Filho (coordenador), Direito do trabalho e a nova ordem constitucional*, São Paulo, LTr, 1991 (em particular, p. 45-46). Eis a ementa do acórdão publicado em 1990, do qual foi relator o insigne Ministro Sydney Sanches:

*"Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Causa trabalhista.*

*1. Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista.*

*2. Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 144).*

*3. Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do*

*art. 27 do A.D.C.T. da Constituição Federal de 1988, c/c art. 125, II da EC n. 1/69.*

*4. Recurso ordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal para se afastar a imunidade de jurisdição reconhecida pelo Juízo Federal de 1ª grau, que deve prosseguir o julgamento da causa, como de direito".*

Tratou-se de uma reclamação trabalhista intentada pela Sra. Genny de Oliveira, viúva de antigo funcionário da Representação Comercial da então República Democrática Alemã em São Paulo (em fase posterior do processo, reconhecida como parte integrante da Missão diplomática daquele País no Brasil, sita em São Paulo), para o fim de compelir a reclamada a realizar anotações no contrato de trabalho do falecido marido, inclusive das alterações havidas, em particular, com relação aos salários pagos. Face às alegações de imunidades de jurisdição da reclamada, que invocou a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, tendo a MM. Junta de São Paulo afastado a alegação e reconhecido que um contrato de trabalho não configurava um ato de império, proferiu decisão em que julgou procedente a reclamação. O TRT da 2ª Região, através de recurso ordinário, reformaria a decisão *a quo*, para conhecer da preliminar da imunidade de jurisdição, na base do argumento de que a reclamada passara a ser reconhecida como parte integrante da Embaixada da RDA em Brasília (com fundamento no art. 125, II da EC n. 1/69), e, sendo assim, remeteu os autos para a Justiça Federal. O Juiz Federal da 8ª Vara de São Paulo deu-se por incompetente e suscitou conflito de jurisdição para o STF; este, conheceu do conflito para declarar a competência da Justiça Federal (e, portanto, é esta a primeira vez em que a Suprema Corte conheceria sobre o caso Genny de Oliveira), tendo devolvido os autos à mesma para decisão *de meritis*.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara de São Paulo julgaria a reclamante carecedora de ação, por ter reconhecido a ocorrência de imunidade de jurisdição da Embaixada da República Democrática da Alemanha, conforme a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. De tal decisão, foi interposto recurso ordinário para o Tribunal Federal de Recursos, que, ao não conhecê-lo, remeteu os autos ao E. Supremo Tribunal Federal, que seria competente para o

juízo de recursos em causas em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada ou residente no território nacional, tendo ficado provado que o antigo Escritório Comercial em São Paulo passara a fazer parte integrante da Embaixada da RDA em Brasília, caracterizando-se, assim, uma relação laboral entre uma Missão diplomática estrangeira e uma pessoa residente ou domiciliada no Brasil. Ainda no seu relatório, o Em. Ministro Sydney Sanches cita uma série de precedentes em julgados brasileiros, em que se afirmara a regra da existência das imunidades de jurisdição, com base na citada Convenção de Viena, e a necessidade de haver uma renúncia formal dos titulares daquelas imunidades para que o Judiciário brasileiro pudesse conhecer da reclamação. Enfim, o Ministério Público opinaria sobre o conhecimento do recurso, porém pelo seu improvimento.

No seu voto, o Ministro Relator confirma a competência da Justiça Federal, *in casu*, em virtude do art. 27, § 10 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, por se tratar de processo pendente, no advento da norma constitucional; bem assim, diz ser, nos casos futuros, a competência para casos como os *sub judice*, da competência da Justiça do Trabalho, com base no art. 114 da Norma Suprema. Nas suas razões de decidir, assim se pronunciou o Ministro Relator:

*"Afim, o que ditou a eliminação da imunidade foi a natureza da causa trabalhista - e não a competência deste ou daquele órgão do Poder Judiciário. Assim, conheço da apelação e, em face do direito constitucional superveniente, que pode ser considerado neste recurso ordinário (art. 462 do CPC), e que eliminou a imunidade do Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista, dou provimento à apelação para cassar a respeitável sentença do 1º grau, que se baseara no direito anterior, e determinar que o nobre Magistrado, superada que ficou essa questão, prossiga no julgamento da causa, como de direito".*

Adiado o julgamento, em virtude do pedido de vista por parte do eminente Ministro Francisco Rezek, assim se pronunciou S. Exa., também pelo

provimento do recurso, mas por razões bem diferentes daquelas expedidas pelo Ministro Relator. Na verdade, com seu voto, o Ministro Rezek traçaria uma clara evolução do instituto das imunidades de jurisdição, com erudita argumentação, que acabaria por fundamentar os votos que se seguiram e que determinaram o reconhecimento no Brasil da inexistência das imunidades de jurisdição, em relações trabalhistas, *em decisão unânime* (em que pese terem as razões invocadas pelo Ministro Relator servido de fundamento apenas à sua decisão pessoal e, concorrentemente, à do Ministro Paulo Brossard). Portanto, vale a pena examinar o voto do Ministro Rezek, que, sem dúvida, motivou a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal em que se rejeitaram as alegações de imunidades de jurisdição, lançando as bases para que a jurisprudência brasileira se coloque de acordo com a tendência universal de nossos dias, que é a de restringir, o quanto se possa, as imunidades de jurisdição, de maneira muito particular nas relações processuais trabalhistas, a fim de se evitar o abominável fenômeno da denegação de justiça a um hipossuficiente.

Em resumo, o voto do Ministro Rezek pode assim ser esquematizado:

a. é necessário distinguir as imunidades que se tem verificado, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nas suas duas vertentes: aquelas pessoais, resultantes das duas Convenções de Viena (sobre relações diplomáticas e sobre relações consulares), atribuídas a um réu, pessoa física, e nas quais opera em plenitude, o direito internacional escrito; e aquelas que são atribuídas ao próprio Estado estrangeiro;

b. as primeiras raramente têm sido invocadas perante o Supremo Tribunal Federal, o mesmo não ocorrendo em relação às segundas;

c. o fundamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em relação às imunidades do próprio Estado (como no caso *sub judice*, nas relações trabalhistas), se tinha firmado *numa regra costumeira então vigente*, das imunidades absolutas do Estado estrangeiro perante os tribunais brasileiros, *regra essa que deixou de existir a partir de 1972*, com a edição da Convenção Européia da Basiléia sobre as imunidades do Estado, reafirmada com as leis dos EUA e do Reino Unido, que introduziram temperamentos na teoria da imunidade absoluta do Estado estrangeiro;

d. isto posto, não havendo solidez na regra costumeira de Direito Internacional, o fundamento da jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal desapareceu, havendo, assim, a necessidade de acomodar a jurisprudência do mesmo à nova realidade (não tendo mudado o quadro interno, mas o internacional) e, portanto, não se encontra *"fundamento para estatuir sobre a imunidade como vinha garantindo o Supremo Tribunal Federal"*. Eis o cerne da decisão:

*"O que caiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra o Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida - quando ela o era e que assegura a imunidade em termos absolutos.*

*Com essas razões, também voto no sentido de dar causa ao deslinde proposto pelo Ministro Relator. Não me apoio no art. 114 da Constituição de 1988, mas no fato de não mais encontrar fundamento para estatuir sobre a imunidade como vinha garantindo o Supremo Tribunal Federal"*

Foi com especial satisfação que lemos o voto decisivo do eminente Ministro Francisco Rezek e os demais votos que adotaram como razão de decidir, os argumentos de S. Exa. Na verdade, correspondem aqueles conceitos aos que expusemos nas conclusões de nossa tese de livre-docência em Direito Internacional, defendida em 1980, perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e que resultaria no nosso trabalho anteriormente mencionado e publicado pela Editora Forense. Permitimo-nos transcrever um trecho das conclusões de nossa tese:

*"Apesar das dificuldades, contudo, alguns pontos comuns podem ser achados no exame das várias imunidades. O primeiro e principal é a tendência de restringi-las ao quanto se puder, numa tentativa de deixar os Poderes Judiciários o mais abrangente possível, seja por motivações de soberania nacional,*

*seja por outras de equilíbrio constitucional entre os três Poderes, seja, ainda numa ótica de proteção da pessoa de direito privado, que não tem privilégios ou imunidades e, por isso, deve uma atenção especial, quando em relações jurídicas com pessoas imunes..."*  
 (Guido Fernando Silva Soares, *Das imunidades de jurisdição e de execução*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 229-230).

Finalmente, é interessante observar a seqüela do caso *Genny de Oliveira/1990*, em particular no que respeita à atitude tomada pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil, com relação ao assunto e *"a fim de atender às freqüentes consultas sobre processos trabalhistas contra Representações Diplomáticas e Consulares"*. Trata-se da *Nota Circular n. 560, DJ/DPI/CJ, de 14 de fevereiro de 1991, do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, dirigida às Missões diplomáticas acreditadas em Brasília*, cujo conhecimento nos foi possível pela leitura do referido artigo *Da distinção entre atos de império e de gestão...*, de autoria do professor e magistrado trabalhista Dr. Georgenor de Souza Franco Filho, publicado no livro, igualmente já mencionado, de que S. Exa. foi coordenador, *Direito do trabalho e a nova ordem constitucional*, apud, p. 34-35. Eis seus pontos básicos:

*"a. em virtude do princípio da independência dos Poderes, consagrado em todas as Constituições brasileiras, e que figura no artigo segundo da Constituição de 1988, é vedada ao Poder Executivo qualquer iniciativa que possa ser interpretada como interferência nas atribuições de outro Poder;*

*b. a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, assim como a de 1963, sobre Relações Consulares, não dispõe sobre matéria de relações trabalhistas entre Estado acreditante e pessoas contratadas no território do Estado acreditado;*

*c. ante o exposto na letra b, os Tribunais brasileiros, em sintonia com o pensamento jurídico atual, que*

*inspirou, aliás, a Convenção Européia sobre Imunidades dos Estados de 1972, o "Foreign Sovereign Immunities Act" dos Estados Unidos da América, o "State Immunity Act", do Reino Unido, de 1978, firmaram jurisprudência no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público externo não gozam de imunidades no domínio dos "atos de gestão", como as relações de trabalho estabelecidos localmente;*

*d. a Constituição brasileira em vigor determina, em seu artigo 144, ser da competência da Justiça do Trabalho o conhecimento e julgamento desses litígios"*

Acreditamos que não podemos, em que pese a ponderação do professor Souza Franco Filho, assimilar a referida Nota Circular do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, nem ao *Act* dos EUA, como sugere S. Exa., nem, como poderia aparecer, à primeira vista, à famosa *Tate Letter*, comunicação do consultor jurídico, em exercício, do Departamento de Estado dos EUA, em 19 de maio de 1952 (portanto, antes do FSIA, que é de 1976), ao então consultor-geral Philip B. Perlman, para esclarecer a posição do Poder Executivo norte-americano, no que se referia ao tema das imunidades de jurisdição, numa época em que a jurisprudência federal daquele País se mostrava em estado caótico. Em primeiro lugar, reconhecendo com aquele Professor, que se trata de Nota oriunda do Poder Executivo, não pode ela ser assimilada a um *statute da Common Law* federal dos EUA, uma vez que suas normas se dirigem a Missões diplomáticas estrangeiras acreditadas em Brasília, e, portanto, não têm efeito *erga omnes*. Quanto às possíveis assimilações à *Tate Letter*, a própria Nota Circular n. 560 do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, expressamente na sua letra *b*, reconhece a independência dos três Poderes (leia-se, em especial, do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo) e, sendo assim, não corre o perigo de ser considerada uma ingerência indevida da Administração nas atribuições dos tribunais judiciais (como, de fato, ocorreu nos EUA, o que causou o total desconhecimento, por parte dos tribunais norte-americanos, das normas contidas na citada comunicação do consultor jurídico da *Secretary of State* daquele País). O que se depreende, pois, da citada Nota Circular, é que se

trata de um conselho às Missões diplomáticas estrangeiras acreditadas no Brasil, a que façam atenção às eventuais inadimplências de suas obrigações legais trabalhistas, que, doravante, serão plenamente conhecidas e julgadas pelos tribunais de Justiça do Trabalho do Brasil, podendo ler-se, nas entrelinhas, que o Ministério das Relações Exteriores nada tem a ver com as conseqüências de tal fato, em particular, no que respeita a possíveis violações de obrigações internacionais do País, no que respeita a alegações de imunidades de jurisdição por parte das referidas Missões diplomáticas acreditadas perante o Governo Federal em Brasília.

Como conclusão, devemos dizer que o abandono da teoria da imunidade absoluta por parte da Justiça Trabalhista no Brasil, para torná-la abrangente dos contratos de trabalho de pessoas domiciliadas no Brasil, com Missões diplomáticas ou Repartições Consulares, ou seja, com o próprio Estado estrangeiro, além de colocar o País em correspondência com os direitos internos da esmagadora maioria dos Estados da atualidade, reafirma a vocação do Brasil de respeitar um dos princípios fundamentais da Declaração Universal dos Direitos do Homem, solenemente proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948, no seu art. VIII, *verbis*:

*"Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".*

---

#### **BIBLIOGRAFIA BRASILEIRA RECENTE**

- ALMEIDA, Isis de. Substituição processual; isenção ou imunidade de jurisdição. *In: Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo : LTr, 1988. p. 106-7;130-2.
- DOLLINGER, Jacob. A imunidade estatal à jurisdição estrangeira. *In: A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. p. 195-208.

- Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Causa trabalhista. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 55, n. 1, p. 45-50, jan. 1991.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Da imunidade de jurisdição trabalhista e o art. 114 da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 24, n. 46, p. 75-84, jan.-jun. 1991.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (coordenador). *Direito do trabalho e a nova ordem constitucional*. São Paulo : LTr, 1991. 219 p.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Imunidades de jurisdição trabalhista dos entes do direito internacional público*. São Paulo : LTr, 1986. 112 p.
- Imunidade de jurisdição. Reclamação trabalhista contra Estado estrangeiro. Convenção de Viena. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 50, n. 11, p. 1310, nov. 1986.
- Imunidade de jurisdição. Reclamação trabalhista intentada contra Estado estrangeiro. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 55, n.5. p. 597-603, mai. 1991.
- Jurisdição. Imunidade. Competência para declará-la. Súmula n. 83 do T.F.R. Orlando Teixeira da Costa (Relator). *Revista do Tribunal do Trabalho, 8ª Região, Belém*, v. 17, n. 32. p. 131-33, jan.-jun. 1984.
- Jurisdição. Imunidade. Reclamação trabalhista contra Estado estrangeiro. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 54, n. 9, p. 1109-1111, set. 1990.
- MAGALHÃES, José Carlos de. Da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante a justiça brasileira. *In: A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. p. 209-220.
- Organização da Aviação Civil Internacional. Imunidade de jurisdição. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 54, n. 5, p. 539-41, mai. 1990.
- PARANHOS, C. A. Teixeira. A imunidade de jurisdição dos organismos internacionais na visão do STF. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, v. 47, n. 9, p. 1060-63, set. 1983.
- Reclamação contra repartição consular. Hipótese de inexistência de imunidade de jurisdição. Competência da Justiça do Trabalho. Assistência da União.

*Revista Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 17, n. 32, p. 166-172, jan.-jun. 1984.

RUSSOMANO JR., Victor. Imunidade de jurisdição trabalhista e revelia no processo de conhecimento. *Revista LTr: Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v. 23, n. 135, p. 601-602, 1987.

SOARES. Evanna. A imunidade de jurisdição nos dissídios trabalhistas, envolvendo entes de direito público externo. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 55, n. 12, p. 1419-1922, dez. 1991.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. 264 p.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de Bancos Centrais. *Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais*, São Paulo, n. 2, p. 47-88, 1990-91.

Fotolitos: STARCOLOR  
Impressão e Acabamento:  
GRÁFICA SANGIRARD LTDA.  
RUA BOM PASTOR, 2472  
FONE: 63-7870 — SÃO PAULO





## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).