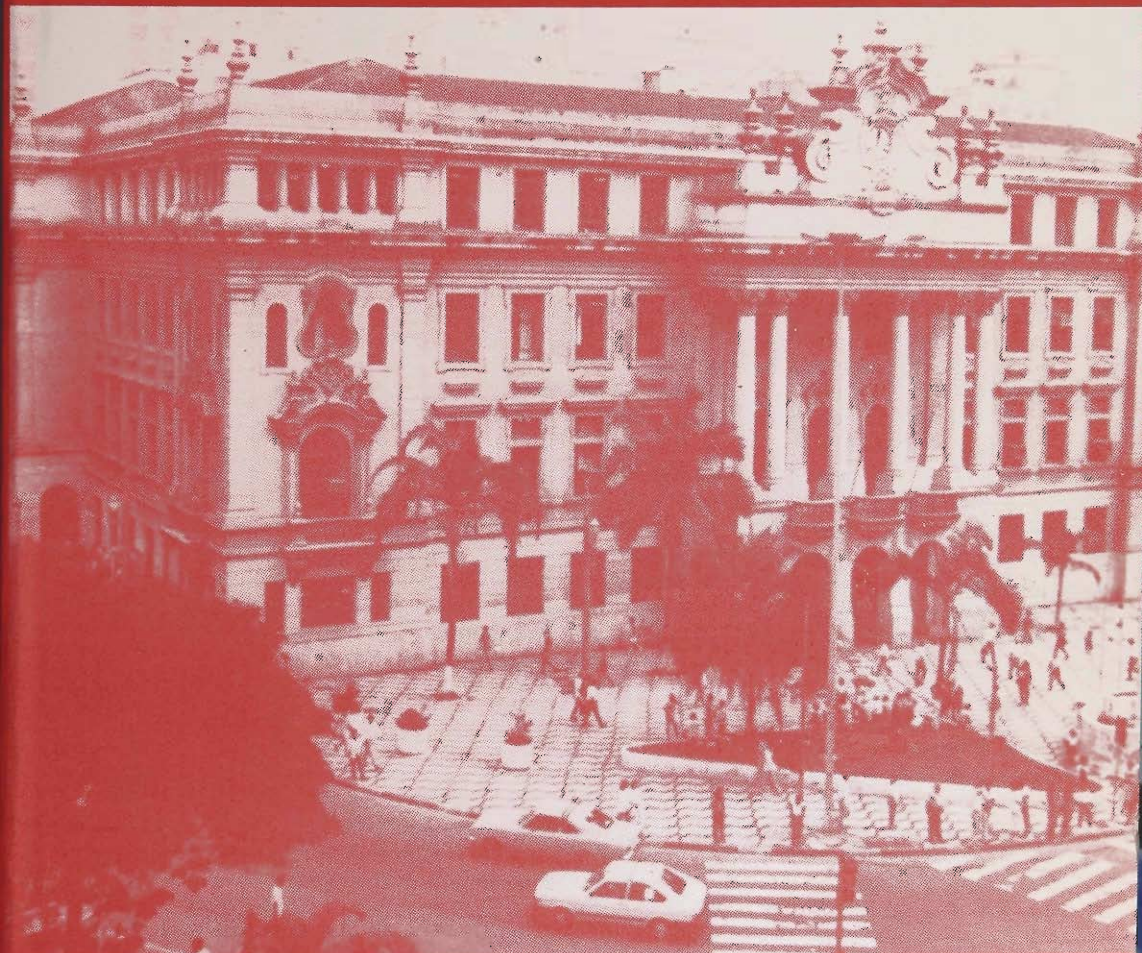


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



Em homenagem aos 500 Anos do Descobrimento do Brasil

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME 95

2000

Em homenagem aos
500 Anos do Descobrimento do Brasil

REV DA FAC. DIREITO USP S. PAULO, v. 95, 2000

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

Em seu nonagésimo quinto volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade, Sala 101-I, Chefia Técnica de Imprensa.

© Todos os Direitos Reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita da Chefia Técnica de Imprensa e/ou do Presidente da Comissão de Publicações.

- 1 Solicita-se permuta.
- 2 On demande l'échange.
- 3 We ask for exchange.
- 4 - Si richiede lo scambio.
- 5 Pídesse canje.
- 6 Wir bitten um Austausch.

Revista da Faculdade de Direito / Universidade de São Paulo,
Serviço Técnico de Imprensa

Ano 1, n. 1 (nov. 1893)

Edições Técnicas, 1893

v.

Annual

1. Direito Periódicos. I. São Paulo (Brasil). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Endereço para venda e permuta:

"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"

Largo de São Francisco, 95, Sala 101-I

CEP: 01005-010 - São Paulo SP BRASIL

Fone/Fax: 3111-4021

REV DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 95, 2000

EXPEDIENTE DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO

Professores: Antonio Junqueira de Azevedo (presidente), Fábio Maria De-Mattia, Enrique Ricardo Lewandowski, Newton De Lucca e o Editor Antonio Augusto Machado de Campos Neto.

CONSELHO EDITORIAL

Professores: Sílvio Rodrigues, do Departamento de Direito Civil; José Carlos Moreira Alves, do Departamento de Direito Civil; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, do Departamento de Direito do Estado; Fábio Konder Comparato, do Departamento de Direito Comercial; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Ada Pellegrini Grinover, do Departamento de Direito Processual; Miguel Reale Júnior, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia; Celso Lafer, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Alcides Jorge Costa, do Departamento de Direito Econômico e Financeiro; Ivette Senise Ferreira, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia; José Eduardo Campos de Oliveira Faria, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; José Rogério Cruz e Tucci, do Departamento de Direito Processual; Antonio Scarance Fernandes, do Departamento de Direito Processual.

SERVIÇO TÉCNICO DE IMPRENSA

Chefe do Serviço Técnico de Imprensa:
Antonio Augusto Machado de Campos Neto

Marli Conceição Mathias (assessora)
Leonidas Jean Balabakis
Andrey Borges de Mendonça

Estagiários da Informática:
Pablo de Camargo Cerdeira; Marcelo André Bulgueroni; Daniela Munaretto Chagas Duarte; Leonildo Correa da Silva; Raphael Devenis Ballura

Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



CREDENCIAMENTO E APOIO FINANCEIRO DO
PROGRAMA DE APOIO AS PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS PERIÓDICAS DA USP
COMISSÃO DE CREDENCIAMENTO

REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Jacques Marcovitch

Vice-Reitor: Adolpho José Melfi

Pró-Reitora de Graduação: Ada Pellegrini Grinover

Pró-Reitor de Pós-Graduação: Héctor Francisco Terenzi

Pró-Reitor de Pesquisa: Hernan Chaimovich Guralnik

Pró-Reitor de Cultura e Extensão Universitária: Adilson Avansi de Abreu

FACULDADE DE DIREITO

Diretora: Ivette Senise Ferreira

Vice-Diretor: Cássio de Mesquita Barros Júnior

PROFESSORES HONORÁRIOS

Ruy Barbosa (1849-1923)

Clóvis Bevilacqua (1859-1944)

Francisco Mendes Pimentel (1869-1957)

José Xavier Carvalho de Mendonça (1861-1930)

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979)

Miguel Seabra Fagundes (1910-1993)

PROFESSORES EMÉRITOS

João Braz de Oliveira Arruda (1861-1942)

Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota (1870-1942)

José Manoel de Azevedo Marques (1864-1945)

Francisco Antonio de Almeida Morato (1868-1948)

José Upiano Pinto de Souza (1869-1957)

Reinaldo Porchat (1868-1957)

Antonio de Sampaio Dória (1883-1964)

José Joaquim Cardoso de Mello Neto (1883-1965)

Waldemar Martins Ferreira (1885-1965)

Lino de Moraes Leme (1888-1969)

Jorge Americano (1891-1969)

Honório Fernandes Monteiro
(1894-1969)
Antonio Ferreira de Almeida Júnior
(1892-1971)
Noé Azevedo (1896-1972)
Nicolau Nazo (1895-1974)
Alvino Ferreira Lima (1888-1975)
Cândido Motta Filho (1897-1977)
Vicente Ráo (1892-1978)
Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado
(1906-1980)
Luís Eulálio de Bueno Vidigal
(1911-1995)
José Carlos de Ataliba Nogueira
(1901-1983)
Moacyr Amaral Santos (1902-1983)
Alexandre Correia (1890-1984)
Ernesto de Moraes Leme (1896-1986)
Mario Masagão (1899-1979)
Basileu Garcia (1905-1986)
Joaquim Canuto Mendes de Almeida
(1906-1990)
Antonio Ferreira Cesarino Júnior
(1906-1993)
Philomeno Joaquim da Costa
(1904-1995)
Washington de Barros Monteiro
(1910-1999)
João Baptista de Oliveira e Costa Júnior
Miguel Reale
Celso Neves

PROFESSORES EMÉRITO DA USP

Goffredo da Silva Telles Júnior

PROFESSORES APOSENTADOS

Nair Lemos Gonçalves
Silvio Rodrigues
Geraldo de Camargo Vidigal

Ruy Barbosa Nogueira
José Cretella Júnior
Paulo José da Costa Júnior
Irineu Strenger
Vicente Marotta Rangel
Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Aracy Augusta Leme Klabin
José Afonso da Silva
Alcides Jorge Costa
Octávio Bueno Magano
José Maria Marlet Pareta
Walter Barbosa Corrêa
Pedro Vidal Neto
Annibal Fernandes
Amauri Mascaro Nascimento
Rogério Lauria Tucci
José Roberto Franco da Fonseca
Georgette Nacarato Nazo
André Luiz de Mesquita
Humberto Marques Filgueiras
Antonio Carlos de Campos Pedroso
Yussef Said Cahali
Waldírio Bulgarelli
Yonne Dolácio de Oliveira

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

José Carlos Moreira Alves
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Dalmo de Abreu Dallari
José Ignácio Botelho de Mesquita
Fábio Konder Comparato
Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Ada Pellegrini Grinover
Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Cândido Rangel Dinamarco
Antonio Carlos de Araújo Cintra
Antonio Junqueira de Azevedo
Miguel Reale Júnior
Celso Lafer
Eros Roberto Grau

Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Luiz Olavo Baptista
Fábio Maria De-Mattia
Álvaro Villaça Azevedo
Odete Medauar
Cássio de Mesquita Barros Júnior
Fábio Nusdeo
Vicente Greco Filho
Ivette Senise Ferreira
João Grandino Rodas
Régis Fernandes de Oliveira
Guido Fernando Silva Soares
Eduardo César Silveira Vita Marchi
Rui Geraldo Camargo Viana
Hermes Marcelo Huck
Paulo de Barros Carvalho
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
Luiz Carlos de Azevedo
Nelson Mannrich

PROFESSORES ASSOCIADOS

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
Newton De Lucca
José Rogério Cruz e Tucci
Edmir Netto de Araújo
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Rodolfo de Camargo Mancuso
Carlos Alberto Dabus Maluf
Antonio Luis Chaves Camargo
Rachel Sztajn
José Carlos de Magalhães
Enrique Ricardo Lewandowski
Anna Cândida da Cunha Ferraz
Mônica Herman Salem Caggiano
Paulo Borba Casella
Antonio Scarance Fernandes
Mauro Rodrigues Penteado
Antonio Magalhães Gomes Filho
Sérgio Carlos Covelto
Alaor Caffé Alves
Calixto Salomão Filho

Sergio Pinto Martins
José Roberto dos Santos Bedaque
Antonio Carlos Marcato
Walküre Lopes Ribeiro da Silva
Roberto João Elias
Wilson Hilário Borges

PROFESSORES DOUTORES

Octávio Leitão da Silveira
Sérgio Marcos de Moraes Pitombo
Paulo Salvador Frontini
Gerd Willi Rothmann
Teresa Ancona Lopez
Paulo Roberto Cabral Nogueira
Araminta de Azevedo Mercadante
Vera Helena de Mello Franco
Newton Silveira
Alcides Tomasetti Júnior
Kazuo Watanabe
Silmara Juny de Abreu Chinelato e
Almeida
Masato Ninomiya
Daisy Gogliano
Alvino Augusto de Sá
Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca
José Tadeu de Chiara
Custódio da Piedade Ubaldino Miranda
Antonio Martin
Giselda Maria Fernandes Novaes
Hironaka
Walter Piva Rodrigues
Nelson Ferreira de Carvalho
José Antonio de Andrade Martins
Roque Komatsu
Olavo Acyr de Lima Rocha
Fernanda Dias Menezes de Almeida
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
Paulo Celso Bergstrom Bonilha
José Reinaldo de Lima Lopes
Carlos Alberto Carmona
Ari Marcelo Solon

Sebastião Botto de Barros Tojal
Nestor Duarte
Estevão Horvath
José Lopes Zarzuela
Carlos Borges de Castro
Irene Batista Muakad
José Luiz Gavião de Almeida
Sérgio Resende de Barros
Marcelo Fortes Barbosa
Alberto do Amaral Júnior
Maristela Basso
Ignácio Maria Poveda Velasco
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Paulo Fernando Campos Salles de Toledo
Jeannette Antonios Maman
Sérgio Salomão Shecaira
Dárcio Roberto Martins Rodrigues
João Alberto Schützer Del Nero
Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux
Antonio Cláudio da Costa Machado

Cristiane Derani
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Flávio Luiz Yarshell
Cláudia Perrone Moisés
Maurício Antônio Ribeiro Lopes
Estevão Mallet
Marcus Orione Gonçalves Correia
Lidia Reis de Almeida Prado
Antonio Carlos Mendes
David Teixeira de Azevedo
Erasmu Valladão Azevedo e Novaes
França
José Maurício Conti

ASSISTENTES

Eduardo Domingos Botallo
Anna Maria Martins
Carlos Alberto Senatore
José Raul Gavião de Almeida
Elizabeth de Almeida Meirelles
Otávio Pinto e Silva

ADMINISTRAÇÃO

Assistente Técnico Acadêmico: Neide Ferreira Lima da Silva
Assistente Técnico Administrativo: Vanderlei Ribeiro
Chefia Técnica de Imprensa: Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Diretora do Serviço de Biblioteca e Documentação: Giacomina Del Valle de Paz Faldini

SUMÁRIO

OS QUINHENTOS ANOS E A HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

Formação político-jurídica do território brasileiro.....	3
<i>José Roberto Franco da Fonseca</i>	
O Reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas	19
<i>Luiz Carlos de Azevedo</i>	
As Ordenações Filipinas e o Direito Agrário	33
<i>Olavo Ayr de Lima Rocha</i>	
Formação histórica do Direito Civil brasileiro.....	57
<i>Antônio Chaves</i>	
Terras indígenas na Legislação Colonial.....	107
<i>Beatriz Perrone-Moisés</i>	
Direito dos povos indígenas: releitura de Francisco de Vitória enfazando os 500 anos do descobrimento.....	121
<i>Paulo Borba Casella</i> <i>Guilherme Figueiredo Nascimento</i>	
A tutela ambiental da paisagem no Direito brasileiro	129
<i>Ivette Senise Ferreira</i>	
O Direito Administrativo e sua História.....	147
<i>Edmir Netto de Araújo</i>	
- Breve histórico a respeito do trabalho.....	167
<i>Sergio Pinto Martins</i>	
A Revolução de 1930 e o Direito do Trabalho no Brasil.....	177
<i>Otávio Pinto e Silva</i>	
A Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.....	191
<i>Antonio Augusto Machado de Campos Neto</i> <i>Andrey Borges de Mendonça</i>	
Ensino do Direito Romano no Brasil e na América Latina em geral	203
<i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	

Exploração da experiência histórica que condicionou a recepção e o surgimento das idéias jurídicas no Brasil	217
<i>Jeannette Antonios Maman</i>	
Quinhentos anos de Brasil: a fragmentação do poder privado nas metrópoles brasileiras e o Direito Civil	231
<i>Carlos Alberto Bittar Filho</i>	
500 anos de Assistência Judiciária no Brasil.....	241
<i>Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub</i>	
Ordem e Progresso: origem e significado dos símbolos da Bandeira Nacional brasileira	251
<i>Wolf Paul</i>	

DIREITO CIVIL

O espírito de compromisso do Direito das Sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário.....	273
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	
A enfiteuse e seu vasto alcance social.....	283
<i>Geraldo Ferreira Lanfredi</i>	

DIREITO DO ESTADO

- O Controle de Constitucionalidade: bosquejo de sua história....	293
<i>Acácio Vaz de Lima Filho</i>	
O Estado e as organizações da Sociedade Civil.....	325
<i>Andrea Mustafa</i>	

DIREITO PENAL

Alimentos transgênicos, ética e Direito Penal	335
<i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	

DIREITO INTERNACIONAL

A determinação do regime de bens do casamento à luz do Direito Internacional Privado brasileiro.....	361
<i>Maristela Basso</i>	

A Lei n. 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações	373
<i>Guilherme Assis de Almeida</i>	

FILOSOFIA DO DIREITO

A Justiça cósmica platônica	387
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
O sentido jurídico brasileiro – Reflexões para uma teoria política e jurídica a partir de "O Povo Brasileiro" de Darcy Ribeiro	405
<i>Alysson Leandro Mascaro</i>	

DIREITO TRIBUTÁRIO

Sonegação fiscal federal e a extinção da punibilidade	419
<i>Hugo Brazioli Slivinskis</i>	

CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

- Uma estória para a história.....	445
<i>Goffredo Telles Junior</i>	
A Folha Dobrada de Goffredo Telles Junior.....	461
<i>Celso Lafer</i>	
Saudação ao professor Goffredo Telles Junior por ocasião do lançamento de seu livro <i>A Folha Dobrada – Lembranças de um estudante</i>	465
<i>Fábio Konder Comparato</i>	
XI de Agosto	469
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	
Ano 2000 97 anos do Centro Acadêmico XI de Agosto.....	479
<i>Gauthama Carlos Colagrande Fornaciari de Paula</i>	
- Ao nosso querido Rubens Limongi França	511
<i>Daisy Gogliano</i>	
Brevíssimas notas póstumas em homenagem ao professor Doutor Rubens Limongi França	515
<i>Flávio Marcondes Veloso</i>	

Legado multidisciplinar de Francisco Clementino de San Tiago Dantas	519
<i>Fábio Maria De-Mattia</i>	
O direito à moradia	543
<i>Rui Geraldo Camargo Viana</i>	
Discurso proferido pelo prof. dr. José Afonso da Silva por ocasião do recebimento do Colar do Mérito Judiciário.....	553
<i>José Afonso da Silva</i>	

CONTENTS

THE BRAZILIAN'S FIVE HUNDRED YEARS AND ITS LAW HISTORY

Brazilian's territory political-juridical formation.....	3
<i>José Roberto Franco da Fonseca</i>	
D. Manuel's Reign and the <i>Ordenações Manuelinas</i>	19
<i>Luiz Carlos de Azevedo</i>	
The <i>Ordenações Filipinas</i> and the Agrarian Law	33
<i>Olavo Acyr de Lima Rocha</i>	
Brazilian Civil Law historical formation.....	57
<i>Antônio Chaves</i>	
Indigene's lands in the Colonial Legislation.....	107
<i>Beatriz Perrone-Moisés</i>	
Indigene's rights: reread of Francisco de Vitória emphasizing the brazilian's 500 years	121
<i>Paulo Borba Casella</i> <i>Guilherme Figueiredo Nascimento</i>	
Environmental landscape tutor in the Brazilian Law.....	129
<i>Ivette Senise Ferreira</i>	
The Administrative Law and its History	147
<i>Edmir Netto de Araújo</i>	
Brief history regarding the labor	167
<i>Sergio Pinto Martins</i>	
The 1930 Revolution and the Labor Right in Brazil	177
<i>Otavio Pinto e Silva</i>	
The juridical courses foundation in Brazil	191
<i>Antonio Augusto Machado de Campos Neto</i> <i>Andrey Borges de Mendonça</i>	
Roman Law teaching in Brazil and in Latin America in general.....	203
<i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	

Legado multidisciplinar de Francisco Clementino de San Tiago Dantas.....	519
<i>Fábio Maria De-Mattia</i>	
O direito à moradia	543
<i>Rui Geraldo Camargo Viana</i>	
Discurso proferido pelo prof. dr. José Afonso da Silva por ocasião do recebimento do Colar do Mérito Judiciário.....	553
<i>José Afonso da Silva</i>	

CONTENTS

THE BRAZILIAN'S FIVE HUNDRED YEARS AND ITS LAW HISTORY

Brazilian's territory political-juridical formation.....	3
<i>José Roberto Franco da Fonseca</i>	
D. Manuel's Reign and the <i>Ordenações Manuelinas</i>	19
<i>Luiz Carlos de Azevedo</i>	
The <i>Ordenações Filipinas</i> and the Agrarian Law	33
<i>Olavo Acyr de Lima Rocha</i>	
Brazilian Civil Law historical formation.....	57
<i>Antônio Chaves</i>	
Indigene's lands in the Colonial Legislation.....	107
<i>Beatriz Perrone-Moisés</i>	
Indigene's rights: reread of Francisco de Vitória emphasizing the brazilian's 500 years	121
<i>Paulo Borba Casella</i> <i>Guilherme Figueiredo Nascimento</i>	
Environmental landscape tutor in the Brazilian Law.....	129
<i>Ivette Senise Ferreira</i>	
The Administrative Law and its History	147
<i>Edmir Netto de Araújo</i>	
Brief history regarding the labor	167
<i>Sergio Pinto Martins</i>	
The 1930 Revolution and the Labor Right in Brazil	177
<i>Otávio Pinto e Silva</i>	
The juridical courses foundation in Brazil	191
<i>Antonio Augusto Machado de Campos Neto</i> <i>Andrey Borges de Mendonça</i>	
Roman Law teaching in Brazil and in Latin America in general.....	203
<i>Alvaro Villaça Azevedo</i>	

- Exploitation of the historical experience that conditioned the reception and the appearance of the juridical ideas in Brazil 217
Jeannette Antonios Maman
- Brazil 's five hundred years: the private power fragmentation in the Brazilian metropolises and the Civil Law 231
Carlos Alberto Bittar Filho
- 500 years of Judiciary Attendance in Brazil..... 241
Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub
- Order and Progress: origin and meaning of the Brazilian National Flag symbols..... 251
Wolf Paul

CIVIL LAW

- The commitment spirit of the Successions Right before the individualistic demands of autonomy of the will and the supra-individualists of the family. Heir and legatee 273
Antonio Junqueira de Azevedo
- Enfiteuse and its vast social reach 283
Geraldo Ferreira Lanfredi

STATE LAW

- The constitutionality control: The outline of its history 293
Acácio Vaz de Lima Filho
- The State and the organizations of the Civil Society..... 325
Andrea Mustafa

PENAL LAW

- Transgenic nourishment, ethics and Penal Law..... 335
Guilherme Guimarães Feliciano

INTERNATIONAL LAW

- The marriage assets determination according to the Brazilian. Private International Law..... 361
Maristela Basso

The Law n. 9.474/97 and refugee's enlarged definition: brief considerations	373
<i>Guilherme Assis de Almeida</i>	

PHILOSOPHY LAW

The platonic cosmic Justice	387
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
- The Brazilian juridical sense Reflections for a political and juridical theory starting from Darcy Ribeiro's <i>O Povo Brasileiro</i>	405
<i>Alysson Leandro Mascaro</i>	

TRIBUTARY LAW

Federal tax evasion and the punishableness extinction	419
<i>Hugo Brazioli Slivinskis</i>	

CONTRIBUTION TO THE ACADEMIC MEMORIES

- A story for the history	445
<i>Goffredo Telles Junior</i>	
Goffredo Telles Júnior's <i>A Folha Dobrada</i>	461
<i>Celso Lafer</i>	
Greeting to teacher Goffredo Telles Júnior for occasion of the their book release <i>A Folha Dobrada</i> - a student's memories.....	465
<i>Fábio Konder Comparato</i>	
<i>XI de Agosto</i>	469
<i>Antonio Junqueira de Azevedo</i>	
Year 2000 97 years of the <i>XI de Agosto</i> Academic Center	479
<i>Gauthama Carlos Colagrande Fornaciari de Paula</i>	
Ao nosso querido Rubens Limongi França	511
<i>Daisy Gogliano</i>	
Brief posthumous notes in honor to the teacher Doctor Rubens Limongi França	515
<i>Flávio Marcondes Veloso</i>	

Francisco Clementino de San Tiago Dantas' multidisciplinary legacy	519
<i>Fábio Maria De-Mattia</i>	
The dwelling right	543
<i>Rui Geraldo Camargo Viana</i>	
- Uttered discourse by the professor dr. José Afonso da Silva when he received the Judiciary Merit's Necklace	553
<i>José Afonso da Silva</i>	

*OS QUINHENTOS ANOS
E A HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO*

FORMAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO TERRITÓRIO BRASILEIRO

José Roberto Franco da Fonseca

Professor Associado aposentado da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A formação das fronteiras atuais do Brasil mostra como o território do Estado é o resultado de um processo histórico composto por diferentes fases de tempo. O território do Estado, assim, além das dimensões do comprimento, largura e profundidade, apresenta mais essa quarta dimensão, histórica e cronológica. Isso se torna claro quando se contempla o processo de formação das fronteiras do Brasil, no período dos descobrimentos, no da expansão interna e no posterior período da fixação dos limites jurídicos, por meio de tratados e arbitragens.

Abstract:

The formation of the current boundaries of Brazil shows that the territory of any State is the result of a historical process developed in different stages. The territory of any State, thus, is composed of three dimensions longitudinal, width, height, and a fourth one, its historical nature. This makes clear when we consider the process of formation of the territory of Brazil through its history, beginning with the discovery, the expansion of its population and later treaties and agreements.

Unitermos: território estatal; limites do Brasil.

1. Introdução

1.1 - O território como elemento constitutivo do Estado

O documento histórico que certifica o nascimento do Estado moderno consubstancia-se nos dois Tratados de Westphalia (1648), que puseram termo à Guerra dos Trinta Anos. Neles se redesenha a nova ordem mundial: a Europa seria constituída de Estados (reinos, principados) soberanos (iguais e independentes).

A característica de independência, ínsita à soberania, punha-se em dois sentidos: a. no horizontal (igualdade, em relação aos demais Estados); b. no vertical:

independência em relação ao extinto Sacro Império Romano Germânico (já, então, mera figura nominal), na direção superior e, na inferior (e interior às fronteiras das entidades estatais nascentes), supremacia absoluta, com a extinção dos poderes locais e atomizados que caracterizavam a estrutura política-feudal.

Embora tal certificação documental tenha ocorrido em Westphalia, em 1648, na verdade a passagem do feudalismo para a modernidade ocorreu através de longo processo histórico, em que o monarca foi, aos poucos, cada vez mais centralizando os poderes de editar leis, julgar e administrar (manter exércitos, cobrar tributos), poderes que estavam nas mãos dos senhores locais (duques, barões, marqueses, condes).

Com efeito, o absolutismo monárquico e sua fundamentação na teoria do Direito Divino já encontravam sustentação na doutrina (Jean Bodin) no século XVI; e modernos historiógrafos (como Burns) datam o marco inaugural de tal absolutismo, em 1485, com a ascensão ao trono da Inglaterra de Henrique VII, o primeiro Tudor, após a Guerra das Duas Rosas; seguindo-se-lhe os mais célebres membros da dinastia: Henrique VIII (1509-1547), Isabel (1558-1603), até que, morrendo Isabel sem deixar descendentes, assume o trono seu primo Jaime I (escocês, Stuart) e instaura a monarquia de Direito Divino. Os mesmos historiógrafos situam o início do processo, em França, com Luís IX e Felipe IV (séculos XIII e XIV); e, na Rússia, com Ivan, o Grande (1462-1505), e Ivan, o Terrível (1533-1584), este último tendo derrotado definitivamente os "boiardos" (senhores feudais rurais). Na própria Ibéria, já havia monarquias absolutistas bem estruturadas, na época contemporânea aos descobrimentos (v. *infra* n. 3).

São geralmente identificáveis as cassas, algumas remotas e outras mais próximas, da formação do Estado como modernamente concebido: a revolução comercial, a fundação dos impérios coloniais, a política mercantilista advinda da introdução de metais preciosos na Europa, a reforma protestante.

Pois bem, os autores obtêm geralmente consenso em apontar três elementos presentes ao Estado, desde seu surgimento, como constitutivos de sua própria essência: território físico, povo e governo. Há dissensão quanto à soberania. Para Bodin, ela é atributo do rei, na monarquia; atributo do povo, na república. Entende-se, modernamente, a soberania como atributo do Estado (coincidente com a personalidade jurídica de Direito Internacional), que permite a este atuar na sociedade internacional com as características de igualdade e independência.

1.2 As porções (terrestre, marítima, fluvial e lacustre, aérea) do território estatal

O território é a base física, geográfica e geológica, em que se assenta o Estado. É delimitado por fronteiras (cujos velhos e novos significados serão ventilados adiante, n. 1.3).

O território é fenômeno complexo, suscetível, pois, de escandir-se anatomicamente. Com efeito, o território estatal compõe-se de porções de natureza diversa: elementos físicos sólidos, líquidos e gasosos. Há quatro porções que, em síntese integrativa, fazem surgir o território estatal: a. território terrestre; b. território marítimo; c. território fluvial e lacustre; d. território aéreo.

a. Território terrestre

O território terrestre, por seu turno, é também síntese integrativa de três porções heterogêneas: solo (ou superfície), subsolo, plataforma continental. O subsolo vai até o centro da Terra: a figura é uma pirâmide irregular côncava, de base semi-esférica (o solo ou superfície), invertida, tendo o vértice no centro da Terra, a uma distância de aproximadamente 6.600 quilômetros da base. Quanto à plataforma continental, sua noção jurídica difere do conceito geológico: para o jurista, a plataforma só tem seu início no limite externo do mar territorial.

O título de aquisição original do território brasileiro por Portugal foi a descoberta. Tal era, na época, o fundamento jurídico para a reivindicação de soberania da *terra nullius*. Sendo o Direito Internacional construído paulatinamente na Europa, a partir dos descobrimentos, outro título foi ali adquirindo foros de juridicidade: a conquista; mas, dada a visão eurocêntrica de então, a conquista somente era tida como título aquisitivo de território quando houvesse resistência armada oposta pelos ocupantes da terra (fato que ocorreu com relação às mais importantes descobertas espanholas na América, diferentemente do que ali ocorreu com as descobertas portuguesas).

b. Território marítimo

Compreende tal porção, por seu turno, o mar territorial (extensão, até 12 milhas, a partir da preamar ou da linha-base) e as águas interiores (aquelas

porções de mar contidas dentro e aquém da linha-base), observando-se que, por ficção, a linha-base desvia-se de sua direção reta sempre que encontre instalação portuária, para envolver a referida instalação. A distinção é importante, porque o mar territorial está sujeito ao princípio da livre passagem inocente, regime jurídico que se não-aplica às águas interiores.

c. Território fluvial e lacustre

Os rios ou são inteiramente nacionais (como o São Francisco) ou são internacionais; estes, por seu turno, podem ser sucessivos (como o Amazonas) e/ou contíguos (como o Paraná, entre Brasil e Paraguai; e Uruguai, entre Brasil e Argentina). No caso dos contíguos não-navegáveis, o critério da divisão longitudinal é o da equidistância; no caso dos navegáveis, o critério é o da fixação do limite divisório pelo talvegue. O Amazonas encontra-se aberto à navegação comercial, em bases não-discriminatórias, por ato unilateral, de 1866, e é objeto do Tratado de Cooperação Amazônica, celebrado em Brasília, em 3 de julho de 1978. A Bacia do Prata foi objeto do Tratado celebrado anteriormente em Brasília, em 23 de abril de 1969.

Os lagos internacionais subsumem-se em regimes jurídicos específicos, normalmente fruto de convenção.

d. Território aéreo

O Estado exerce soberania plena sobre a porção atmosférica de seu território (tal porção tem por limite superior o término da atmosfera); ali não-vige o direito de passagem inocente.

Três convenções de Chicago, de 1944, regem o regime jurídico da aviação civil internacional.

1.3 Conceção quadridimensional do território estatal

Como ficou visto, o território estatal possui uma dimensão relativa ao comprimento da superfície, outra relativa à largura da mesma, uma terceira dimensão que representa a profundidade e altura (subsolo, solo e espaço aéreo), podendo, assim, ser representado por aquela pirâmide irregular côncava, de base semi-esférica,

com o vértice invertido situado no centro do planeta (subsolo e solo), projetando-se os lados da pirâmide em direção ao ponto onde termina a atmosfera (espaço aéreo).

As bordas externas dessa figura geométrica são as fronteiras.

Mas há um conceito velho e um conceito novo de fronteira. A partir da distinção feita por Fawcett entre fronteira (zona) e limite (linha geodésica ou natural-geográfica), bem como a partir do conceito de "isóbara política" formulado por Ancel, reformularam-se os estudos sobre o tema, passando-se, como reflexo teórico necessário, a reformular o próprio conceito de espaço geográfico e de território estatal.

O território estatal (e suas fronteiras) deve ser estudado também em sua dimensão temporal, histórica, e não-somente espacial. Tomando de Braudel o conceito de "tempo social" as fronteiras devem ser interpretadas como disjuntores de "tempos desiguais" (Wanderley Messias da Costa). O espaço geográfico (assim como geográfico-político) é definido por Milton Santos como *"acumulação desigual de tempos: Se o impacto de um sistema de tempo sobre uma fração de espaço não fosse recorrente, cada sistema temporal poderia imprimir completamente sua marca sobre o pedaço de espaço atingido; no entanto, pelo fato de que um sistema histórico anterior deixa resíduos, há uma superposição de traços de sistemas diferentes, exceto no caso de espaços virgens, tocados pela primeira vez por um impacto modernizador cuja origem se encontra em forças externas"*

Tal concepção quadridimensional do território estatal é inafastável quando se tem por escopo a análise do processo de formação do território brasileiro. Na verdade, como se pretende demonstrar, tal processo inicia-se numa fase pré-histórica em relação ao surgimento do Direito Internacional, com a atuação da Santa Sé, como sujeito de Direito das Gentes, na divisão do mundo novo, então ignoto, entre as potências marítimas ibéricas. Tal processo, num segundo tempo, envolve acordos diplomáticos entre as duas potências navegadoras e a fixação de um primeiro desenho do território da Colônia portuguesa. Num terceiro tempo, altera-se a fronteira ocidental original por expansão humana e razões econômicas locais, seguida de ação diplomática da qual participa intensamente, em Madri, um filho do Brasil. Finalmente, num quarto estágio de tempo histórico-social, questões limítrofes pontuais são resolvidas por via diplomática ou arbitragem, configurando-se, ao cabo do processo, o atual desenho do território estatal brasileiro.

2. Pré-História do Direito Internacional

2.1 Os descobrimentos

Antes do surgimento dos primeiros escritos técnico-jurídicos sobre as relações internacionais e sobre a necessidade de um ordenamento jurídico para reger a sociedade internacional (Alberico Gentili, 1551-1608; Hugo Grócio, 1583-1645), tal questão foi posta em termos teológicos, na Espanha.

De fato, em suas aulas de teologia escolástica, em Salamanca, o dominicano Francisco de Vitória (1486-1546), pioneiramente, começou por questionar a Justiça da guerra movida pelos conquistadores contra os conquistados, no Novo Mundo; concluía por afirmar a necessidade de um novo ramo jurídico, superior ao ordenamento dos povos interessados (espanhóis e ameríndios), para dirimir a questão. E o jesuíta Francisco Suarez (1548-1617), em torno do mesmo tema, ponderava que *“se bem que cada cidade independente, cada república e cada reino constitua em si uma comunidade perfeita e formada por seus membros, contudo cada uma dessas comunidades é também, de certa forma, membro desse conjunto que é o gênero humano; nunca, de fato, essas comunidades podem se satisfazer a si mesmas, separadamente, a ponto de não terem necessidade de sua ajuda recíproca, de sua associação, de sua união, seja para o seu melhor bem-estar e sua melhor utilidade às relações econômicas, seja por causa de necessidades morais; por esse motivo, elas têm necessidade de algum direito que as dirija e as ordene nesse gênero de relações e de sociedade”* (“De Legibus ac Deo Legislatore” livro II, cap. 19, § 9º trad. de Vicente Marotta Rangel).

O nascimento do Direito Internacional, assim, está intimamente ligado aos descobrimentos marítimos e, por isso, ao nascimento do Estado moderno, ao surgimento do mercantilismo, graças à introdução dos metais preciosos americanos no continente europeu.

2.2 A Santa Sé como sujeito de Direito Internacional

O papa, chefe da Santa Sé, sempre exerceu, cumulativamente, duas funções públicas: a de soberano da cristandade católica romana e a de soberano temporal de um Estado pontifício, que se assemelhava a outro qualquer da natureza laica. Ademais, dentre os soberanos, o papa colocava-se em situação de

proeminência, elevando-se até o nível que, paralelamente, o colocava ao lado do imperador temporal do Sacro Império Romano Germânico; em razão disso, era ele quem ungia o imperador, era ele quem ditava regras sobre guerra, paz e tréguas de Deus, era ele quem arbitrava os litígios entre reis, príncipes e senhores. A Santa Sé, pois, era pessoa de Direito Internacional.

Com a unificação italiana, em 1870, as tropas do rei Vitor Emanuel II incorporaram ao reino os territórios pontifícios, dando-se-lhe a posse das edificações do Vaticano e resguardando-se-lhe os privilégios e imunidades de Direito Internacional, podendo a Santa Sé continuar a exercer os tradicionais direitos de legação (ativa e passiva) e de celebração de concordatas. Inegavelmente, a Santa Sé não poderia ser considerada um Estado, não-só por faltar-lhe território, mas, sobretudo, por inexistir o vínculo político-jurídico de nacionalidade de seus membros (inexistência de súditos). Tal situação cristalizou-se, em 1929, quando o primeiro-ministro Mussolini celebrou concordata com Pio XI, no reinado de Vitor Emanuel III.

Portanto, não sendo um Estado nem uma organização internacional (entendida esta, no sentido técnico, como associação de Estados), a Santa Sé, por razões meramente históricas, é sujeito de Direito Internacional.

E foi nessa condição, que, na fase que ousamos chamar de pré-histórica do Direito Internacional, ela, a Santa Sé, editou regras de eficácia internacional, visando à repartição do mundo a ser descoberto entre as potências marítimas dos séculos XV e XVI.

3. Os Reinos Ibéricos em disputa do Novo Mundo

3.1 - As bulas papais

Numa época de insurreições na península itálica, no século XV, com incursões de franceses, os reis católicos de Espanha, Fernando (aragonês) e Isabel, deram apoio militar ao papa conterrâneo Alexandre VI (que era um Bórgia aragonês), além de terem-no reeleito. Em contrapartida, o papa Alexandre VI decidiu apoiar as pretensões estratégicas espanholas, em relação ao Novo Mundo a ser conquistado. Afinal, a Espanha havia reconquistado o território aos mouros estando ávida pelos descobrimentos. O papa Alexandre VI, antigo cardeal aragonês

Rodrigo Bórgia, sentia-se ligado aos interesses espanhóis pelos laços de gratidão, senão de nacionalidade.

Assim, em 1493, quando do retorno de Colombo de sua viagem descobridora da América, o papa editou as bulas *Eximiae Devotionis* e "*Inter Coetera*" que, no fundo, atribuíam à Espanha a posse de todas as terras descobertas além do oceano até então ignoto; editou uma terceira bula, no mesmo ano, também denominada *Inter Coetera*" partilhando entre Portugal e Espanha as terras que se situassem aquém e além de um meridiano que passava a cem léguas a oeste dos Açores e Cabo Verde, respectivamente. Tal partição ensejou inúmeras polêmicas e disputas, uma vez que os Açores e Cabo Verde se encontram a léguas de distância entre si, além de a medida "légua" não-obter consenso. Por essas duas bulas e mais duas outras emitidas também em 1493 ("*Eximiae Devotionis II*" e *Dudum Siquidem*"), o papa espanhol acabava por atribuir à Espanha, no exercício daquela função regradora de Direito Internacional a que nos referimos acima (n. 2.2), a posse de todas as terras a serem encontradas em direção ao oeste, além do oceano.

3.2 O Tratado de Tordesilhas

A diplomacia portuguesa acabou por ensejar uma revisão dessas bulas por parte da Espanha. E a negociação culminou com o Tratado chamado "Capitulação da Partição do Mar Oceano" assinado na cidade de Tordesilhas, em 7 de junho de 1494. Tal Tratado foi ratificado pela Santa Sé, em 1506, por meio da bula *Ea quae pro bono pacis*"

Segundo as principais cláusulas desse Tratado, a Portugal seriam atribuídas as terras encontradas no oceano ou para além-dele, até meridiano que passasse a 370 léguas a oeste do arquipélago de Cabo Verde.

Essa delimitação (embora pouco precisa) leva historiadores, como Joaquim Norberto de Souza Silva, no século XIX, a formular a chamada "teoria da intencionalidade" da descoberta cabralina, reforçada pelo argumento de que Cristóvão Colombo, ao voltar de sua primeira viagem ao Novo Mundo, estivera em Portugal e ali se reunira demoradamente com o rei português D. João II, dando-lhe preciosas informações, antes de dirigir-se à Espanha.

A descoberta do Brasil foi considerada, à época, fato de importância secundária para Portugal; o Brasil atrairia a atenção da Corte só muito mais tarde, com o ciclo da cana no Nordeste e o declínio do Império português na Índia.

4. A dilatação das fronteiras do Brasil

4.1 O bandeirismo

Em 1578, morre na batalha de Alcácer-Quibir o rei português D. Sebastião, sem deixar descendentes. Assume o trono seu tio, o cardeal D. Henrique, o qual, todavia, morre em 1580. Extingue-se a dinastia de Aviz, abrindo-se, assim, a crise monárquica portuguesa. Para resolvê-la, monta-se uma união pessoal: assume o trono português o rei de Espanha, Felipe II (neto de D. Manuel I), da casa de Habsburgo, o qual era também o titular do Império Sacro Romano Germânico. A União Ibérica irá durar até 1640.

Uma primeira conseqüência dessa união pessoal constituída na Ibéria vai ocorrer no Brasil: as invasões holandesas e as francesas, em decorrência de esses países estarem em guerra contra Felipe II. As resistências opostas aos invasores por lusitanos e brasileiros vai acabar moldando certo caráter patriótico e a consciência da nacionalidade.

Uma segunda conseqüência é apontada por alguns historiadores; inexistindo conflito de interesses na Ibéria (graças à unicidade da Coroa), o trânsito de pessoas ficou mais facilitado na América, o que propiciou ao bandeirismo a expansão de suas incursões para além do meridiano de Tordesilhas. Mas essa é uma questão polêmica. Jaime Cortesão, por exemplo, entende que, durante o período filipino, as colônias na América continuaram tão-separadas como já se encontravam antes da unificação, pois "*bem longe de formar com a Espanha uma só nação, Portugal conservava todos os seus foros, liberdades e privilégios, usos e costumes, formando reino e coroa à parte, tanto na metrópole como nas províncias ultramarinas*" (p. 78).

Depois de discutir acuradamente os pólos da polêmica a respeito, Synesio Sampaio Goes faz ponderações indiscutivelmente procedentes: "*o que não se pode garantir é que o bandeirismo teria existido e se desenvolvido da mesma maneira se não tivesse havido a União Ibérica. Afinal, o movimento se iniciou nesse período e bem se pode imaginar que, sem a união, os espanhóis teriam tomado mais providências para defender as fronteiras orientais do Vice-Reinado do Peru*" E prossegue: "*com Portugal independente, ademais, os holandeses provavelmente não haveriam ocupado Pernambuco e feitorias portuguesas na África, fato que,*

provocando a escassez de escravos negros, estimulou o bandeirismo de apresamento de indígenas” (pp. 57-58).

4.2 O Tratado de Madri e Tratados posteriores

Na metade do século XVIII, tanto Portugal quanto a Espanha começaram a sentir a necessidade de revisão do Tratado de Tordesilhas. Isso ocorreu porque, no Oriente asiático, tal meridiano foi desrespeitado pela Espanha, que se apossou das Filipinas; e, na América, luso-brasileiros já tinham ocupação efetiva do Amazonas até o Javari, do Mato Grosso até o Guaporé, e do Sul.

Nas negociações do Tratado-revisor, Portugal fazia-se oficialmente representar por Tomás da Silva Teles, visconde de Vila Nova Cesveira, que era embaixador português em Madri. Mas o verdadeiro diplomata negociador que conduziu ao aperfeiçoamento do Tratado de Madri era o santista Alexandre de Gusmão, então secretário d'El Rei D. João V. O diplomata, nascido no Brasil, era profundo conhecedor de geografia e cartografia das terras da América, além de portador de imensa erudição.

Alexandre de Gusmão invocou princípio geral do Direito Romano clássico: “*uti possidetis ita possideatis*” para apoiar a pretensão brasileira afinal consagrada no Tratado de Madri, de 1750. E a segunda linha de argumentação desenvolvida por Alexandre de Gusmão foi a de que seriam preferíveis linhas naturais (acidentes geográficos) a linhas geodésicas (como o meridiano), argumentação essa também acatada em Madri.

Em 1761, todavia, firmaram Portugal e Espanha, já com novos chefes de Estado, o Tratado de El Pardo, cujo texto afirmava ficarem cancelados e anulados todos os termos do Tratado de Madri. O diplomata Synesio Sampaio Goes entende que isso ocorreu porque a nova política, quer de Espanha de Carlos III, ferrenho opositor do acordo, quer de Portugal do marquês de Pombal, que se não-conformava com a cessão da Colônia de Sacramento feita por Gusmão, fez convergirem os interesses de ambos na revogação. Na verdade, o que se estabeleceu em El Pardo foi uma suspensão ou hiato nas negociações.

Em 1777, novo Tratado é assinado: o de Santo Ildefonso. De suas cláusulas constava que ao território da Colônia portuguesa se incorporariam as porções ocupadas ao norte e ao oeste da linha de Tordesilhas (dois terços de área *excedente ao meridiano*) e, em compensação, os Sete Povos das Missões integrariam

a área atribuída à Espanha. Isso se deveu à forte exigência dos jesuítas e a sentimentos humanitários, uma vez que a aplicação do Tratado de Madri iria exigir a migração forçada de grupos indígenas que povoavam aquela região.

No primeiro ano do século XIX, Espanha e Portugal guerreiam e o reino luso perde Olivença, na Ibéria; em compensação, na América, luso-brasileiros reconquistam o território dos Sete Povos. Ainda em 1801 celebra-se o Tratado de Paz de Badajós, pondo fim ao conflito ibérico. Olivença permanece espanhola.

Quanto à Colônia de Sacramento, que havia sido fundada, por razões obviamente estratégicas, em 1680, por portugueses na margem oriental da entrada do Rio da Prata, foi tomada pelos espanhóis em 1726, os quais, em 1776 (após, portanto, a celebração do Tratado de Madri, de 1750), integram todo o atual Uruguai no Vice-Reinado do Prata. Porém, em 1821, o Uruguai é anexado ao Brasil, com o nome de Província Cisplatina, depois de ter sido ocupado militarmente por luso-brasileiros desde 1817. Recorde-se que, a esse tempo, a região pertencia à Argentina, que já era independente de Espanha desde 1816. Entre 1825 e 1828 trava-se a Guerra Cisplatina, entre Argentina e Brasil, em disputa do atual Uruguai; por meio da mediação britânica, Brasil e Argentina reconhecem, em 27 de agosto de 1828, a independência do Uruguai.

5. Questões de fronteiras, após a Independência

5.1 Demarcação de limites, no Império

O processo de formação jurídica do território estatal brasileiro deveu-se à ação competente de nossa diplomacia, que cuidou de deixar incontestes nossos limites com os países vizinhos, sobretudo na Amazônia.

O primeiro Tratado celebrado pelo Brasil imperial com um vizinho amazônico teve como parte o Peru, em 1851. Era uma "Convenção Especial de Comércio, Navegação Fluvial, Extradicação e Limites". A característica da negociação ínsita no Tratado estava em que o Brasil cedia ao vizinho direito de navegação pelas águas amazônicas e o Peru, em contrapartida, aceitava limites propostos pelo Itamaraty, que, a partir do princípio do "*uti possidetis*" partiam de linhas geodésicas perpendiculares a rios, incluindo Tabatinga, que fora um forte português originariamente construído em terras pertencentes à Espanha.

Em 1859, foi celebrado Tratado com a Venezuela, denominado "Tratado de Limites e Navegação Fluvial" adotando-se o mesmo princípio. Trabalhos de campo (de demarcação) prosseguiriam por mais de um século: o ponto mais alto do Brasil, o Pico da Neblina, só foi descoberto em 1964.

Em 1867 firmou-se Tratado com a Bolívia, denominado "De Amizade, Limites, Navegação, Comércio e Extradicação" tendo o Itamaraty usado da mesma estratégia, buscando confirmar o princípio do *uti possidetis*."

Synesio Sampaio Goes assim sumaria a ação diplomática na demarcação amazônica no período imperial: *'um dos 'milagres' da História do Brasil é a Amazônia brasileira durante a maior parte de sua vida colonial o Estado do Grão-Pará e Maranhão, independente de Salvador e, depois, do Rio de Janeiro ter composto, com o 'Estado do Brasil', o relativamente homogêneo Império que nasceu com o grito do Ipiranga. Se é verdade que a unificação já havia sido feita em 1774, pelo Marquês de Pombal, é também verdade que as comunicações entre Belém e o Rio, à época da Independência, continuavam tão difíceis quanto em 1621, quando se criou, exatamente por essa razão, o Estado do Maranhão'* (p. 138).

5.2 Demarcação de limites, na República

a. A questão de Palmas

O território contestado (por Argentina e Brasil) de Palmas sempre esteve administrado pelo Brasil, como argumentou Rio Branco, advogado das pretensões brasileiras perante o árbitro escolhido por consenso, o presidente dos Estados Unidos da América, M. Grover Cleveland. O laudo, de 5 de fevereiro de 1895, deu como bem fundadas as razões do Brasil. Adverte Synesio Sampaio Goes que esta questão foi, do ponto de vista estratégico e militar, a mais importante matéria de fronteira conduzida por Rio Branco: *"se a Argentina, o tradicional adversário, então superior em vários campos, ganhasse a contenda, o Rio Grande do Sul ficaria unido ao resto do Brasil por um estreito corredor de apenas 250 km"* (p. 147).

b. A questão do Amapá

A controvérsia entre franceses e luso-brasileiros em torno do Cabo Norte datam da fundação de Belém (1616) por portugueses e de Caiena (1634) pelos franceses. Nesse ínterim, os portugueses expulsaram estrangeiros que ocupavam pontos às margens da foz estratégica do Amazonas. Em 1637, criaram a Capitania do Cabo Norte, para garantir as posições conquistadas. Mas sempre houve ocupações esporádicas de franceses e reações portuguesas. Vários tratados tentaram equacionar os limites com a Guiana (entre eles o de Utrecht, de 1713), mas os próprios textos dos tratados suscitavam dúvidas e incertezas, de parte a parte, quanto à exata situação dos rios tomados como limite. Por fim, em 1897, no Rio de Janeiro, firmou-se compromisso arbitral, tendo sido designado árbitro o Conselho Federal suíço.

Mais uma vez o advogado das pretensões brasileiras foi o Barão do Rio Branco. O Colegiado Governamental suíço deu ganho de causa ao Brasil, em laudo proferido em 1º de dezembro de 1900.

c. A questão com a Guiana Inglesa

Inglaterra e Brasil negociavam, desde a segunda metade do século passado, a delimitação exata da fronteira com a Guiana Inglesa. A questão foi levada à arbitragem do rei italiano Vitério Emanuele III, que, em 1904, pronunciou seu laudo, em que traçou uma linha divisória, a qual, todavia, descontentou os brasileiros, pois atribuiu à Guiana Inglesa área maior do que a atribuída ao Brasil. *“O que procurou o árbitro”* ensina Synesio Sampaio Goes (p. 157), *“alegando que os documentos exibidos pelas partes não constituem títulos históricos e jurídicos suficientes, foi dividir a região entre os contendores e adotar fronteiras naturais, rios e montes. Preferiu, entretanto, aos divisores de água das bacias, o que certamente seria mais justificável, os próprios cursos d’água. Para defender essa preferência foram alegadas razões secundárias, de menores despesas e maiores facilidades de demarcação, já que os divisores correriam por uma região de campos periodicamente alagados”*

O defensor do interesse brasileiro nessa questão foi Joaquim Nabuco.

d. A questão do Acre

No final do século XIX, a Amazônia recebeu fluxos migratórios provindos do Nordeste brasileiro, em busca da atividade seringueira. A região limitada pela linha geodésica entre Brasil e Bolívia, onde se instalaram e exerciam seus trabalhos, não lhes era conhecida com exatidão.

Um dos seringueiros, Plácido de Castro, liderou uma revolta, ao saber que as terras que ocupavam eram bolivianas e que a Bolívia estava negociando a cessão da exploração econômica da região a uma empresa britânica, "Bolivian Syndicate". Toda a riqueza da região era, afinal, produzida por cerca de 60 mil brasileiros que a habitavam de longa data. O presidente boliviano, pessoalmente, começou a deslocar tropas para a área. O Barão do Rio Branco, então chanceler brasileiro, também fez com que tropas brasileiras para ali marchassem, dando como sua e oficial a interpretação de que a área pertencia ao Brasil.

Fez-se trégua e, depois de meses de negociação transcorrida em Petrópolis, foi assinado em 17 de novembro de 1903 o Tratado entre Bolívia e Brasil. A Bolívia cedia ao Brasil a imensa área correspondente ao atual Estado do Acre, mediante compensações: algumas territoriais (no Mato Grosso), algumas de prestação de serviço (construção da estrada de ferro entre Porto Velho e Guajará-Mirim), outras indenizatórias (dois milhões de libras esterlinas).

e. Tratados com Equador, Colômbia e Peru

Em 1904, o Brasil celebra Tratado com o Equador (que tinha pretensão, contestada pelo Peru, na área limítrofe com o Brasil).

Em 1907, celebra-se Tratado de limites entre Brasil e Colômbia.

Em 1909, Brasil e Peru assinam Tratado de limites.

Completo-se, assim, a importante obra diplomática da consolidação das fronteiras desenhadas, a partir do descobrimento, pelos intrépidos luso-brasileiros que, no dizer de Guilherme de Almeida, "*Brandiram achas e empurraram quilhas, vergando a vertical de Tordesilhas*"

6. Conclusões

Percebe-se que o processo de formação jurídico-política do território brasileiro começa embrionariamente ainda na pré-história do Direito Internacional, com papas editando bulas de partição dos oceanos e de terras além deles existentes. Tal processo perpassa por intrigas diplomáticas palacianas nos reinos ibéricos, com a curiosa e misteriosa estada de Colombo em Lisboa, na volta de sua primeira viagem ao Mundo Novo, continua com a celebração do Tratado de Tordesilhas e ganha novos aspectos emocionantes com o bandeirismo dos primeiros povoadores e seus descendentes brasileiros, à cata de índios e de ouro, no Sul e Oeste, e em busca de estabelecer núcleos de povoamento e extração, na Amazônia. Tal processo passa também pela obra diplomática do santista Alexandre de Gusmão, que, a serviço do Reino português, consolida e torna respeitado o princípio do "*uti possidetis*" em Madri. E percebe-se, finalmente, que o processo se cristaliza, quer por meios convencionais, quer por arbitragens internacionais, durante o Império e a República.

Quanto ao conceito de território estatal, a análise do processo de sua formação jurídico-política, sobretudo no caso do Brasil, vem demonstrar que esse elemento constitutivo do Estado não se reduz a mera figura geométrica tri-dimensional (com comprimento, largura e profundidade), mas que, ao contrário, ostenta uma quarta dimensão histórico-temporal, sem a qual não seria ele entendido na sua inteireza, como acumulação desigual de tempos.

São Paulo, abril de 1999.

7 Bibliografia

- ACCIOLY Hildebrando. *Limites do Brasil: a fronteira com o Paraguay* São Paulo, Cia. Edit. Nacional, 1938.
- ARMITAGE, João. "*História do Brasil*" São Paulo, Itatiaia/Edusp, 1981.
- BATH, Sérgio. "*Cinco Tratados históricos (1494-1895)*" Brasília, Instituto Rio Branco, 1980.
- BEVILACQUA, Clóvis. "*Direito Público Internacional*" Rio, Francisco Alves, 1910, tomo 1, §§ 64 e ss.
- BURNS, Edward McNall. "*História da Civilização Ocidental*" trad. de Lourival Gomes Machado, Porto Alegre, Globo, 1948.

- CERVO, Amado e BUENO, Clodoaldo. "*História da Política Exterior do Brasil*" São Paulo, Ática, 1992.
- CORTESÃO, Jaime. "*Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madri*" Rio, Instituto Rio Branco, s.d., 8 v.
- COSTA, Wanderley Messias da. "*Geografia Política e Geopolítica*" São Paulo, Hucitec/Edusp, 1992.
- EU, Luis Filipe M. F. Gastão de Orleans, Conde d'. "*Viagem militar ao Rio Grande do Sul*" São Paulo, Itatiaia/Edusp, 1981.
- FAUSTO, Boris. "*História do Brasil*" São Paulo, Edusp, 1995.
- GOES, Synesio Sampaio. "*Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*" Brasília, Ipri, 1991.
- GUICHONNET, Paul e RAFFESTIN, Claude. "*Géographie des frontières*" Paris, Presses Universitaires de France, 1974.
- HEREDIA, Vicente Beltrán de. "*Francisco de Vitoria*" Barcelona, Labor, 1939.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. "*Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil*" São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1977
- RANGEL, Vicente Marotta. "*Direito e Relações Internacionais*" 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997
- REZEK, J. F. "*Direito Internacional Público*" 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- ROBLEDO, Antonio Gómez. "*Fundadores del Derecho Internacional: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*" México, Unam, 1989.
- SANTOS, Milton. "*Por uma geografia nova*" São Paulo, Hucitec/Edusp, 1978, pp. 203-211.
- SERRA, Antonio Truyol y. "*Fundamentos de Derecho Internacional Publico*" Madri, Tecnos, 1977, caps. IX e X, pp. 131-223.

O REINADO DE D. MANUEL E AS ORDENAÇÕES MANUELINAS

Luiz Carlos de Azevedo

Professor Associado do Departamento de Direito Processual da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo:

No ensejo das comemorações dos quinhentos anos da descoberta do Brasil, importa considerar o seu primeiro governante, D. Manuel I, e a legislação que leva o seu nome. Colocam-se em relevo aspectos mais importantes de seu reinado, no âmbito da política interna e externa, bem como a vivência sócio-cultural contemporânea ao século XVI. Segue o exame das inovações, correções e acréscimos ocorridos na legislação, com a edição das Ordenações Manuequinas; entre outros, a aplicação do Direito subsidiário, a descrição das atribuições e encargos dos funcionários da Coroa, o Direito Processual, o valor dos assentos na interpretação autêntica da lei. Conclui-se, acentuando a importância da História do Direito, como fator de conhecimento da origem e desenvolvimento das instituições e do alcance que estas ainda possuem no contexto do ordenamento jurídico vigente.

Abstract:

In the opportunity of the commemorations of the five hundred years of the discovery of Brazil, it matters to consider its first ruler, D. Manuel I, and the legislation that takes his name. The more important aspects of his reign are studied in the ambit of internal and external politics, as well as the contemporary sociocultural existence in the XVI century. Continuing on his study, he examines the innovations, corrections and increments happened in the legislation with "Ordenações Manuequinas" edition; among others, the application of the subsidiary right, the description of the attributions and responsibilities of the Crown's employees, the Procedural Law, the value of the "assentos" in the authentic interpretation of the law. It is ended accentuating the importance of the History of the Law, as factor of knowledge of the origin and development of the institutions and of the reach that these still possess in the context of the effective juridical system.

Unitermos: D. Manuel; Reinado; estilo; cultura; política interna e externa.

Sumário:

1. Introdução; 2. D. Manuel I; 3. O século XVI; 4. O Reinado de D. Manuel: política interna e externa; cultura; estilo Manuelino; 5. O Direito: as Ordenações Manuelinas; 6. Os cinco livros das Ordenações Manuelinas; 7. Conclusão.

1. Introdução

Três foram os motivos que nos levaram à escolha do tema para a aula a ser proferida nesta manhã de agosto de 1999.

Em primeiro lugar, situa-se ele na parte do programa que cuida da História do Direito brasileiro e do Direito luso-brasileiro, por força da ascendência que os congrega: diz, assim, mais de perto com as nossas origens e instituições.

Além disso, pela proximidade com que nos encontramos com as efemérides que marcam a passagem dos cinco séculos da descoberta do Brasil, oferece-se pertinente a preferência, pois tem a ver com um dos momentos culminantes da história de Portugal e com o ponto de partida da história de nossa Pátria.

E, em terceiro lugar, porque foi D. Manuel, em realidade, o nosso primeiro governante: ademais, durante o seu reinado, promulgaram-se as Ordenações que levam o seu nome, certamente o primeiro corpo legislativo que aqui conheceu efetiva vigência; com efeito, nas duas décadas que o antecedeu, as Afonsinas tiveram mínima ou nenhuma repercussão na terra de Santa Cruz, pois a política de assentamento e colonização só se iniciaria anos após a descoberta, dado que o interesse maior da metrópole dirigia-se para o comércio com o Oriente e com as Índias. Por outro lado, as Ordenações Manuelinas, embora revogadas pelas Filipinas, em 1603, acabaram perdurando no tempo, pois grande parte de seu conteúdo passou à legislação subsequente; assim, inúmeras de suas disposições continuaram em vigor, resistindo mesmo após a Independência do Brasil ao segundo Império, e até à República, quando, finalmente, viu-se promulgado o Código Civil (1917).

2. D. Manuel I

Diz-se de D. Manuel que o nomearam venturoso; ou ainda felicíssimo, segundo as palavras de Damião de Góis; isto porque, sob sua égide desencadearam-se as descobertas e o alargamento desmesurado do Império Ultramarino, desde as Índias, tão cobiçadas por suas riquezas e especiarias, até o Labrador e a Terra Nova, no outro extremo do mundo; desde o interior das Áfricas e o contato com o legendário Preste João, até os confins do Oriente e à China, quando os ousados navegadores desembarcaram em Cantão. Bem lhe ajustavam, pois, os títulos a que se refere o prólogo da compilação, considerando-o, por graças de Deus, rei de Portugal, dos Algarves, daquem e d'além-mar, senhor da Guiné, e da Conquista e Navegação e Comércio da Etiópia, Pérsia, Arábia e Índia; títulos sobejamente verdadeiros e que falsos não soavam, como assim pareceriam aos seus sucessores, por se perder no curso do tempo a maior parte de tantos domínios.

Mas sua ventura não estava restrita ao périplo dos descobrimentos, podendo ecoar em outro sítio, isto é, na fortuna da sucessão, pois D. Manuel muito longe se encontrava na descendência, para haver lugar ao título; e, não-obstante, às suas mãos acabaria ele chegando: embora bisneto de D. João I, fundador da dinastia de Aviz, neto de D. Duarte, sobrinho de D. Afonso V e primo irmão de D. João II, muitos lhe antecederiam na real estirpe; mas o destino os foi afastando do trono, tanto que o infante Afonso, filho do príncipe perfeito, morre em inesperado acidente; o próprio rei pouco dura, definhando em dor que lhe antecipa a morte; na seqüência, os filhos de D. Fernando, mais velhos do que D. Manuel, vão gradativamente se extinguindo: dos irmãos, D. João morre moço, D. Diogo acaba assassinado, D. Dinis, D. Duarte e D. Simão igualmente não sobrevivem. E D. Jorge, filho bastardo de D. João II, é descartado por influência da rainha D. Leonor, a qual prefere, por certo, que o irmão mais jovem assumo o reino.

Daí lhe sobra o cetro e bem assim as façanhas que haveria de empreender, como senhor deste poderoso império que estava por formar.

3. O século XVI

Mais venturoso seria, ainda, pela época em que lhe foi dado viver e reinar: reabilita-se o pensamento pelo retorno à antiguidade clássica, conhece-se enorme impulso nas letras e nas artes, reaviva-se o humanismo, opera-se a

renovação da escolástica, primeiro com Vitória, a seguir, com Suarez e De Soto. Desenvolve-se o comércio, difunde-se o saber pela descoberta da imprensa, deslumbra-se o velho mundo com o encantamento proporcionado por um mundo novo que a todos seduz e empolga.

Portugal coloca-se no entrechoque deste impacto: e se demora, talvez, em aceitar as inovações, carregado que ainda está na mundividência dos senhorios, antecipa-se em afrontar os dogmas da inabitalidade das zonas tórridas, do abismo dos oceanos, da inexistência de outros seres ou dos antípodas, por força da aventura que comanda; e o romance desta empresa será descrito tanto pela epopéia camoniana quanto pela peregrinação de Fernão Mendes Pinto: são heróis, reis e santos, mas são também os representantes da arraia-miúda, o povo que se lança ao deslumbramento e fascínio do ignorado e que se envolve neste contato entre duas civilizações: entre o ontem e o hoje, enfim.

4. O Reinado de D. Manuel: política interna e externa; cultura; estilo Manuelino

Sobre D. Manuel e seu reinado, sobressaem, nas fontes, a obra do humanista Damião de Góis, "Crônica do felicíssimo rei D. Manuel" de 1566; a par dela, *De rebus Emmanuelis gestis* de autoria do bispo de Silves, Jerônimo Osório, outro renomado cultor das letras do século XVI (1571). E, ainda, a prefação da edição das Manuelinas, publicada pela Real Imprensa da Universidade de Coimbra, em 1797 cujo autor foi Francisco Xavier de Oliveira Mattos. E é Damião de Góis quem afirma ter sido o monarca "*homem de muito negócio e muito contínuo no despacho das coisas que por sua mão passavam*". Sem pretender acompanhar em tudo os elogios do cronista, e atendendo, como outros, que seu reinado conheceu tanto luzes quanto sombras, é de afirmar que D. Manuel foi político prudente e equilibrado, tendo levado em conta sempre como propósito o resguardo dos interesses da nação; para isso, deu todo empenho em manter a marcha ascendente que o fortaleceria no governo, buscando a centralização da administração pública, procedendo a reforma dos forais, atualizando os encargos tributários, tendendo francamente ao absolutismo, institucionalizando o Estado burocrático e mercantilista.

Em matéria de política externa, houve-se com igual habilidade, preferindo manter-se neutro nos vários conflitos que se sucediam à sua volta; e em seus três casamentos, nos quais almejava uma nunca alcançada hegemonia ibérica,

soube, pelo menos, dignificar a Coroa portuguesa frente aos demais reinos, estabelecendo uniões com rainhas de influência e importância no contexto das monarquias européias. Por outro lado, redobrou-se o esforço no sentido de dar expansão à política ultramarina.

No campo sócio-cultural, reformam-se os estudos gerais da Universidade, dá-se particular incentivo à literatura e às artes: na transição entre o mundo feudal e o classicismo, e antecedendo a Sá de Miranda, Gil Vicente traz à Corte, sem temor a represália, suas mordazes peças teatrais, enquanto Francisco Henriques, Álvaro Peres e Jorge Afonso sucedem na pintura ao gênio de Nuno Gonçalves e aos seus célebres painéis de S. Vicente de Fora.

O estilo manuelino, de formas sólidas, robustas, decorativas, em toques orientais, simbólicos, retrata as inquietudes espirituais desse período, no qual sobreleva um modo peculiar de vida, um sentimento nacional, aventureiro, mítico; é o que nos contam as pedras dos Jerônimos e mais, ainda, os contornos da famosa janela situada no pátio interno da Casa do Capítulo do Convento de Cristo, na templária cidade de Tomar.

5. O Direito: as Ordenações Manuêlinas

Em seus respectivos reinados, os soberanos haviam cuidado de determinar a compilação das leis de caráter geral, para conhecimento de seus súditos, tarefa que só se ultimou ao tempo de D. Afonso V, em meados do século XV

Desde então, até o período em que D. Manuel assumiu o trono, a legislação extravagante engrossara, exigindo a necessidade de se promulgar novo édito, que àquele primeiro substituisse. Por outro lado, era preciso atualizar e dar correta interpretação aos textos legais, ainda vinculados a um passado que a renovação das idéias exigia.

Ademais, a possibilidade de se imprimir e divulgar a obra e, ainda assim, a oportunidade de acrescentar a seus muitos feitos a memória das novas ordenações levaram D. Manoel a encomendar a empresa a seus letrados: por carta régia de 9 de fevereiro de 1506, nomeia o chanceler Ruy Boto, o licenciado Ruy da Grã e o bacharel João Cotrim para esse fim. Mais tarde, igualmente seriam colaboradores João de Faria, Pedro Jorge e Cristovão Esteves.

Uma primeira impressão, ocorrida em 1514, foi substituída por outra, definitiva, datada de 1521, já às vésperas da morte do monarca; ao editá-la, pretenderam este e seus legisladores fazer uma nova compilação, tirando tudo de sobejo e supérfluo e *emadendo no minguado*, isto é, acrescentando o que faltava, suprimindo defeitos, concordando as contrariedades e declarando no sentido de por às claras, o que estava escuro ou difícil.

Maior alteração se observa no estilo, passando ao decretório: não mais, e a não ser excepcionalmente, uma repetitiva coleção de disposições; e não mais a menção dos reis que as editaram: procura-se dar ao conteúdo a feição de corpo legislativo. Mantém-se, todavia, a distribuição da matéria em cinco livros, e estes em títulos e parágrafos.

A influência do Direito Romano Canônico subsiste, bem como a vigência subsidiária daquele, embora já se justifique a guarda das leis imperiais somente quando fundadas na boa e natural razão, (O.M. II, 5, pr) longínquo prenúncio da lei que mais tarde por tal nome se identificaria.

6. Os cinco livros das Ordenações Manuelinas

Sem pretender ir além da exemplificação, cumpre abordar algumas destas alterações, supressões e acrescentamentos que nos ditos livros se contêm:

- a. O primeiro livro cuida dos regimentos e dos cargos e atribuições das pessoas destinadas à administração judiciária, ali se incluindo, entre muitos, chanceleres-mor, desembargadores, corregedores, ouvidores, e também meirinhos, porteiros, carcereiros; mais adiante, trata da administração em geral: vereadores, almotacés, alcaides, tabeliães. Enfim toda a máquina administrativa e burocrática do Estado.

Sobre os inquiridores, referidos apenas em dois parágrafos do título 41 das Afonsinas, há agora cuidadoso tratamento, no qual se observa o propósito da apuração da verdade dentro da correção e imparcialidade, chegando o texto legal a minuciosos detalhes, como, por exemplo, que o inquiridor não tome refeições com a parte, porque, "*por azo de comer, poderá ser afeiçoado a ela*"... (Tít. 65, § 5).

O título 73, igualmente novo, reconhecendo a responsabilidade dos cargos, prescreve que só poderão servir à Justiça, Fazenda ou governança das cidades e vilas os maiores de vinte e cinco anos.

Sobre os quadrilheiros, *“para que melhor saibam prender os malfeitosres, evitando os maleficios que estes causam”* há toda uma regra de conduta e instruções, distribuída em treze extensos parágrafos (Tit. 54). Como se vê, há todo um cuidado para com a administração no sentido de que esta não falte; e quando presente, bem saiba agir.

- b. No segundo livro, que trata dos privilégios da Igreja e pessoas eclesiásticas, direitos e bens da Coroa e da forma de sua arrecadação, além de outras matérias, há que se ressaltar, entre outras passagens, que toda a legislação especial, relativa aos judeus e mouros (títulos 66 até 121), constante das Afonsinas, ficou reduzida a apenas dois títulos (41 e 42), repetindo o primeiro a lei datada do final do século, a qual determinara expulsar do reino aqueles que não quisessem se batizar, convertendo-se à fé cristã. Mais tolerante para com as minorias do que o seu sucessor, que irá estabelecer a inquisição em Portugal, D. Manuel, neste passo, houve por ceder aos apelos dos reis católicos, mesmo porque havia se casado com Isabel, filha destes e herdeira presuntiva de Leão, Castela e Aragão, podendo deste enlace resultar a tão desejada unificação dos reinos ibéricos (Lei de 5/XII/1496).

No título 45 incorpora-se à compilação a reforma que havia sido efetuada nos forais; na verdade, porém, e a esse tempo, haviam eles perdido o seu sentido político, mais se assemelhando, assim, a regimentos de natureza tributária e aduaneira. É interessante observar que tanto nas Manuelinas, quanto nas Filipinas, que se lhas seguirão, neste capítulo o estilo difere do decretório, vindo na primeira pessoa do plural: *“mandamos fazer os ditos forais e mandamos aqui incorporar e é o seguinte de verbo a verbo”*; seu neto, Filipe II de Espanha e que seria o primeiro de Portugal, repete: ... *“antes que D. Manoel, de gloriosa memória, meu avô, mandasse fazer os forais ...*

Na verdade, de longa data estes diplomas já existiam, pelo que não haviam sido "feitos" por D. Manuel: este reorganizara-os, dando-lhes outra dimensão, assim agindo com o intuito de centralizar os poderes junto à Coroa. Aliás, este cuidado aparece amiúde em outras passagens: aqueles atos mais importantes que haviam de passar pelo crivo real, cujo efeito durasse mais de ano, não seriam determinados por alvarás, mas por cartas patentes, sempre devendo figurar no começo o nome de D. Manuel. A não ser assim, *“nenhuns seriam”* (Tit. 20, § 5).

No título 17 vem transcrita a Lei Mental, que não-constara das Afonsinas, provavelmente por instância dos ricos-homens e ricas-donas, que não apreciariam, por certo, a maneira ali disposta no tocante à sucessão das terras, quando não houvesse varão para herdar, pois em tal caso, retornavam elas à Coroa do reino ...

Também aqui se refere a lei a "*D. Duarte, meu avô ...*" sendo mais uma exceção ao estilo dos decretos, adotado em caráter geral nas Manuelinas.

Quanto ao Direito subsidiário, diferindo em parte do texto afonsino (Liv. II, Tít. 9), as Ordenações Manuelinas estabelecem que quando o caso não for determinado por lei, estilo ou costume do reino, seja julgado pelos santos cânones, sendo matéria que traga pecado; se não, pelas leis imperiais, pelo Direito Romano, posto que os sacros cânones digam o contrário. E mesmo aquele, somente se guardara pela boa razão em que se fundar. A seguir, aplicam-se as glosas de Acursio e a opinião de Bártolo, desde que não contrariem a comum opinião dos doutores (Liv. II, Tít. 5).

- c. O Livro III contempla o processo civil: embora atualizado e reformado em várias passagens, não se isenta de excessivo formalismo, circunstância que proporcionará subsequente revisão legislativa já sob o reinado de D. João III (carta de 5 de julho de 1526).

Na verdade, imperfeições no trato da matéria, rebuscamento do estilo, lacunas aqui, repetições acolá, não permitiram fornecer à ordem do Juízo estabelecida no ordenamento manuelino a simplicidade e brevidade que dela se esperava.

No entanto, empenhou-se o legislador nesse propósito, seja por manter e até ampliar o rol das causas submetidas ao procedimento sumário (Tít. 36), seja por introduzir a ação de assinação de dez dias, ou ação decendiária, pela qual o credor pretendia haver do devedor quantia ou coisa a que este se obrigara, conforme provava escritura ou alvará feito e assinado (Tít. 16). Precursora da atual ação monitória (art. 1.102, "a" "b" e "c" do Código de Processo Civil) trazia salutar medida ao determinar que o vencido pagasse em dobro o principal, revertida esta última parte às obras pias.

Outra nota positiva é a clareza com que define a contagem dos prazos: para o termo inicial, não se entenderá o dia em que assinado; mas o último dia em que se acabou o termo será compreendido, salvo se feriado, quando se

prorrogará até o dia seguinte (Tít. 12). É o que dispõe o atual Código de Processo Civil no art. 184 e seus parágrafos.

Integram-se ao processo várias figuras de intervenção de terceiro, desconhecidas nos éditos anteriores: assim, o oponente, o assistente (Tít. 15, § 14) o terceiro embargante (Tít. 71, § 32).

Embora já existisse nas Afonsinas o estormento do agravo, meio pelo qual se pedia, por escrito, a correção do gravame causado por sentença interlocutória simples, contra a qual não era permitido apelar, o agravo, com a característica de recurso próprio contra essa sentença, surgirá somente nas Manuelinas; v.g., Tít. 77. §§ 1 e 17

Finalmente, foi nas Manuelinas que se firmou e se ampliou o conceito do *"prior tempore potior iure"* (Tít. 74): *"o credor, que primeiro fizer execução" "e per ella penhora"* nos bens do devedor, *"precederá os outros, posto que sejam primeiros em tempo"*; leis posteriores, já no século XVIII, iriam estabelecer a *"par conditio creditorum"* mas, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, retornou-se àquele sistema tradicional de precedência da primeira penhora (art. 612).

- d. Chega-se ao Livro IV que trata, na maior parte, do Direito Civil, estendendo-se na parte relativa aos contratos e ao Direito Sucessório, pelo que guarda a marca do Direito Comum e as origens Justinianéias. O Título 82 traz matéria nova, esclarecendo que, *"para evitar enganos e demandas"* (...) *"pessoa alguma não faça venda alguma, nem troca que desigual seja, a seu filho, neto ou outro descendente, sem consentimento dos outros filhos, netos ou descendentes"* ... disposição que passaria às Filipinas, Tít. 12, chegando ao nosso Código Civil, arts. 1.132 e 1.164, II. Anote-se, contudo, que a recusa ao consentimento, na legislação reinol, podia ser suprida pela licença real.

No sentido de resguardar a dignidade do cargo para o qual haviam sido investidos, corregedores, juizes e outros oficiais não podiam adquirir bens de raiz nas localidades onde exerciam seus ofícios, nem arrendar coisa alguma aos rendeiros do rei (Tít. 38 e 39). E para que nenhuma pessoa, de qualquer estado ou condição, não faça contrato simulado, prescreve-se a perda do bem para as partes que assim agirem, a par da pena de degredo para a ilha de São Tomé ou para os lugares da África, substituído o primeiro destino para o Brasil

na Ordenação seguinte (O.M. Tít. 15; O.F. Tít. 71). Não-obstante, embora se considere este contrato "nenhum" por direito, se o faltoso, antes da acusação, comunica o defeito à Justiça, "*não incorrerá em pena alguma*" e será perdoado.

O Direito medieval da avoenga, pelo qual os bens imóveis herdados dos pais ou avós submetiam-se a regime específico de transmissão, dando-se preferência aos parentes, é definitivamente abolido nas Ordenações Manuelinas, Tít. 25. As Afonsinas já haviam "corrigido" antiga lei a esse respeito, oriunda de D. Afonso II, (O.A. Liv. IV. Tít. 37 § 2) por entender que ela, a par de não ter sido usada e nem guardada, contrariava o Direito Comum; mas mantivera o título 38, sobre a dita lei, enquanto que a legislação de D. Manuel, de modo incisivo e claro, além de suprimir todo este último título, dispõe que "*cada um possa vender seu herdamento e coisas que tiver e não seja constrangido de as vender contra a vontade*".

- e. Não há como pintar com cores amenas o atribulado caminho para a outorga das liberdades: naquele século XVI, e por longo tempo ainda, ficariam os réus à mercê das disparidades de tratamento, segundo suas condições e estado; e à mercê da discricionariedade e arbitrariedade dos juízes, que não lhes davam conta das razões porque haviam sido condenados; e se sujeitavam às violências do sistema, açoites, mutilações, degredo para os limites mais distantes do reino, quando não a pena de morte "por ello" Este era o trato, do qual não se eximiu a legislação penal disposta no Livro V. farta e severa na aplicação de sanções dessa natureza, conforme ocorria, aliás, e na mesma intensidade, nos demais corpos legislativos das nações européias.

Sem que se desvaneça esta impressão negativa, que passaria à história como exemplo do desprezo que se votava à liberdade individual, cabe apontar a existência, na legislação manuelina, de dois institutos, ambos ascendendo à remota origem, dado que provêm dos mais antigos forais: são as seguranças reais que se solicitam à Justiça, não por criminosos, mas por inocentes "*que temem com justa causa ser inquietados por outros*" (Forais de Fresno. 1.152m Urros, 1.182m Freixel, 1.195, Touro, 1.220, Ordenações Afonsinas, Liv. V 122, Manuelinas, V 50 e Filipinas, V 128). E, a par destas, as cartas de seguro, tão antigas quanto as primeiras, e que se oficializaram nas Cortes d'Elvas de 1361; consistiam no decreto pelo qual o juiz concedia ao réu pronunciado para captura a faculdade de comparecer em juízo e, sob certas condições, regressar solto do

crime de que era acusado. Sob esta promessa judicial, o réu permanecia em liberdade, até que se concluísse a causa (Cortes d'Elvas, 1361, art. 84; O.A. Liv. V Tít. 57; O.M. V. Tít. 49; O.F. V Tít. 129).

Importante matéria consta do Título 58, quando ali se estabelecem as cominações a que se sujeitavam desembargadores, corregedores, ouvidores e julgadores que não-cumprissem e guardassem as ordenações: anulação do julgado, suspensão do ofício, pagamento de multa às partes no valor de vinte cruzados; era uma forma de coibir abusos, peitas ou erronias dos magistrados, nem sempre ciosos de seus deveres e responsabilidades.

Além disto, este mesmo título cuida da interpretação autêntica da lei, transcrevendo e ampliando disciplina colocada, pela primeira vez, em alvará datado de 1518: este privilégio do rei é transferido para a Casa da Suplicação, de tal forma que, quando os desembargadores tiverem dúvida no entendimento de alguma ordenação, devem levá-la ao regedor, o qual, na Mesa grande, e com os desembargadores que bem lhe parecer, a determinará; e segundo o que foi ali determinado, se "*poerá a sentença*" (O.M. Liv. V. Tít. 58, 1) que se registrará em livro próprio.

Desta prática surgiram os assentos, cujo valor normativo se identificava com o das próprias leis interpretadas; com o tempo, porém, também as Relações do Porto, Goa e Rio de Janeiro passaram a ditar assentos, dando ensejo às várias exegeses, circunstância que levou a Lei da Boa Razão a restringir este direito somente àquele primeiro tribunal superior. Por outro lado, e a partir daí, o assento da Casa da Suplicação tornou-se norma cogente, elevando-se à categoria de fonte imediata de direito (Lei de 18 de agosto de 1769, § 8º).

Com a criação da Casa de Suplicação do Brasil, em maio de 1808, este tribunal adquiriu competência para proferir assentos no campo de sua jurisdição, assim agindo até sua transformação em Supremo Tribunal de Justiça, ocorrida após a independência.

Quando se cuida, agora, da introdução da súmula vinculante em nosso Direito, apresentam-se de indiscutível valor os subsídios históricos aqui anotados a respeito do alcance e extensão que se deu, àquele tempo, aos assentos emanados dos tribunais competentes para o julgamento de recursos.

7 Conclusão.

Mesmo após a emancipação política, continuaram em vigor no Brasil as Ordenações do Reino bem como as numerosas leis extravagantes editadas no interregno, de modo que o Direito que aqui se aplicava, continuou recebendo a influência de um atávico condicionamento histórico, já que adjungido à tradição jurídica lusitana e, por conseqüência, aos princípios do Direito Comum.

E se, com o correr dos anos, o nosso Direito não se mostrou infenso e nem afastou a contribuição de novos conceitos, também não-destruiu, pelo contrário, consolidou a obra formada no passado, adaptando-a às necessidades do meio e às evoluções próprias do ambiente social. Anos atrás, os professores Paulo Merea e Braga da Cruz acentuavam que este labor não é resultado tão-só das velhas ordenações e dos seus preceitos, muitos deles já ultrapassados e obsoletos: veio expurgado, para que lenta e sabiamente se erguesse uma estrutura capaz de atender aos anseios da nação nova, constituindo o produto da colaboração harmoniosa dos órgãos legislativos, da doutrina e da jurisprudência.

Até o Direito Processual, sempre solerte em acompanhar este constante evoluir, deixou anotado na Exposição de Motivos do Código vigente que esse estatuto, embora moldado nos modernos princípios da técnica legislativa, não desatendeu aos velhos princípios fundamentais que o instruem e sustentam: assim, conservação e inovação se harmonizaram, isto porque o reformador não deve se esquecer de que por mais antigo que seja o edifício, sempre dele se obtém, quando demolido, materiais úteis às construções futuras.

Pode-se concluir, então, afirmando que o passado, visto sob tal enfoque, passado na verdade não é, pois continua presente nas mais variadas manifestações do agir humano; por outro lado, aquilo que se diz inédito, nem sempre em verdade o é, quando aparenta.

Este o sentido que se há de reconhecer ao estudo da história e da História do Direito: deste empenho, estar-se-á compreendendo melhor a origem, formação e desenvolvimento do instituto ou dos institutos examinados; estar-se-á conhecendo o alcance da contribuição que deram para a composição de nosso ordenamento jurídico; e se estará visualizando a maneira como eles se projetaram até a atualidade e de que modo continuam repercutindo na estrutura da legislação vigente.

Bibliografia

- AZEVEDO, Luiz Carlos. Carta de Seguro, "habeas corpus" lusitano, in *Ciência Penal*, ano III, v. 3, 1976, p. 133.
- BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Formação histórica do moderno Direito Privado português e brasileiro, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 50, 1955, pp. 65 e ss.
- _____. *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, Coimbra, 1975, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra.
- COELHO DA ROCHA, M. A. *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal*, Coimbra, 1872, Real Imprensa da Universidade.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *História do Direito Português*, Coimbra, 1966, Almedina.
- _____. Verbetes "Ordenações" in *Dicionário da História de Portugal*, Joel Serrão, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1971.
- FERREIRA, Maria Emília Cordeiro. Verbetes, "Manuel I" in *Dicionário da História de Portugal*, Joel Serrão, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1971.
- GÓIS, Damião de. *Crónica de felicíssimo Rei D. Manuel*, Coimbra, por ordem da Universidade, 1949, edição conforme a primeira, de 1566 (Acta Universitatis Conimbrigenisis).
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Histórias das Instituições, época medieval e moderna*, Coimbra, 1982 Livraria Almedina.
- MARQUES, A. H. de Oliveira. *História de Portugal*, Lisboa, 1975, Palas Editores, v. I.
- MATTOSO, José. *História de Portugal*, s. local imp., s. data, Editorial Estampa, vs. 1 e 2.
- _____. *Identificação de um País (ensaio sobre as origens de Portugal)*, Lisboa, 1995, Ed. Estampa, vs. I (oposição) e II (composição).
- ORDENAÇÕES AFONSINAS, Lisboa, Calouste Gulbenkian, edição "fac-simile" da edição de 1792, feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS, Lisboa, Calouste Gulbenkian, reprodução "fac-simile" da edição brasileira de Cândido Mendes de Almeida (14ª ed.), Rio de Janeiro, 1870, Tipografia do Instituto Filomático, (segundo a 1ª, de 1603 e a nova, de 1824).

ORDENAÇÕES MANUELINAS, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, edição "fac-simile" da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797. No livro I, vem a "Prefação" de Francisco Xavier de Oliveira Mattos.

OSÓRIO, D. Jeronimo. *De rebus emmanuelis gestis*.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*, Lisboa, 1985, Fundação Calouste Gulbenkian.

VELASCO, Ignacio Poveda. Ordenações do Reino de Portugal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, 1994, pp. 11 e ss.

AS ORDENAÇÕES FILIPINAS E O DIREITO AGRÁRIO

Olavo Acyr de Lima Rocha

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade São Judas

Resumo:

O autor objetiva, com seu trabalho, identificar nas Ordenações Filipinas, os institutos agrários, especialmente as Sesmarias e outros como os contratos agrários, com ênfase para os contratos de arrendamento e parceria rurais.

Abstract:

The author aims, at his work, refers in the portuguese Philippines Code the agrarian institutes, especially the incultivated lands institute and other like agrarian contracts with emphasis to renting and partnership contracts.

Unitermos: Ordenações Filipinas; instituto das Sesmarias e contratos agrários; aspectos.

Sumário

1. As Ordenações Reinícolas, seu tempo e conteúdo.
2. Os institutos de Direito Agrário, nas Ordenações Filipinas, em seu Livro IV
 - 2.1. Título IX Da venda de coisa de raiz feita a tempo que já era arrendada ou alugada a outrem por tempo certo.
 - 2.2. Título XXVII Das *sterilidades*.
 - 2.3. Título XXXVI Do que toma alguma propriedade de foro para si e certas pessoas, e não nomeou alguém a ela antes da morte.
 - 2.4. Título XXXVII Das Nomeações que se fazem dos prazos, em que casos se podem revogar.
 - 2.5. Título XXXVIII Do foreiro que alheou o foro com autoridade do senhorio ou sem ela.

- 2.6. Título XXXIX Do foreiro que não-pagou pensão em tempo devido, e como purgará a mora.
- 2.7. Título XL Que se não aforem casas senão a dinheiro.
- 2.8. Título XLI Que os foreiros dos bens da Coroa, Morgados, Capellas ou Commendas, não dêem dinheiro nem outra cousa aos senhorios, por lhes aforarem ou novarem.
- 2.9. Título XLII Que não sejam constringidas pessoas algumas a pessoalmente morarem em algumas terras ou casais.
- 2.10. Título XLIII Das Sesmarias.
- 2.11. Título XLV Do que da herdade a parceiro de meias ou a terço, ou quarto, ou arrenda por certa quantidade.
- 2.12. Título LXIX Que se não façam arrendamentos de gados ou colmêas.

3. Conclusões

4. Bibliografia

1. As Ordenações Reinícolas, seu tempo e conteúdo

Antes de abordarmos o tema acima, julgamos oportuno um ligeiro apanhado histórico, para que se possa ter uma idéia da época em que teve lugar a compilação de Leis, Alvarás, Cartas Régias e as próprias Ordenações, em um Código ou Codice bem como seu conteúdo.

Nos tempos da monarquia, não havia Código Geral pelo qual se administrasse a Justiça. Os costumes locais eram validados pelo *Foral*.¹ Como já se analisou em trabalhos relativos à época, os nobres criavam-se isenções; o clero se munia de regalias e o poder real buscava tornar-se cada vez mais forte, publicando leis avulsas, que nem sempre tinham boa acolhida, mormente se feriam imunidades locais ou tendiam à diminuição dos privilégios da clerezia. Por outro lado, as desordens internas e as guerras com estranhos mal ensejavam se codificassem Leis, emergentes em ocasiões normais e que o costume levava a ab-rogar.

1. Código ou Carta que os monarcas concediam às terras contendo as leis municipais de uma cidade, conselho ou julgado, com os seus direitos e privilégios e que regulava o modo de administrar e pagar tributos. (*Lello Universal - Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro - Porto*).

Há que destacar, por outro lado, que até o século XVI, o Direito Romano era a fonte do Direito Comum na Europa. Por sua amplitude, origem e antigüidade, tinha enorme prestígio. Era o Direito Comum o principal objeto da jurisprudência na solução dos casos concretos.

Seus princípios eram, inclusive, aplicados às espécies ordinárias, as mais comuns. Também o Direito Canônico era prestigiado. O Romano favorecia o absolutismo dos imperadores e o Canônico o poder do pontífice e as prerrogativas do clero. As Leis Nacionais não eram ensinadas nas universidades e os juristas não procuravam fixar nas Ordenações os princípios e sistemas jurídicos. Mesmo quando havia necessidade de interpretar Leis Nacionais, os praxistas, que escreviam os usos do Foro, utilizavam os princípios do Direito Romano e Canônico, muito embora as leis em questão acolhessem antigos costumes e peculiaridades da própria nação.

Por Ordenações entendiam-se os Alvarás, as Cartas Régias, as Leis. Alguns desses atos se denominavam Ordenação e Lei.

Depois de Aljubarrota,² foi preciso consolidar o poder real e D. João I comete a tarefa de unificar as Leis ao corregedor de sua Corte, o doutor João Mendes, sucedido no cargo, no reinado seguinte, pelo doutor Ruy Fernandes, do Conselho do Rei, que reuniu leis e outros atos dispersos.

Há quem diga que D. João cometera a tarefa da compilação a João Das Regras, que bons serviços prestara ao Mestre de Aviz, nas cortes de Coimbra. No prefácio das Ordenações Manuelinas, Edição Coimbra, 1797, contudo, apenas se menciona o nome do corregedor João Mendes, como realizador ou iniciador da primeira compilação.³

O trabalho então determinado, de compilação dos textos, segundo uma fórmula clara e metódica, só foi concluído em 1446, em 28 de julho, na "Vila da Arruda" no reinado de D. Afonso V regência do infante D. Pedro. Esse Códice ou Coleção Sistematizada de Leis e outros atos ficaram então conhecidos como

2. Vitória decisiva de D. João I de Portugal contra D. João I de Castella, em 14 de agosto de 1385, um dos mais gloriosos acontecimentos da história portuguesa, em memória do qual foi erigido o grandioso Convento da Batalha. Praticaram-se prodígios de valor. Uma pequena hoste de portugueses conseguiu levar de vencida o exército inimigo 4 ou 5 vezes mais numeroso. Notáveis a ação do rei e do condestável D. Nuno Álvares Pereira. (*Leilão* Universal - Novo Dicionário Luso-Brasileiro - Porto).

3. Ordenações do Reino — Edições do Século XVI por Tito de Noronha - Ernesto Chardron - Porto, 1871.

Ordenações Afonsinas, e foi publicado em 1446, ou segundo alguns, em 1447, após trabalhos de revisão.⁴

A divisão das Ordenações em cinco Livros segue as Decretais de Gregório IX. Os Livros são subdivididos em Títulos.

Em 1505, mandou D. Manuel I rever o Código anterior. Nas novas Ordenações, seguiu-se a mesma ordem e divisão, além de importantes aditamentos e supressões. Foram publicadas de 1512 a 1521, tornando-se conhecidas como Ordenações Manuelinas.

Logo no princípio de seu reinado determinou Felipe II (Felipe I, de Portugal) reformar as Ordenações Manuelinas. Consistiu a reforma, principalmente, em aditamentos, sendo de pouca importância as alterações. Foram publicadas em 1603, e confirmadas em 1643. Constituiu-se ela, praticamente, no cerne do Direito Civil português até a promulgação de seu Código Civil. Vale destacar, que o surgimento das Ordenações Afonsinas, em 1446, constituiu acontecimento notável na legislação dos povos cristãos. Até porque, todos os outros códigos europeus lhe são posteriores.

Jeremias Bentham, na obra *Vista Geral de um Corpo Completo de Legislação*, assegura que os Códigos mais antigos da Europa são o dinamarquês de 1683, o sueco de 1734, o Frederico ou Prussiano, de 1751 e o sardo, de 1770. Antes do dinamarquês, já em Portugal, haviam sido publicados três Códigos completos e um incompleto, o Sebastião.

As Ordenações Filipinas criaram uma nova época para a ciência jurídica de Portugal e, por consequência, para a do Brasil.

O fundo dessa legislação, no dizer de Coelho Sampaio, pelo que pertence ao Direito particular é todo de equidade; nela se acha o Direito Romano, entendido segundo a Glosa, no que o mesmo tem de melhor.

4. Costa, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*, p. 274, Ed. Almedina, Coimbra, 1999.

2. Os institutos de Direito Agrário, nas Ordenações Filipinas em seu livro IV.

Segundo nosso entendimento e conceito:

Direito agrário é o conjunto de princípios e de normas destinadas a reger as relações econômicas e sociais pertinentes à atividade, às pessoas e aos bens rurais, de forma a assegurar o atendimento da função social e a conservação da terra e demais recursos naturais renováveis⁴

Muito embora a expressão *função social da terra* possa ter uma conotação moderna, desvinculada de qualquer conceito que poderia eventualmente vigir à época que, em Portugal, foi levada a efeito a consolidação ou compilação em referência, o fato é que a apresentação de seus textos e respectiva apreciação poderão, mais adiante, modificar essa impressão. Se isso ocorrer, mais uma vez teremos uma demonstração do gênio português e do seu pioneirismo histórico marcando já pela elaboração dos primeiros Códices da Europa.

Isto posto, passaremos a analisar, com menção aos respectivos Títulos, a matéria inserida nas Ordenações Filipinas e que, segundo nosso entender, constitui Direito Agrário. Assim é que, no Título IX, encontramos:

2.1. Título IX

*Da Venda de coisa de raiz feita a tempo que já era arrendada ou alugada a outrem por tempo certo.*⁵

5. A matéria de locação de imóveis se acha no nosso Direito atual regulada no Capítulo IV, do Título V, do Livro III, do Código Civil, Seção I, hoje Lei n. 8.245, de 18.10.91, que trata da locação urbana, incluindo a comercial com a proteção do fundo de comércio. A locação dos próprios da Nação regula-se pelo Dec. Lei n. 9.760, de 05.09.46. Em seu art. 1.197, o Código Civil estabelece que, se durante a locação for alienada a coisa, não ficará o adquirente obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula de sua vigência no caso de alienação, e constar de registro público. Para os prédios rústicos, por sua vez, o art. 1.209 do Código Civil, estabelece um prazo de 6 meses para a desocupação do imóvel locado, se for imóvel rústico ou rural, prazo esse repetido pelo Dec. Lei n. 4, de 07.02.66. Quando se trata de imóvel rural, isto é, destinado a atividades agrárias, a matéria se acha contemplada na Lei n. 4.504, de 30.11.64, em seu Capítulo IV Do Uso ou da Posse Temporária da

Nesse título, as Ordenações Filipinas fixavam normas destinadas a regular as relações entre o proprietário de bens imóveis, inclusive Herdades, quando arrendados se acharem, ao tempo da venda. Estabelece-se, então, que no arrendamento a prazo de menos de dez anos, com posse já transmitida ao arrendatário, não fica o comprador obrigado a manter o contrato, podendo demandar o rendeiro ou alugador a deixar o imóvel.

Tal regra, no entanto, admite exceção quando, no contrato de venda e compra se tiver estabelecido o cumprimento do contrato de arrendamento pelo comprador ou, se este, depois da venda, tiver consentido de alguma maneira no cumprimento do contrato pelo rendeiro ou, se o vendedor no contrato de arrendamento *obrigou* geral ou especialmente a coisa arrendada para cumprimento do contrato.⁶

Em cada um desses casos, o comprador fica obrigado a cumprir ao rendeiro o contrato de arrendamento, sem contradição alguma.

Porém, estabelecem ainda as Ordenações que, em todo o caso em que o comprador possa desfazer o contrato de arrendamento ou aluguel, cumprindo o rendeiro ou alugador todo o seu interesse, assim por ganho como por perda, em razão do arrendamento, será o comprador obrigado a lhe cumprir e guardar seu arrendamento, ou alugar, sem outro algum embargo, nem contradição.

2.2. Título XXVII

*Das Sterilidades*⁷

Sob esse título, são previstas normas destinadas a reger as relações oriundas do contrato de arrendamento de prédio rural, na hipótese de ocorrência de perda parcial ou total das colheitas, por motivo de caso fortuito ou força maior. Ou, ainda, por culpa do lavrador.

Na hipótese de perda de frutos de alguma herdade, vinha ou outra semelhante, por motivo de cheias de rios, chuvas, pedra, fogo que as queimasse,

Terra, bem como na Lei n. 4.947, de 06.04.66, em seu Capítulo III, e no Dec. Lei n. 59.566, de 14.11.66, como arrendamento rural.

6. Trata-se aqui de contrato de hipoteca com garantia de arrendamento. A expressão "*obrigou*" teria o sentido de "*onerou*". A hipoteca estaria dependendo do arrendamento, este garantindo o pagamento do débito.

7. A culpa é tratada no Código Civil, Livro III, Título II, Direito das Obrigações. O caso fortuito e de força maior no art. 1.038.

seca, exército de inimigos, assuada de homens que as destruíssem, aves, gafanhotos, bichos ou outro semelhante caso, tolhendo todos os frutos, não ficava o rendeiro obrigado a dar coisa alguma da renda que se obrigou a dar.

Na hipótese de perda apenas parcial, ficaria à escolha do lavrador pagar o prometido, ou dar todos os frutos da herdade. Se a *Sterilidade* for em terra de pão,⁸ poderá o lavrador tirar para si a semente e os que mais sobejarem, dará ao senhorio da herdade arrendada.

Estabelecem, então, as Ordenações que, se em outros anos do mesmo arrendamento houver grande fartura na produção (abastança e iberdade não costumada), guardar-se-á a disposição do Direito Comum.⁹

Por outro lado, se os frutos viessem a se perder por culpa do lavrador, quer por lavrar mal a herdade, quer por motivo de ervas ou espinhos que nela nascerem, de maneira a consumir ou afogar os frutos, por si mesmo ou má guarda do lavrador, em tais casos ficará obrigado a dar o prometido.

2.3. Título XXXVI

Do que toma alguma propriedade de foro¹⁰ para si e certas pessoas, e não nomeou alguém a ela antes da morte.

Neste título são fixadas normas relativas à sucessão do aforamento, no caso de morte do foreiro. Uma das normas estabelece que por morte do foreiro, se

8. Terra própria para o plantio de trigo. As disposições pertinentes das Ordenações só tinham, à época, aplicação a Portugal.

9. Direito Comum. Entendemos que o Direito Comum era o Direito Romano, consentaneamente com o exposto na parte inicial deste trabalho.

10. Como se sabe, pelo contrato de aforamento ou enfiteuse, o proprietário de um imóvel, por ato entre vivos ou de última vontade, atribui a outrem o domínio útil de um imóvel, reservando o domínio direto para si, pagando a pessoa que adquire o domínio útil, uma pensão ou foro anual certo e invariável. É também chamado emprazamento, foro e prazo. Tal contrato é perpétuo. Se por tempo determinado considera-se arrendamento e como tal deve ser regido. Os bens enfiteúticos transmitem-se por herança e o proprietário do imóvel fica com a sua propriedade, eis que transmite a posse, uso e gozo da coisa. Por ocasião da transferência do domínio útil de um foreiro para outro, há que pagar o chamado *laudêmio*. O foro, pois, pode ser considerado uma variedade de aluguel. É contrato bilateral, perfeito, consensual e sempre oneroso. A enfiteuse é regulada no Código Civil, Capítulo II, Tit. III, Direitos Reais sobre coisa alheia. O aforamento de terrenos de marinha, pelo Dec. Lei n. 2.490, de 10.08.40, alterado pelos Decs. Lei n. 03.04.38, de 17.07.41, n. 4.120, de 21.02.42, n. 5.666, de 15.07.43 e n. 9.760, de 05.04.46. A enfiteuse ou aforamento de imóveis rurais pode ser disciplinado sem qualquer exagero pelo Direito Agrário. Basta lembrar seu grande prestígio no período medieval, para permitir a produção nas glebas rurais.

não tiver em vida nomeado sucessor, o herdeiro de seus bens *in solidum* fica nomeado ao foro, posto que outra nomeação não seja dele feita.

Se no testamento ficarem muitos herdeiros, mas não-ascendentes nem descendentes, todos se entendem nomeados ao foro. No entanto, se o foreiro tiver deixado muitos bens que possam atender ao quinhão de cada herdeiro, devem ser eles partidos entre os herdeiros, preservando-se o foro de ser partido entre muitos, evitando-se confusão na pensão.

Se não houver bens suficientes, poderá um deles haver o foro, satisfazendo aos outros na conformidade do entendimento geral ou da maioria. Na ausência de acordo, serão obrigados a vender ou escambar, requerendo primeiro ao senhorio, se o quer tanto por tanto, repartindo os herdeiros entre si, dita venda ou escambo. Se não venderem nem escambarem o foro, nem sendo tomado por qualquer deles no prazo de seis meses do óbito, ficará o foro devoluto ao senhorio se o quiser haver. Na falta de herdeiros, o foro será devoluto ao senhorio.

Se tiver filho legítimo, neto ou bisneto varão, ficará com o foro, ou filha ou neta não havendo varão.

Os filhos têm preferência aos netos. Se muitos os filhos, o maior dos filhos ou das filhas.

As Ordenações prosseguem nesse Título, dispondo sobre a nomeação dos sucessores do foreiro no contrato de aforamento, prescrevendo normas sempre minuciosas a respeito.

2.4. Título XXXVII

Das nomeações que se fazem dos prazos, em que casos se podem revogar.

Este Título dispõe sobre a nomeação que pode o foreiro fazer, por ato entre vivos ou *causa mortis*, de outras pessoas para substituí-lo como foreiro, no contrato de aforamento celebrado com o senhorio.

Repetindo, pois, o Título em questão, estabelece minuciosas regras a presidir a nomeação pelo foreiro da pessoa que irá sucedê-lo no contrato de aforamento.

Uma das normas estabelece que, se o foreiro dispuser em vida em favor de outra pessoa, a título de dote, não poderá nomear outra, mesmo que reserve

a si o usufruto. A beneficiária é que poderá dispor da coisa. Por outro lado, se no contrato de aforamento tiver sido dado ao foreiro poder para nomear uma pessoa, nomeada esta, não poderá mais revogar a nomeação nem fazer outra para revogar a primeira. Se feita, não valerá em face ao direito adquirido da primeira, ainda que não seja sabedora da nomeação. Outra regra estabelece que todas as estabelecidas no Título sobre nomeação de foreiro por sucessão e respectiva revogação terão aplicação não-só quando o poder de nomear for dado em contrato, como em testamento ou última vontade.

2.5. Título XXXVIII

Do foreiro que alheou o foro com autoridade do senhorio ou sem ela.

Este Título cuida da proibição de venda, escambo ou doação da coisa aforada, entre elas as herdades,¹¹ sem consentimento do senhorio.

Ao senhorio é assegurado o direito de preferência, razão pela qual deve ser notificado da intenção do foreiro, que declarará o preço ou coisa que lhe dão pelo imóvel, para que se manifeste tanto por tanto.

Tal regra prevalece quer na hipótese de venda voluntária, por vontade do foreiro, quer na necessária, por mandado e autoridade da Justiça.

Ao senhorio, se não quiser declarar logo se quer a coisa, se esperará pelo prazo de trinta dias a partir do dia em que foi requerido. E decorrido esse prazo, poderá o foreiro vender ou escambar, sem mais espera por resposta ou pagamento do preço. Pagará, no entanto, ao senhorio a quarentena ou o estabelecido em seu contrato.

Se declarar, nesse prazo, que a quer pelo preço, pagando-lhe logo este preço, have-la-á sem necessidade de haver quarentena. Se o preço não for pago dentro do prazo, poderá o foreiro vender a coisa aforada, sem embargo da declaração.

Será nenhuma a venda feita sem atendimento dessas normas, perdendo o foreiro seus direitos e tudo será devoluto e aplicado ao senhorio. Se este não quiser, poderá demandar e constranger o foreiro ao cumprimento de seu foro.

11. Grande propriedade rústica constituída de terreno de cultivo e habitação (*Lello Universal - Novo Dicionário Enciclopédico - Luso-Brasileiro - Porto*)

Nesse Título são ainda estabelecidas normas relativas à posição do foreiro em relação ao senhorio, na hipótese de venda e falecimento posterior do adquirente.

Há também nele remissão a hipóteses previstas no de n. XXXVI, já analisado.

2.6. Título XXXIX

Do foreiro que não-pagou pensão em tempo devido e como purgará a mora.

O não-pagamento pelo foreiro de foro ou pensão por três anos, cumpridos e contínuos, implicará no perecimento de seu direito sobre a coisa aforada em favor do senhorio, se este o quiser.

Cairá, pois, em comisso, do qual não será relevado, ainda que queira pagar depois todo o seu débito, salvo se expressamente aprouver ao senhorio aceitar a purgação e relevá-lo do comisso em que caiu.

Na hipótese de possessões eclesiásticas concedidas a pessoas eclesiásticas ou leigas, o prazo a resultar no comisso é menor: dois anos cumpridos e contínuos.

O foreiro poderá, neste caso, purgar a mora oferecendo ao senhorio as pensões devidas em qualquer tempo antes de sua citação em juízo ou depois de citado, antes de contestada a lide.

Esta faculdade, conferida ao foreiro de bens eclesiásticos, resulta de ser mais breve o tempo em que cai em comisso por não-pagamento do foro (dois anos), enquanto que para o foreiro de bens profanos é de três anos.

Em relação aos bens eclesiásticos se guardava o Direito Canônico e aos profanos o Direito Civil.

2.7. Título XL

Que se não aforem casas senão a dinheiro.

Este Título encerra proibição no sentido de se aforem casas ou terras mediante pagamento em espécie da pensão ou foro, isto é, pão, vinho, azeite ou semelhantes, mas somente em dinheiro.

Não é extensiva, porém, ao pagamento em aves. Este é permitido. Os contratos que infringirem tais normas serão tidos como nenhuns e de nenhum efeito.

2.8. Título XLI

Que os foreiros dos bens da Coroa, Morgados, Capellas ou Commendas, não dêem dinheiro nem outra cousa aos senhorios, por lhes aforarem ou novarem.

Este Título estabelece que nenhuma pessoa com terras da Coroa do Reino de Portugal, bem como administradores de Capellas, Morgados e Comendadores, recebam dinheiro ou qualquer vantagem dos foreiros para lhes fazer contratos de aforamento ou inovar os já feitos.

A infringência da norma resulta na aplicação de penas. O que receber dinheiro pagará o que assim receber e mais outro tanto; o que der, perderá o que deu e pagará de pena outro tanto, cabendo a metade para quem acusar o fato e a outra para os cativos. O contrato, por outro lado, ficará nenhum e de nenhum vigor, para tornar-se devoluto ao senhorio o imóvel, a fim de o aforar de novo, a quem quiser. Como se vê, as penalidades tinham caráter bilateral. A prática vedada tem analogia modernamente com as luvas, representada por vantagens, via de regra em dinheiro, que se estabelece em favor da parte contratante para a transferência ou renovação de contratos, notadamente de locação.

2.9. Título XLII

Que não sejam constrangidas pessoas algumas a pessoalmente morarem em algumas terras ou casais.¹²

Neste Título, se proíbe sejam constrangidas pessoas a morarem e povoarem casais e terras, bem como fossem oprimidas ou presas por tais motivos. Em decorrência do procedimento vedado, muitas mulheres não conseguiam se casar

12. Nítida a preocupação nesse Título, com a liberdade da pessoa humana. Aliás, as Ordenações, nos Títulos analisados, demonstram sempre preocupação por valores tais como o interesse comum e a dignidade da pessoa humana.

por não encontrarem quem as quisesse. Dizia-se que eram *ascripticias*, isto é, pessoas obrigadas a morar em determinados lugares.

2.10. Título XLIII

Das Sesmarias

Em 26 de junho de 1375, no Reinado de D. Fernando I, foi aprovada a Lei das Sesmarias, dada a publicação em Santarém. Tal lei foi incorporada às Ordenações Afonsinas e destas passou para as Manuelinas e finalmente para as Filipinas.

Seu intuito era o de evitar a carência e carestia dos gêneros alimentícios; o êxodo de trabalhadores rurais para outras atividades mais suaves; o desenvolvimento da criação de gado e, principalmente, a oscilação do preço das terras, desequilibrando a oferta com a procura.

Procurou, outrossim, através de preceitos impositivos, tornar efetiva a cultura das terras, sem tolerância para com os ausentes e omissos. A agricultura era indispensável à produção do pão e vinho. Os senhores das terras ou as cultivavam, ou eram constringidos a transmiti-las por enfiteuse ou arrendamento, para serem trabalhadas mediante paga de pensão ajustada ou, na falta de ajuste, arbitrada por louvados em via judicial. Em caso de resistência, as terras lhes seriam tiradas e entregues a quem as quisesse cultivar pela renda e tempo convencionados entre o agricultor e a Justiça.

Para esse desiderato, eram comissionados em cada vila ou cidade dois homens bons entre os melhores cidadãos. Se a decisão resultasse em empate, nomearia o juiz, terceiro louvado para desempate. Aos membros dessa junta se denominaram *juizes das Sesmarias* ou *sesmeiros*. O vocábulo adveio de *Sesmo*, equivalente primitivo de *Sexto* ou *Seximum*, formado na época romana. Significava a sexta parte dos frutos.

Consoante decorre desse Título das Ordenações Filipinas,

*"Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes ou pardieiros, que foram, ou são de alguns senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são"*¹³

Prescreve ela ainda:

As quais terras e os bens assim danificados e destruídos podem e devem ser dados de Sesmarias, pelos sesmeiros, que para isto foram ordenados. E a nós somente pertence dar os ditos sesmeiros, e os por nos lugares onde houver terras ou bens de raiz de que sesmaria se devam dar. E as terras onde se as Sesmarias houverem de dar, forem foreiras ou tributárias a nós ou à Corôa de nossos Reynos, que se os foros e tributos arrecadem para nós, quer para outrem, a que os tenhamos dado, costumamos dar por sesmeiros os nossos Almojarifes dos lugares ou Almojarifados onde os tais bens ou terras estão"

Em seguida são fixadas normas sobre o procedimento a ser adotado para obrigar o sesmeiro a dar cultivo à terra ou para dele tirar e dar a outrem.

Estabelece-se, então, que os sesmeiros verifiquem a antes de dar a terra, quem são os seus senhores, fazendo-os citar juntamente com suas mulheres, e assinando-lhes tempo conveniente para virem dizer a razão de não darem as terras de Sesmarias. Não é suficiente a citação dos enfiteutas ou outros possuidores. Os senhorios ouvidos junto com os pretendentes, demonstrada a razão pela qual não se devam dar as terras, estas não se darão. Se nada alegarem ou provarem, e não atenderem à citação, ser-lhes-á assinado prazo de um ano, para que as lavrem ou

13. *Casaes* = Casas ou oficinas rústicas entre terras de granjeio; pequeno pedaço de terra próximo, mas não-anexo à habitação do respectivo dono. — *Pardieiro* = Casas em ruínas; edifícios velhos (Dicionário *Lello Universal*, anteriormente citado).

proveitem, vendam, emprazem ou arrendem a quem as possa aproveitar ou lavrar. Se nada fizerem, passado o dito ano, os sesmeiros darão as ditas Sesmarias a quem as lavre e aproveite. Pouco importa que os senhorios sejam *Grandes e Fidalgos*.

Na impossibilidade de os sesmeiros identificarem os senhores das terras, deverão ser apregoados nos lugares onde se encontrem, que se darão em Sesmaria, declarando onde estão e as suas confrontações.

Preceito dos mais relevantes é o constante deste Título e dirigido aos sesmeiros para que não dêem maiores terras a uma pessoa de Sesmaria, que as que razoavelmente parecer que no dito tempo poderão aproveitar.

Em tal preceito se pode vislumbrar a idéia da função social da propriedade, que inspirou por sua vez a do módulo ou propriedade familiar na Lei Agrária brasileira.¹⁴

O não-aproveitamento das terras pelos sesmeiros dará margem à execução das penas, com a entrega das mesmas a outros, que as aproveitem no tempo assinado e sob a dita pena.

Nesse Título ainda é prevista a possibilidade de defesa, formando-se autos escritos por tabelião ou escrivão. Um resumo dos mesmos deverá constar nas Cartas de Sesmarias para se saber se foram bem dadas ou não. Qualquer contenda será conhecida ou pelos almoxarifes ou pelos juizes ordinários dos lugares onde estiverem os bens, quer se trate de terras foreiras ou tributárias da Coroa, quer não.

Há ainda normas no sentido de constringer os administradores ou mordomos de terras pertencentes a Capellas, Hospitais, Albergarias ou Confrarias, inaproveitadas, no sentido de que as aproveitem, fixando-se tempo para isso e impondo-lhes penas.

14. Salvo melhor apreciação, nesse dispositivo teríamos o embrião do atual módulo, previsto na legislação agrária, a partir da Lei n. 4.504, de 30.11.64. Com efeito, a idéia nuclear desse preceito, como de resto a do chamado módulo, tal como previsto no art. 4º, da Lei n. 4.504, de 30.11.64, é a de estabelecer a justa medida. No estabelecimento dessa justa medida se acha implícito um valor econômico e um valor social. O ideal é que cada família disponha de área agricultável que, com sua força de trabalho e ajuda de terceiros em caráter eventual, possa satisfatoriamente se desenvolver, daí tirando o necessário não-só para a sua subsistência como para sua melhoria na escala social e econômica. Tal o conceito atual, obviamente explícito, da justa medida enunciada em a norma contida nas Ordenações. Não dar nem mais nem menos terra que o sesmeiro pudesse trabalhar.

As Ordenações prevêm ainda a hipótese de os senhorios das terras danificadas estarem homiziados fora do Reino. Nesse caso, serão requeridas suas mulheres, fixando-se tempo para que cheguem ao seu conhecimento. Se não vierem nem mandarem procurador, será dado curador aos bens e assinado o tempo de um ano para que os aproveitem. Caso contrário, serão dados em Sesmaria a quem os aproveite.

Há ainda um tópico deste Título que alude à atitude de alguns senhorios que, para não perderem suas terras, cultivam apenas algumas oliveiras. Lavram um pedaço de terra e deixam todo o resto. Há ainda os que deixam perder as vinhas, tornando-as em terra folgada, isto é, não-semeada, e os que deixam perder seus olivais por não quererem adubá-los, nem roçá-los. Os donos de tais bens deverão ser requeridos e assinado o termo para que lavrem, semeiem, rocem e adubem os olivais e vinhas. Se não o fizerem, passado o termo (prazo) serão dadas em Sesmaria.

Outras normas dispõem ainda sobre a destinação de terras que jamais foram aproveitadas ou lavradas, em Sesmarias, para proveito comum e geral de todos, desde que na terra haja abastança de pão e de outros frutos. Os interessados em tais terras deverão requerer ao procurador do lugar onde estiverem. Se úteis ao bem comum, não serão dadas em Sesmarias.

Encontramos ainda recomendação de não destinar às Sesmarias os matos próprios ou pouzios úteis aos assentamentos de quintas, casais e outras destinadas a pastos, criações e logramento dos moradores dos lugares onde estão e não devem ser destinados a Sesmarias.

Outras normas disciplinam a não-destinação a Sesmarias de vales e ribeiras que não sejam da Coroa nem reservados pelos reis anteriores. Caso contrário, os moradores prejudicados poderão demandar seus direitos.

Outro preceito estabelece sobre as Sesmarias de terras tributadas, e em terras isentas, as quais devem ser dadas como são, não se pondo outro tributo se já tributadas. Este não teria validade.

Prescrição também deste Título recomenda não se destinem terras para lavoura se forem fracas, que não possam elas durar mais que três anos. O mesmo deve ser feito se a queima e corte de matas ou árvores possam causar dano geral ou a alguns que possuam criação. Se, no entanto, os juizes, procuradores e vereadores acharem que poderão ser dadas para roças, há que se cuidar para que não haja dano aos moradores dos lugares.

Finalmente, sob esse Título se encontra um apelo aos prelados, mestres, priores, comendadores e fidalgos que já tenham terras, para que não se apropriem nem para si nem para suas ordens, igrejas ou mosteiros, dos casais, quintas e terras que ficarem ermas, se não forem suas e as deixem dar aos sesmeiros de Sesmarias.

Há ainda uma proibição no sentido de que sejam colocados nas Cartas de Sesmarias preceitos no sentido de que não sendo aproveitadas no tempo fixado, fiquem elas para a ordem ou igreja, ou aos senhores delas. E isto porque, nessa hipótese, deverão ser novamente destinadas para Sesmarias. A norma proibida será tida como não-válida.

2.11. Título XLV

Do que da herdade a parceiro de meias, ou a terço, ou quarto, ou a arrenda por certa quantidade.¹⁵

Nesse passo estabelecem as Ordenações que se alguma pessoa der a outrem sua vinha ou herdade a lavrar de meias, terço ou quarto, ou como se consertarem por tempo certo, que seja menos de dez anos, e durante o dito tempo se finar algum deles, o que vivo ficar, e os herdeiros do defunto não sejam obrigados a manter e cumprir o contrato, porque o contrato feito nesta forma segue a natureza e qualidade do contrato de parceria e assim deve ser julgado de um como de outro.

Porém, se ao tempo da morte de cada uma das partes principais o lavrador tivesse já a herdade lavrada, a vinha podada, ou feito alguma outra obra de adubio, passará o contrato aos herdeiros por esse ano. E assim os herdeiros, como a parte sobreviva, serão obrigados a mantê-lo por esse ano somente, que já era começado de adubar e mais não.

Quando o senhor da vinha ou herdade a desse de meias, terço ou quarto, por tempo de dez anos, ou mais, passará esse contrato aos herdeiros, porque tal contrato assim feito não segue a natureza e condição do de parceria, mas constitui outra espécie de contrato.¹⁶

15. A parceria ou contrato de parceria é uma associação, não propriamente uma sociedade. Os parceiros são compartes ou co-interessados, mas não-sócios. São associados. Não tem direitos tão amplos, nem obrigações idênticas a dos sócios.

16. Contrato de enfiteuse ou aforamento.

Em todo o caso em que o senhor da vinha ou herdade a der de renda por certa quantidade de pão, vinho, azeite ou dinheiro, por muito ou pouco tempo, sempre o contrato passa aos herdeiros por ser contrato de arrendamento diverso do de parceria e, portanto, deve por outra maneira ser julgado.

Por outro lado, manda-se que todos os lavradores que trouxeram herdades de parceria e meias a terço ou quarto, ou a certa outra quota, não tirem nem levantem o pão da heira¹⁷ até o primeiro fazer saber ao senhorio ou a quem seu cargo tiver no lugar ou termo. E não sendo aí, o tirem e meçam perante duas testemunhas sem suspeita. E tirando-o de outra maneira, a terra será estimada por dois ou três homens bons juramentados, e do que estimarem que a terra poderia dar, pagarão a parte que haviam de dar em dobro, para o senhorio ou o que lhe deu a terra a lavar, sem mais lhe ser dada outra pena criminal, nem cível.

2.12. Título LXIX

Que se não façam arrendamentos de gados ou colmêas.

Sob esse Título, prescrevem as Ordenações a seguinte e curiosa proibição:

Por quanto somos informados, que se fazem muitos contratos, por que se dão bois e outro gado por certos anos de renda por certa pensão em cada um ano; ora os bois, ou gado vivam, ou morra no dito tempo, e algumas vezes se põem nos contratos, que acabado o tempo do arrendamento, lhe tornem os bois, ou gado, ou sua valia, se forem mortos; e outras vezes, que acabado o tempo do arrendamento, lhe não sejam mais obrigados tornar os ditos bois, nem gado; e assim se fazem outros contratos, por que dão certas cabeças de gado, como vacas, porcos, cabras, ou colmêas, por certo tempo, e

17. A expressão *pão da heira* corresponde ao trigo em grão exposto na eira. A eira corresponde ao terreno dos nossos sítios e fazendas. A disposição das Ordenações, no caso, tinha aplicação em Portugal ou províncias que cultivavam o trigo.

que acabado o tempo, lhe dêem tantas cabeças mais das que lhe deram, ora a criação, ou gado, ou colmêas, que lhe dão, vivam ou morram, ou cresçam, ou se diminuam.

E porque os tais contratos são ilícitos por Direito, defendemos que se não façam, e fazendo-se, os havemos por nenhuma e de nenhum efeito e vigor. E quem os ditos bois, gado ou colmêas, por cada um dos ditos partidos, der, perca e gado e colmêas que assim der, se ainda forem vivos, ao tempo, quer por isso for demandado, a metade para quem o acusar, e a outra para nossa Camera¹⁸

3. Conclusões

Concluindo, as normas constantes dos títulos enunciados anteriormente constituem, salvo melhor juízo, normas de Direito Agrário, abrangidas no conceito de Direito Agrário, enunciado inicialmente. São as normas de Direito Agrário, contidas no Livro IV das Ordenações Filipinas.

Mesmo na parte relacionada com a função social da propriedade, ainda que não se possa concluir que nossos antepassados portugueses tivessem do assunto o conceito que dele atualmente se tem, inequívoco nos parece, contudo, o interesse de ordem econômico-social, que ditaram aquelas normas. Sobretudo, procurando assegurar a efetiva ocupação e cultivo das terras agricultáveis, em proveito de sua finalidade intrínseca, a produção agrícola. Até como apoio logístico para assegurar a produção do pão para alimentar os soldados no campo de batalha. É o que deflue da leitura e análise das normas catalogadas nos títulos enunciados anteriormente, notadamente os relativos às Sesmarias e aos contratos agrários (arrendamento e parceria). Não refluem, em verdade, de tais normas, as funções social e econômica da propriedade, em toda sua plenitude?

18. Em França e em outros países tais contratos eram admitidos. (Cód. Civil francês, arts. 1.800 a 1.831). Em França é denominado Bail à cheptel (sociedade de animais dados à perda ou ganhos). Entre os portugueses a prática denominava-se "dar animais ao ganho" Proibiu-se em Portugal por entendê-lo como modalidade de usura do rico contra o pobre. Ordenações - Candido Mendes de Almeida 14ª ed. Rio, 1870.

Outro aspecto que se destaca na análise de direito cristalizado nas Ordenações é o preservar a dignidade humana, prescrevendo práticas abusivas à mesma, quer por ato da autoridade, quer dos particulares. É a ênfase dada ao bem comum. Tais os valores pelos quais a luta permanece aberta e constante também em nossos dias.

Muito embora em relação a alguns Institutos possam ser encontradas normas peculiares, algumas curiosas e mesmo sem aplicação nos dias atuais, boa parte delas permanece viva até hoje. Subsistem no Direito Agrário atual, certamente por espelharem soluções cristalizadas ao longo do tempo, fruto do engenho e arte humanos, aplicados aos seus mesmos e permanentes problemas.

São Paulo, agosto de 1999.

4. Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português* Ed. Almedina, Coimbra, 1999.

FERREIRA BORGES. *Jurisprudência*, apud *Ordenações*, Cândido de Almeida, Rio, 1870.

Lello Universal Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro - Porto.

Ordenações do Reino Edições do Século XVI - Tito de Noronha Ernesto Chardron Porto 1871.

CODIGO PHILIPPINO
OU
ORDENAÇÕES E LEIS

DO

REINO DE PORTUGAL

RECOPILADAS POR MANDADO DEL-REY D. PHILIPPE I.

DECIMA-QUARTA EDIÇÃO.

SEGUNDA A PRIMEIRA DE 1860, E A SEGUNDA DE COIMBRA DE 1861.

ADMISSÃO COM DIVERSAS NOTAS THEORICAS, SYSTEMAS D' EXERCICIOS, EM DEZ DE 1860
AS DIVERGENCIAS ENTRE AQUELLAS ORDENS E A VIGENTE DE 1773, A ORGAN. DAS UNIVERSIDADES E CRIAÇÃO DE
UMA INSTITUIÇÃO, SUBMETTENDO AS DISPOZIÇÕES DO REINO E PORTUGAL, ACCORDANDO
COM O PARANCIPO DO DOUTO. CONSELHO DO TRABAHO DO INSTITUTO NACIONAL COM
TERCEIRA CORTE E DOS DESEMBARGADORES MARIANO PEREIRA DE OLIVEIRA E JOÃO
FRANCO BARROSO, E AN ANNEXAMENTO A CADA LIVRO A RESPECTIVA LEGISLAÇÃO REGRADA
CONCORDANTE AS MATERIAS CONDICADAS EM CADA UNO, SEMPRE DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO
ACTUAL DO REINO PORTUGAL COM A REGRAS DO REINO DE PORTUGAL DE 1861
NUNCA REGRAS DO REINO DE PORTUGAL DE 1861.

POR

CANDIDO MENDES DE ALMEIDA.

APROVADO NA CORTA.

92/79
BIBLIOTECA N.º 3. B. P.
[Stamp]

RIO DE JANEIRO
TYPOGRAPHIA DO INSTITUTO PHILOMATHICO

68 — RUA SETE DE SETEMBRO — 68

1870

Bibl. Central. P. D. U. S. P.
Recobido: 15. 6. 79



O primeiro capítulo da história-pátria. Quadro de Aurélio, no antigo Palácio Monroe

FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO¹

Antônio Chaves

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Resumo:

O autor aborda, neste trabalho, os períodos da história do Direito brasileiro, através dos elementos aborígene e europeu. Trata, ainda, da organização jurídica desde o Brasil-Colônia, o período das dominações estrangeiras e as primeiras manifestações legislativas.

Abstract:

The author studies, in this work, the periods of the history of the Brazilian Law, through the aboriginal and European elements. Treats, still, of the juridical organization from the Brazil-colony, the period of the foreign dominances and the first legislative manifestations.

Unitermos: história do Direito brasileiro; organização jurídica; capitánias hereditárias.

Fase Colonial*

Sumário: 1. Os três períodos da história do Direito brasileiro 2. Elemento aborígene 3. Elemento europeu 4. Sistema legislativo português 5. Organização jurídica do Brasil Colonial 6. Capitánias hereditárias 7. Governo Geral 8. Período das dominações estrangeiras 9. Primeiras manifestações legislativas 10. O direito nas "Bandeiras"

1. Este trabalho está sendo publicado em homenagem ao Autor, falecido em 28.09.99.

1. Os três períodos da história do Direito brasileiro

São raros os estudos sistematizados do Direito pátrio. Entre eles, os de J. Izidoro Martins Júnior: *História do Direito e História do Direito Nacional*, são bastante antigos, pois sua primeira edição data de mais de 70 anos, e não-esgotam a matéria.

Divide Cesar Tripoli a história do Direito brasileiro em três períodos:

O primeiro vai de 1500 época do descobrimento até 1808, que marca o fim do regime colonial.

O segundo vai de 1808 até 1889. Começa com a vinda da Corte portuguesa, caracteriza-se pela Independência, e vai até a proclamação da República.

O terceiro vai desde a proclamação da República até nossos dias.

Tem-se assinalado que a história do Direito brasileiro oferece dois paradoxos:

1. é muito mais antiga do que a própria história do Brasil, pois sendo as nossas instituições jurídicas uma seqüência das instituições lusitanas, é em Portugal que se situa a origem do Direito brasileiro.

2. determinadas leis prevaleceram aqui depois de terem sido revogadas em seu país de proveniência.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com relação às Ordenações, que vigoraram aqui 58 anos mais do que em Portugal, onde ficaram sem efeito em virtude da promulgação do Código Civil em 1867.

No estudo da história do Direito brasileiro existem dois elementos a serem levados em conta:

a. o aborígine;

b. o europeu, que aqui se firmou definitivamente.

2. Elemento aborígine

Eram os índios, conhecidos, então, pela denominação geral de gentios. Havia numerosas nações independentes que se espalhavam pelo território pátrio: *tupis*, *guaranis*, *tamoios* e muitas outras.

As relações dos componentes de cada uma das tribos regiam-se principalmente pelos costumes, denotando uma certa organização social, distinguindo uma rudimentar noção de família e de propriedade.

Subdividiam-se em hordas, compostas de famílias que viviam na mais estreita solidariedade. Mudavam de sítio assim que os recursos naturais comesçassem a rarear na região em que se encontravam; não tinham, portanto, a noção ou o sentimento de domicílio.

O governo era de natureza patriarcal: o chefe, conhecido com o nome de morubixaba, tinha poderes que não eram tão-absolutos como poderia parecer à primeira vista.

Era escolhido por eleição, levando-se em conta, principalmente, as qualidades mavórticas, o poder físico e a capacidade para conduzir batalhas.

Representava a comunidade, mas não governava sozinho: tinha a assistência da assembléia dos guerreiros e, a não ser em tempo de luta os seus poderes não eram absolutos.

Não havia qualquer problema no que diz respeito à administração da Justiça. Cada um devia resolver as questões de ordem pessoal pelos próprios recursos e ninguém invocava uma autoridade superior para desagrar-se.

Viviam exclusivamente da caça e da pesca, permaneciam no estado da mais completa nudez e tinham como armas de indústria ou de guerra apenas o arco, a flecha e a clava.

O roubo, dada a noção rudimentar de propriedade, que em geral era comum, era desconhecido, e o único crime que merecia repressão da tribo era o homicídio, resolvido pelo processo mais sumário: os pais do assassino entregavam-no à família da vítima e esta o trucidava no próprio momento.

A *família*, era monógama, embora por vezes o índio tivesse mais de uma mulher. Casava-se, em geral, aos 25 anos com uma jovem de 14 a 15 anos. Assim que a moça atingisse a maturidade, era entregue pelo pai, através de contrato pretendente, sem que ela fosse sequer ouvida.

Constituía, em geral, prêmio pelas ações guerreiras, ou era obtida através do rapto.

Respeitavam os graus mais próximos de consangüinidade.

O domínio do homem sobre a mulher era o mais absoluto. A poligamia, nas poucas eventualidades em que era praticada, estabelecia uma certa hierarquia entre as mulheres do mesmo homem. Em geral, era a mais antiga a que tinha as prerrogativas de dona de casa. Apenas ela tomava as iniciativas para a manutenção da família e as outras deviam-lhe obediência. Os filhos ficavam estranhos à condição da mãe, mas sob dependência absoluta da autoridade paterna.

Era conhecido o divórcio, praticado até com bastante freqüência por motivo de esterilidade ou de adultério da mulher. Mas esta também podia reivindicar a soltura dos laços matrimoniais por ato de covardia praticado pelo marido.

Estudando a organização das tribos indígenas no relato dos primeiros viajantes e cronistas da terra de Santa Cruz, lembra Waldemar Ferreira o conceito de Hans Staden, que foi prisioneiro deles pela era de 1547: "*não têm governo, nem direito estabelecidos*" e os de Jean de Lery, que por cá andou pouco depois, em 1557: "*coisa quase incrível e de envergonhar os que consideram as leis divinas e humanas como simples meio de satisfazer sua índole corrupta, que os selvagens, guiados apenas pelo seu natural, vivem com tanta paz e sossego*"

Diversamente, para o padre Simão de Vasconcelos, seguem os índios "*sua gentilidade: são feras selvagens, montanhesas e desumanas; vivem ao som da natureza, nem seguem fé, nem lei, nem rei (freio comum de todo o homem racional), andando em manadas pelos campos, de todo nus, assim homens como mulheres, sem empacho algum da natureza*" Eram *gente isenta de leis, de jurisdição, e república*"; nos "*mais costumes, como feras, sem polícia*"

3. Elemento europeu

Os primeiros europeus que se fixaram no Brasil foram os 24 homens encarregados por Américo Vespuccio, em 1503, de estabelecer uma feitoria em Cabo Frio e os pouquíssimos que guarneciam o arraial, que, no mesmo ano, havia sido fundada por Gonçalo Coelho em terras da Baía do Rio de Janeiro. Vêm em seguida os elementos aqui deixados pelos navios franceses à cata de pau-brasil e os dos navios espanhóis que também freqüentavam as nossas costas.

Depois de 1516 é que apareceram os colonos portugueses largados pelos navios que se dirigiam à Índia e que aportavam a costa brasileira para se reabastecerem.

Outros que vieram constituir o núcleo daquela povoação incipiente foram os degredados e os desertores deixados como punição, e os homens de algumas feitorias erigidas em pontos estratégicos do litoral.

Às capitânicas foram outorgadas as prerrogativas de *couto*, que tomava inviolável a pessoa que apelasse para a proteção ou asilo de quem detivesse semelhante benefício, e homizio, estado na definição de De Plácido e Silva daquele que andava escondido, ou acoitado, para fugir à vingança dos parentes do

morto, que tinham o direito de acoimar, vingar ou tomar satisfação pela morte do parente ao matador.

"Atendendo a que, por delitos cometidos, muitas pessoas andavam foragidas, ausentando-se para reinos estrangeiros; sendo de grande conveniência, entretanto, que ficassem antes no Reino e senhorio, e sobretudo que se passassem para as capitâneas do Brasil houve El-Rei por bem declará-las couto e homizio para todos os criminosos que nelas quisessem vir morar, ainda que já condenados por sentença até pena de morte, excetuados somente os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa. Não seriam inquietados por outros quaisquer crimes; e, passados quatro anos de residência na capitania, poderiam até ir ao Reino a tratar de seus negócios, contanto que levassem guia do capitão e sob a condição de não poderem ir nem à Corte, nem ao lugar onde houvessem cometido o malefício, nem demorar-se no Reino mais de seis meses, sob pena de lhes não valer o seguro. Voltando ao Brasil, e passados mais quatro anos, poderiam ir outra vez ao Reino, e assim sucessivamente, sempre com as mesmas condições"

Finalmente, depois de 1526, alguns poucos homens que formavam a guarnição de pequenas capitâneas instaladas pelo Governo português.

Como viviam esses elementos que aqui aportaram na alvorada da nossa fase colonial?

Alguns se assimilavam completamente à população indígena e com ela se identificavam a tal ponto que as choupanas em que moravam eram construídas com imbirá e timbó. Substituíam o trigo pela mandioca; passaram a moquear a carne a fim de conservá-la mais tempo. Adotaram, enfim, os usos e costumes dos indígenas que aqui encontraram.

Outros procuravam resistir ao ambiente, a este regime de semi-selvageria, mas, premidos pelas circunstâncias, colocam-no em pé de igualdade com os elementos locais. Poucos, de personalidade marcante conseguem projetar-se e impor-se como régulos, com poder absoluto: Caramuru e João Ramalho.

4. Sistema legislativo português

Nessa ocasião qual era a *tradição jurídica de Portugal*?

Bastante antiga e respeitada. Foi na verdade o primeiro país que conseguiu realizar a codificação integral do seu Direito, começada em 1211 e prosseguida pelos juristas e legistas portugueses, à testa dos quais se achava o

famoso dr. João das Regras. Era de todos ardente desejo, depois da separação de Portugal de Espanha, libertar o país do conjunto das leis ibero-mouriscas do código espanhol das "Siete Partidas" editado por Portugal no tempo do rei Diniz, e apresentar ao mundo uma prova do vigor do espírito lusitano (Spencer Vampré, *Interpretação do Código Civil*, p. 36).

As primeiras "Ordenações" foram promulgadas sob o reinado de rei Afonso, por isso denominadas Afonsinas, em 1446.

Não tiveram vida longa. O rei D. Manuel que pela grande extensão de terras que acrescentou ao Império português, pelos triunfos das armas que obteve, foi cognominado "o Venturoso" pretendendo ligar o seu nome não apenas a estes fatos guerreiros, mas também à legislação, determinou sua revisão. Em 1514 publicou as Ordenações Manuelinas que apareceram na sua redação definitiva em 1521, obedecendo à mesma estrutura e seqüência das anteriores.

Dividem-se em cinco "Livros" cada um podendo ser considerado independente:

I. Organização Judiciária;

II. Relações entre o Estado e a Igreja;

III Processo Civil;

IV É o mais importante para o nosso estudo, porque compendia o Direito Civil: Família, Propriedade, Obrigações, Sucessões e Prescrições;

V. Direito Penal e Processo Penal.

Seguem-se as Ordenações Filipinas: foram promulgadas pelo rei Felipe II, e publicadas em 1603, sob a dominação espanhola; daí a prevenção com que foram recebidas. Por isto mesmo, tão logo Portugal conquistou a sua independência, D. João IV cuidou de revalidá-las, sem que, contudo, ficassem ligadas ao nome desse monarca. Trata-se de um monumento legislativo dois séculos anterior ao código dinamarquês que no entanto, Bentham apresenta como sendo o mais antigo.

As Ordenações não esgotavam todo o Direito então vigente. Havia, além dos direitos consuetudinário, romano e canônico, outras leis que não estavam nelas compreendidas, e eram por isso denominadas "extravagantes":

1. *Cartas do rei*: são atos do soberano contendo disposições de ordem geral;

2. *Decretos*: tinham por finalidade interpretar e esclarecer as leis;

3. *Alvarás*: disposições destinadas a vigorar apenas pelo prazo de um ano;
4. *Cartas régias*: desempenharam função importantíssima no Brasil. Eram verdadeiras epístolas, em que disposições legais são misturadas a recomendações, conselhos e normas;
5. *Resoluções*: em geral eram dadas sobre pareceres dos Tribunais;
6. *Provisões*: com que o rei deferia súplicas que lhe eram dirigidas por meio do Tribunal. Quando assinadas pelo rei, denominavam-se provisões régias;
7. *Assentos*: decisões tomadas pela Casa de Suplicação. Tinham força obrigatória;
8. *Regimentos*: regulavam os serviços das repartições públicas;
9. *Estatutos*: eram regimentos de determinadas corporações;
10. *Instruções*: eram regras sobre os serviços que deveriam ser executados pelas autoridades públicas;
11. *Avisos*: ordens expedidas pelos secretários de Estado em nome do rei;
12. *Portarias*: cartas dirigidas pelo secretário de Estado em forma abstrata.

5. Organização jurídica do Brasil Colonial

Considerando o Brasil como parte integrante do reino de Portugal, o poder exercia-se de forma direta e soberana. Direta, sobre o território, e as pessoas e coisas que nele se encontravam; soberana, pois equivalia à autoridade que o Estado de Portugal praticava dentro dos limites do próprio território.

As leis eram divididas em duas classes:

- *leis gerais* eram as promulgadas para vigorarem não apenas na metrópole, mas estendiam sua eficácia em todas as colônias, e portanto, também, ao Brasil;

leis especiais se destinavam especificamente a regulamentar determinadas relações que surgiam à medida que a colônia ia se desenvolvendo.

Qual seria a ordem jurídica que vigorava no Brasil nos primeiros anos após a sua descoberta?

A insignificância do número de habitantes, as distâncias muito grandes que os separavam, tornando quase impossível qualquer comunicação, a

desorganização que imperava, a adaptação à vida selvagem, levavam fatalmente ao prevaecimento da força bruta.

Até 1531, não havia propriamente leis que resolvessem as pendências que pudessem surgir. Tudo era regulamentado, através dos usos e costumes.

O primeiro ato legislativo foi eclesiástico: a bula de 24.01.1506, pela qual o papa Júlio II confirmou a D. Manuel, na qualidade de grão-mestre da Ordem de Cristo e rei de Portugal, os direitos sobre as terras do Brasil, em consequência do Tratado de Tordesilhas, de 1494. Esta bula foi ratificada pela de 07.06.1514, concedida pelo papa Leão X. Em 1551, em virtude de uma bula do papa Júlio III, o Brasil ficou perpetuamente unido à Coroa e domínio dos reis de Portugal, *como gran-mestres e perpétuos administradores* da Ordem de Cristo.

Alguns historiadores procuram identificar a primeira manifestação legislativa leiga referente ao Brasil em dois alvarás que foram emanados no ano de 1516.

Mas não se trata, propriamente, de qualquer germe de legislação civil como se pode verificar pelo seu conteúdo: pelo primeiro, o rei D. Manuel ordenava ao feitor e aos oficiais da Casa das Índias que dessem machados e enxadas, e todas as demais ferramentas às pessoas que se propusessem povoar o Brasil; pelo segundo, mandava aos mesmos que procurassem um homem prático a fim de ir ao Brasil dar princípio a um engenho de açúcar; e determinava que lhe fosse prestada toda a ajuda de custo, todo o cobre e ferro de que necessitasse para montá-lo.

O verdadeiro germe da legislação civil pátria iremos encontrá-lo nas três cartas régias assinadas em data de 20.11.1530, das quais foi portador Martin Afonso quando desembarcou em janeiro de 1532, em São Vicente: primeiros atos legislativos diretamente relacionados a Direito no Brasil. Outorgavam poderes e autoridade ilimitada ao capitão-mor e governador. Continham normas de caráter político, de Direito Público, de Direito Judiciário, de caráter militar, criminal e processual, resumidamente enunciadas, consubstanciando os princípios que estavam reunidos nas Ordenações e nas principais leis extravagantes.

Deviam ser completadas pelas leis gerais da metrópole, ou desenvolvidas pelo bom senso do capitão-mor que tinha poderes quase que absolutos.

6. Capitánias hereditárias

Segue-se o período das capitánias hereditárias, que vai de 1532 a 1548. A legislação específica do Brasil, depois das cartas régias, é formada pelos títulos constitutivos das doações das capitánias. A carta de doação era o estatuto básico, em virtude do qual os direitos majestáticos sobre o território da capitania ficavam transferidos à pessoa do donatário, consignando especificadamente todas as cláusulas e condições da doação, desde a delimitação do território da capitania e os caracteres da doação, até aos poderes, funções, direitos, privilégios e obrigações do donatário.

A primeira das cartas de doação das capitánias, foi passada em Évora, em 20.01.1534. Fazia mercê *de uma capitania na costa do Brasil com cincoenta léguas de extensão pela mesma costa, com todas as ilhas que se acharem dez léguas ao mar fronteiras a ela; e pelos sertões a dentro com a extensão que se achar*⁴

*A capitania doada é inalienável, e transmissível por herança ao filho varão mais velho do primeiro donatário, e não partilhada com os mais herdeiros. Na ordem da sucessão, os descendentes varões, ainda que de menos idade, precedem às fêmeas, salvo o parentesco destas em mais propínquo grau. Os legítimos preferem aos bastardos, mas na falta daqueles sucedem estes, uma vez que não provenham de danado coito. É todavia permitido ao donatário nomear por sucessor, se lhe aprouver, qualquer parente legítimo com exclusão dos descendentes bastardos. Na falta de descendentes legítimos ou bastardos, sucedem em primeiro lugar os ascendentes e, em segundo lugar, os transversais, guardadas sempre as regras, de preferência estabelecidas no primeiro grau de sucessão, a saber: legitimidade, parentesco mais próximo, sexo e idade. Se o senhor ou donatário infringir estas regras, dando, escambando, partilhando, e por qualquer modo alienando a capitania, ainda que por causa muito pia, incorrerá ipso facto na perda dela, e passará logo a mesma capitania a quem diretamente houvera de ir, segundo a ordem estabelecida, se o donatário tivesse falecido*⁴

Tinha o donatário, com relação a essas terras, poderes de "arrendar ou aforar, em fatiota ou em pessoas, pelos foros e tributos que lhe aprouvesse, sem mais ônus ou pensão que pagar o dízimo a Deus, à ordem do mestrado de Cristo"; e passariam sempre "ao sucessor da capitania"

A carta de doação, com que era contemplado cada um dos donatários, conferida pelo monarca, era acompanhada por uma "carta de foral" que dela fazia

parte integrante, completando-a. Aí vinha consignado o Direito Tributário, muito diferente do que vigorava no reino, onde eram numerosas as espécies e formas de contribuições cada qual com a denominação mais estranha: foros de jugada, fossadeira, relego, portagens, açougagens, montado, calúnia, coima, voz do reino; em contraposição à Colônia onde somente havia os chamados "quintos" ou "dízimos"

Informa Carlos Malheiros Dias, *História da Colonização Portuguesa no Brasil*, v. III, p. 220, que o poder do donatário, conquanto aparentemente discricionário na esfera da governação e da Justiça, não era estorvo à prosperidade e liberdade dos colonos:

A capitania não lhe fora concedida para ele a explorar como uma fazenda, mas para a governar como uma província. O governador hereditário não podia lesar os interesses e direitos da população. Os impostos eram pagos em espécie. À Coroa pertencia o quinto do ouro e das pedras preciosas, de cuja existência, aliás, não havia certeza, e o monopólio das drogas e especiarias. Ao governador cabiam, além da redízima das rendas da Coroa, a vintena das pescarias e da venda do pau-brasil, o monopólio das marinhas e o direito de barcagem. Sobre a importação e a exportação, quando em trânsito nos navios portugueses, não incidiam impostos.

Os direitos políticos dos colonos haviam sido salvaguardados, equiparados aos que os portugueses usufruíam na metrópole, embora as regalias municipais fossem restringidas pela intervenção da autoridade do donatário. O colono, quer português ou estrangeiro, podia possuir terras de sesmaria, com a única condição de professar a religião católica. Aos estrangeiros, quando católicos, era consentido estabelecerem-se no Brasil e até mesmo entregarem-se ao comércio de cabotagem, pelo que pagariam o décimo do valor das mercadorias, imposto proibitivo, é certo, que anulava a liberalidade da concessão, mantida em obediência à tradição do direito. Era-lhes, porém, vedado negociar com os naturais: medida com que se restringia a sua influência e se procurava impedir a intromissão de elementos estranhos, e porventura instigadores de conflitos, nas relações entre os portugueses e aborígenes" Martins Júnior considera as cartas de doação e os forais os eixos dos maquinismos inventados pela metrópole para o povoamento e enriquecimento da possessão brasileira, consignando, p. 152:

As cartas de foral constituíam uma consequência e um complemento das de doação; mas estas estabeleciam 'apenas a legitimidade da posse e os direitos

e privilégios dos donatários' ao passo que aquelas eram um contrato enfiteutico em virtude do qual se constituíam perpétuos tributários da coroa, e dos donatários capitães mores, os solarengos que recebessem terras de sesmarias"

Daí deduz que o regime instituía uma hierarquia de senhores territoriais, que tinha o rei no cimo, tendo nos degraus inferiores o donatário e o sesmeiro ou colono. Do ato que dava existência legal aos novos departamentos coloniais deviam pois derivar direitos e deveres recíprocos.

Ensina Max Fleiuss: *História Administrativa do Brasil*, que ao fundar São Vicente, Martim Afonso de Souza demarcou primeiro, e arrou o terreno, distribuiu-o em lotes aos sesmeiros, edificou as casas necessárias, levantou um forte, a Câmara, a cadeia, a igreja, a alfândega; nomeou oficiais para administrar a Justiça e convocou os *homens bons* para procederem à eleição dos vereadores. Instalou assim, o nosso primeiro núcleo civil de administração colonial. Na carta de sua doação, idêntica às dos demais donatários, investiu-se ele para todo sempre, e a seus descendentes e sucessores, "da jurisdição civil e crime da dita terra"

Aos donatários era conferido o direito de organizar a distribuição da Justiça em suas terras.

Cabia-lhes nomear livremente o ouvidor (juiz de funções relevantes, que hoje corresponderiam à de corregedor) e outros juízes e oficiais.

Por via de eleição eram escolhidos os juízes ordinários, vereadores e o procurador do conselho.

Por carta de Lei de 1352, D. Afonso IV havia criado o cargo de "juiz de fora" destinado a residir em determinado lugar e durante certo tempo, *por presumir o direito que, sendo estranhos, sem na terra terem parentes e amigos, compadres ou companheiros, ou bem malquerenças e ódio com outros, podiam resistir às prepotências dos poderosos, castigar os seus excessos, sem ficarem expostos à vingança dos mesmos poderosos, e assim faziam melhor justiça que os naturais da terra"*

Alguns foram para cá mandados, e tão-pronto chegavam, cessava a jurisdição do juiz ordinário.

Pretender que todos os juízes fossem alfabetizados era muita exigência. Mas pelo menos para os cargos de maior importância era de bom alvitre que se tratasse de *letrado e entendido*, evidentemente, em matéria de Direito e, portanto, jurista.

Para diferenciar uns de outros havia uma insígnia: a vara, branca, do juiz de fora, vermelha, do juiz ordinário, pela qual seriam facilmente reconhecidos e não encontrariam resistência às suas determinações. Não podiam deixar de usá-la quando se encontrassem na vila, sob pena de multa de quinhentos réis de cada vez.

Qualifica o padre Serafim Leite de *documento básico, verdadeira Carta Magna do Brasil e sua primeira constituição, tendente à unificação territorial e jurisdicional, já com os elementos aptos para uma colonização progressiva* um regimento governamental de 17.12.1548.

Entre outras determinações dignas de nota, proibia às pessoas às quais se dessem terras para cultivo, que as vendessem ou trepassassem dentro de três anos; procurou evitar o excessivo luxo nas roupas, reduzir migrações de uma para outra capitania, fazendo-as depender de licença expressa, etc.

Os provedores verdadeiros magistrados entre outros poderes tinham os de procederem a inventário:

Falecendo alguma pessoa nas ditas terras do Brasil, o provedor em cuja capitania falecer se informará se fez testamento e, tendo-o feito, se nele se dispuser que sua fazenda se entregue alguma pessoa, assim se lhe fará; e falecendo sem testamento ou não dispondo que se entregue lá, o dito provedor com o escrivão de seu cargo fará inventário de toda a fazenda móvel e de raiz, que dele ficar, e o móvel fará vender em preção, publicamente, e o rematará a quem por ele mais der; e depois de cumpridos alguns legados se os deixar, que se lá façam, e o mais dinheiro que sobejar e no dito móvel se fizer, fará entrega ao dito almoxarife e carregar sobre ele em receita em um livro para que isso haverá e o fará enviar à cidade de Lisboa no primeiro navio que depois disso de lá vier e se entregará ao tesoureiro dos defuntos que está na dita cidade...

Competia-lhes "fazer um livro que terá as folhas numeradas e assinadas por ele, em que se registrarão todas as cartas de sesmarias de terras e águas que os capitães tiverem até ora dadas e ao diante derem; e as pessoas a que já são dadas as ditas sesmarias e ao diante se derem, serão obrigadas a registrar as cartas das ditas, sesmarias, do dia que lhe forem dadas a um ano..." Temos aí, como se percebe, o marco inicial do sistema de registro da propriedade imobiliária no Brasil.

Os usos e costumes não podiam deixar de ser importados de Portugal. Embora os direitos familiares estivessem já disciplinados pelas leis gerais, em Portugal o chefe da família era um verdadeiro senhor: sua vontade predominava

absoluta; era o pai quem escolhia o marido para a filha, e esta só o conhecia no dia do casamento.

Na sociedade incipiente brasileira, a autoridade paterna chegou até a degenerar em tirania, e a mulher foi uma verdadeira escrava.

7. Governo Geral

O período seguinte foi do governo geral que vai de 1549 a 1581. Começa com a carta régia de 07.01.1549, dando início ao sistema centralizador dos poderes.

Para tanto, são emanados quatro *regimentos*, todos eles datados de 17.12.1548.

O primeiro era dado ao governador geral, indicando a finalidade da missão, especificando as atribuições militares, os modos de inspeção das capitânias, a maneira pela qual devia ser tratado o gentio, contendo normas relativas ao comércio, à construção de navios, à taxação, etc. O segundo, ao provedor-mor, auxiliar direto do governador geral e com poderes que se harmonizavam com os que lhe haviam sido concedidos.

Seguiam-se os regimentos dados ao ouvidor geral e aos provedores parciais. Na legislação eclesiástica, bula de 25.02.1551 nomeia o primeiro bispo, que conforme alvará de 16.09.1551 e carta-régia de 22 do mesmo mês, não-tardou seguir para o seu destino.

Pela bula de 30.12.1550, o papa Inocência III já havia anexado e incorporado definitivamente, ao poder real no Brasil, a representação das igrejas e benefícios e a cobrança e administração dos dízimos. A atividade dos religiosos no Brasil ficou subordinada à legislação civil, sendo o bispo do Brasil admitido a co-participar, em certas ocasiões, do governo da colônia.

Os jesuítas muito se interessaram pela libertação e catequização dos índios, mas pouco fizeram em favor dos negros africanos, que continuaram, durante mais de três séculos, a sofrer o jugo da escravidão. Era intuitivo, pois, que a legislação amparasse, de preferência, os índios, cuja sorte já havia sido contemplada no regimento de 17.12.1548, dado ao primeiro governador geral, consignando-se que *o principal fim por que se mandava povoar o Brasil era a redução do gentio à fé católica*. As disposições subseqüentes procuravam favorecer a liberdade dos índios, que antes ficavam sujeitos aos colonos e senhores de engenho, instituindo-se

os "mamposteiros dos cativos" encarregados de cobrar o que pertencia ao resgate dos índios tornados cativos.

A carta-régia de 20.03.1570, consubstanciada na Lei de 30.07.1609, considerava proibidos os cativeiros ficando decretada a liberdade dos índios, com exceção dos capturados em justa guerra, e os que assaltassem os portugueses ou outros gentios para os comer.

Com relação aos negros africanos, a legislação só cuidou da sua importação: em virtude do alvará de 29.03.1559 os senhores de engenho ficaram autorizados a mandar vir escravos de São Tomé, com licença do governador geral.

8. Período das dominações estrangeiras

Segue-se o período das dominações estrangeiras que vai de 1555 a 1654.

É bastante diferente a influência de cada uma no Direito brasileiro.

A da dominação dos franceses foi praticamente nula. Em primeiro lugar como decorrência da sua pequena duração, em segundo lugar porque se exerceu sobre limites muito restritos.

Bem mais acentuada foi a influência da *invasão holandesa*, não-só porque tomou ampla extensão do território nacional, como porque os holandeses aqui aportaram com intenções de donos definitivos da terra que haviam ocupado. Estabeleceram governadores próprios, criaram leis específicas, tornaram obrigatórias as da sua pátria, sujeitando a nova organização, também os portugueses e os próprios nativos que chegaram a ser admitidos na administração pública como representantes do povo.

Lembra Ruy Rebello Pinho ter havido dominação holandesa na Bahia, de curta duração, e em Pernambuco, onde chegaram em 1630, permanecendo durante cerca de 24 anos.

Aí organizaram Tribunais Mistos, chamados dos Escabinos, compostos de portugueses e holandeses, em número, inicialmente, maior dos primeiros, e, depois, dos segundos.

O problema primordial era o da língua, como demonstra com a transcrição de passagens de um livro do padre Manuel Calado:

A pessoa que nestes Conselhos queria pôr alguma coisa, primeiramente havia de dar meia pataca para se lhe receber a petição e as petições,

e ações que faziam, forçosamente para se lhe deferir as haviam de levar escritas em língua flamenga, e para isso (suposto que os mais dos ministros entendiam, e falavam língua portuguesa) tinham ordenado certos oficiais, os quais trasladavam as petições dos portugueses para o flamengo, e levavam, por cada uma, uma pataca'

Noutra passagem, refere-se ao problema da língua:

"Quando os escabinos portugueses se ajuntavam todos, se punham os Flamengos a falar uns com os outros na língua flamenga e davam o despacho como lhes parecia, e o punham diante dos escabinos portugueses, os quais por força, ou por grado, assinavam o que os flamengos queriam. O que vendo João Fernandes Vieira, que foi eleito Escabino, à primeira vez que lhe pareceu mau aquele modo de despachar, e à segunda disse, que para por o meu sinal lhe haviam de ler primeiro em língua portuguesa a demanda, e o despacho dos holandeses porque não havia de assinar sentença que não fosse muito justa; e da terceira vez, ou quarta, prometeu em não se ajuntar mais em Conselho". (A Organização da Justiça, o Processo Penal e o Direito Penal no Brasil Holandês, *Rev. dos Tribunais*, vs. 243, 1956, pp. 16-31 e 244, pp. 13-42, com abundantíssimos subsídios).

Os holandeses foram, no entanto, expulsos em 1654, voltando tudo à situação anterior.

A dominação espanhola se fez sentir unicamente na formação do Direito português: no Brasil apenas de maneira reflexa. O governo continuou sendo exercido por portugueses, merecendo realce o cuidado da legislação referente aos índios e aos estrangeiros.

Pela Lei de 18.03.1605 Filipe II, temeroso que os ádvenas que aqui aportassem viessem colocar em perigo a colonização, dispôs que qualquer deles que chegasse ao Brasil fosse sumariamente condenado à morte, tendo os seus bens confiscados. Os alienígenas que aqui já se encontrassem deveriam ser internados no sertão, a doze léguas da costa.

Mas uma consequência as invasões estrangeiras tiveram na evolução política do Brasil: deitaram o germe do sentimento nacionalista que, crescendo com o tempo havia de se manifestar com entusiasmo na epopéia da Independência.

9. Primeiras manifestações legislativas

O período de 1640 a 1750, desde a restauração até Pombal, assinala o começo de uma atividade comercial entre o Brasil e a metrópole. Registram-se os primeiros elementos da formação de uma legislação principalmente em matéria de *seguros, letras de câmbio, câmbio marítimo e corretores de câmbio*. É desta fase a carta régia de 15 de agosto que recebeu o pomposo nome de Código Mineiro e que veio pela primeira vez regulamentar a extração de minérios e pedras preciosas no Brasil.

O último período *de Pombal até a transferência da Corte para o Brasil*, isto é, 1750 a 1808, manifesta obra legislativa característica e que desempenhou grande influência na história do Direito pátrio. A legislação deste período reformou pela base quase todo o procedimento do uso e aplicação do Direito. Já permite focalizar separadamente o Direito Civil que assume fisionomia própria. Anteriormente, não havia possibilidade de se cogitar da aplicação do Direito Privado. A vida era incipiente e as relações entre os poucos europeus que por aqui aportavam eram regidas pelos usos e costumes.

A legislação nesse período assinala-se principalmente no que diz respeito às matérias *casamento, pátrio poder, tutela e curatela, direito sucessório e contratos*. Faz-se notar uma nova ordem de coisas na situação até então imperante e começam a se delinear os primeiros institutos que haviam de se firmar no período seguinte.

A linguagem pitoresca das Ordenações do Reino observa Jayme de Altavilla, *“as suas matérias por vezes esquisitas e sobre as quais se distendem os seus cinco livros, a sinceridade da declaração de que ‘somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, he ortorgado per Direito, que julgue segundo a sua consciência’, enquanto que ‘ha de se advertir que os Ministros hão de julgar segundo as Leys do Reyno, não obstante a praxe em contrário’*, tudo isso se encaixa com exatidão no seu tempo, como se fosse uma tela de colorido intenso, porém proporcionado às coisas e aos seres retratados.

Os seus efeitos sobre o organismo do Brasil-Colônia ou 1º Império, não foram impeditivos ou contrariantes de nossa formação jurídica, mesmo porque ainda iniciamos, em estado de adolescentes, a elaboração da jurisprudência nacional.

Não se poderia exigir das Ordenações mais do que, em realidade elas foram: obra multissecular de um povo tão orgulhoso de suas legislações, que as vinculou historicamente aos nomes dos seus outorgantes reais⁴

Clóvis Beviláqua, *Estudos Jurídicos*, Rio, Francisco Alves, 1916, assinala a p. 115, no período colonial, dois fenômenos interessantes.

O primeiro diz respeito à criação espontânea de certas formas jurídicas. Lembra que embora as Ordenações determinassem fossem celebrados por escritura pública contratos relativos a bens imóveis de valor superior a quatro mil réis e de bens móveis de valor excedente a sessenta mil réis, era tão-difícil a satisfação da exigência num país extenso e pouco povoado como o Brasil, que acabou formando-se o costume de dispensar a intervenção do oficial público, revogando por essa forma o alvará de 30.10.1793 que mandava observar a exigência no Brasil, salvo quanto às convenções celebradas onde houvesse tabelião, ou onde fosse possível alcançar os seus préstimos, indo e voltando comodamente no mesmo dia.

Mesmo nesses casos, todavia, somente quando o valor do contrato era de dois mil cruzados em bens de raiz e de três mil em móveis, ou mais, era exigida a escritura pública.

O segundo foi a concentração da vida político-social nos municípios, cuja importância explicava-se pelas condições sociais e políticas da colônia: metrópole distante, exigência de proverem os núcleos locais as próprias necessidades e a própria defesa, o que deu às câmaras municipais extraordinária autoridade.

10. O Direito nas "Bandeiras"

Não cabem, neste esboço, maiores dados que poderão ser encontrados, em abundância nas obras citadas na bibliografia e nas demais nelas referidas.

Mas não é possível deixar de mencionar o fato da organização das Bandeiras ter exigido uma toda particular adaptação das normas jurídicas às contingências próprias às entradas no sertão, verdadeiro direito consuetudinário que se implantava ao lado, em complemento, em substituição, e muitas vezes até contra a lei.

Realça - com fundamento em Waldemar Ferreira, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Limonad, 1956, Alcântara Machado, *Vida e Morte do Bandeirante*, São Paulo, Martins, sem data José Barbosa de Almeida, *O Direito em São Paulo*, in São Paulo, Espírito, Povo, Instituições, coletânea organizada por J. V. Freitas Marcondes e Osmar Pimentel, São Paulo, Pioneira, 1968, pp. 383-397, entre outros costumes, a autoridade do capitão da Bandeira; os inventários e testamentos no sertão; os "documentos de mão"; o financiamento da expedição; as partilhas das conquistas; as "posses" e "querências"

Com o primeiro lembra que "nas andanças diárias, como nos arraiais das pousadas, algumas das quais não eram mais que noitadas, não se compreenderia o formalismo processual. Ocorrido o fato, verificada perfunctória, mas seguramente, a infração, mais não havia do que aplicar a pena de estilo, em regra o constrangimento corporal. A Bandeira, tanto que entrada em sertão, se achava em estado de guerra; e, como o exército regular, em idêntico estado, dispunha de justiça pronta para apurar os crimes de guerra e puni-los" Ilustra a assertiva do sucedido com Fernão Dias que da noite para o dia fez enforcar seu filho bastardo, o mameluco José Pais, articulador de uma conspiração para eliminar o próprio pai e assumir o comando da Bandeira.

Do segundo reproduz, entre outras, a seguinte passagem:

"Morto de sua doença, ou de flechada recebida em combate, um bandeirante, o capitão determina ex officio ou a requerimento de algum parente, o arrolamento de toda e qualquer fazenda e armas... fato e ferramenta, e pólvora e chumbo... e peças que ficou por morte e falecimento do de cujus, que Deus tem, para que em todo tempo conste no povoado, os bens que tinha, para deles haverem parte os seus herdeiros. Os autos são lavrados pelo escrivão do arraial ou por um escrivão ad hoc, se ninguém houver, elegido ou deputado para isso. Nenhuma das complicações do processo comum. Tudo se faz e relata sumarissimamente. Nem a situação comporta, nem o feitio daqueles homens tolera o palavreado inútil do formulário forense: imperatoria brevitatis. Ademais, é escasso o material de escrita. Por causa da limitação de papel vai mencionado apenas o essencial. Para os autos do ofício o escrivão do arraial aproveita o que lhe oferece o acaso: aqui, uns retalhos de papel, por lá o não haver; ali, o verso de umas folhas manuscritas"

Descreve, em seguida, a avaliação e a venda em leilão, feita "em presença de quarenta homens que na companhia assistem em lugar público, onde o capitão manda ajuntar todos os soldados, lugar que é a praça ou, mais

*propriamente, o terreiro do arraial. Lançam os licitantes o que lhes parece bem. Dos arrematantes são muitos os que se comprometem a pagar o preço a dois ou mais meses ou anos primeiros, de sua chegada a povoado, em paz e a salvo para os herdeiros. Nesse caso oferecem fiador, que também assina o auto sumaríssimo de arrematação. O produto das peças e os bens que não acham licitantes, recebe-os o curador que para tal mister for elegido**

Fase Imperial. O período da Pré-Codificação Civil

Sumário: 1. O novo ambiente histórico 2. Legislação do reinado 3. Período da regência de D. Pedro I (de 1821 a 1822) 4. Império 5. Regência (1831 a 1840) 6. Segundo Reinado (1840 a 1889). Primórdios do Código Civil: a Consolidação das Leis Civis - 7. O "Esboço" 8. O trabalho do Visconde de Seabra 9. Tentativa de Nabuco de Araujo 10. O anteprojeto Felício dos Santos - 11. Anteprojeto Coelho Rodrigues.

1. O novo ambiente histórico

Salienta Cesar Tripoli que a transição da época colonial para a época imperial foi caracterizada por dois fatores.

Um, de ordem sociológica: a existência de um povo brasileiro, já tipicamente formado, com as suas aspirações, com os sentimentos, com sua vontade bem definida; outro, de ordem política: o estabelecimento da sede da monarquia de Portugal no Brasil.

Quando D. João VI e sua corte vieram para o Brasil, em 1808, não encontraram, ao contrário do que poderia parecer-lhes, um povo português, submisso e cordato, mas um povo brasileiro livre e façanhudo, com características e fisionomia próprias.

O primeiro e imediato efeito da transladação do Governo foi como que uma inversão de posições. O Brasil que não ia além de um caudatário, de uma colônia, passou a exercer as funções que até então eram próprias da metrópole. Aqui tinha sede o Governo, aqui eram organizados os novos ministérios, aqui se

estruturava a orientação das instituições políticas; para cá foram transportados os arquivos. O Rio de Janeiro tornou-se o centro de irradiação, não apenas do Brasil, mas também de Portugal, a capital onde se confeccionavam as leis, de onde eram emanados os atos da administração.

Entre os muitos, merece realce o Decreto de 10.07.1808, pelo qual D. João VI declarou guerra à França, cujas tropas, por coincidência, já haviam conquistado todo o território português e estavam acampadas em Lisboa.

2. Legislação do reinado

Além da centralização política, administrativa, outro efeito de singular importância manifestou-se como decorrência da presença do monarca e da sua Corte no Brasil: a acentuação do antagonismo que ia se avolumando cada vez mais entre os brasileiros e os portugueses.

Neste período foi fecunda a atividade legislativa, inspirada em grande parte pela necessidade de serem adotadas todas as medidas indispensáveis para o exercício da administração.

Foi promulgado um verdadeiro amontoado de decretos, de leis, de regulamentos e de portarias, em tal número que muitos, embora devidamente registrados nos arquivos do governo, não chegaram a ter sequer aplicação prática.

Uma peculiaridade já se nota nessa legislação: o espírito liberal que presidiu e que assinalou as aspirações da nação brasileira tanto na política interna, quanto na política internacional.

A legislação joanina deste período, que vai de 1808 a 1821, tinha como objeto principal a organização do Brasil, distinguindo-se a Carta-Régia de 28.01.1808, que é um dos marcos primordiais da nossa legislação, pois abriu os portos brasileiros à navegação internacional.

A Carta-Régia de 16.12.1815, que elevou o Brasil à categoria de Reino mais não fez, portanto, do que reconhecer, *de juri*, aquilo que, de fato, já estava consumado.

Mas o que de mais característico se nota nessa ocasião diz respeito ao Direito Público: uma verdadeira paixão avassalou o ânimo de todos no sentido de que fosse promulgada uma Constituição que estabelecesse os direitos, as garantias individuais, que estruturasse o governo de forma definitiva.

A tal ponto, que um Decreto de 24.01.1821 aprovou e aceitou, na falta de uma nacional, não uma constituição estrangeira, mas um projeto de constituição que estava sendo estruturado perante as Cortes de Lisboa, cujos pontos essenciais sequer eram conhecidos.

Mandou ele observar temporariamente (o período foi apenas de 24 horas pois foi expressamente revogada por outro Decreto, do dia seguinte), até que a Constituição em elaboração pudesse ser aprovada, a Constituição espanhola, de 1821, que aliás, primava pelo seu espírito liberal. Muito avançada para a ocasião, estabelecia a divisão de poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, garantia a liberdade de imprensa e adotava como religião oficial a Católica Apostólica Romana.

Por essas razões, Portugal, logo após o triunfo da Revolução de 1820, adotou, temporariamente, essa mesma Constituição espanhola, que no Brasil, teve vida tão efêmera.

Em matéria de Direito Civil a legislação foi muito restrita. Houve pouquíssimos atos legislativos e todos eles tratando de bens públicos, do direito de propriedade, de serviços sobre águas, das pessoas e dos órfãos e ausentes.

3. Período da regência de D. Pedro I (de 1821 a 1822)

Caracteriza-se pela mesma paixão por uma Lei fundamental. As bases da Constituição portuguesa, que as Cortes Extraordinárias e Constituintes de Lisboa tinham decretado em 10.03.1821, foram juradas no dia 5 de junho do mesmo ano, no Teatro São. João, do Rio de Janeiro, o que se repetiu no dia seguinte, em sessão continuada no Senado, por parte de todas as autoridades militares, civis e eclesiásticas, de todos os empregados públicos.

Encontrando-se reduzidas a escrito, as "bases" representavam ao menos o reconhecimento formal da existência de princípios estruturais, garantindo ao cidadão, os direitos à liberdade individual, à liberdade do pensamento, à igualdade perante a lei. Já não eram mais tolerados os privilégios de foro, reminiscência da época feudal; foram abolidas as penas infamantes, tornou-se, possível a admissibilidade aos empregos públicos a todos os brasileiros que tivessem as condições de capacidade e idoneidade necessárias.

A legislação privada neste período foi pobre. O único assunto que chamava a atenção dos poderes públicos, era a desapropriação.

Assim, Decreto de 21.05.1821 traçou diretriz que viria permanecer até hoje: indenização prévia, ou, em caso excepcional, a ser paga dentro de prazo estabelecido.

4. Império

Proclamada a Independência no dia 07.09.1822, aclamado D. Pedro I Imperador, no dia 12 de outubro desse ano, o Brasil passou a assumir a posição de verdadeira e perfeita unidade política. Era um país livre e independente, um Império.

As novas condições da vida política, econômica e administrativa exigiam outro arcabouço jurídico: daí a preocupação que persistia da votação de uma Lei Magna.

A Assembléia Constituinte foi convocada em 1823. Não havia, no entanto, qualquer projeto a ser discutido, limitando-se os constituintes a votarem leis que tivessem caráter urgente e constitucional.

Somente na sessão de 10 de setembro desse ano foi apresentado um projeto de Antônio Carlos. Mas seu debate foi tão-moroso que até 11 de novembro seguinte apenas 24 artigos tinham sido discutidos.

Dissolvida no dia seguinte a Constituinte, D. Pedro nomeou por Decreto de 13 desse mês um Conselho de Estado com o encargo de elaborar um projeto de lei mais liberal, efetivado através da Carta de Lei de 25.08.1824.

É nesse período que se tem um outro acontecimento transcendente para a evolução do Direito no Brasil: o estabelecimento do ensino jurídico, pela lei de 11.08.1827, criando dois cursos, nas academias de São Paulo e de Olinda, que se iniciaram no dia 28 do mesmo mês.

Não foram porém adotados os estatutos da Universidade de Coimbra. Ao espírito liberal dos brasileiros não correspondia um ensino jurídico caracterizado por excesso de erudição, uma preocupação muito grande com antigüidades, com sutilezas, sem o cuidado que deveria ser primordial no que diz respeito à aplicação prática desses conhecimentos.

Daí recomendações de que o ensino do Direito Civil fosse feito nos moldes das *Instituições* de Mello Freire, e que o professor, ao expor a matéria, se reportasse não apenas às opiniões acertadas dos tratadistas, mas também às más, manifestando sua repulsa aos conceitos errôneos, ponto de vista de perfeita atualidade. O Direito Privado começou a ser objeto de reformas principalmente no

que diz respeito à necessidade de um afastamento das Ordenações e de inspiração nos princípios de direito seguidos pelas demais nações civilizadas.

Pode-se dizer que houve modificações, embora limitadas, na legislação de todas as matérias do Direito Civil.

O elemento novo foi traçado por um conjunto de normas ditadas pela Igreja Católica, com base no Direito Canônico e nas resoluções do Concílio de Trento, formando a base da Constituição do Arcebispado da Bahia e foi reconhecido como parte integrante do Direito Civil pátrio.

5. Regência (1831 a 1840)

Nesse período a legislação também não é muito abundante. Há algumas modificações no que diz respeito às normas do Direito Civil, principalmente no que se refere à publicação das leis, à capacidade das pessoas, à sucessão dos filhos ilegítimos, a instituição dos registros gerais, à de hipotecas e às desapropriações.

Decreto de 23.06.1833 deu início ao sistema de enumeração e data das leis e resoluções, para evitar confusão, e outro de 01.01.1838 dispôs sobre a coleção e publicação de leis e decretos.

Observa José Gomes B. Camara, t. III, p. 120, parecer ter sido considerada, então, tarefa excessiva para as concepções daquelas décadas a elaboração de um anteprojeto de um Código Civil, mas a de um Código Comercial, compendiando toda a matéria, desde cedo passou a constituir objeto de cogitações.

"Não seria possível, quanto a esse aspecto, deixar de concluir que a obra de Cairu, suas pregações, conselhos e sugestões, tiveram profundo influxo na formação do nosso Direito Comercial, e, particularmente, de um projeto do primeiro Código de Direito Privado aparecido na América do Sul, se excluído o da Bolívia"

Vinte e quatro anos seriam consumidos entre o plano de Cairu, de 24.04.1826 de um *Projeto de Código de Comércio*, e a Lei n. 556, de 25.06.1850, que decretou o Código Comercial, até hoje em vigor, "o mais duradouro de todos os monumentos legislativos já sancionados ou promulgados no Brasil, desde 1822"

6. Segundo Reinado (1840-1889): primórdios do Código Civil: a Consolidação das Leis Cíveis

Segue-se um período de atividade legislativa. Além do Código Comercial, foi promulgado o Decreto n. 737 de 25.11.1850, verdadeiro Código de Processo Civil, e uma série de diplomas importantes entre os quais o Decreto n. 9.886, de 1888, que instituiu o Registro Civil.

Proclamada a Independência, Lei de 20.10.1823 confirmou as Ordenações.

A Constituição Imperial de 25.03.1824 recomendava, no seu art. 179, § 18, fossem quanto antes promulgados um Código Civil e um Código Criminal, o que ocorreu efetivamente, quanto a este, por Decreto de 16.12.1830.

A grande variedade das leis herdadas dos tempos da Colônia, a vigência das Ordenações já revogadas em Portugal, os difíceis conhecimento e interpretação deste conglomerado de normas, em que os próprios profissionais encontravam embaraços, deixaram desde logo na verdade patente a necessidade de um Código Civil que espancasse as dúvidas e servisse de orientação segura ao aplicador da lei.

Em 1845 o Barão de Penedo fez um estudo, que subordinou ao título da revisão geral e codificação das leis cíveis e do processo no Brasil, mostrando a urgência de se atualizá-la expungindo-a dos excessos e das disposições inúteis.

As opiniões a respeito da necessidade da codificação eram, no entanto, divergentes, a ponto de Eusébio de Queiroz manifestar que seria muito difícil proceder a elaboração de um Código Civil. O melhor seria adotar como texto de lei as lições do civilista Correia Telles - consubstanciadas em seu *Digesto Português*...

A idéia que vingou, felizmente, foi a de se proceder, previamente, a uma seleção preparatória das disposições fundamentais da lei civil.

A referida Lei de 20.10.1823, confirmando embora as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25.04.1921, para que vigorassem no Império, ressaltava que isso somente deveria ocorrer "enquanto não se organizar um novo Código"

Foi contratado para esse fim, em data de 15.02.1855 o maior jurisconsulto brasileiro: Teixeira de Freitas.

Rememoremos aqui as palavras de Levi Carneiro:

"Autor principal da primeira Constituição republicana, evangelizador da democracia, Ruy Barbosa sobreexcede, pela amplitude da cultura e pela intensidade da atuação pública, todos os demais juristas do Brasil. Mas, Teixeira de Freitas precedeu-o cerca de vinte anos; iniciou o culto do direito no Brasil, com o devotamento, a paixão, a probidade de um apóstolo; desempoeirou, arrumou, classificou, clarificou a congérie imensa das leis coloniais reguladoras das relações civis; promoveu-lhes a reforma, a renovação, sob a inspiração dos mais altos ideais e de princípios originais. Magistrado ocasionalmente, advogado de profissão ele foi, verdadeiramente, nosso primeiro jurisconsulto. O oráculo cujos ensinamentos, desde há quase um século, e ainda agora, orientam os que procuram a solução dos problemas de Direito Civil"

Em 1858 apresentava o produto do seu intenso labor: a *Consolidação das Leis Civas*, compreendendo 1.333 artigos, todos anotados e complementados com informações a respeito da origem das disposições.

Aprovada pelo Decreto n. 2.318, de 22.12.1858, é precedida por uma *Introdução*, qualificada por Sílvio Romero como um dos pontos culminantes do nosso pensamento teórico, a mais importante contribuição para o estudo do Direito Civil brasileiro que nos legou o Império.

É constituída por duas Partes, divididas em duas seções cada: a Geral: I. Pessoas; II. Coisas; e a Especial; I. Direitos Pessoais; II. Direitos Reais.

É consagradora a manifestação do jurista argentino Martinez Paz:

La Consolidación es el monumento más alto del pensamiento jurídico americano; las codificaciones y los trabajos de exégesis y comentario, así como los escasos tratados de dogmática, ni en punto a erudición, ni en doctrina han alcanzado ese sello de originalidad, de sentido personal y de profundidad que caracteriza a la Consolidación de las leyes civiles (Freitas y su influencia sobre el Código Civil Argentino, p. XVI)"

... obra de estudo profundo, de coordenação e sistematização dignas de um cérebro germânico" observa por sua vez F. P. Lacerda de Almeida, *O Direito Civil e sua Codificação*, Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos, Rio, Imprensa Nacional, 1928, p. 72 "serviu-nos por muito tempo de Código Civil, compulsavam-na e citavam-na juizes, advogados e funcionários administrativos, como eram citadas as glosas de Acursio e as sentenças de Bartolo de preferência ao texto romano, que resumiam. Grande justiça, pois, ao mérito do sábio autor fez a comissão nomeada pelo Governo para dar o seu juízo sobre aquela obra magistral,

quando afirma que o autor, a par de estudo profundo e erudição vasta e método didático, dá testemunho de zelo, dedicação e constância no trabalho, dotes estes que recomendam sua habilitação para o projeto do Código Civil, do qual é a consolidação preparatória importante"

"Da Consolidação das leis civis começou a norma invariavelmente seguida nas codificações posteriores, de distribuir as matérias a tratar em duas partes, uma geral, dedicada aos elementos da relação jurídica, e outra especial, ocupada de todos os direitos detalhadamente. Teixeira de Freitas iniciou o sistema da classificação dos direitos em pessoais e reais, reduzindo, consoante uma fórmula sua todas as relações jurídicas a estas duas classes e nelas enquadrando o Direito da Família, por exemplo, e o das Sucessões, de que fazem os escritores alemães categorias distintas. É notável a originalidade e o brilhantismo com que é sustentada a nova classificação, a qual pode dizer-se com orgulho, de cunho do jurisconsulto brasileiro"

7. O "Esboço"

Concluída e aprovada a Consolidação, era natural, observa Clóvis Beviláqua, que a elaboração do Código de que cogitava o Decreto n. 2.318, de 22.12.1858 fosse confiada ao eminente jurisconsulto, que lhe preparara o terreno.

Menos de um mês depois de ter sido escolhido, Teixeira de Freitas firmou contrato com o governo imperial, comprometendo-se a apresentar o trabalho até 31.12.1861.

Em agosto de 1860 começou a dar publicidade ao que denominou de *Esboço*.

Procedia no entanto com tal cuidado que não conseguiu completar a obra no prazo fixado, obtendo uma prorrogação até 30.07.1864.

Não escapou a Levi Carneiro a particularidade dessa ansiosa, constante lida de seu espírito pela perfeição inatingível, a revelar-se até no título que lhe deu, revestindo-o de certa feição efêmera.

Submetido a uma comissão, mais de quatro meses levou ela para discutir apenas quinze artigos, procurando justificar a demora com o pretexto de que o *Esboço* não havia sido ainda concluído, quando o certo é que, em 1865, já haviam sido publicados mais de 3,7 mil artigos.

A verdade é que a comissão não demonstrava capacidade de desincumbir-se da tarefa, ocasionando a observação de Teixeira de Freitas de que, na marcha em que iam os seus trabalhos, levaria mais de cem anos para concluí-los.

O *Esboço*, na publicação do Ministério da Justiça, compreende 4.908 artigos que são os conhecidos, pois outros estavam em elaboração.

Estão divididos em duas partes:

A *Geral*, composta por um Livro, Dos Elementos dos Direitos, compreende três seções:

I. Das pessoas;

II. Das coisas;

III. Dos fatos, cada uma das quais subdivididas em títulos, capítulos e parágrafos.

A *Especial*, dos Direitos e composta por dois Livros.

O Segundo, Dos Direitos Pessoais em Geral distribui-se por três seções:

I. Dos Direitos Pessoais em Geral (Obrigações em Geral);

II. Dos Direitos pessoais nas relações de família;

III. Dos Direitos pessoais nas relações civis (Obrigações derivadas dos contratos, de atos involuntários, de atos ilícitos, etc.).

O Terceiro, Dos Direitos Reais, também se compõe de três seções:

I. Dos Direitos Reais em geral;

II. Dos Direitos Reais sobre as coisas próprias;

III. Dos Direitos Reais sobre coisas alheias.

Além dos artigos publicados estavam no prelo 5.016, mais de duzentos em manuscrito informa Levi Carneiro quase concluídos, sobre Direitos Reais em Coisa Alheia, deles não se sabendo o destino. Se bem que não tivesse Teixeira de Freitas elaborado o Livro referente aos Direitos em geral sucessões, concurso de credores, prescrição, a tarefa estava praticamente concluída.

Descontente com a demora da Comissão, sentindo-se desconsiderado e sem apoio, porque Nabuco de Araujo havia sido substituído no Ministério da Justiça por Martin Francisco Ribeiro de Andrade, Teixeira de Freitas apresentou sua renúncia, expressa com a habitual altanaria:

Entendendo-se que o trabalho feito nada vale, ou não compensa as mensalidades que recebi nos três primeiros anos do meu contrato, reconheço desde

já a obrigação de restituí-las, ou qualquer diferença, e para cumpri-la aí está o resto dos, digo, está à disposição do Governo o resto dos bens que possuiu"

Não-aceita a renúncia, Teixeira de Freitas continuou seus labores, mas acabou modificando o plano inicial, e em ofício de 20.09.1867 manifestou a idéia de que o projeto primitivo não podia ser executado.

Ponderando que um Código Civil não seria suficiente para resolver o problema de uma perfeita estruturação da nossa legislação civil, propôs, em vez de um só código, dois, um, geral e outro especial, ao mesmo tempo em que propunha a unificação de todas as disposições do Direito Privado, idéias de importância fundamental, de perfeita atualidade ainda hoje, das quais foi precursor.

Basta dizer que ambas estiveram em curso nos recentes projetos governamentais de elaboração de Códigos, e que a segunda foi levantada, anos mais tarde, na Europa por Cesar Vivante, em aula inaugural de extraordinária repercussão.

Mas o alcance da idéia não foi apreendido pelos contemporâneos.

Embora a Seção de Justiça do Conselho do Estado emitisse em julho de 1868 parecer pela sua aceitação, o Ministro da Justiça José de Alencar declarou que considerava rescindido o contrato, sob alegação de não ter sido o projeto apresentado no prazo fixado.

Deixou bem patente, assim, não estar em condições de alcançar a altura do pensamento de Teixeira de Freitas que transubstanciara em seus trabalhos não apenas seu tirocínio de advogado, mas a sensibilidade de um sociólogo atento às realidades dos tempos novos, a que a codificação não podia permanecer alheia.

"Desamparado, senão hostilizado surdamente, por misonéismo e por incompreensão Teixeira de Freitas aceita a rescisão do contrato de 1859. Não havia mais" consigna Levi Carneiro "quem o animasse a concluir o anteprojecto já quase pronto por completo. Ficava apenas como obra doutrinária, documento de urna tentativa malograda que se não pode recordar sem surpresa e emoção"

O autor prevenira que publicava o "ensaio" sob o título de *Esboço*, para depurar, com a estampa, o trabalho, expondo-se à censura de todos e à sua própria. Apreciou-o Clóvis Beviláqua, sob essa forma ainda não definitiva, como um edifício de grandes proporções e de extraordinária solidez, talhado na rocha viva dos bons princípios, pela mão vigorosa de um artista superior, e, ao mesmo tempo, recortado, internamente por excessivas minúcias que talvez, desaparecessem,

quando o autor retirasse da obra os andaimes, que ali pusera, enquanto lhe erguia as altas muralhas...

É uma página dolorosa, a mais dolorosa da história intelectual da jurisprudência brasileira, essa, em que o sábio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com a heróica abnegação de um estóico, ao que ele julgava a verdade científica.

Mas, se o Esboço não pôde ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudência pátria, como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias...

Não temos o articulado correspondente ao terceiro Livro da Parte especial. O trabalho ficou incompleto. Mas podemos apreciá-lo, em seu conjunto, na lição que dele nos oferece o Código Civil argentino"

Na verdade, o *Esboço*, não-utilizado entre nós, propiciou a Velez Sarsfield o precioso subsídio do aproveitamento de cerca de 2 mil artigos para o projeto do Código Civil da nação irmã.

Ele próprio o confessou, em junho de 1865: utilizara.

"Sobre todo el Projecto del Código que esta trabajando para el Brasil el Snr. Freitas, del qual he tomado muchísimos artículos"

Tão-ressumante foi a influência lembra Jayme de Altavilla, que, enquanto em nosso país o *Esboço* jamais tivera uma edição enfeixando todas as suas matérias, na Argentina fora ele publicado em duas edições completas, e, acrescentasse, de há muito esgotadas.

Encarece ainda ter sido ele qualificado como "el Savigny americano" que a linha impressiva do *Esboço* estendeu-se do CC argentino para o Paraguai, chegando por essas vias até alguns países da América Central, como Nicarágua, que, conforme Valadão, nos seus arts. VII e VIII traduz os arts. 5º e 6º do *Esboço*.

"Sendo assim, um revolucionário do Direito Civil conclui o Prof. Emérito da Faculdade de Direito das Alagoas teria de se chocar com os rochedos do dogmatismo estatal...

Seria impertinente repetir frases e períodos sobre aquele pioneiro do Direito Civil que foi, numa síntese bibliográfica e na opinião consagrante de Ruy Barbosa, o maior dos jurisconsultos do seu tempo"

A maior dificuldade com que se defrontava o Império: ajustar suas instituições às necessidades legais brasileiras, começava com a própria Constituição de 1824, que nada tinha de brasileira, deu a Teixeira de Freitas demonstra Sílvio

Meira, *O Pensamento Criador de Teixeira de Freitas* oportunidade não apenas para uma codificação, mas para verdadeiras antecipações, próprias de um gênio criador.

Lamentavelmente Teixeira de Freitas foi um incompreendido no seu tempo por alguns que o cercavam e que não possuíam condições de levantarem as vistas para o alto e medir-lhe toda a estatura"

Na Argentina, Luis Moisset de Espanés, *Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Velez Sarsfield*, Universidad Nacional de Córdoba, 1978, reconhece, com os mais destacados biógrafos de Velez, Chaneton e Enrique Martínez Paz, que o ponto no qual "*el gran codificador de América, Velez, estaba por debajo de su precursor, el brasileño Freitas, era el de su formación filosófica*"

Vélez não era, ao inverso de Freitas, homem de uma escola rígida e sistemática mas era um prático do Direito.

Realça, ainda, constituir o Esboço verdadeiro monumento da ciência jurídica, que, embora inconcluso, destaca-se por seu rigor metodológico, adiantando-se em mais de trinta anos ao Código Civil alemão na consagração de uma "Parte Geral" "destinada a regular os elementos da relação jurídica, aspecto que os juristas europeus consideram a máxima conquista do BGB"

É hora de dar a essa figura ímpar e pungente todo o realce a que faz jus.

Só louvores pode merecer a idéia de Luís Gastão de Alencar Franco de Carvalho, Teixeira de Freitas O Sábio Jurisconsulto, *Rev. dos Tribunais*, v. 431, 1971, p. 250, de que é necessário, com maior urgência e Justiça, "*ser melhor conhecida, debatida, elogiada, criticada, reverenciada e analisada por todos os que se interessam pela história do direito em nosso País: a figura de glorioso consolidador*"

8. O trabalho do Visconde de Seabra

O Imperador foi à Europa no ano de 1871, e correspondências de lá vindas informaram que teria encomendado a um jurisconsulto lusitano, Antonio Luís de Seabra, autor do projeto de Código Civil português, outro, para o Brasil.

A simples notícia provocou acentuada reação, não se atinando a razão de ser atribuída a tarefa a um estrangeiro.

Embora num trabalho datado de 05.02.1872 deixasse o Visconde de Seabra 392 artigos elaborados, a idéia foi abandonada, passando quase despercebida a sua contribuição, por não ter vindo à luz da imprensa.

Clóvis Beviláqua informa ter visto, apenas em manuscrito o capítulo preliminar e alguns artigos sobre a capacidade civil e seu exercício:

"O autor, na folha de rosto, se declarava natural do Rio de Janeiro e cadete honorário do antigo regimento de cavalaria de linha, de Minas Gerais.

Procurava, por esse modo, desfazer as prevenções do amor próprio nacional"

9. Tentativa de Nabuco de Araujo

Por Decreto n. 5.164, de 11.09.1872, o governo imperial contratou Nabuco de Araujo para apresentar ulterior projeto de Código Civil, o que deveria fazer no prazo de três anos.

A morte, porém, colheu-o em 19.03.1873, antes que pudesse completar sua obra, que ficou apenas com trezentos artigos, 118 relativos ao título preliminar e 182 à Parte Geral. Mostram, principalmente os primeiros, um plano bem traçado, inspirado em grande parte no *Esboço* de Teixeira de Freitas.

Mentalidade de primeira ordem, servida por uma língua sóbria e cristalina" - diz Spencer Vampré, *"não deixou do seu esforço mais do que brilhantes fragmentos"*

Referiu-lhe o filho que *"Nabuco tinha inteira a codificação de memória, e que por notas tomara apenas siglas e sinais, cuja significação, infelizmente, só ele conhecia"*

10. O anteprojeto Felício dos Santos

O senador mineiro Joaquim Felício dos Santos obteve do ministro da Justiça autorização para, gratuitamente, elaborar um projeto de Código Civil. Três anos depois ofereceu o resultado do seu trabalho, que denominou de "Apontamentos para o projeto de Código Civil brasileiro" consubstanciado em 2.602 artigos.

No ano de 1881 foi nomeada uma comissão constituída por Lafayette Rodrigues Pereira, Emilio Ribas e Coelho Rodrigues para opinar a respeito, e chegou à conclusão de que podia o autor, retocando-o com arte, aparelhar um

projeto em condições de franca revisão. Manifestou, assim, que o projeto não era satisfatório.

Apesar disto Felício dos Santos apresentou-o à Câmara dos Deputados que o fez publicar. Somente em 1889 foi constituída uma comissão cuja presidência de fato foi assumida pelo próprio Imperador, mas que teve interrompidos os seus trabalhos, ao ser proclamada a República.

A despeito de ter sido cometida a incumbência a um outro jurista, Coelho Rodrigues, o projeto foi novamente publicado em 1891, por autorização do ministro da Fazenda, para ser submetida à consideração do Congresso Nacional.

Também é dividido em Parte Geral e Parte Especial, cada uma das quais dividida em três Livros: Das pessoas, das coisas e dos atos jurídicos: apenas a Parte Especial cuida dos atos jurídicos, em particular.

Foi Coelho da Rocha' diz Clóvis Beviláqua 'o inspirador dessa classificação arbitrária, cujas incongruências a crítica do tempo, não sem azedume, pôs em relevo. Será, porém, injustiça, desconhecer os méritos do trabalho, que nos deixou o jurisconsulto mineiro. Há nele idéias justas, e, em muitos pontos, foi aproveitada a lição da experiência, quer a da crítica dos projetos anteriores quer a da prática forense'

11. Anteprojeto Coelho Rodrigues

Finalmente, quando já em plena República, o governo provisório retomou os trabalhos do Código Civil, o projeto Felício dos Santos foi abandonado e a incumbência foi dada a Coelho Rodrigues que havia sido o autor do Decreto n. 181 de 24.01.1890, sobre o casamento civil, e que participara das duas comissões que haviam julgado o projeto anterior.

Contratado aos 12.06.1890, muito antes de vencido o prazo de três anos, Coelho Rodrigues apresentou seu projeto em 23.02.1893.

Submetido a uma Comissão, tendo recebido parecer contrário, não foi aceito pelo governo.

A Parte Geral compunha-se de três partes: das pessoas; dos bens; dos atos e fatos jurídicos.

A Especial de quatro: das obrigações; da posse, da propriedade e dos outros direitos reais; do direito da família, do direito das sucessões.

"Trabalho de incontestável merecimento" atesta Clóvis Beviláqua estava, perfeitamente, nas condições de se converter em lei, depois de revisto...

Embora elogiado pelos especialistas, não-contou com o beneplácito do Marechal Floriano que manifestava sua preferência pelo projeto Felício dos Santos.

Surgiu, assim, ao lado do problema jurídico, outro, de natureza política, que criou verdadeiro embaraço.

Em 1895 Coelho Rodrigues conseguiu do Senado a nomeação de uma comissão destinada a escolher qual dos dois projetos mereceria a preferência. Foi aprovado o dele, que veio a ser publicado em 1897. Consta de 2.734 artigos além de oito disposições transitórias, sendo precedido da história documentada do mesmo projeto e dos anteriores.

Em oportuna iniciativa o ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, fez publicar, em co-edição com a Editora Universidade de Brasília na Coleção Memória Jurídica Nacional, o *Projeto* de Coelho Rodrigues (Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1980). 2.734 artigos, além de oito "Disposições Adicionais Transitórias" precedido de erudito e sentido ensaio crítico-biográfico de Wilson Brandão.

Codificação. Os trabalhos de elaboração do Código Civil brasileiro

Sumário: 1. Um pouco de história 2. Importância, vantagens e inconvenientes da codificação 3. Principais diplomas legais civis brasileiros anteriores ao Código - 4. Trabalhos de elaboração do Código Civil brasileiro 5. O parecer de Ruy Barbosa, as "Ligeiras Observações" de Carneiro Ribeiro. A Réplica e a Tréplica 6. Aprovação da maior obra legislativa do Parlamento da República.

1. Um pouco de história

Quem quer que folheie um Código Civil Penal, ou qualquer outro, tem a impressão de que se trata de um método bastante recente de coleta de preceitos legais.

No entanto, a necessidade de se compendiar num conjunto os dispositivos principais esparsos em várias leis, fez-se sentir desde as épocas mais recuadas.

Uma série de máximas morais e religiosas constituíram as primeiras codificações de que se tem notícia. Mas o Direito à medida que se ia definindo com características próprias, foi se desprendendo desse conglomerado de dispositivos, para formar conjuntos separados.

A coletânea mais antiga de que se tenha notícia é o *Código de Hamurabi*, que reinou no ano 1965 a 1913 a.C., na Babilônia.

Compõe-se de 282 artigos, que, no testemunho de Bonfante, revelam uma civilização adiantadíssima para a sua época. Contém a regulamentação de todo um regime complexo de relações familiares e patrimoniais, exige a escritura pública para a prova dos atos jurídicos mais importantes da vida, o casamento, as obrigações, as quitações, as doações e as próprias sentenças.

Muitos dispositivos chocam a sensibilidade do homem de hoje pela sua crueza, mas correspondiam perfeitamente ao entendimento de então, e obrigavam ao respeito pelo terror das rigorosas sanções a serem aplicadas aos transgressores.

Amilcare Carletti, que reproduz o texto acompanhado de esclarecimentos em seu *Brocardos Jurídicos*, São Paulo, Universitária de Direito, 1979, recomenda, a p. 201, que não se entenda a palavra "Código" no sentido moderno, pois não-houve uma codificação sistemática das leis, mas uma coletânea de todas as existentes na época e que Hamurabi mandou incidir numa estela de diórito preto, altura 2,25m, de circunferência entre 1,80 e 1,90m, dividida a superfície em cinquenta e uma colunas densas, de escritura cuneiforme.

O precioso monólito, descoberto em 1902 por uma missão arqueológica francesa, dirigida por De Morgan, que fazia escavações perto de Susa, a antiga Persépolis, encontra-se atualmente no Museu do Louvre.

Reparte o conjunto das leis, conforme E. Bouzon, da seguinte forma:

1. Leis para punir possíveis delitos praticados durante um processo judicial (§§ 1-5);
2. Leis que regulam o direito patrimonial (§§ 6-126);
3. Leis que regulam o direito da família e as heranças (§§ 127-195);
4. Leis para punir lesões corporais (§§ 196-214);

5. Leis que regulam os direitos e obrigações de classes especiais: a. Médicos (§§ 215-223); b. Veterinários (§§ 224-225); c. Barbeiros (§§ 226 e 227) ; d. Pedreiros (§§ 228-233); e Barqueiros (§§ 234-240);

6. Leis que regulam preços e salários (§§ 241-277);

7. Leis adicionais que regulam a posse de escravo (§§ 278-282).

Segue-se a legislação mosaica, redigida 1500 anos a.C. É, essencialmente, além dos doze mandamentos gravados por Moisés no Sinai, e dos preceitos contidos na Bíblia, um repositório das normas religiosas, das quais é também possível deduzir numerosos princípios jurídicos.

Analisa-os Jayme de Altavilla, agrupando-os conforme digam respeito à Justiça, à educação e cultura, ao descanso semanal, às regras gerais de Direito, aos dispositivos de Direito Internacional, às normas processuais, aos limites de propriedades, à assistência social, ao Direito do Trabalho, aos princípios de Direito Constitucional, à repressão ao charlatanismo, ao homicídio involuntário e cidades-asilo, à prova testemunhal, ao falso testemunho, às penalidades, aos pesos e medidas justas, ao divórcio, ao adultério, aos bens impenhoráveis, à usura, à inviolabilidade do domicílio, para lembrar que o versículo bíblico, de sua última legislação, lhe perpetuou assim a memória venerável e os seus incomparáveis feitos:

"E nunca mais se levantou em Israel profeta algum como Moisés, a quem o Senhor conheceu, cara a cara" (Deut. 34, v. 10).

Na Índia, 600 anos antes de Cristo, aparece o Código de Manu, inspirado a Brama pelo descendente do Ser Supremo, com 100 mil regras escritas em versos, traduzido do sânscrito para o francês por Loiseleur-Deslonchamps e editado em 1850, do qual, por sua vez, Hersílio de Sousa incluiu uma tradução para o português em *Novos Direitos e Velhos Códigos*, Recife, Imprensa Industrial, 1928.

Instrui Jayme de Altavilla que a obra editada em Paris se mostra em três partes, tratando respectivamente de Religião, Moral e Leis Civis. As duas primeiras vão se entrelaçar na última, que se amplia por oito capítulos: Das Funções dos Juizes, Dos Testemunhos, Dos Juramentos, Do Roubo, Do Adultério, Dos Deveres do Marido e da Mulher, Dos Jogos de Azar e Apostas, dos Deveres do Kchatrya, do Vaisya e do Soudra e das Classes Misturadas.

O *Alcorão* é o livro sagrado do Islamismo, em cujo contexto Jayme de Altavilla seleciona as seguintes matérias, relacionadas com o direito, cuja função legislativa coube exclusivamente ao profeta: filhos adotivos, adultério, assassinato, asilo, boato, calúnia, casamento, fraudeção, dívidas, difamação, divórcio,

embriaguez e jogo, falso testemunho, guerra, imunidades, juramentos, condição das mulheres, órfãos, deveres para com os pais, roubo, sucessão, talão, testamento, testemunhas, usura.

Registre-se, ainda, na Pérsia, o *Avesta* ou a Lei das Leis, de Zoroastro; na China, Confúcio, pregava a igualdade entre os homens; em Esparta e Atenas, as Leis de Licurgo e Sólon respectivamente.

Realça Silvio A. B. Meira, *A Lei das XII Tábuas*, Rio, Forense, 3ª ed., 1972, p. 15, a repercussão, séculos afora da Lei das XII Tábuas: por toda a Roma republicana, em mais de quatro centúrias, e, na Roma Imperial, em cerca de cinco séculos, até a compilação justinianéia. "*Seus retalhos, incorporados a esta, transbordaram com ela das fronteiras do Império e se disseminaram por todas as legislações que sofreram influência romana, inclusive a nossa*"

"Como Fonte do Direito Público, a Lei das XII Tábuas erigiu-se em um dos maiores monumentos jurídicos de todos os tempos, com mandamentos que, ainda, hoje, decorridos mais de 2.000 anos, sobrevivem esparsos nas legislações de muitos povos cultos, ainda que transformados pelo tempo e adaptados a novas condições sociais. Sob esse aspecto, pode ser considerada, Fonte do Direito Universal"

Além desse, que foi o primeiro código de civilização ocidental, redigido entre os anos 453 e 452, havia os éditos perpétuos, os senatos consultos, as constituições imperiais, e, finalmente, os códigos gregoriano, hermogeniano, teodosiano e o mais célebre de todos, o Justiniano; e, ainda, as *Institutas* e as *Novelas*.

Lembram ainda os autores, como mais notáveis, os seguintes códigos:

- O de Jerusalém, coleção de leis e regulamentos feudais, redigidos no século XIII por Godofredo de Bulhão, à época das Cruzadas, doado ao reino de Jerusalém;

O de Antióquia (cidade da Turquia asiática). Vigorou durante os séculos XI, XII e XIII;

O de Teodósio. Remonta ao século V; foi organizado por ordem de Teodósio II, o Moço, Imperador do Oriente.

Muitas outras codificações poderiam, ainda ser citadas. Por exemplo: o Édito de Rodes, as constituições de Frederico II, as Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, a Lei das Sete Partidas da Espanha.

Foi, no entanto, a partir da segunda metade do século XVII que, com intensidade maior, fez-se sentir o impulso da ciência jurídica no sentido da codificação.

Data de 1863 o primeiro código, por sinal, civil, que possa assim ser denominado no sentido atual: o da Dinamarca, que vigorou também na Noruega e na Islândia.

Na Suécia o Código Civil foi promulgado em 1734, outro na Baviera, o prussiano é de 1794, o austríaco de 1811.

"Foi durante o período da Revolução Francesa que se atribuiu definitivamente ao Código o caráter de exclusividade, de império e de generalidade para todos os cidadãos, que dificilmente conseguiam entender-se na selva selvagem das normas misturadas, impostas em parte pelo direito escrito e em parte pelos costumes, nem sempre de acordo entre si e nem sempre uniformes para a generalidade dos casos, aos quais deveriam ter sido aplicadas. A exigência de ter um direito estável e certo para todos era lógica consequência do princípio de igualdade diante da lei, colocado entre os pontos capitais da revolução"

Todos esses códigos porém, observa Antonio Azara, deixam sobreviver uns mais, outros menos, as leis locais ou costumes. Prossegue lembrando que desde 1790, a Convenção havia deliberado a compilação de um código.

Somente em 1793 Cambacères apresentou um projeto que não foi considerado suficientemente renovador, e outros dois ofereceu posteriormente.

Aos 13.08.1800 Napoleão nomeou, para tal fim, uma comissão, presidida por Thonchet, Portalis, Bigot de Préameneu e Maleville.

Apresentado à Assembléia Legislativa, foi, diante da oposição levantada, retirado pelo primeiro cônsul, que excluiu os elementos contrários ao projeto, e participou pessoalmente da discussão.

Oscar Tenorio, num artigo sob o título "Napoleão e o Código Civil" que escreveu para a *Revista. Forense*, v. 230, 1970, pp. 5-10, traça uma síntese da participação do genial cabo de guerra, que tinha apenas trinta anos, na elaboração do Código Civil francês, e que, em poder de irradiação e de influência na elaboração dos demais Códigos Civis, cede lugar apenas ao Direito Romano.

2. Importância, vantagens e inconvenientes da codificação

A palavra código provém do latim, *codex*, ou *caudex*, significando tabuinha de escrever, retirada do tronco de uma árvore, e, mais tarde, designando os escritos nela contidos.

Modernamente, diz José Náufel, *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*, Rio, Konfino, 3ª ed., 1963, v. I, p. 340 " *é corpo metódico e sistemático das normas relativas a um determinado ramo do Direito*"

Manuel Arauz Castex resume os lineamentos do fenômeno ao lembrar que o legislador emana leis sobre cada assunto na conformidade da oportunidade, normas essas que vão se acumulando com o correr dos anos e mesmo dos séculos.

Faz ver que é comum que o legislador, premido às vezes pela necessidade, não se detenha em examinar à medida em que a lei substitui as que até então estiverem em vigor sobre o assunto. Com o tempo, o ordenamento jurídico vai se tornando um confuso mosaico de disposições que vão caindo uma sobre as outras, cobrindo parcialmente, mas deixando ver em parte, as que as antecederam.

"Se a isso se acrescenta que o ordenamento jurídico não está formado exclusivamente por leis, mas que se integra com regras jurídicas emanadas de outras fontes (costumes, jurisprudência, etc.), advertir-se-á que o processo de criação das regras jurídicas tende naturalmente a tornar-se desordenado e profuso, como a vegetação natural.

Daí a razão por que, em determinados momentos de sua história, a maior parte dos povos empreenda a tarefa de depurar e concretizar suas regras de convivência, quer dizer, de reunir num só livro, devidamente metodizado e com caráter de lei, as regras jurídicas que constituem seu ordenamento, ou uma parte determinada dele"

Parte da mais elementar a recopilação, simples edição num só livro das leis relativas a uma matéria ou tema, passa pela *consolidação*, reunião também numa só edição das regras jurídicas em vigor sobre um setor do ordenamento jurídico, mas com eliminação dos textos derogados e sua substituição pelos que lhe tomaram o lugar, e metodização da matéria, até chegar à mais complexa dessas tarefas a *codificação*, isto é, a confecção de um código.

Enumera os três caracteres que dele se exige:

- a. a *unidade*: deve unificar em seu conteúdo as regras jurídicas relativas a um ramo do Direito;
- b. a *exclusividade*: por ocasião da sua sanção o código deve conter todas as regras jurídicas gerais sobre a matéria, com derrogação das disposições até então vigentes;
- c. a *sistematização*: ordenação, subdivisão e metodização da matéria versada.

Com isso cumpre o código a sua missão de permitir um cabal conhecimento das leis, tão-importante para que se atuem na sociedade os valores jurídicos (segurança, ordem, solidariedade, paz, justiça), facultando ao estudante, ao jurista, ao juiz e mesmo ao cidadão, encontrar a expressão da regra jurídica geral correspondente à sua conduta ou à alheia em qualquer situação evitando dúvida no tocante a se está ou-não em vigor, e qual é a norma que corresponde a cada procedimento.

Importante contribuição para o aperfeiçoamento da sistemática da codificação do Direito Civil é dada por Hermann Eichler.

Depois de enunciar os métodos de classificação em três, quatro, cinco e seis livros, faz ver que num futuro Código Civil, uma primeira parte deveria ser dedicada à segurança e ordem gerais.

Levanta dúvidas com relação ao sistema tradicional das obrigações, em que o direito delitual aparece junto com o contratual dentro do mesmo "parêntesis" diante do qual se encontra ainda a parte geral do Direito das Obrigações. O elemento ponte é simplesmente o "conceito de referência" de "obrigação" como marco comum para todas as obrigações.

"Mas se se partir da essência da coisa, quer dizer, da motivação básica de direito delitual e com isso da ratio da proteção delitual, aparece uma diferença notória e profunda de ambas as raízes. A proteção contra prejuízos delituais baseia-se frente à responsabilidade contratual num princípio geral pelo qual ela assegura a totalidade da esfera jurídica individual contra 'danos imputáveis' (Larenz)"

A segunda parte apareceria sob a rubrica "a esfera jurídica pessoal" referindo-se especialmente àquelas relações que do ponto de vista da convivência dos homens dentro da comunidade jurídica determina sua ordem existencial.

Limitar-se-iam, em primeiro lugar, três setores: o do Direito da Família, o do Direito de Habitação, o setor profissional.

Seguir-se-ia a esfera jurídica social que une o indivíduo em sentido amplo, mediante uma fusão com outras pessoas e com o ambiente do ponto de vista de sua posição legal da organização; a ordem contratual, e, finalmente, a aquisição e perda de direitos.

3. Principais diplomas legais civis brasileiros, anteriores ao código eram os seguintes:

Decreto n. 9.886, de 07.03.1888, registro civil;

Decreto n. 169-A, de 19.01.1890, hipotecas;

Decreto n. 181, de 24.01.1890, casamento civil;

Decreto n. 370, de 02.05.1890, regulamento hipotecário;

Decreto n. 572, de 12.07.1890, obrigatoriedade das leis;

Decreto n. 79, de 23.08.1892, procurações de próprio punho;

Lei n. 3.192, de 14.10.1892, patentes de invenção;

Lei n. 173, de 10.09.1893, personalidade das associações civis;

Lei n. 496, de 01.08.1898, direitos autorais;

Lei n. 973, de 02.01.1903, registro de títulos;

Decreto n. 4.775, de 16.02.1903, mesma matéria;

Decreto n. 1.021, de 26.08.1903, desapropriações;

Lei n. 1.839, de 31.12.1907, sucessões;

Lei n. 2.681, de 07.12.1912, responsabilidade civil das estradas de ferro, já contemplada no art. 142 da Lei n. 1.930, de 26.04.1850.

4. Trabalhos de elaboração do Código Civil brasileiro

Preparado e desbastado o terreno pelos trabalhos de Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, ao assumir a Presidência da República, Campos Salles, quis levar a termo aquele empreendimento pelo qual tanto se havia interessado quando ministro da Justiça.

Para contornar a confusão política que havia sido criada em redor do projeto de Coelho Rodrigues, Eptácio Pessoa, então ocupando a Pasta da Justiça, convidou, por carta de 25.01.1899, Clóvis Beviláqua, professor de Legislação

Comparada na Faculdade de Direito do Recife, para dar início a essa grande empreitada.

Chegando ao Rio no dia 27 de março seguinte, começou este, nos primeiros dias de abril, o seu trabalho, ao qual consagrou todas as forças da sua cultura e da sua inteligência.

Entregou-o acompanhado de "Observações para esclarecimento do projeto" ao Governo em fins de outubro.

Impresso, foram remetidos exemplares a alguns juristas, a fim de que suas opiniões pudessem ser levadas em conta para a melhoria da obra.

Antes que saísse a lume, já era rudemente atacado. Ruy Barbosa, através das colunas de *A Imprensa* prognosticava que a pressa com que havia sido produzido o anteprojeto, forçosamente haveria de produzir obra tosca, indigesta, aleijada, porquanto o preferido muito moço ainda, seria "um noviço". A escolha teria obedecido a um rasgo, não da inteligência e sim do coração, a um impulso da amizade. Faltaria principalmente ao eleito o requisito primário, essencial, soberano da ciência da língua, a vernaculidade, a casta correção do escrever.

Inglês de Sousa, sem se referir pessoalmente ao autor do projeto, sustentava que os tempos não estavam suficientemente amadurecidos para a codificação do nosso Direito Civil; as codificações seriam inadequadas ao nosso tempo.

Dos juristas ouvidos pelo governo sobre o projeto de Clóvis Beviláqua, para que pudesse ser emendado, apenas dois enviaram suas impressões: Duarte de Azevedo, num trabalho muito erudito, mas às vezes injusto e Aquino e Castro, mais favorável. O Governo, percebendo que o sistema de consultas não estava dando o resultado almejado, resolveu nomear uma *Comissão Revisora*.

Sob a presidência do ministro da Justiça Epiácio Pessoa, composta por Aquino e Castro, Costa Barradas, Freire de Carvalho, Paulo de Lacerda, Lacerda de Almeida e Bulhões de Carvalho iniciou seus trabalhos no dia 29.03.1900, e os encerrou no dia 2 de novembro desse ano.

A redação final do projeto coube a Lacerda de Almeida, tendo sido introduzidas algumas modificações consideráveis, contrariando, diz Clóvis Beviláqua, o sistema do código, remodelando determinadas instituições, restaurando outras que haviam sido afastadas.

Remetido, com uma *Exposição de Motivos* ao presidente da República, este enviou o projeto, acompanhado de uma mensagem de 17.11.1900, à

Câmara dos Deputados, cujo presidente nomeou uma Comissão de 21 membros, cada um representando um Estado, destinada a fazer o exame, a crítica e a análise, sob a presidência de J. J. Seabra.

A discussão foi longa e brilhante e dela tomaram parte nomes consagrados, destacando-se principalmente Andrade Figueira, representando o espírito conservador, os velhos preconceitos, renitentemente avesso a qualquer inovação e Clóvis Beviláqua, moço, imbuído de grandes ideais, a par das legislações mais adiantadas, pretendendo introduzir os mais recentes conhecimentos, muitos dos quais ainda hoje de perfeita atualidade.

O trabalho foi aprovado com ligeiras modificações, e dois meses depois, acompanhado de um relatório de Sílvio Romero, apresentado como projeto final.

Qual seria o espírito desse projeto?

Clóvis Beviláqua não se limitou a compendiar as melhores conquistas legislativas do século XIX.

Propunha, em diversos setores, principalmente nos que dizem respeito ao Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito das Coisas, inovações que ao acanhado ambiente da época pareceram excessivamente ousadas. Alcançaram grande repercussão determinados temas, como a conveniência de adotar-se ou-não o divórcio, e as regras relativas ao Direito Internacional Privado.

5. O parecer de Ruy Barbosa, as "Ligeiras Observações" de Carneiro Ribeiro. A "Réplica e a Tréplica"

Depois de menos de um mês de debates, a 21.03.1902, o projeto foi remetido ao Senado que fato inédito! antes mesmo de recebê-lo havia nomeado uma Comissão para discuti-lo, sob a presidência de Ruy Barbosa. Este já no dia 3 de abril seguinte enviou um monumental parecer, 467 páginas impressas, censurando principalmente os defeitos de linguagem do projeto.

A crítica erudita, irônica, contundente, produziu um impacto na opinião pública. A repercussão foi extraordinária, e, o parecer foi aprovado pelo Senado, deixando a Nação estarecida diante daquela enumeração interminável de erros, de incorreções de falhas de linguagem.

Começaram, no entanto, a surgir as primeiras manifestações em defesa do projeto por parte de Clóvis Beviláqua, Medeiros de Albuquerque, Antônio Sales.

Ernesto Carneiro Ribeiro, antigo professor de Clóvis, concordou em fazer uma defesa do projeto publicando, então, substancioso trabalho a que denominou "Ligeiras observações sobre as emendas do Dr. Ruy Barbosa"

Este, ferido na sua sensibilidade, retorquiu com estrépito: "Réplica às defesas da redação do Projeto da Câmara dos Deputados" publicado pelas Pardectas Brasileiras, v. 5º ocupando nada menos de 353 páginas. É um verdadeiro monumento de lingüística.

Vejamos um pequeno trecho para que se possa formar idéia do estilo e da maneira pela qual a matéria foi discutida:

Eu não ignorava que, se o douto filólogo baiano não se achasse constrangido a esta improvisação absurda" (ele foi procurado por Clóvis Beviláqua e teve poucos dias para elaborar o seu trabalho) "condescendendo em se meter a repentista, como os poetas de outeiro, em matéria de imenso tomo, outros seriam os frutos do seu concurso. Essa justiça lhe rendo amplamente no meu parecer; e, se nela pudesse estar a justificação do Prof. Carneiro, escusava este de articulá-la contra mim quando eu mesmo, de moto próprio e antecipadamente, lha rendera. Bem sei, dissera eu, que, em rápido excursão ao Norte, o digno presidente daquela comissão, portador do trabalho por ela adotado, o submeteu ao esmeril de um gramático ilustre. Conheço e acato essa autoridade, que tenho a fortuna de considerar entre os primeiros e melhores mestres, contando-me, ainda hoje, entre seus discípulos mais reverentes. Mas para a empreitada apenas lhe deram alguns dias; e, em tão acanhado lapso de tempo, não era possível, a quem quer que fosse, reduzir a vernáculo sofrível, desbastar, cepilhar, brunir uma estrutura legislativa de quase dois mil artigos, onde a violência da rapidez da produção intelectual obrigaria o legislador a descurar o labor literário, não menos essencial à duração das leis que à das demais obras do entendimento. De quanto melhorou, transitando pelas mãos do sábio e laborioso filólogo, a linguagem do projeto, bem se poderá julgar pelos vestígios, que ainda lhe restam de incorreção e desalinho"

E passa, então, a confrontar em 21 páginas, em que os coloca, frente a frente, os dispositivos no texto do projeto da Comissão e do texto do projeto revisto pelo professor Carneiro.

O trabalho de Ruy Barbosa, monumental, foi algo de que não é possível dar sequer uma idéia, nestas poucas páginas. É, no entanto, uma leitura que sempre se recomenda não apenas aos juristas, mas a todos quantos tenham amor pelo vernáculo.

Ernesto Carneiro Ribeiro entrou com uma tréplica que denominou *A Redação do Projeto do Código Civil e a Réplica do dr. Ruy Barbosa*, também ponto dos mais altos das nossas letras.

Tomemos conhecimento, ao acaso, de uma página, a de n. XII, ainda na Advertência Preliminar, na edição da Livraria Catilina, Bahia, 1923, pedindo vênica para atualizar a grafia:

"Em alguns casos, é o próprio Dr. Ruy quem nos vem dar o documento do quanto de exagero houve no aquilatar as faltas do *Projeto*.

Assim que, no seu primeiro trabalho, estudando e emendando o art. 658, conta *oito vezes, em sete linhas, o retumbar do ão*. "É" diz ele: "*um carrilhão de catedral*"

Na *Réplica*, n. 296, esses *oito* ecos, em sete linhas, se reduzem a quatro, dizendo:

"Não são, portanto, os ecos tantos quantos eu contara, isto é, são tão-somente *quatro*"

A esse contínuo exagerar tudo, em que deliciosamente se engolfa o ilustrado Dr. Ruy Barbosa, já em seu primeiro trabalho, já em sua *Réplica*, não há como pôr termo nem medida: é mar em que não acha fundo a sonda da moderação.

Critica a modo burlesco a locução *só pode*, que "estribilha mais de cem vezes por toda a extensão do *Projeto* e lhe *rabeia*, e lhe *estoira* por entre os artigos como *bichas da China*"

O que de exagero vai nesta crítica do insigne adversário a breve trecho sobejamente mostraremos, quando, no desenvolvimento deste nosso trabalho, ventilarmos o assunto, onde veremos que não-só entre os nossos antigos escritores, senão entre os mais modernos, se nos oferecem centenas de exemplos, em que, ainda em poesia, onde são mais rigorosas as exigências da harmonia, se não tornaram melindrados os ouvidos dos mais elegantes e polidos exemplares da linguagem com o uso da locução *só pode*, contra a qual tanto se insurge o rigorismo auditivo do Dr. Ruy Barbosa".

"O "Parecer" de Ruy Barbosa, as "Ligeiras Observações" de Carneiro Ribeiro a "Réplica" daquele e a "Redação do Projeto do Código Civil" deste último,

assinaram," escreve Spencer Vampré "nos nossos anais lingüísticos, o fato mais memorável de que temos notícia"

Não conhecemos de outra polêmica sobre a língua portuguesa em que o prestígio dos contendores, a soma colossal de erudição de ambos, o talento nas investidas, a irredutibilidade nas derrotas, a variedade das questões, tão-alto pusessem o amor da língua.

6. Aprovação da maior obra legislativa do Parlamento da República

Mas o que se percebe, através desses anos de tamanho esforço, é que houve um desvio das verdadeiras finalidades da discussão, que teve seu curso alterado para o aspecto gramatical, atrasando por mais de três lustros a aprovação do projeto.

Qual a razão da oposição de Ruy a escolha de Clóvis Beviláqua?

Reginaldo Nunes na conferência Clóvis Beviláqua Uma Vida e um Exemplo, *Rev. dos Tribunais*, v. 295, 1960, pp. 730-752, evoca ter sido fundamentada em três pontos principais:

a. *o exíguo prazo de seis meses para o término de uma obra que outros não puderam realizar em anos;*

b. *a mocidade de Clóvis para uma realização que demandava grande capital acumulado de experiência; e*

c. *o insuficiente domínio de Clóvis no campo das letras clássicas"*

Refuta uma a uma as objeções: Clóvis ia trabalhar com materiais já longamente acumulados por seus predecessores; mocidade não constitui defeito; experiência não lhe faltava, porque as suas Lições de Legislação Comparada já mostravam o seu perfeito domínio sobre o direito de todos os povos cultos, e particularmente do alemão; e, finalmente, ainda que procedesse o último reparo, a elaboração literária do Projeto poderia ser confiada a outros, como foi, sabendo-se ademais que o próprio Teixeira de Freitas estava longe de ser um modelo na arte de dizer.

San Tiago Dantas aprofunda o estudo do mistério de haver Ruy Barbosa, no Parecer lido em 03.04.1902, perante a Comissão do Senado, "esmiuçado toda a linguagem do Projeto, sem mover uma objeção sequer ao fundo jurídico... Dir-se-ia que, no relator do Senado, a suscetibilidade da consciência

literária obumbrara a consciência jurídica, ou que, contente do descrédito lançado sobre o projeto, não sentira a necessidade de ir além'

Manuscrito inacabado de um parecer jurídico de Ruy sobre o Código Civil lido em 1905 aos seus colegas de Comissão, cobrindo apenas os primeiros vinte artigos da Parte Geral, tem levado muitos a acreditar que ele tivesse *"ambicionado para si a autoria de uma obra tão à altura do seu preparo jurídico, de sua inteligência criadora, e da capacidade ciclópica de trabalho, posta à prova em outras tarefas legislativas"*

Repele semelhante conclusão, para chegar à de que *"Em vez de uma atitude preconcebida e obstinada, gerada por um sentimento pessoal, deparamos uma atitude objetiva, que evoluiu da oposição para a cooperação, e que só não se traduziu em atos mais consideráveis, porque o seu destino de homem público, a partir de 1905, tolheu a Ruy Barbosa a possibilidade de concluir, no plano em que ele a concebera, sua colaboração ao Código Civil"*

Consigna que *"esse antagonismo, esse choque de concepções contrárias, uma clamando pela conclusão, outra pela maturação da obra, representaria o primeiro e talvez o maior dos serviços de Ruy Barbosa ao Código Civil. Foi ele que, contrapondo à celeridade do governo a consciência da magnitude do empreendimento, conduziu a opinião pública e o Congresso a assumirem, em toda amplitude, o sentimento da responsabilidade histórica, que a elaboração de um Código atrai sobre a geração que a empreende"*

Também não podemos deixar de lembrar, com Reginaldo Nunes que o fato de muitas vezes ter-se Clóvis Beviláqua servido do trabalho de Coelho Rodrigues, longe de despertar-lhe as simpatias, fez com que este se mostrasse um dos mais violentos opugnadores, levando-o a alegar que o "Projeto" era uma propriedade literária sua, não-admitindo, por isso; que lhe bulissem.

Clóvis respondeu dizendo não-saber *como S. Sa. poderá conciliar essa alegada propriedade exclusiva com a obrigação, que diz ter o Governo de pagar-lhe o prêmio assegurado pelo seu contrato. A mim me parece arrazoava que ou tem S. Sa. plena propriedade do projeto e, nesta hipótese, nada lhe deve o Governo, ou este lhe é devedor do prêmio e S. Sa. não pode afirmar que tem sobre o projeto plena propriedade. Apresentar-se como possuidor desses dois direitos ao mesmo tempo, afigura-se-me excessivo'*

O fato é que, por essas e por outras, somente no Senado o projeto ficou nada menos de dez anos.

Em 1911, quando parecia que o Brasil, pelo amparo dado às iniciativas de Inglês de Souza, no sentido de formar um Código de Direito Privado" - lembra Eduardo Espínola Filho "iria, levando avante tal tese, inutilizar a obra de confecção do Código Civil, os trabalhos da discussão deste se ativaram no Senado, em forma tal que a 29.12.1912, foi o projeto restituído à Câmara dos Deputados, com grande número de emendas, que são de redação, na maior parte: apenas 186 modificaram a substância do projeto"

Retornando, à Câmara em data de 31.12.1912, a discussão começou em 1913, mas até ao fim desse ano, apenas metade dos dispositivos haviam passado pelo seu crivo. Retirado da pauta, a ela só voltou em 1915.

Remetido, mais uma vez, ao Senado, regressou à Câmara, tendo sido, finalmente, aprovada a redação no dia 26.12.1915. Foi votado por 120 deputados e Adolfo Gordo pôde dizer no seu discurso, que estava concluída a maior obra legislativa do Parlamento da República.

Lei n. 3.071, de 01.01.1916, passando a vigorar a 01.01.1917.

"Os códigos" teve oportunidade de dizer Clóvis Beviláqua *são equiparáveis aos sistemas filosóficos. Cada sistema concretiza, em forte síntese, uma concepção do mundo; vitoriosa em certos cérebros, ou em certo momento histórico, e serve de repouso aos espíritos, satisfazendo as necessidades mentais por algum tempo.*

Depois, o cabedal da ciência aumenta, e é forçoso quebrar os moldes que o pensamento fundira alargando o âmbito da doutrina.

Assim os códigos estereotipam a forma do pensamento jurídico em um certo momento da civilização de um povo, e, se forem vazados em moldes seletos, com vantagem proverão, por longo tempo, às necessidades sociais, pois que é seu fito principal traduzi-las e assegurar do melhor modo a sua satisfação"

Spencer Vampré que o cita, acrescenta:

"O Brasil aí tem o seu Código, monumental construção, em que se espelha o que de melhor tem produzido a nossa história jurídica.

Ele honra o Brasil, honra a América Latina, honra a civilização, e mostra que somos um povo capaz de produzir leis fecundas e nobres, que correspondam aos ideais do espírito especulativo e às necessidades do espírito prático"

São Paulo, janeiro de 1999.

Bibliografia I

- CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, Rio, Livraria Brasileira, 5 vs., 1954, 1964, 1965, 1966 e 1967.
- FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1962, v. I, 318 p.
- MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *História do Direito Nacional*, 2.^a ed., Pernambuco, Cooperativa Editora, 1941, 274 p.
- TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, v. I, 1936, 288 p.

Bibliografia II

- ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*, 4.^a ed., São Paulo, Melhoramentos, 1964, pp. 179-184.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 4.^a ed., Rio, Francisco Alves, 1931, pp. 9-19.
- CARNEIRO, Levi. Estudo Crítico-Bibliográfico, *in Esboço*, por A. Teixeira de Freitas, Rio, Ministério da Justiça, 1952, pp. VII-XXXVI.
- OTÁVIO, Rodrigo. A Codificação do Direito Civil no Brasil, *Rev. de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Rio, Jacinto, 1933, pp. 12-60.
- TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1947. v. II, 341 p.
- VAMPRÉ, Spencer. *Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Magalhães, 1917 pp. VII-XVII.

Bibliografia III

- ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*, 4.^a ed., São Paulo, Melhoramentos, 1964, 224 p.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 4.^a ed., Rio, Francisco Alves, 1931, v. I, pp. 9-89.
- CASTEX, Manuel Arauz. *Derecho Civil, Parte Geral*, t. I, Buenos Aires, Tecnicojurídica, 1965, pp. 73-82.

- DANTAS, San Tiago. *Dois Momentos de Ruy Barbosa*, Rio, Casa de Ruy Barbosa, 1951, pp. 49-107
- EICHLER, Hermann. Codificación de Derecho Civil y Teoría de los Sistemas de Derechos, in *Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 58, 2.º fasc., 1973, pp. 229-256.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Codificação, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio, Borsoi, v. IX, sem data, pp. 83-105.
- _____. Código Civil, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio, Borsoi, v. IX, sem data, pp. 124-181.
- VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, Parte II, 1973, pp. 89-100.

TERRAS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO COLONIAL

Beatriz Perrone-Moisés

Professora Doutora do Departamento de Antropologia da
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da
Universidade de São Paulo

Resumo:

Este artigo analisa algumas questões envolvidas no reconhecimento legal dos direitos territoriais dos índios, a partir da legislação indigenista colonial. Busca refletir especialmente acerca do modo como o avanço da colonização significou, na prática, a perda por parte dos índios dos direitos às suas terras, sem que estes jamais tenham sido negados pela legislação.

Abstract:

This article analyzes some of the questions implied in the legal recognition of native land rights in Colonial Brazil. It considers specially how the advance of colonization meant, in practical terms, the loss, by the Indians, of their land rights, which were never denied by the laws.

Unitermos: direitos territoriais; índios; período colonial; legislação indigenista.

O debate jurídico acerca dos direitos territoriais no Novo Mundo constitui parte importante do conhecido movimento de reflexão gerado, na Europa, pela descoberta e colonização da América. Já no século XVI, questiona-se a legitimidade da presença europeia no continente americano e de seu domínio sobre aquelas terras. Embora o Papa tivesse dividido as novas descobertas entre Portugal e Espanha, partilha consagrada no Tratado de Tordesilhas, posições teológico-jurídicas já colocavam em dúvida seu direito de dispor daquelas terras, afirmando que sua autoridade se restringia ao plano espiritual. A idéia de que ao Papa caberia apenas o domínio espiritual não era, aliás, nova: já se encontrava, por exemplo, em São Tomás de Aquino, desde o século XIII. De modo que a questão embutida na famosa ironia do rei francês Francisco I que, diante das reivindicações territoriais de Portugal relativas ao Brasil, pedia para ver a cláusula do "Testamento de Adão" que o excluía da partilha do mundo, era tema central dos debates intensos que ocorriam

nos países beneficiados por tal partilha. De fato, reconheceu-se logo que, à diferença das terras dos infiéis, essas terras que “*desconheciam a palavra de Deus*” habitadas por gentios, não podiam ser reclamadas pela cristandade. Se os mouros, por serem infiéis, não tinham direitos sobre as terras que ocupavam, e estas lhes podiam, conseqüentemente, ser justamente tomadas por cristãos, era outro o caso dos povos pagãos das Américas.

A distinção entre infiéis e gentios, fundamental no que diz respeito aos direitos de indígenas e europeus no Novo Mundo, fora introduzida nos debates teológico-jurídicos no início do século XVI, pelo cardeal Cayetano, superior da ordem dos dominicanos em Roma, em comentário ao pensamento de São Tomás de Aquino. Mas foi Francisco Vitória, famoso jurista da escolástica espanhola em cuja obra dedicada aos problemas éticos e jurídicos da conquista¹ o moderno Direito Internacional reconhece uma de suas primeiras formulações, quem com maior autoridade afirmou o Direito Natural dos povos indígenas da América de constituir sociedades políticas independentes. Isso significava que os gentios americanos eram os legítimos proprietários de todos os seus bens, inclusive e, principalmente, de suas terras, e dispunham de liberdade para exercer seus direitos naturais.² Conseqüentemente, nada no novo continente podia ser justamente reivindicado pelos europeus.³

A legislação portuguesa para a Colônia brasileira⁴ consagra, desde o

1. Em suas célebres *Relectio de Indis*, de 1539.

2. Cf. Juan Antonio Carillo Salcedo, *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*, Madrid, Tecnos, 1991; especificamente em relação aos direitos territoriais dos índios, da Colônia à República, veja-se Manuela Carneiro da Cunha, “Terra indígena: história da doutrina e da legislação”, in *Os Direitos dos Índios. Ensaio e Documentos*, São Paulo, Brasiliense, 1987, pp. 53-101.

3. O reconhecimento dos direitos dos indígenas americanos estava ligado a indagações teológicas acerca da relação entre direitos e credo. Tratava-se, inicialmente, de determinar se não-cristãos podiam ser sujeitos de direitos. Porém, ainda que se determinasse que do simples fato de não ser cristão, no caso dos gentios, não decorria a perda de direitos naturais, restava a determinar se a prática de pecados mortais (como a antropofagia, por exemplo) podia privar os gentios de seus direitos. Os mais respeitados dentre os teólogos-juristas, afirmavam que nem mesmo nesses casos podiam os gentios ser legitimamente privados de seus direitos.

4. Essa legislação, constituída por centenas de leis, cartas e ordens provenientes da Metrópole e da administração colonial, complementava as leis codificadas de Portugal – Ordenações do Reino – a que estava sujeita também a Colônia, tratando especificamente de questões que só surgiam aqui. Nem é preciso dizer que grande parte da legislação para a Colônia refere-se a questões econômicas (direitos de comércio, impostos, etc.). Outra parte considerável, que aqui consideramos, refere-se à então chamada “questão indígena”. Tratei de modo mais geral dos princípios da legislação indigenista no período colonial em “Índios Livres e Índios Escravos: os princípios da legislação indigenista do

século XVI, os direitos dos povos indígenas a seus territórios. Em Alvará de 1596, referindo-se às terras dos índios nos aldeamentos localizados junto às povoações coloniais, lê-se: "*o gentio [...] será senhor de sua fazenda, asi como o he na serra*"⁵ Sob a formulação "*senhores de suas terras nas aldeias como o são na serra*" reconhecimento cristalino de direitos territoriais anteriores à colonização e, independentes dela, a afirmação seria retomada nas Leis de 1609 e 1611,⁶ que constituem marcos na legislação indigenista colonial, e, com algumas variações, em vários documentos legais posteriores. Reconhecidos os direitos legais e históricos, como diríamos hoje, dos povos indígenas às suas terras, durante toda a colonização não houve um momento sequer em que esse princípio fosse expressamente negado ou restrito.

Quando se analisa mais detalhadamente o corpo de princípios legais que norteavam a política indigenista, e se acompanha a prática dessa política, verifica-se que, na verdade, os povos indígenas brasileiros acabaram sendo despossuídos de suas terras. As análises dos documentos legais relativos a índios do período colonial em geral se ressentem do fato de considerar alguns documentos isoladamente e de retirar de seus contextos trechos de documentos legais. Os documentos que afirmam direitos territoriais, estabelecem punições para colonos invasores de terras indígenas e ordenam a demarcação de terras de índios são numerosos. É preciso considerá-los em conjunto e referi-los ao sistema jurídico em que se inserem se se quiserem entender os princípios, e é igualmente preciso ver de que modo as determinações legais são incorporadas na prática, se se quiserem entender os fatos. O objetivo deste artigo é apontar para algumas das questões que sugere a análise dos textos legais relativos aos índios no período colonial, no tocante aos direitos territoriais indígenas.

período colonial (sécs. XVI a XVIII)", in Manuela Carneiro da Cunha (org.), *História dos Índios no Brasil*, São Paulo, Cia. das Letras, 1992, pp. 115-132.

5. "Alvará e Regimento sobre a Liberdade dos Índios", 26.07.1596. In Serafim Leite, S.J., *História da Companhia de Jesus no Brasil*, Lisboa/Rio de Janeiro, Portugália/Civ.Brasileira, 1938-50, v. 2, pp. 623-624. Neste, bem como nos demais trechos de documentos legais citados, mantenho a grafia que se encontra na fonte utilizada.

6. Lei de 30.07.1609, "Em que se determina que por ser contra o Direito Natural o cativo não se podem cativar os gentios do Brasil" e Lei de 10.09.1611, "Sobre a liberdade do gentio da terra e da guerra que se lhe pode fazer" In *Anais do Arquivo Público da Bahia*, v. 29, 1943, pp. 24-29 e 8-15, respectivamente.

Vejamos, por exemplo, a expressão "*senhores de suas terras nas aldeias como o são na serra*". Se, por um lado, reconhece inegavelmente direitos territoriais dos índios, no que se conforma aos princípios legais correntes, insere-se em documentos que não tratam dessas terras que lhes pertencem "na serra" das quais são "senhores" mas de terras de aldeamentos, que lhes são doadas, em sesmaria, pela Coroa portuguesa. Relembremos brevemente as balizas da política indigenista colonial. O projeto da Coroa portuguesa, no tocante aos índios, seguia idealmente o seguinte itinerário: em primeiro lugar, era preciso convencê-los, pacificamente, a "descerem" do interior (a "serra" ou "sertão") para a costa; lá, junto aos portugueses, os índios pacificamente descidos seriam aldeados, sob a administração (inicialmente) de missionários; os índios das aldeias constituiriam a reserva de mão-de-obra da Colônia (serviços obrigatórios para a Coroa e remunerados para particulares), enquanto seriam convertidos, educados, "civilizados"; até que, finalmente, desaparecessem enquanto gentios e passassem a engrossar a população de vassalos da Coroa portuguesa na Colônia. Isso é o que se depreende dos numerosos documentos que tratam dos princípios legais de descimentos, aldeamentos, administração de mão-de-obra das aldeias, salários, etc.⁷

Pois bem, quando os índios "descem" para os aldeamentos,⁸ suas terras, aquelas que lhes pertenciam, são abandonadas. Tornam-se terras sem dono, e assim reverterem, legalmente, para a Coroa, na condição de terras devolutas. As terras que se lhes oferece em troca, das quais seriam "*senhores nas aldeias [da costa]*" são igualmente terras devolutas, que por isso mesmo podem ser dadas, pela Coroa, em sesmaria.

Os documentos são consistentes na defesa do argumento principal para a concessão de terras aos índios em sesmaria: é de salvação de almas que se trata. Para que as almas dos índios possam ser salvas, é preciso que eles se aproximem das povoações portuguesas, passando a viver nos aldeamentos, e que neles possam garantir o seu sustento através da lavoura. Nada disso é possível, reconhecem os

7. Para uma indexação dos documentos legais referentes aos índios no período colonial, remeto a B. Perrone-Moisés, "Inventário da Legislação Indigenista 1500-1800" (Anexo 2) in Manuela Carneiro da Cunha (org.), *História dos Índios no Brasil*, São Paulo, Cia. das Letras, 1992, pp. 529-566.

8. Utilizo aqui o termo "aldeamento" em relação às aldeias de índios localizadas junto às povoações coloniais, por determinação das autoridades metropolitanas e/ou coloniais, para distingui-las das aldeias indígenas propriamente ditas, aquelas que habitavam na "serra", cujas terras lhes pertenciam.



Tradição nos usos e costumes são preservados em aldeias indígenas



Pia, um pequeno índio Kamayurá com olhar no infinito.

Fonte: www.cosmo.com.br/provedor/unesco/

textos legais, sem terras. No Alvará-Régio de 21.08.1587 encontra-se uma das expressões mais claras dessas justificativas: "*Eu el Rey faço saber aos que este Alvará virem que eu sou informado que será muito serviço de deos e meu e em prol e beneficio das fazendas e engenhos de meus vassallos das partes do brazil darem se terras de sesmaria ao gentio que decer do sertão pera faserem suas lavouras, e que sera isto meio pera decerem muitos e virem mais depressa no conhecimento de nossa santa fee e receberem o santo batismo, [...]*"⁹

Afirma-se, assim, que as terras são dadas aos índios porque é preciso que eles possam se sustentar, é preciso que achem alguma vantagem em irem viver junto aos portugueses e em se converterem, em suma, é preciso viabilizar a conversão, esse pilar da colonização, justificativa primeira de toda a empresa colonial. Cada aspecto desse argumento merece comentário: afirma-se, reiteradamente, que é preciso dar aos índios terras suficientes para o seu sustento. O Alvará-Régio de 1587, mencionado acima, ordena que sejam dadas aos índios "*tantas terras de sesmaria quantas bastarem pera comodamente faserem suas lavouras e se manterem*". Até o final do período colonial, a formulação se modifica, mas mantém-se a idéia de que aos índios devem ser concedidas terras cuja extensão seja compatível com suas necessidades de sobrevivência. Estabelece-se o critério da "suficiência" sem contudo especificar de que modo se há de calculá-la; de qualquer modo, pode-se supor que o cálculo não fosse feito segundo critérios indígenas de ocupação da terra, mesmo porque o projeto de civilização dos índios supunha, justamente, que estes abandonassem quaisquer valores e modos de vida propriamente indígenas. Já o argumento da "vantagem" de se possuir terras nas aldeias é bastante revelador: que vantagem seria essa, posto que os índios já eram senhores de suas próprias terras? Seria preciso supô-los sem-terras para que isso pudesse ser efetivamente percebido como uma vantagem. As "vantagens" provenientes do aldeamento e da aliança com os portugueses em todos os aspectos costumam apresentar esse aspecto, para nós, irônico: na melhor das hipóteses, os índios ganhariam o que sempre tiveram – sua liberdade, suas terras. Com o olhar distanciado do presente, já não vemos vantagem alguma em perder a liberdade de viver segundo os moldes da própria cultura. E um olhar atento revela a perda das

9. Alvará-Régio de 21.08.1587, "Para que aos índios que descem do sertão se dessem terras para suas aldeias junto às fazendas e sesmarias para suas lavouras" in *Documentos para a História do Açúcar*, v. 1 Legislação, Rio de Janeiro, Instituto do Açúcar e do Alcool, Serviço Especial de Documentação Histórica, 1954, pp. 321-322.

terras... Na época em que tais documentos foram redigidos, contudo, a conversão era o valor supremo, e a vantagem de ser cristão, indiscutível.

Em alguns documentos, partindo da mesma justificativa, a catequese, ocorre um deslocamento: neles não se afirma que as terras são dadas aos índios *para que se convertam*, mas sim que terras só podem ser dadas aos índios *já convertidos*, de modo que isso sirva de incentivo à conversão dos pagãos. É o que afirma claramente o Regimento do governador geral do Brasil, Francisco Geraldês, em 1588, quando ordena dar terras aos índios "que se fizerem cristãos" e "pera que os que inda o não forem folguem de o ser favorecereis os que já tiverem recebido agoa do santo baptismo para com iso eñtenderem que em se tornarem cristãos não tão sómente fazem o que convem á salvação de suas almas mas ainda a seu remedio temporal" ¹⁰ Pouco antes disso, em meados do século XVI, a regente D. Catarina, em carta ao governador Mem de Sá, sugeria, apoiada na argumentação dos missionários jesuítas, que "seria grande remédio para aumento e conservação dos ditos gentios repartirem-se e darem-se aos que fossem cristãos terras próprias e sítios e lugares para isso convenientes em que possam fazer os mantimentos..." ¹¹

Embora o objetivo – a conversão dos gentios – se mantenha ao longo da colonização, o deslocamento é considerável do ponto de vista legal. Quando afirmam que só podem possuir terras em sesmaria os índios cristãos, as leis se conformam aos princípios que prevalecem para os colonos europeus, que também têm de ser cristãos para poderem receber sesmarias da Coroa. Por outro lado, não dar terras aos que não se converterem – para que queiram se converter – significa não-reconhecer nenhum direito "natural" dos índios às terras. Isso é o oposto do que se encontra expresso no já mencionado Alvará de 1596, quando afirma que *o gentio* – isto é, os índios não-cristãos – é "senhor de suas terras".

A leitura de alguns documentos de doação de sesmarias aos índios é reveladora das formas de (des)considerar os direitos indígenas a seus territórios. O que poderíamos chamar de direitos históricos dos índios às suas terras, quando mencionados, costumam aparecer no requerimento por eles enviado, através de seu procurador, à Coroa, mas não nos termos da concessão. Assim, uma carta de

10. "Regimento do Governador Geral do Brasil", de 08.03.1588, § 5. In *Documentos para a História do Açúcar*, v. 1, pp. 355-376.

11. Citado em G. Thomas, *Política indigenista dos portugueses no Brasil, 1500-1640*", São Paulo, Loyola, 1982, p. 125.

sesmaria de 1580, por exemplo, refere-se a uma petição enviada ao governador da Capitania de São Vicente em nome dos índios de duas aldeias do planalto de Piratininga, para que lhes fossem dadas terras em sesmaria, por serem "*elles supplicantes naturaes das mesmas terras*" e precisarem delas para poderem se manter, e serem doutrinados na fé. A sesmaria é concedida "*aos taes indios e vendo sua petição e as razões que nella allegam serem justas e outrosim a maior parte delles serem christãos e terem suas igrejas estarem sempre prestes para ajudarem a defender a terra e a sustental-a o que fizeram assim em meu tempo como dos capitães passados pela informação que disso tenho e ser-lhe necessario terras e façam seus mantimentos para sua sustentação e visto como cada dia vem mais gentio para as ditas aldeias o que tudo é proveito e bem da republica*"¹² Ou seja, as razões alegadas são reconhecidas como justas, mas mais importantes são outras considerações: o fato de serem cristãos, a defesa e o sustento da Colônia, o interesse no aumento da população indígena aldeada... Várias sesmarias de terras de aldeamentos são concedidas, não aos índios, mas ao missionário encarregado de sua administração e, de modo geral, os "direitos naturais" dos índios às terras sequer são mencionados.

Existem, contudo, raros momentos em que a legislação menciona expressamente o Direito Natural dos índios às suas terras, a que a expressão consagrada "senhores de suas terras... remetia. É o caso da Provisão-Régia de 1º de abril de 1680 para o Estado do Maranhão, na qual se lê: "*E para que os ditos Gentios que assim decerem e os mais que ha deprezente melhor se conservem nas Aldeas, Hei por bem que sejam senhores das suas fazendas como o são no Certão sem lhes poderem ser tomadas nem sobre elles se lhes fazer molestias (...) nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmaria a pessoas particulares por que na concessão destas se reservaria sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuizo e direito dos Indios primarios e naturaes Senhores dellas*" (grifo meu).¹³ O Diretório pombalino de 1757, no mesmo sentido, manda garantir as terras de lavoura aos *Indios, que na conformidade das Reaes Ordens [...] são os*

12. "Traslado de carta de data de sesmaria das terras dos índios" 31.10.1580. *Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo*, v. 1, 1917, pp. 354-357.

13. "Lei sobre a liberdade do gentio do Maranhão", in *Anais da Biblioteca Nacional*, v. 66, Rio de Janeiro, 1948, pp. 57-59.

primarios, e naturaes senhores das mesmas terras" (grifo meu).¹⁴

Toda essa legislação diz respeito àqueles que "aceitam" o descimento e o aldeamento. Mas, enquanto isso, há povos que resistem à colonização, atacam os estabelecimentos portugueses e os europeus que se aventurarem em seus territórios. Os direitos destes às terras que ocupam existem, pode-se deduzir, tanto quanto os daqueles que foram aldeados; eram esses os direitos claramente estabelecidos já na obra de Francisco Vitória. Aos povos que resistem, contudo, aplica-se o princípio da guerra justa. Debatida em conjunto com outros princípios durante o século XVI, por haver dúvida quanto à Justiça de aplicá-la a povos que não eram infiéis, a definição de guerra justa é um tema vasto.¹⁵ Resumiremos seus pontos principais: aos índios do Brasil, a guerra justa se aplica fundamentada basicamente em dois pontos reconhecidos pela doutrina tradicional: a prática de atos hostis contra vassallos da Coroa portuguesa e o impedimento da pregação do Evangelho. Assim, foram vítimas de guerra justa vários povos que reagiram à colonização, assim como outros, transformados pelo discurso dos colonizadores em inimigos bárbaros para convencer a Coroa da Justiça de se lhes aplicar tal princípio. Se a guerra justa era o principal caso legalmente reconhecido de escravização, naquilo que aqui nos interessa mais de perto, ela tinha uma consequência legal importante: as terras dos povos vencidos revertiam para os vencedores.

Os povos indígenas que "descem" perdem, portanto, legalmente, os direitos sobre as terras que ocupavam anteriormente, ao deixarem-nas, e passam a viver em terras a eles cedidas pela Coroa nos aldeamentos. Já os povos vencidos em guerra perdem o direito às suas terras, juntamente com a sua liberdade. Os princípios legais são mantidos, os direitos dos índios às suas terras não são negados, mas o resultado prático é a expansão das terras da Coroa. Cabe lembrar que, nos séculos anteriores, a Coroa portuguesa já tinha obtido um amplo controle das terras de Portugal apropriando-se de terras da nobreza, sem jamais negar os direitos dos nobres a elas.¹⁶ Os princípios expressos nas leis são, de fato, constantemente

14. "Diretório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão" 1757, § 80. In Leda M. C. Naud, "Documentos sobre o Índio Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa*, ano 8, n. 29, jan-mar, 1971, pp. 263-279.

15. Remeto, para uma análise mais detalhada da discussão acerca da guerra justa a meu artigo "A Guerra Justa em Portugal no Séc. XVI" in *Revista da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica* n. 5, São Paulo, 1990, pp. 5-10.

16. No processo de centralização monárquica, a Coroa procurou, como observa Sérgio Buarque de

desrespeitados. Os documentos legais deixam claro que as terras de sesmarias dos índios não podem ser ocupadas por outrem, e estabelecem, em caso de ocupação ilegal, sua restituição imediata. No Alvará de 1596 (documento exemplar quanto à política de terras, o que justifica sua presença reiterada nesta reflexão) por exemplo, lê-se "as ditas terras lhe [ao gentio que desceu para aldear-se] pertencem, e lhe não poderem ser tomadas em tempo algum --- e outro sy ey por bem que as terras que forem dadas de sesmaria a algumas aldeias dos índios que estão junto da capitania do salvador das ditas partes as tenham e possuão, e sendo-lhe tomadas alguas por meus vasallos, o dito meu guovernador ou provedor de minha fazenda lhos fará logo restituir em effeito, procedendo nisso com muyta deligencia".¹⁷

Mas, para além do flagrante desrespeito, que as autoridades coloniais tentam evitar por meio de punições claramente estabelecidas pela legislação concebida na Metrópole, o movimento de expansão territorial é inerente à colonização. Desde o século XVI, lembrávamos no início desta reflexão, eram postos em causa os direitos europeus de conquista. As leis jamais negaram que os índios fossem livres, e que, sendo livres, tivessem direitos sobre seus bens. A

Holanda (*História Geral da Civilização Brasileira*. Tomo I. A Época Colonial. São Paulo, DIFEL, 1985, 2 vs.), diminuir os poderes dos nobres, estendendo a jurisdição real a todas as terras do reino. D. Duarte tem, nesse sentido, uma política clara de recuperação das terras para a Coroa (*op. cit.*, v. 1, p. 15). D. João I, nas palavras de S. Buarque de Holanda, "fora impedido a fazer grandes concessões de terras aos nobres, por ocasião da luta contra Castela, e ele mesmo tivera a oportunidade de medir os perigos dessas doações para o prestígio do poder central. Daí os seus esforços no sentido de chamar para a Coroa o exercício da jurisdição nas terras dos fidalgos, cabendo-lhe imaginar, ter em mente, a lei baixada pelo seu sucessor D. Duarte e, que, por isso, ficou conhecida como lei mental. Proibindo a alienação dos bens de raiz e dos direitos da Coroa que tivessem sido doadas perpetuamente, admitindo, por outro lado, somente o filho varão e primogênito à sucessão de tais bens, objetivava-se facilitar a reversão, para o monarca, das terras doadas aos nobres" (*idem*, p. 19).

17. Assim a Provisão de 08.07.1604, que ordena que os que roçam terras dos índios forros das aldeias de Piratininga "as larguem logo e deixem livres e desembargadas e sem impedimento para que os ditos índios as cultivem sem a isso lhes ser posto nenhuma duvida" (*in Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo*, v. 1, 1917, pp. 356-359); a Carta-Régia de 17.01.1691 que determina que sesmeiros não se façam "senhores das Aldeias que nellas [sesmarias] houver dos Índios, nem das terras que têm para seu sustento" (*in Documentos Interessantes para a História e costumes de São Paulo*, Arquivo Municipal de São Paulo, v. 3, pp. 80-81); a Direção de 18.05.1759 para as vilas de índios da "Capitania de Pernambuco e suas anexas", que afirma, em seu § 86 que os brancos que vierem a residir nas aldeias "de nenhum modo poderão possuir as terras, que na forma das reaes ordens de Sua Majestade se acharem distribuidas pelos índios" (*in Rev. do Inst. Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 46, pp. 121-171).

colonização, ao avançar, foi produzindo, por assim dizer, "terras devolutas" quando promovia o abandono das terras indígenas por seus "senhores primários, e naturais" por meios pacíficos ou violentos. O resultado, favorável à Coroa, e à colonização, foi, para os índios, a perda de suas terras.

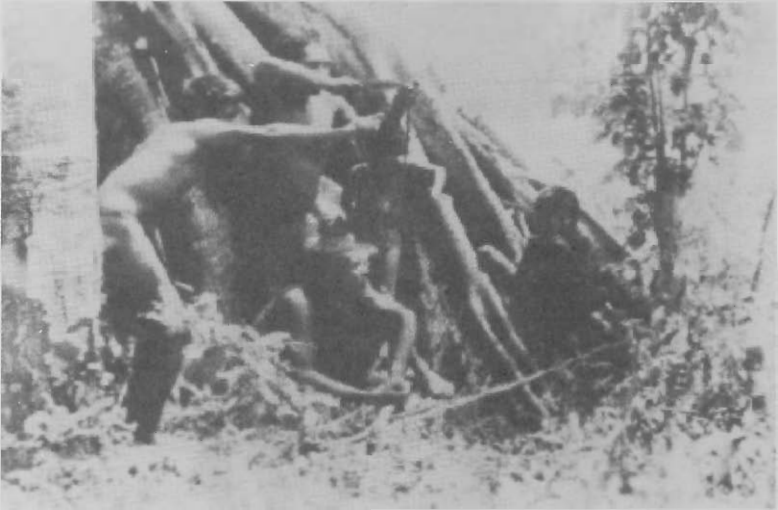
São Paulo, outubro de 1999.

Bibliografia

- BEOZZO, José Oscar. *Leis e Regimentos das Missões. Política Indigenista no Brasil*. São Paulo, Loyola, 1983.
- BOXER, Charles R. *O Império Colonial Português (1415-1825)*. Lisboa, Ed. 70, 1981.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *História Geral da Civilização Brasileira*. Tomo I. A Época Colonial. São Paulo, DIFEL, 1985, 2 vs.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos dos Índios. Ensaios e Documentos*. São Paulo, Brasiliense, 1987.
- DIAS, J. S. da Silva. *Os Descobrimentos e a Problemática Cultural do Séc. XVI*. Lisboa, Presença, 1982.
- LEITE, Serafim S. J. *História da Companhia de Jesus no Brasil*, Lisboa/Rio de Janeiro, Portugal/Civ.Brasileira, 1938-50, 10 vs.
- MENDES JR., João. *Os Índigenas do Brasil, Seus Direitos Individuais e Políticos*. São Paulo, Hennes Irmandos, 1912.
- OTÁVIO, Rodrigo. *Os Selvagens Americanos Perante o Direito*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1946 (Col. Brasileira n. 254).
- PERRONE-MOISÉS, Beatriz. "A Guerra Justa em Portugal no Séc. XVI" *Revista da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica* n. 5, São Paulo, 1990, pp. 5-10.
- _____. "Índios Livres e Índios Escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (sécs. XVI a XVIII)" *in* Manuela Carneiro da Cunha (org.), *História dos Índios no Brasil*, São Paulo, Cia. das Letras, 1992, pp. 115-132.
- SALCEDO, Juan Antonio Carillo. *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*. Madrid, Tecnos, 1991.
- THOMAS, Georg. *Política indigenista dos portugueses no Brasil, 1500-1640*, São Paulo, Loyola, 1982.
- VITORIA, Francisco de. *Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra*. Buenos Aires/México, Austral, 1947 (1539).



Índio Botocudo: um exemplar do povo nativo brasileiro



No ano 2000, índios ainda exigem a demarcação de suas terras

**DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS:
RELEITURA DE FRANCISCO DE VITÓRIA
ENFATIZANDO OS 500 ANOS DO DESCOBRIMENTO**

Paulo Borba Casella

Professor Associado de Direito Internacional
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Guilherme Figueiredo Nascimento

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Trata-se de um breve estudo sobre o pensamento de Francisco de Vitória e sua contribuição para o desenvolvimento do Direito Internacional no período que antecedeu os descobrimentos. A matéria, ainda, faz uma análise crítica do pensamento de Vitória, demonstrando que a lógica da dominação mercantilista prevaleceu sobre o caráter humanitário do seu pensamento. A título de remate analisa a situação do País dentro desse panorama, salientando a violação de direitos e a figura do índio que após os 500 anos do descobrimento, ainda não tem consolidado, de forma efetiva, seus direitos e garantias.

Abstract:

The author's study is about the thought of Francisco de Vitória and his contribution for the development of the International Right in the period that preceded the Discoveries. The study still does a critical analysis of the thought of Vitória, demonstrating that the logic of the mercantilist dominance prevailed on the humanitarian character of his thought. Concluding, it analyzes the situation of the Country inside of that panorama, pointing out the violation of rights and the illustration of the brazilian indian, who after 500 years of the discovery has not consolidated, in an effective form, his rights and warranties.

Unitermos: Direito dos povos indígenas; evolução do Direito Internacional; sociedade brasileira.

*"Quant à la police de nos sauvages, c'est une chose
presque incroyable, et qui ne se peut dire sans faire honte
à ceux qui ont les loix divines et humaines, comme estans*

seulement conduits par leur naturel, quelque corrompu qu'il soit, s'entretiennent et vivent si bien en paix les uns avec les autres."

Jean de Léry *Histoire d'un voyage fait en la terre du Brésil* (1578)¹

Considerações introdutórias

A passagem dos primeiros 500 anos do descobrimento do Brasil enseja reflexão a respeito da consolidação do estado de direito em sociedade equânime como condição de efetivação do Direito, não-somente nominal, mas efetiva. A essa já difícil premissa – infelizmente não-atendida – na ordem interna, cabe acrescentar a dimensão internacional, à luz de contexto cada vez mais presente e premente, exigindo a adequação dos direitos e garantias fundamentais em perspectiva mais ampla.

Nesse sentido, pode-se retomar a questão dos direitos e garantias dos povos indígenas, presente desde o amanhecer do dia seguinte aos descobrimentos, na reflexão crucial de Francisco de Vitória,² em relação à qual o Direito brasileiro todavia oscila entre o paternalismo e a busca de remédios aos fatos consumados. Uma política verdadeiramente nacional e abrangente em matéria de proteção dos direitos dos povos indígenas, não-obstante as garantias formais dos arts. 231 e 232 da Constituição da República ainda tem longo caminho a percorrer.

I O Direito Internacional antes dos descobrimentos

Como ciência autônoma, o Direito Internacional só aparece no século XVII, com o *De jure belli ac pacis* de Hugo Grotius, publicado em Paris, em 1625. Grotius é o primeiro a analisar o conjunto da matéria, vendo-a no seu todo e

1. Jean de Léry. *Histoire d'un voyage fait en la terre du Brésil* (1578) (texte établi, présenté et annoté par Frank Lestringant, précédé d'un entretien avec Claude Lévi-Strauss, Paris, Bibliothèque classique – Livre de poche, 1994, ch. xviii, pp. 439 e ss.).

2. A respeito Paulo B. Casella, "Presença de Francisco de Vitória" in *Revista da Faculdade de Direito*, v. LXXX, 1985, pp. 355-369.

criticando os seus precursores pela falta de visão e pela falta de método, sabendo contudo reconhecer-lhes os méritos, e citá-los, quando ocasião se apresenta.

Mas antes de Grotius muitos refletiram sobre questões pertinentes ao Direito Internacional, dentre os quais podem ser destacadas algumas obras, que se atêm a temas específicos dessa área.

Foram conservadas obras como o *De bello* de João Legnano (falecido em 1383), o *Traité des faits d'armes et de chevalerie* de Cristiano de Pison, *L'Arbre des batailles* (escrito por volta de 1384) por Honório Bonet, ou o *Libellus de bello justo et licito* (de 1514) Wilhelmus Matthiae para citar alguns que discorrem detalhadamente sobre as guerras e atos que, no correr destas, se possam praticar. Essas obras, e muitas outras, refletiram a preocupação - partilhada por religiosos e leigos - de regulamentar a atividade guerreira. Não apenas os Estados, ou seja, o conjunto de Repúblicas, Principados e Reinos, mas também os particulares a ela recorriam para resolver as questões pendentes. Também foi decisiva a atuação da Igreja no sentido de restringir as guerras e humanizar os combates.

Na Espanha diversos pensadores se reservaram ao estudo do direito da guerra. Santo Isidoro, bispo de Sevilha (de 596 a 636), na sua obra *Origens ou Etymologie*, retoma o conceito de *jus gentium* das *Institutas* de Ulpiano, dando-lhe características que o aproximam muito da concepção moderna. Também relevante foi o trabalho de S. Raimundo de Penaforte (nascido entre 1175 e 1185, falecido em 1275), *Summa poenitentias*. Outro marco relevante, são *Las siete partidas*, obra de Rei Afonso X de Cartilha, que teve como colaboradores Giacomo Ruiz, Fernando Martinez e Roldum. Essa obra regulava o direito da guerra de forma minuciosa.

Mas, é só depois de Francisco de Vitória que podemos falar em Direito Internacional *jus inter omnes gentes*. Vitória trouxe contribuição pessoal e original ao Direito, enriquecendo-o com princípios amplos e humanos. Foi Hugo Grotius o responsável pelo estabelecimento do Direito Internacional como ciência distinta, mas o pai do Direito Internacional é Francisco de Vitória e essa paternidade está fora de discussão.

II Vitória As grandes navegações e descobrimentos Brasil

No curso da história é difícil encontrar época que se possa comparar aos anos que marcaram o fim do século XV e início do século XVI. A Idade Média viu nascer nova civilização em seu seio, teve sua importância e sua originalidade.

Não há ruptura entre civilização medieval e a civilização do Renascimento, mas ocorre um florescimento, um apogeu, que pelo seu brilho e sua extensão não pode perdurar. O Renascimento é a culminação, o fim de um processo que se foi preparando ao longo de toda Idade Média.

No ano de 1492 Cristovão Colombo descobre o Novo Mundo, e nesse mesmo ano os reis católicos tomam o último bastião muçulmano da Península Ibérica, Granada. Ocorre ainda na Espanha a unificação dos Reinos de Castela e Aragão.

A descoberta do Novo Mundo, incluso a unificação de Castela e Aragão e o fim da ocupação árabe, juntamente com a invenção da imprensa de tipos móveis por Guttenberg, são alguns dos eventos que precisamos ter em mente ao pensarmos no ambiente histórico em que viveu os primeiros anos de sua vida um dos homens que bem ilustram o novo ideal: Francisco de Vitória, profundamente ligado ao mundo medieval, à filosofia e à teologia, mas que nos traz algo de novo e original.

No decorrer da década de 30 Francisco examina os direitos que os espanhóis podiam invocar para justificar a dominação do Novo Mundo, nas famosas preleções *De Indis* e *De jure belli Hispanerum in barbares*. Em anos posteriores, principalmente 1539 e 1541, Carlos V consulta Francisco a respeito de diversas questões referentes ao Novo Mundo, especialmente no que se referia à conquista e evangelização da América.

Grande ressonância no campo doutrinal tiveram as idéias de Francisco a respeito da forma e condições a que deveria estar submetida a conquista e colonização da América.³ As idéias do grande teólogo aparecem pela primeira vez na *relectio De temperantia*, sendo posteriormente desenvolvidas nas duas *relectionis De Indis*. O imperador, ouvindo falar a respeito dos estudantes de Vitória nesse campo, dirige-se por carta a ele, manifestando o interesse pela questão. Poucos anos depois das *Relectiones De Indis* serem promulgadas editam-se as *Nuevas Leyes de Indias*, sobre as quais, ao menos indiretamente, influenciou Francisco.

Aspecto novo do pensamento vitoriano é a preocupação humanitária, que transparece dos tratados escritos no século XVI e nos seguintes, opondo-se ao espírito vigorante na Idade Média, no campo das guerras, segundo o qual dever-se-ia fazer tanto mal quanto possível aos inimigos, matando, torturando, massacrando,

3. Pe. Beltrán, *op. cit.*, Cap. VIII Vitoria y Carlos V, pp. 115-140.

violando, destruindo, queimando, roubando, traindo a palavra empenhada, apesar dos esforços da Igreja em humanizar a guerra. Francisco adota posição totalmente diferente. A guerra deve ser praticada como mal necessário para reparar injúria grave, mas visando ao restabelecimento da paz e praticando o menor mal possível, evitando dano desnecessário, ou que ultrapasse os limites do estritamente indispensável: "*Finis est pax et securitas. Erge gerenti bellum iustum licent omnia, quae necessaria sunt ad consequendam pacem et securitatem*" IV 431.18. *quarta prepositie*. Francisco apresenta princípio ao qual deveríamos prestar mais atenção na época contemporânea: quando os danos que podem decorrer de um ataque atingindo inocentes ou, como coloca Pradelle: "*les innocents, ... j'allais dire la population civile*" possam ser muito superiores de que a vantagem militar que daí se poderia obter, é preciso, pura e simplesmente, abster-se de fazer o ataque. Para Francisco a única justa causa para a guerra é a violação de um direito, *injuria accepta*.

Se por um lado os novos ideais e princípios desenvolvidos por Vitória contribuíram para que os espanhóis justificassem a sua dominação, por outro significaram uma mudança na forma de pensar o Direito Internacional. As noções apresentadas por Francisco, verdadeiramente pessoais e originais, ultrapassam o século.

Juntamente com a expansão marítima espanhola, ocorreram os descobrimentos portugueses, e nesse período ocorre o descobrimento do Brasil. "Não sabemos se o nascimento do Brasil se deu por acaso, mas não há dúvida de que foi cercado de grande pompa. A primeira nau de regresso da viagem de Vasco da Gama chegou a Portugal, produzindo grande entusiasmo, em julho de 1499. Meses depois, a 9 de março de 1500, partia do Rio Tejo, em Lisboa, uma frota de treze navios, a mais espantosa que até então tinha deixado o Reino, aparentemente com destino às Índias, sob o comando de um fidalgo de pouco mais de trinta anos, Pedro Álvares Cabral. A frota, após passar as Ilhas de Cabo Verde, tomou rumo oeste, afastando-se da costa africana até avistar o que seria terra brasileira a 21 de abril. Nessa data, houve apenas uma breve descida à terra e só no dia seguinte a frota ancoraria no litoral da Bahia, em Porto Seguro" ⁴

O que é importante ter em mente é que a influência de Francisco de Vitória não se limitou às fronteiras espanholas, tendo também dado subsídios à

4. Fausto, Boris. *História do Brasil*. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 6ª ed., 1998.

expansão marítima portuguesa, bem como para outras nações em fase de expansão. As conquistas foram seguidas de mudança de pensamento.

III 500 anos depois

O que queremos demonstrar nesse breve estudo é que o caráter humanitário do pensamento de Vitória, apesar de ter modificado o Direito Internacional até então vigente, não conseguiu alterar a lógica da dominação mercantilista e a forma hostil de como se consolidou a dominação espanhola, bem como a portuguesa.

A colonização do Brasil, por exemplo, foi toda marcada por uma realidade oposta à liberdade pessoal defendida por Vitória. "A teoria da liberdade pessoal, aceita por todas as nações, é a que Bluntschli, o eminente publicista suíço, discípulo de Savigny, define nesses quatro parágrafos do seu *Direito Internacional Codificado*: 1. "Não há propriedade do homem sobre o homem. Todo homem é uma pessoa, isto é, um ente capaz de adquirir e possuir direitos. 2. "O Direito Internacional não reconhece a nenhum Estado e a nenhum particular o direito de ter escravos. 3. Os escravos estrangeiros tornam-se livres de pleno direito desde que pisam o solo de um Estado livre, e o Estado que os recebe é obrigado a fazer respeitar-lhes a liberdade." 4. "O comércio de escravos e os mercados de escravos não são tolerados em parte alguma. Os Estados civilizados têm o direito e o dever de apressar a destruição desses abusos onde quer que os encontrem." ²

Infelizmente, seja dito de passagem, o comércio e os mercados de escravos existem ainda (1883) em nossas capitais, sob as vistas dos estrangeiros, sem limitação nem regulamento algum de moralidade, tão livres e bárbaros como nos viveiros da África central que alimentam os haréns do Oriente. ⁵

As palavras de Nabuco demonstram que um dos traços mais significativos do desenvolvimento da sociedade brasileira foi a escravidão. Ora, desde Francisco de Vitória a contradição entre uma postura internacional onde se defendiam os direitos básicos do homem e uma realidade colonial onde prevalecia a escravidão, a exploração desmedida, o extrativismo e o desenvolvimento de monoculturas agrícolas com utilização de mão-de-obra escrava, fazia-se latente.

5. Nabuco, Joaquim. *O Abolicionismo*, Rio, Nova Fronteira, 1999, p. 116.

As mudanças, pregadas por Vitória e defendidas pelas nações estrangeiras colonizadoras, só foram ocorrer de fato quando as próprias nações dominantes passaram a sofrer ônus decorrente da manutenção daqueles sistemas de operação econômica. Isso só se verificou com o advento do capitalismo industrial, sucedendo ao mercantilismo, no tardio século XIX.

O cenário internacional presente traz a escabrosa lembrança das duas Guerras Mundiais, acrescida das desgraças cometidas em nome do nacionalismo. Foi somente a partir desses marcos de triste memória que se resolveu, por consenso, promulgar a Carta das Nações Unidas que previa a defesa dos direitos dos homens (inalienáveis), bem como se consolida a defesa do Direitos Humanos.

No Brasil, contudo, não-obstante formal promulgação, a violação de direitos sempre foi a regra. Iniciamos o século com a política do café com leite (dominação das oligarquias de Minas e São Paulo), seguimos com um Estado Novo autoritário e depois vivemos a Ditadura. Em todas essas épocas de diferentes maneiras prevaleceu uma democracia viciada, onde as regras beneficiavam uma minoria e os direitos dos homens eram violados sistematicamente.

Chegamos ao ano 2000, e o Brasil comemorando seu aniversário de 500 anos foi forçado a confrontar, de modo bastante desastrado aliás, o lado sombrio dessa sociedade em construção, na qual o progresso material tem sido feito à custa de exclusão social das fatias da população tecnicamente "abaixo da linha da pobreza". Muitas conquistas foram conseguidas, tanto no sentido de se consolidar o Estado Democrático brasileiro, como no sentido de se preservar os direitos dos homens no âmbito internacional.

Não podemos repetir os erros do passado. A escravidão somente foi encerrada quando se tornou antieconômica. Quando teremos razão forte o bastante para ensinar a consolidação dos direitos dos índios? A resposta a esta indagação não poderá esperar outros 500 anos. A conclusão se faz com uma pergunta, através dos seguintes artigos:

"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

São Paulo, julho de 2000.

A TUTELA AMBIENTAL DA PAISAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Ivette Senise Ferreira

Profª. Titular de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia e
Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A autora trata da evolução histórica da proteção da paisagem no País, iniciando seu estudo desde a época do descobrimento. Verifica também sua relação com o valor econômico, razão de sua proteção inicial, e de sua exploração por outros países quando do abandono da Coroa portuguesa. Finaliza com a situação contemporânea, comentando as inovações apresentadas pela Constituição de 1988 e sobre as novas caracterizações da tutela ambiental.

Abstract:

The author's study is about the historical evolution of the landscape protection in our country. She starts her work from the discovery of Brazil, and analyses the relationship between the landscape protection with its economical value, reason of its beginning and of its exploitation by other countries when Portugal abandoned its intent, and concluded it with an analysis of the contemporary situation, surrounded by the innovations brought by the Constitution of 1988 and the new dimensions accomplished by the environmental protection.

Unitermos: patrimônio cultural; atentado contra a paisagem; lei ambiental.

I Antecedentes.

O descobrimento do Brasil costuma ser ilustrado, em muitas de suas narrações, como "a visão do paraíso" a primeira reação dos marinheiros da frota cabralina, após 44 dias entre o mar e o céu, ao avistarem no horizonte uma serra verdejante pontilhada pelo cume de um monte "mui alto e redondo" paisagem que mais parecia uma miragem, apesar da expectativa atribuída a esses navegadores, de que certamente já sabiam o que poderiam esperar.

A narrativa desse achado, feita por Pero Vaz de Caminha em carta enviada ao rei D. Manuel, captou com minúcias os primeiros momentos vividos

pelos recém-chegados e também descreveu com precisão a terra e os seus habitantes naturais, seus animais, sua vegetação e o seu bom ar. Nesse documento vamos encontrar a primeira referência à paisagem brasileira que, mais tarde, iria encantar a todos os estrangeiros que a visitaram, inspirando, nos nossos dias, o verso, colocado em música, do " *país tropical, abençoado por Deus e bonito por natureza*"...

Relatava Pero Vaz de Caminha, louvando as belezas naturais da terra descoberta, que *de ponta a ponta, é toda praia, muito chã e muito formosa*" acrescentando depois: *Águas são muitas, infindas. E em tal maneira é graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo, por bem das águas que tem"*¹

Não foram porém os valores estéticos da nossa terra, mas sim os interesses econômicos dos conquistadores que inspiraram inicialmente a proteção ambiental dos recursos naturais, expressa nas leis que aqui foram aplicadas quando a colonização começou.

Após o entusiasmo inicial do descobrimento, por três décadas o Brasil havia sido virtualmente abandonado pelos portugueses, mais interessados em conquistar a Índia e em desenvolver as feitorias que haviam instalado na costa africana, que lhes rendia um rendoso comércio. O litoral desguarnecido do País tornou-se então presa fácil dos aventureiros que acorriam ao Novo Mundo em busca de riquezas, com a predominância dos franceses que haviam tomado a dianteira no tráfico lucrativo do pau-brasil, infringindo assim o Tratado de Tordesilhas, que desde 1494 dividira o mundo entre castelhanos e portugueses.

Ficou célebre, e ilustra bem tal fato, na história das nossas origens a captura da nau francesa "Peregrina" pelos portugueses no Mediterrâneo, quando voltava do Brasil carregada com 15 mil toras de pau-brasil, 3 mil peles de onça, 600 papagaios e 1.8 tonelada de algodão, além de outras matérias vegetais e minerais, o que motivou Portugal a voltar a sua atenção para a necessidade da colonização do Brasil e da repressão aos invasores, concedendo maior proteção ao seu imenso território.

A preservação dos nossos recursos naturais expressou, pois, primeiramente, uma necessidade de garantir a exclusividade na exploração das nossas riquezas pela Coroa portuguesa, que literalmente saqueou o País desde então, embora tenha promovido uma ocupação mais intensa do território, com o envio de

1. "Carta de Pero Vaz de Caminha" in *Os três únicos Testemunhos do Descobrimento do Brasil*, org. por Paulo Roberto Pereira, Rio de Janeiro, Lacerda Ed., 1999, p. 58.

muitos colonos e degredados, e alguns donatários, o que deu início à miscigenação com os nativos e propiciou melhor adaptação aos trópicos para os recém-chegados.

Pesquisas históricas na área ambiental apontaram a existência de uma ampla legislação protecionista no Brasil, vigente desde o século XVI, mas extremamente ineficaz, dada a extensão territorial e a ausência de fiscalização, como apontou Ann Helen Wainer, que analisou as normas vigentes nessa matéria a partir do descobrimento.²

Assinala a autora que inúmeras normas jurídicas de natureza ambiental foram promulgadas pela Coroa portuguesa, e também pelas autoridades estrangeiras durante os períodos de dominação espanhola e holandesa, nos séculos XVI e XVII, mas todas elas com o intuito de resguardar os interesses financeiros dessas potências nas terras coloniais brasileiras.

As principais preocupações do legislador, nessa fase da nossa história, eram as riquezas florestais, valorizando-se a madeira como um bem indispensável à expansão ultramarina dos navegadores europeus. Com esse objetivo já figurava uma proibição do corte deliberado de árvores frutíferas no Livro V das Ordenações Afonsinas, a legislação que vigorava em Portugal à época do descobrimento. A partir de 1521, quando foi concluída a compilação das "Ordenações do Senhor Rey Dom Manoel" o mesmo Livro V detalhou melhor a proteção dos recursos naturais, que se estendeu ao novo território, com diversas normas destinadas a questões referentes a produtos alimentícios, que incluíam a caça de perdizes, lebres e coelhos, a qual foi disciplinada, sendo vedada em alguns lugares, ao mesmo tempo que se proibia o desvio para fora do reino de cavalos, gado, couros e peles, bem como de gêneros alimentícios básicos (Título LXXXVIII), estabelecia-se a proteção das abelhas e suas colméias (Título XCVII), e mantinha-se a incriminação para o corte de árvores frutíferas (Título C), às quais eram atribuídos valores, para efeito de reparação do dano ecológico, sendo aplicável a pena de "degredo para o Brasil" quando a árvore abatida tivesse valor superior a "trinta cruzados" (Título LXXXIII).

Nessa fase, que corresponde à instauração do regime das Capitâneas hereditárias no Brasil, a comercialização do pau-brasil foi oficialmente declarada como monopólio real da Coroa portuguesa nas Cartas de doação aos capitães-

2. Wainer, Ann Helen. *Legislação Ambiental Brasileira Subsídios para a História do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, p. 5.

donatários, sendo reiterada nos respectivos Forais, onde se estabeleciam os direitos e as obrigações tributárias dos donatários para com o rei de Portugal.

No século XVII, com a substituição das Ordenações Manuelinas por novas compilações, passam a vigorar, no Reino e nas colônias portuguesas, as Ordenações Filipinas, nas quais foram incluídos inúmeros dispositivos relativos à matéria ambiental, incluindo mesmo as primeiras questões urbanísticas. O seu Livro V, além de manter as incriminações anteriores, multiplicou a cominação da pena de degredo para o Brasil para os infratores e introduziu novas tipificações, como a da proibição de jogar na água material que pudesse matar os peixes e sua criação, ou sujar as águas dos rios e lagoas (Título LXXXVIII, § 7º).

No mesmo período, outras disposições protecionistas foram editadas, como as do "Regimento sobre o Pau-Brasil" a primeira lei florestal brasileira, promulgada em 1605. Nela, além da proibição do corte de pau-brasil sem expressa licença real, que sujeitava o infrator à pena de morte e de confiscação de toda a sua fazenda, previam-se os critérios para a concessão de licença para o corte e o seu registro, designava-se a quantidade permitida, que constituíam várias infrações, sujeitas a penas rigorosas, e também proibia-se o fogo nas raízes dos troncos de pau-brasil para fazerem-se roças, proibição que foi reiterada, um século depois, no Regimento da Relação da Cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, em 1751.

Fica evidente, a partir de então, a preocupação da Coroa portuguesa com o desmatamento desmedido, conforme se pode observar nas Cartas Régias expedidas, de que são exemplo duas Cartas em que D. Maria I, respectivamente em 1773 e em 1797, ordena ao vice-rei do Brasil e ao capitão do Rio Grande de São Pedro o cuidado na conservação das matas e arvoredos, notadamente as que tivessem árvores de pau-brasil.

No final do século XVII várias normas jurídicas referiram-se às questões ambientais, sempre com esse enfoque de regular as atividades exploratórias para a proteção dos interesses econômicos da Coroa, como bem expressou o Regimento concedido ao governador Roque da Costa Barreto, em 1677 que além de ordenar a vigilância das matas para evitar a falta de madeira, especialmente a utilizada na construção dos navios necessários para a comercialização dos produtos coloniais, determinava cuidados com as plantas novas que então estavam sendo transplantadas da Índia para o Brasil, e recomendava o incremento da exploração das minas de salitre, da pesca de baleias e da extração dos minérios de ouro e prata.

Essas atividades tiveram notável desenvolvimento no século XVIII, quando o povoamento do Brasil avança pelo interior e as cidades aí se formam e se desenvolvem. Os tributos cobrados na exploração das jazidas, de ouro, prata e diamantes, foram então submetidos a uma legislação extremamente rigorosa, que previa, através do "derrame" a obrigação da população na complementação das quantias devidas, quando a arrecadação não atingisse os montantes determinados.

O desenvolvimento da extração dos minérios proporcionou também o desenvolvimento da pecuária e da agricultura, que produziam os gêneros necessários para abastecer essas regiões, sendo inúmeros os editais que ordenavam, sobretudo em Pernambuco e na Bahia, a plantação de mandioca e de legumes com tal finalidade. Igualmente foram estimuladas, através das leis, a plantação de feijão, milho, arroz de outros gêneros comestíveis, além de se dar incentivos específicos à plantação de amoreiras, pimenteiras, caneleiras, cravos-da-índia e árvores de construção. Como curiosidade, aponta-se nesse período uma representação do desembargador Francisco Nunes da Costa à rainha D. Maria I, acusando a lavoura da mandioca de ser a causa da destruição de bosques e de matas na Bahia...

O esgotamento dos minérios de ouro e diamantes ocasionou a decadência de sua extração, no final do século XVIII, coincidindo com o predomínio da exploração da borracha na Amazônia, cuja colonização se desenvolvera ao longo do século, culminando com um período áureo no final do século XIX. O Brasil deixara de ser povoado apenas na faixa litorânea e agora era ocupado por pequenos povoados, separados por áreas desérticas, principalmente na região centro-sul, requerendo a expedição de várias normas, destinadas à proteção de outras espécies de madeira que não fossem o pau-brasil, a fim de evitar o desmatamento acelerado pelas necessidades das construções, prevendo-se desde então um possível aniquilamento desses recursos naturais.

Durante todo o século XVIII podem ser encontrados dispositivos legais referentes ao corte de certas madeiras, como a tapinhoã e a peroba, aos cuidados com as queimadas e exportações, e até mesmo determinações aos governadores das capitânias para que protegessem as matas e arvoredos situados perto dos mares ou às margens de rios. A Coroa chegou até a limitar, tendo em vista o bem público, o direito dos proprietários de cortarem essas árvores de modo arbitrário, determinando a sua demarcação e rigorosa fiscalização, tendo sido criado, em 1796, como aponta Euclides da Cunha no seu "*Os Sertões*" o cargo de "juiz

conservador das mattas" que tinha a competência de evitar o descaminho das madeiras, aplicar multas e determinar a prisão dos infratores.

No século XIX, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil e a instalação da Corte no Rio de Janeiro, produziram-se notáveis transformações na vida e na paisagem brasileiras. A abertura dos portos, promovida pelo visconde de Caiuru, permitia a exportação de toda a produção colonial, com exceção da do pau-brasil, mas em compensação propiciava o ingresso de outras culturas, plantas tropicais e especiarias, vindas da Índia, que passaram a ser cultivadas. O estímulo às artes e às ciências, pela família real, a criação de um Jardim Botânico, a fundação de uma Biblioteca Real e de uma Academia Imperial de Belas Artes, a vinda de naturalistas e de uma missão artística francesa, foram certamente responsáveis pelo maior refinamento dos costumes e do gosto de membros da população brasileira, que passava a se interessar pelos valores estéticos e científicos, além dos econômicos.

D. João VI havia criado, por decreto datado de 6 de junho de 1818, o Museu Real do Rio de Janeiro, que mais tarde se transformou no Museu Imperial, quando foi contratado um paisagista, de nome Glaziou, que realizou os trabalhos de embelezamento do Parque da Quinta da Boa Vista, entre os anos de 1866 a 1876, transformando-se depois, já sob a República, em Museu Nacional.

Tanto o interesse pela história natural do País quanto o da descrição das suas belezas naturais foram regiadamente documentados pelos cientistas e artistas que nos visitaram, entre os quais os pintores franceses Jean Baptiste Debret e Nicolas Antoine Taunay, com suas memoráveis aquarelas, seus desenhos e pinturas dos nossos cenários, e os cientistas Johann Spix e Friedrich Von Martius, membros de uma missão científica da Áustria e Baviera, que contribuíram, com suas obras sobre a flora e a fauna brasileiras, para o registro e o conhecimento do nosso meio ambiente. Todos eles contribuem para despertar nos europeus o interesse pelas belezas naturais das terras brasileiras e a sua fama de lugar paradisíaco, estimulando o nascimento de interesses preservacionistas, que irão determinar as primeiras instruções para o reflorestamento costeiro, solicitadas por José Bonifácio de Andrada e Silva, no cargo de Intendente Geral das Minas e Metais do Reino.³

3. Além de ser notável silvicultor, José Bonifácio de Andrada e Silva, o Patriarca da Independência, escreveu, em 1813, um trabalho intitulado "Memória sobre a necessidade e utilidade do plantio de novos bosques em Portugal" apelando para uma regulamentação administrativa destinada a conter a devastação da natureza em Portugal, tendo ainda realizado notável trabalho de Direito Comparado ao cotejar as legislações ambientais da época.

Após a independência do domínio português, com a promulgação de uma Constituição em 1824, e de um Código Criminal em 1830, continua-se a legislar sobre madeiras e florestas, punindo-se o seu corte ilegal como crime e prevendo-se a reparação do dano ecológico na legislação extravagante. A preocupação ambientalista revela-se nas iniciativas de rearborização da floresta da Tijuca por D. Pedro II, tendo sido contratado mais uma vez o paisagista Glaziou para o embelezamento do local.

Com o advento da República, proclamada em 1889, inaugura-se uma nova fase política no País, que passa a ser regido por uma nova Constituição, e um novo Código Penal a partir de 1890, que todavia nada mencionaram a respeito da proteção ambiental, tanto dos recursos naturais quanto dos bens culturais, o que também aconteceu com o Código Civil, editado em 1916, que revogou expressamente os alvarás, leis, decretos, resoluções, etc., referentes às matérias de Direito Civil por ele reguladas.

Apesar de ter sido esse começo de século uma época de intensa elaboração de uma legislação propriamente nacional em vários domínios, com o surgimento de um novo Estado brasileiro, foi somente com a Constituição de 1934 que surgiram alguns dispositivos ambientalistas, com a primeira menção à proteção das belezas naturais, ao lado daquela dos monumentos de valor histórico, ao se estabelecer para tanto, no seu art. 10, a competência concorrente da União e dos Estados, adotando a mesma orientação já perfilhada pelo primeiro Código Florestal brasileiro, o Decreto n. 23.793, de 23.01.34, que incluía em sua tutela "as paisagens pitorescas". Ficou assegurada, desde então, a proteção à paisagem e aos valores estéticos dos recursos naturais como bens ambientais integrantes do patrimônio cultural nacional, que ao Estado cumpre fazer respeitar e proteger, evoluindo o seu conceito e a sua tutela até a concepção mais ampla que adquiriu nos nossos dias.

II A proteção dos valores estéticos do patrimônio cultural brasileiro.

A proteção jurídica do meio ambiente hoje, com o conceito extremamente alargado que lhe proporcionou a Constituição Federal, de 1988, e a legislação pertinente, que procuraram estruturar e garantir o direito ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida como um dos direitos fundamentais da pessoa humana e também de toda a coletividade, coloca em relevo a amplitude do bem jurídico tutelado, que se apresenta como um complexo articulado e harmônico

de recursos naturais e de valores culturais, integrados na noção de patrimônio ambiental nacional, a ser preservado no interesse desta e das futuras gerações.

De fato, tanto o *patrimônio natural*, representado por um conjunto diversificado de bens naturais, dos quais a flora e a fauna constituem a expressão mais comum mas não a única, quanto o *patrimônio cultural*, constituído, segundo dispõe a Constituição Federal no seu art. 216, por bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, são ambos condição essencial da origem, do desenvolvimento e da sobrevivência dos indivíduos numa determinada sociedade, permitindo-lhes uma estruturação que condiciona e facilita a vida em comum e garante a sobrevivência das gerações vindouras.

Numa e noutra categoria podemos contudo divisar a inclusão de valores estéticos direcionando a instituição de direitos e procedimentos destinados a garantir a gestão do patrimônio ambiental nacional. Tal se dá para a concretização de uma idéia, consubstanciada em vários princípios e documentos internacionais, de que é necessário estabelecer um sistema de proteção da herança cultural e natural de valor universal a fim de se proporcionar aos homens as condições de vida e bem-estar adequadas, em ambiente sadio que ele deve sempre conservar e melhorar no interesse da sobrevivência da própria civilização.

As belezas cênicas e as paisagens notáveis passaram a ser referidas na legislação brasileira quer como bens naturais quer como bens culturais, unificando-se depois a sua tutela jurídica, hoje perfeitamente consagrada na legislação ambiental em vigor, particularmente na Lei n. 9.605/98 que estabeleceu sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A essa conjugação já se fazia referência, em 1937, quando o Decreto-Lei n. 25, que dispôs sobre o patrimônio histórico e artístico nacional para fins de tombamento, definiu-o como “*o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja do interesse público, quer pela sua vinculação a fatos memoráveis da História do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico*” (art. 1º). E, a seguir, quando equiparou a esses bens, declarando-os também sujeitos a tombamento, “*os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importa conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana*” (§ 2º).

Tal dispositivo seguia a orientação estabelecida na Carta Constitucional, de 1937, cujo art. 134 dispunha que os atentados cometidos sobre monumentos históricos, artísticos ou naturais, bem como sobre as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, eram equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. E reiterava disposição anterior, do Código Florestal da época, o Decreto n. 23.793/34, que estabelecia a tutela jurídica de florestas, sítios, vegetação e *paisagens pitorescas*.

Ingressando assim na nossa ordem jurídica como bens jurídicos merecedores de tutela, os valores estéticos relativos à paisagem passaram a figurar nas Constituições posteriores como objeto da proteção do Poder Público, vindo a encontrar a sua configuração definitiva na legislação vigente, mercê das ampliação promovida pela Constituição, de 1988, que largamente privilegiou a proteção ambiental.

Não-obstante, toda a legislação constitucional e infraconstitucional das últimas décadas incluiu a *paisagem*, ou, em última análise, os valores estéticos a ela relativos, no seu âmbito de aplicação, implícitos na noção de meio-ambiente, seja pelos seus aspectos naturais seja pelos aspectos culturais.

Na Constituição de 1934, os arts. 10, III, e 148 mencionavam "a proteção às belezas naturais e ao patrimônio histórico e artístico e cultural"; na Carta Constitucional, de 1937, tratava-se da proteção dos monumentos históricos, artísticos e naturais, além de paisagens e locais especialmente dotados pela natureza (art. 134). A Constituição, de 1946, determinava a defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, no seu art. 175; os mesmos termos foram repetidos no art. 172, parágrafo único, da Constituição, de 1967, e no art. 180 da Carta Constitucional, de 1969. A atual Constituição, de 1988, refere-se à "proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico" (art. 24, VII) para estabelecer a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal. A enumeração decorre da definição de *patrimônio cultural* estabelecida no seu art. 216, V, que inclui "os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico"

Para o aperfeiçoamento conceitual muito concorreu a pressão exercida pelos organismos e documentos internacionais que impulsionaram a elaboração de uma legislação de caráter ambiental no nosso País, a partir da Declaração de Estocolmo, do Congresso da ONU, em 1972.

Nesse mesmo ano foi assinada pelo Brasil a *Convenção Internacional relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural*, adotada em Paris durante a Conferência Geral da ONU para a Educação, a Ciência e a Cultura, e depois promulgada aqui pelo Decreto n. 80.978, de 12.12.1977.

Considerando que os bens do patrimônio cultural e natural apresentam um interesse excepcional e, portanto, devem ser preservados como elementos do patrimônio mundial da humanidade inteira, essa Convenção Internacional incluiu na noção de *patrimônio cultural*:

a. *os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência*"

b. *"os lugares notáveis, obras do homem e da natureza, bem como as zonas, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional, do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico"*

Por outro lado, considerou como *patrimônio natural*:

a. *"os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas, ou por grupos de tais formações, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico"*

b. *"os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais nitidamente delimitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural"*

Nessa mesma ordem de idéias foram criadas, pela Lei n. 6.513, de 20.12.77 destinadas a serem preservadas e valorizadas no sentido cultural e natural, as *áreas especiais de interesse turístico* e os *locais de interesse turístico*, considerando o legislador como de interesse turístico, entre os bens de valor cultural e natural que enumera, a serem protegidos por legislação específica, também as *paisagens notáveis*.

A proteção legal foi depois intensificada com o advento da Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e os seus mecanismos de aplicação, a qual incluiu na caracterização da *poluição*, considerada como "a degradação da qualidade ambiental" a referência às atividades que afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente (art. 3º III, d).

A Constituição Federal, de 1988, entre as suas várias inovações em matéria ambiental, determinou a proteção de certos espaços territoriais, a serem criados por decreto ou por lei em todas as unidades da Federação. São os Parques

nacionais, estaduais ou municipais, as Estações ecológicas e as Reservas biológicas e outras áreas especialmente protegidas, às vezes por seus atributos estéticos, “sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção” (art. 225, §1º, III).

Na área processual a tutela foi consubstanciada na Lei n. 7.347/85, que instituiu a *ação civil pública* de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sem prejuízo da ação popular, também cabível. Esta, segundo o disposto na Lei n. 4.717/65, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 6.513/77 já incluía na conceituação de *patrimônio público*, para fins de sua tutela, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pelo que passou a incidir também sobre os atos lesivos ao patrimônio cultural brasileiro, parte integrante do patrimônio ambiental nacional. Essa finalidade depois ficou expressa na Constituição Federal, de 1988, cujo art. 5º LXXIII, dispõe que *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*

Todavia apesar disso, conforme assinala Vladimir Passos de Freitas, a ação popular não vem sendo utilizada na defesa do meio ambiente, pois a ação civil pública já se consagrou como a via mais apropriada para tal fim, uma vez que elimina as dificuldades encontradas pelos litigantes individuais (“*A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*” RT, SP 2000, p. 40).

É importante ainda observar que a Constituição Federal atribuiu competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (art. 23, III), e, por outro lado, competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre “a proteção ao patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico” (art. 24, VII), e sobre “a responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 24, VIII). A competência subsidiária dos Municípios é

afirmada no inciso IX do art. 30 para "promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual"

Nesse particular tem sido entendimento da doutrina que alguns princípios devem ser observados para a definição da competência material, respeitando-se as competências privativas existentes e a ocorrência ou não de interesse nacional, regional ou local, cabendo ao Município o maior alcance.

III Os atentados contra a paisagem e as belezas naturais.

O Código Penal de 1940 ao tipificar o delito de dano, no capítulo Dos Crimes contra o Patrimônio, reservou duas figuras penais para a proteção do patrimônio cultural, sob o *nomen iuris* de *dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico*, no art. 165, e de *alteração de local especialmente protegido*, no art. 166. Na verdade são elas subespécies do *dano* no seu tipo fundamental, o do art. 163, às quais o legislador quis emprestar maior realce, diferenciando a sua punição, em virtude do relevante valor dos bens jurídicos atingidos.

A orientação adotada no Direito Penal coaduna-se com doutrina atual, expressa nas normas constitucionais que nos regem, que atribui à propriedade uma *função social*, que obsta o exercício do direito correspondente se for contrário ao interesse coletivo.

As inúmeras restrições criadas, no sentido de vinculá-lo ao *bonum commune omnium*, representam, no entender de Nelson Hungria, autênticas "servidões legais". Segundo ele, *em todo o mundo civilizado, a partir principalmente do começo deste século, operou-se um crescente movimento de opinião no sentido da especial tutela de tais bens, cuja preservação atende ao interesse geral da educação e do culto às coisas belas. Até mesmo um interesse econômico coletivo se reconhece na espécie, pois a curiosidade ou atração provocada pelas obras de arte, antigüidades e belezas naturais, fomenta em cada país, e internacionalmente, o pródigo turismo*"⁴

O crime do art. 165 somente se diferencia do tipo fundamental de dano por referir-se a coisa tombada pelo seu valor histórico, arqueológico ou histórico, pois consiste em: "*Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade*

4. Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. VII. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1955, p. 110.

competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico” E no que se refere ao art. 166, a conduta prevista destina-se a proteger coisas que merecem ser conservadas, mas pelas suas características de beleza, subentendidos os valores estéticos na fórmula adotada que é “*alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei*” Trata-se aqui, evidentemente, de bens necessariamente imóveis, sendo indiferente que a sua beleza seja produto da natureza ou resulte da interferência do homem, desde que se trate de local colocado sob especial proteção em virtude de lei.

Apesar dessa conotação patrimonial relativa a bens imóveis, por ter sido incluído entre os crimes patrimoniais do Código penal, os tribunais, à falta de outra opção, não hesitaram em aplicar o art. 166 para a simples proteção da paisagem, como se pode verificar no Acórdão JC 60/278, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que conclui pela caracterização da infração “quando o agente, desautorizado pela autoridade competente e desrespeitando norma legal que protegia local tombado pela Municipalidade, *in casu*, dunas, degenera e desfigura a paisagem, através da remoção de areia, terraplanagem, colocação de britas e construção de barraco. (JC 60/278).

Todavia é inquestionável que esses dois artigos mencionados, do Código Penal, de 1940, foram tacitamente revogados pela Lei n. 9.605/98, a Nova Lei Ambiental, que contém disposições mais amplas sobre a mesma matéria, no capítulo Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural.

IV A proteção da paisagem na atual Lei ambiental.

A Nova Lei Ambiental, Lei n. 9.605/98, tendo introduzido um capítulo especial dedicado aos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, fez uma ampla revisão da matéria, conservando, com algumas modificações, os tipos penais existentes anteriormente e acrescentando outros, numa tentativa de dar mais eficiência à tutela dos bens culturais, que deixava muito a desejar.

A referência feita à *paisagem* como bem ambiental nas Constituições brasileiras certamente havia inspirado o legislador, de 1940, a criar no Código Penal, de forma inovadora, a figura da “*alteração de local especialmente protegido*” prevista no seu art. 166, hoje revogado pelas disposições mais amplas da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Embora inspirado no Código Penal italiano, de 1930, o dispositivo do Código Penal brasileiro não pudera aproveitar-se do modelo inserido no seu congêneres como contravenção penal pela Lei n. 1.497 de 29 de junho de 1939, que introduziu no art. 734 daquele Código o tipo penal "destruição ou deturpação das belezas naturais de lugares sujeitos a especial proteção da autoridade" fazendo menção expressa à qualidade estética do bem jurídico protegido.

No Direito italiano é ele considerado um tipo penal aberto, em que a conduta do agente tanto pode ser comissiva quanto omissiva, dolosa ou culposa, sendo suficiente que se altere de qualquer modo a visão panorâmica, ou melhor dizendo estética, oferecida pela natureza, que pode configurar-se até mesmo mediante a ocultação total ou parcial do panorama em questão. A Corte de Cassação italiana, num processo relativo a ocultação de paisagem da Ilha de Ischia mediante a colocação de cartazes publicitários numanel rodoviário, dispôs que "há alteração de belezas naturais quando por obra humana, que se insere num quadro natural de beleza de conjunto, vem a turbar-se a sensação de gozo estético que a vista oferecia antes da ocorrência do ato lesivo à sua integridade." (n. 1.795, em 21.11.1973). Constitui também orientação jurisprudencial o entendimento de que a beleza paisagística é o resultado de componentes variados, entre os quais a conformação do terreno, a vegetação natural, a distribuição, o tipo e a localização das edificações ou acidentes geográficos existentes, o seu contorno, etc. Assim, a infração pode configurar-se pelo simples nivelamento ou desbarrancamento do terreno, ou mesmo pela destruição da sua vegetação.

O legislador brasileiro preferiu falar em *alteração de local*, ao invés de limitar-se à alteração das belezas naturais, dando maior amplitude à proteção legal, que foi oferecida também à paisagem urbana, compreendendo os conjuntos de edificações, ou outras obras acrescentadas pelo homem à natureza, que apresentem valor artístico ou cultural, além de estético. Isso, aliás, ficou bem claro na redação que lhe deu a nova Lei dos crimes ambientais (Lei n. 9.605/98, art. 63), que aprimorou o dispositivo dando-lhe um alcance antes inexistente, pois incluiu a proteção decorrente de decisão judicial, além da legal e administrativa, objetivando a manutenção da integridade do local, onde se incluem os sítios paisagísticos naturais, e das edificações, onde se presume a paisagem urbana de especial interesse, seja ou não bem tombado, quando não houver autorização da autoridade competente ou estiver em desacordo com a concedida. Constitui o delito a ação de "*alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato*

administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida"

A pena é agora mais gravosa, de reclusão de 1 a 3 anos e multa, mais condizente com a gravidade da conduta lesiva e com as conseqüências que pode provocar no bem jurídico, sendo porém passível de substituição por pena restritiva de direitos, conforme o disposto no art. 7º desse diploma legal. A ação pode ser cometida por pessoa jurídica, que será responsabilizada segundo as regras dos arts. 21 e 22, sendo de todo conveniente que a pena restritiva de direitos que vier a ser aplicada guarde relação com a falta cometida, orientando-se a punição para a recuperação ou refazimento das áreas ou locais alterados pela ação lesiva.

A redação do dispositivo deixa bem claro que a proibição contida na norma é aplicável à paisagem urbana, além da paisagem natural, no que tange ao seu aspecto, isto é, à visão que delas se tenha ou se possa ter, abrangendo assim a modificação da estrutura das edificações, desde que especialmente protegidas por lei, que pode ser municipal. O Município constitui a instância mais apropriada para a definição da proteção a ser concedida ao bem jurídico em questão, mas somente pode atuar em caráter supletivo, quando a matéria for de interesse comum e não-exista ação federal ou estadual dirigida a essa tutela; deve porém atuar privativamente quando a matéria for do interesse exclusivo local.

Em conseqüência, podemos encontrar a tutela jurídica da paisagem e dos valores estéticos que ela pressupõe, nos três níveis de legislação: federal, estadual e municipal (como é o caso, por exemplo, da Lei federal n. 6.513/77. que dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; da Lei estadual de São Paulo, n. 6.884/62, que dispõe sobre parques e florestas estaduais e os monumentos naturais; da Lei Orgânica do Município de Osasco, etc.).

Essa tutela tem sido reconhecida como necessária por todos aqueles que comungam do interesse da preservação ambiental, sob todas as suas formas, como pressuposto de uma sociedade mais harmônica e mais justa. Assim se manifestaram os subscritores da *Carta de Goiânia*, que consubstanciou as conclusões do V Congresso Internacional de Direito Agrário, realizado naquela cidade em 1990, que concluiu pela necessidade de se proceder ao adequado manejo dos recursos naturais renováveis *em todas as suas manifestações*, aí incluindo as paisagens.

Procurando intensificar e melhor equacionar outros aspectos dessa tutela, a Lei ambiental inclui duas inovações, nos seus arts. 64 e 65, que cuidam respectivamente da *construção irregular* e da *poluição visual* constituída pela pichação e pela grafiteagem, que alteram e enfeiam a paisagem urbana.

A construção irregular, que anteriormente era considerada mera infração administrativa, passível de embargo ou demolição, é agora incriminada, considerando-se que o interesse social e o bem comum devem prevalecer sobre os interesses individuais. Nesse sentido, dispõe o art. 64 da Lei n. 9.605/98:

Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão do seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena detenção de seis meses a um ano, e multa"

Como se vê, com essa tipificação não se protege apenas a paisagem e os valores estéticos do local, mas também os valores ecológicos, como as florestas de preservação permanente criadas pela Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), e depois transformadas em reservas ou estações ecológicas pela Lei n. 6.938/81; e também os valores artísticos, referidos no Decreto-Lei n. 25/37 ou turísticos, de acordo com a Lei n. 6.513/77; ou ainda por seu valor monumental, que tem o significado de "locais de rara beleza" os chamados "monumentos naturais"

O infrator responderá pelo crime praticado, sem prejuízo da ação administrativa competente, ou, eventualmente, da reparação do ilícito civil.

Essa tipificação, na verdade, vem ao encontro de incontáveis reclamações contra o crescimento desordenado de aglomerações urbanas situadas em locais inapropriados, ou de preservação ambiental, como são as fontes, represas e cursos d'água, e também contra o aniquilamento das áreas verdes e das paisagens notáveis, que agora se procura evitar. A questão é particularmente grave nas cidades litorâneas e serranas, que constituem, pela sua beleza, importantes pólos de turismo, sendo prejudicados pela ganância de aproveitadores agindo em nome de um duvidoso progresso...

Objeto material do delito é o *solo não edificável e seu entorno*, que não podem receber construções a não ser em situações excepcionais, quando houverá autorização da autoridade competente, como, por exemplo, no caso de construção de moradia para um diretor de Parque Nacional, etc. Mesmo nesses casos, lembra Gilberto Passos de Freitas, "*a construção, o material, as cores, tudo será feito em*

*harmonia com o local. O mesmo se dá com o entorno, ou seja, o espaço físico necessário à harmonização entre o local protegido e a área que o circunda”*⁵

A pena cominada ao delito é baixa, detenção de 6 meses a 1 ano, cumulativa com a multa, constituindo, pois, uma infração de menor potencial ofensivo, submetendo-se as regras da Lei n. 9.099/95, que permite a transação e outras vantagens.

A outra inovação da Lei ambiental tipifica uma conduta que se tem tornado o tormento dos moradores das cidades em geral e, particularmente, dos grandes centros urbanos, que é a pichação desmedida de paredes e locais em geral, em total infringência aos direitos de propriedade e aos valores estéticos que mesmo nos centros urbanos merecem respeito e preservação. Nesse sentido, dispõe o art. 65:

Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: Pena detenção de três meses a um ano, e multa.

*Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa*⁶

Não-obstante as considerações que podem ser feitas sobre as características dos autores dessas ações nos grandes centros urbanos na época moderna, se trata evidentemente de um atentado significativo à paisagem urbana ou à estética das cidades que, do ponto de vista jurídico, deve ser considerado como semelhante à alteração de paisagem, já analisada, incidindo pois nas regras estabelecidas para a tutela ambiental.

Apesar da existência de sanções administrativas, ou civis, nos casos em que a reparação do dano causado for possível, a legislação extrapenal revelou-se insuficiente para coibir as condutas abusivas que se tornaram cada vez mais freqüentes, além de audaciosas, pois atingem o alto dos edifícios e lugares considerados inacessíveis, e às vezes até mesmo bairros inteiros, como acontece na periferia de São Paulo.

O Direito Penal procura assim coibir essa prática anti-social com a tipificação do art. 65 da Lei ambiental, o qual abrange não-somente a pichação e a grafitegem mas também outros modos de *conspuração* que, em última análise, revelem a finalidade de sujar o objeto que se quer atingir, mas sujar de maneira a

5. Freitas, Vladimir e Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2.000, p. 207.

macular, a manchar, a cobrir de imundície a coisa visada, de tal forma que a intervenção penal se apresente como necessária e relevante para a proteção do bem jurídico, no intuito de resguardar a influência que o meio ambiente limpo e bem cuidado tem sobre o bem-estar das pessoas em geral.

Tratando-se todavia de infração de pequeno potencial ofensivo, esses atos incidirão nas normas da Lei n. 9.099/95, podendo ser objeto de transação, segundo o seu art. 76.

Devemos observar que a prestação de serviços à comunidade, com a reparação do objeto danificado pelo infrator, apresenta-se como a retribuição mais apropriada para essa conduta abusiva, pelo seu caráter educativo, que é o que se procura imprimir nessa espécie de medida alternativa para a pena de prisão, e deveria ser por isso largamente aplicada.

De qualquer forma, em todas as figuras penais aqui assinaladas, relativas à proteção do ordenamento urbano e patrimônio cultural, a tipificação é feita somente na sua forma dolosa. O que significa que é necessário apurar-se a existência da vontade livre e consciente do agente na execução da conduta descrita, e a finalidade de atentar contra os valores estéticos que justificam a intervenção da lei penal em defesa da paisagem, até que a idéia da sua conservação penetre fundo na cultura de nosso povo, de tal forma que essas normas protecionistas se tornem desnecessárias.

São Paulo, julho de 2000.

O DIREITO ADMINISTRATIVO E SUA HISTÓRIA

Edmir Netto de Araújo

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

Resumo:

O autor aborda a evolução do Direito Administrativo, desde seus primórdios até sua fase moderna, assim como as influências dos ordenamentos estrangeiros sobre o Direito Administrativo brasileiro.

Abstract:

The author's study is about the evolution of Administrative Law, from its origins until its modern phase, as well as the influences of foreign law system about Brazilian Administrative Law.

Unitermos: história do Direito Administrativo.

a. Antigüidade.

a.1. Primórdios

Costuma-se dizer que a função administrativa de qualquer Estado ou sociedade, por mais simples e primitivo que tenha sido seu ordenamento, sempre existiu, desde que o ser humano passou a viver em comunidades, mesmo com organizações rudimentares. Ou seja, a Administração seria "*de todos os tempos e de todas as sociedades*"¹ com funções e órgãos delegados para o exercício dessa função.²

Como, então, conciliar-se essa noção com a afirmativa, geralmente aceita, de que o Direito Administrativo é de origem recente, cujo nascimento data do

1. José Posada de Herrera. *Lecciones de administración*, v. I, Establecimiento Tipográfico, Madrid, 1843, p. 18.

2. Guido Zanobini. *Corso de Diritto Amministrativo*, 6ª ed., Dott. A. Giuffrè Ed., Milano, 1950. v. I, p. 31.

século XIX, na Europa ocidental, principalmente na França pós-revolução? Como a História responde tal indagação?

É que em todas as épocas existiram *instituições* administrativas, e *órgãos* administrativos sempre editaram regras destinadas a disciplinar e dirigir seus serviços e funcionários, mas o *Direito* Administrativo, como *ciência*, ainda não se estruturara no mundo civilizado até aquela ocasião, sendo, portanto de "origem recente"³ Sua estruturação foi particularmente favorecida pelas idéias liberais daquela época, da instituição do Estado de Direito, mas as funções administrativas propriamente ditas sempre se exerceram continuamente, ao contrário da legislação e da jurisdição que, por motivos vários, mas principalmente por crises políticas, muitas vezes se interrompem.⁴

Isto não quer dizer que não existiram e não existam, mesmo em nossos dias, países que não tenham um corpo de regras jurídicas positivas (exteriormente obrigatórias), diferentes das que regem relações de particular a particular, como ocorria na mais remota antigüidade.

A História do Direito é tributária da própria História universal: só o que até nós chegou através dos historiadores permite entender as regras dos primórdios da civilização. Sabe-se que predominava então o aspecto teológico, com os soberanos investidos em poder que se acreditava de origem divina, muitas vezes confundindo-se com funções (e mesmo figuras) sacerdotais (como ocorria em civilizações como as da Índia, Egito, Babilônia, Assíria e outras), mas já se fazendo valer as relações hierárquicas de subordinação a quem detivesse o poder. Mas é pouco o que até hoje nos chegou sobre a organização administrativa de tais sociedades antigas.

a.2. Grécia antiga

Já da cultura e civilização helênicas o mundo atual tem mais notícias. Os historiadores e jurisconsultos, através da consulta às obras principalmente de Aristóteles, obtiveram dados sobre órgãos que superintendiam e fiscalizavam o comércio em cidades que possuíam mercados importantes, que disciplinavam

3. E. Laferrière. *Cours de Droit Public et Administratif*, v. I, 5ª ed., Cotillon Editeur, Librairie du Conseil d'État, Paris, 1860, p. XVIII.

4. José Cretella Jr. *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Forense, 1983, v. I, pp. 164-165.

atividades relativas a edifícios públicos, polícia de habitações, vias públicas, campos e bosques, escribas, carcereiros, oficiais de administração naval e militar, funcionários encarregados de comprovar e rever contas dos que manipulavam dinheiros públicos (especialmente em Atenas), formação militar e intendências (especialmente em Esparta).

Enfim, embora com normas esparsas e geralmente costumeiras, a Administração das cidades-Estados da Grécia antiga já tinha certo grau de desenvolvimento.

a.3. Roma antiga

"*Gigantes do direito privado e pigmeus do direito público*": Seria mesmo verdadeira essa assertiva sempre assacada contra os romanos?

É certo que os romanos não tiveram a preocupação de estruturar, como ramo separado do direito, o Direito Administrativo, dadas as circunstâncias peculiares de constituição do extraordinário império conquistado e mantido pelas armas, sua extensão e a diversificação de povos sob seu domínio, e também da predominância da mentalidade civilística (relações jurídicas entre particulares), pois as relações de direito público, além de variáveis em Roma de acordo com a época e a forma de Governo, eram consideradas como matéria de exercício do poder, que era quase sempre absoluto e sujeito a golpes de Estado ou revoluções.

Mas não é verdadeiro afirmar-se que os romanos descuraram da Administração, especialmente na época da *República*, quando o *Senado* desempenhava inúmeras funções administrativas, que foram sendo transferidas a órgãos especiais (censores, questores, edís, pretores). Já antes dessa época, havia a organização dos *municípios*, originariamente título concedido pelos romanos a certas cidades por eles conquistadas.⁵

Verificam-se, nas "*Institutas*" e no "*Código*" de Justiniano, mas principalmente no "*Digesto*" que já se tratava de noções como bens públicos de uso comum, praias e terrenos de marinha, do funcionamento de certos órgãos, com suas autoridades (edís, cônsules, procônsules, pretores) e serviços (presídios, vias e rios públicos, militares, censo, coletores de fisco, estatísticas). Os *editos* do pretor eram

5. Sabino Álvares-Gendin. *Manual de Derecho Administrativo Español*. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1954, p. 122.

verdadeiros *atos administrativos* ordinatórios ou regulamentares, auto-executórios, pois, como os funcionários administrativos, os pretores agiam⁶ na qualidade de delegados do imperador. Os estudiosos costumam mesmo apontar,⁷ nos livros, títulos e fragmentos do "*Digesto*" inúmeros temas de Direito Administrativos ali tratados.

Tal organização se conservou, posteriormente, nos países europeus que estiveram sob o domínio romano, como a França e a Germânia, onde, somada a manutenção da idéia de transmissão de cargos e títulos por herança, originou-se, segundo alguns,⁸ a organização feudal.

a.4. Idade Média. Feudalismo

Costuma-se denominar *Idade Média* o período de mais de dez séculos compreendido entre a queda do Império Romano do ocidente, em 476 dC (com a morte do imperador Teodósio, em 395 dC, havia sido dividido em romano=ocidente e bizantino=oriental) e o assim chamado *Renascimento*, que alguns indicam como o período que se seguiu ao fim do Império Bizantino, conquistado pelos turcos em Constantinopla, em 1453. Nesse período, as invasões dos povos "bárbaros" (que, não obstante, possuíam cultura própria) alteraram as organizações então existentes, causando relevantes transformações sociais, políticas e econômicas no mundo (europeu) considerado civilizado.

Do ponto de vista administrativo, costuma-se dividir esse período em *fase da administração feudal*, cuja organização administrativa era apenas incipiente, baseada no arbítrio e na propriedade das terras, com o poder europeu pulverizado entre os senhores feudais, que permitiam aos suseranos (pouco mais que servos) o cultivo de terras em troca de seu trabalho e sua lealdade na defesa de seus feudos e burgos que se erguiam em volta de seus castelos, e *fase da administração comunal*, quando os burgos medievais se organizaram, mais por volta do século XII, em *comunas*, com base no modelo romano dos *municípios* e do direito das cidades da Gália romana, com o poder exercido de forma algo mais democrática, por influência

6. Recaredo Fernandes de Velasco (Velasco Calvo). *Resúmen de Derecho Administrativo*. Tipografía J. Sanchez, Murcia, 1920. v. I, p. 24.

7. José Cretella Jr., por exemplo, em seu *Direito Administrativo Brasileiro* citado, na p. 168, aponta cerca de 40 temas de Direito Administrativo listados no *Digesto*.

8. Recaredo Fernandes de Velasco. *Resúmen... cit., idem, ibidem*.

dos burgueses e das corporações de artes e ofícios, adaptando-se os usos e costumes medievais ao que diziam os textos jurídicos latinos.⁹

Mas ainda não se tinham condições de liberdade e democracia que pudessem favorecer a criação de um Direito que fosse, além da disciplina da estrutura administrativa, um instrumento de garantia dos cidadãos, oponível até mesmo ao Estado. Na verdade, a partir dos primórdios da Renascença, observou-se um recrudescimento das formas governamentais absolutistas em toda a Europa (com poucas exceções), que só principiou a regredir na época (1789) da Revolução Francesa.¹⁰

b. Idade Moderna

b.1. França: origens e evolução, as primeiras cátedras e obras do Direito Administrativo

Com as idéias liberal-democráticas difundidas pela Revolução Francesa, formou-se o clima necessário à elaboração de um Direito Administrativo como um corpo de regras disciplinadoras das estruturas administrativas, dos serviços públicos, das relações do Poder com os administrados e com os seus próprios agentes públicos, que fosse de observância obrigatória para todos, inclusive a própria (embora ainda incipiente, complicada e centralizada)¹¹ organização administrativa do Poder.

A tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciárias, propiciando a especialização das atividades governamentais e a relativa autonomia dos órgãos incumbidos de realizá-las,¹² fundamentada na Teoria da Separação dos Poderes (*L'esprit des lois*, 1748, Charles Louis de Sécondat, Barón de Brède et de Montesquieu), aliada à integral sujeição do Poder Executivo ao império da lei, ou seja, às normas estatuídas pelo Poder Legislativo¹³ (que foi a verdadeira grande conquista da Revolução Francesa, pois o Estado a elas *não se submetia*) veio

9. José Cretella Jr. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Forense, 1992, pp. 152-153.

10. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 1989, p. 46.

11. José Cretella Jr. *Curso...*, p. 154.

12. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1995, p. 41.

13. José Cretella Jr. *Curso...* cit., p. 154.

a redundar no "Estado de Direito" caracterizado por um sistema de "freios e contrapesos" onde a autoridade de cada um dos Poderes contrabalança e equilibra a dos demais, "sob o qual pode vicejar a liberdade individual" e impedindo (ou ao menos dificultando sobremodo) o arbítrio.¹⁴

Por isso, não é sem razão que se costuma apontar como o *marco inicial do Direito Administrativo* uma Lei francesa do ano de 1800 (naquele excêntrico calendário francês da época, de "28 pluviôse do ano VIII") que, pela primeira vez, dotou a *Administração* de uma organização juridicamente garantida e estável, exteriormente obrigatória a todos os administrados.

A partir de então, enfrentando-se o problema do julgamento dos atos da Administração (originariamente feito pelo Parlamento) foram criados, ao lado dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos (contencioso administrativo) cuja instância máxima era o Conselho de Estado, os quais, como corolário lógico, passaram a elaborar de forma pretoriana direito específico da Administração.¹⁵

Contemporaneamente a esses passos evolutivos, *Charles Jean Bonin* publicou, em 1808, a obra *Principes d'Administration Publique*, na qual, pela primeira vez, se diferenciou o Direito Administrativo do Direito Constitucional.¹⁶

Mas o impulso doutrinário mais relevante na França se deu com a criação, por Luis XVIII, na época da restauração da Monarquia (1819), da cátedra de Direito Administrativo da Universidade de Paris, para cuja regência foi designado o *Barão de Gérando*, cuja obra "*Institutes du Droit Administratif français*" foi publicada em 1829. Tratava-se mais de uma laboriosa compilação de textos de leis, cuidadosamente cotejados, selecionados e sistematizados.

Com sua morte, a cátedra passou a ser regida, a partir de 1852, pelo *Conselheiro de Estado Macarel*, que já havia publicado, em 1842, a 1ª edição do "*Cours de Administration et de Droit Administratif*" também mais voltada ao direito positivo, espírito esse claramente definido em suas primeiras "*Preleções*" bem a gosto do "*critério legalista*" do Direito Administrativo francês da época.¹⁷

Ao lado de algumas outras obras iniciais, ainda pouco sistematizadas doutrinariamente, como as de *E.V.Foucart* (*Éléments de Droit Public et*

14. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, 1990, p. 116.

15. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo...* cit., pp. 40 e ss.

16. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso...* cit., p. 47.

17. José Cretella Jr. *Direito Administrativo...* cit., p. 172.

Administratif, 1832), *De Cormenin (Droit Administratif*, 1840) e *Adolphe Chaveau (Principes de competence et de juridiction administratives*, 1841) vieram a lume as duas primeiras obras realmente doutrinárias do Direito Administrativo francês, que foram o "*Cours théorique et pratique de Droit Administratif*" (1847) e "*Cours de Droit Public et Administratif*" (1850), ambas de *E. Laferrière*, que depois publicaria (1896) o "*Traité sur la juridiction administrative*"

Ao mesmo tempo em que se procediam a estudos doutrinários, evoluía na França a *Justiça Administrativa (contentieux administratif)*, que a cada decisão do Conselho de Estado (cujo poder de emitir decisões soberanas foi firmado pela Lei de 24 de maio de 1872), elaborava e consagrava os princípios do moderno Direito Administrativo, especialmente quanto à supremacia e à indisponibilidade do interesse público, quanto ao caráter exorbitante e derogatório do direito comum de que são dotadas as normas de Direito Administrativo, quanto à continuidade dos serviços públicos e, finalmente, quanto aos princípios e regras que devem determinar a responsabilidade patrimonial do Estado por prejuízos causados aos particulares por atos ou omissões de seus agentes.

Aliás, foi em caso *dessa última espécie*,¹⁸ em sua análise pelo Tribunal de Conflitos (tribunal paritário francês, destinado a solucionar conflitos de competência entre a Justiça Administrativa e a ordem judiciária), na decisão de conflito de competência suscitado pelo Conselho de Estado, que se firmou, como se costuma dizer, a autonomia do Direito Administrativo como disciplina autônoma da Ciência do Direito.

As idéias francesas sobre Direito Administrativo e Justiça Administrativa alastraram-se, com algumas diferenças e peculiaridades locais (como, p. ex., sem o critério predominantemente legalista, ou sem a adoção da jurisdição dúplice do contencioso administrativo), principalmente por toda a Europa continental (na Inglaterra prevalece o sistema do "*common law*" estruturado de forma diferente) e para a América (exceto Estados Unidos da América, pelo mesmo motivo), mas também para outros países, nos demais continentes.

18. Decisão do "*Caso Blanco*", Tribunal de Conflitos, Paris, 1º.02.1873, voto do Conselheiro David. Marceau Long; Prosper Weil; Guy Braibant. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1965, p. 5.

b.2. Direito Administrativo em outros países de origem de direito romanístico e nos do "Common Law"

b.2.1. Alemanha

A demora na unificação político-administrativa dos Estados germânicos, que só veio a ocorrer efetivamente com a Constituição de 1870,¹⁹ sem dúvida prejudicou o desenvolvimento do Direito Administrativo como lei e ciência, na Alemanha.

Também as práticas vindas do regime feudal, que muitos apontam²⁰ como de inspiração germânica, não privilegiaram os estudos administrativos em relação ao direito privado, embora se possa dizer que, por volta de 1817 (J.L.Kluber, *Offentlichen recht des teutschen bundes*-Direito público da federação teutônica), já se diferenciava, entre os estudiosos do direito público, o Direito Administrativo do Direito Constitucional.²¹

O próprio espírito germânico, voltado para o tecnicismo científico-doutrinário, em detrimento da casuística que caracterizava o Direito Administrativo francês, fez com que a evolução dessa disciplina fosse lá mais lenta e gradual. Mas realmente a falta de unidade foi fator determinante para que, só após a constituição da Confederação Germânica, o Direito Administrativo se desenvolvesse como as outras disciplinas de direito privado e direito público,²² assentado sobre a tríplice base filosófica, histórica e legislativa, apresentando então, desde as últimas décadas do século XIX, inestimável contribuição ao progresso dos estudos administrativos, influenciando decisivamente outros direitos do mundo ocidental.

Embora cronologicamente não tenha sido o precursor, pois outros autores o precederam com obras menos sistematizadas, o primeiro a sintetizar científica e doutrinariamente todo o Direito Administrativo alemão foi *Paul Laband*, com seu "*Das staatsrecht des deutschen reichs*" de 1876, obra que, traduzida por C.Gandilhon e T. Lacuire para a língua francesa, com o título de *Le Droit Public de*

19. José Cretella Jr. *Curso...* cit., p. 156.

20. *Idem, ibidem*, p. 152.

21. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso...* cit., p. 48.

22. Lorenzo Meucci. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1892. pp. 15-16.

l'Empire Allemand (O Direito Público do Império Alemão) divulgou, no restante da Europa latina, o estágio de desenvolvimento do Direito Administrativo alemão naquela época, publicada que foi na prestigiosa série *Bibliothèque Internationale de Droit Public*, dirigida por Gaston Jèze e Max Boucard, e pela Giard & Brière Libraires-Editeurs, em 1900.

A Laband seguiu-se *Otto Mayer*, em outra obra fundamental, que libertou o Direito Administrativo alemão da excessiva influência do Direito Civil e de sua vinculação ao Direito Constitucional: "*Deutsches Verwaltungsrecht*" (Direito Administrativo Alemão), também traduzida para o francês pelo próprio autor, em 1903 (*Le Droit Administratif Allemand*) e para o castelhano, por Heredia & Krotoschin (*Derecho Administrativo Alemán*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949).

b.2.2. Itália

Embora também prejudicada pela ausência de unidade político-administrativa, que só ocorreu pela Lei n. 2.248, de 20.03.1865 (Lei sobre unificação administrativa do Reino da Itália), o Direito Administrativo italiano desenvolveu-se de forma peculiar, harmonizando com muita criatividade as duas influências que sofreu: o Direito Administrativo francês, da escola legalista e casuista, e o alemão, do tecnicismo às vezes até exagerado, em feliz meio-termo.²³

Costumam alguns autores situar as origens do Direito Administrativo italiano no ordenamento da região do Piemonte, então sob o jugo da França, o que indica sua influência inicial pelo direito napoleônico. A partir da já citada lei de unificação, cujos *Anexos* já disciplinavam a organização provincial, a segurança pública, a saúde pública, as obras públicas, o Conselho de Estado e o contencioso administrativo,²⁴ principiou o desenvolvimento da disciplina, ainda sob influência francesa, de inspiração liberal, mas legalista e casuista. No período do fascismo, essa inspiração foi substituída por princípios autoritários, influenciada que foi pelo Direito alemão da época. Mas após a 2ª guerra mundial foi instaurada a estrutura político-administrativa parlamentar atual, e abandonada a filosofia autoritária no Direito Público italiano.

23. Vittorio Emanuele Orlando. *Il sistema del Diritto Amministrativo*, em *Primo Trattato completo de Diritto Amministrativo*, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, p. 47.

24. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 1997, pp. 27-28.

Quando se trata de Direito Administrativo como *ciência*, estruturada e sistematizada, a maioria dos autores²⁵ reconhece, inclusive na Europa Ocidental, o pioneirismo de *Gian Domenico Romagnosi*, que publicou, em Parma, 1814 (2ª ed. em Firenze, 1832, pela Stamperia Piatti) seu "*Principii fondamentali de diritto amministrativo*" a que se se seguiram, na Itália, inúmeras obras de grande importância e projeção no Direito Administrativo universal.

Desses três países, França, Itália e Alemanha, o Direito Administrativo se alastrou e desenvolveu no mundo ocidental, com influências localizadas de cada um deles ou de todos eles, como se vê no estudo dessa disciplina na Espanha, Bélgica, Suíça, Holanda, Áustria, Portugal, Grécia, etc., e nos distantes (da Europa) países da América, como Brasil, Argentina, Uruguai, Chile, Peru, Venezuela, México, etc., e mesmo no longínquo Japão, além de outros direitos.

Entretanto, por razões múltiplas, essas influências não se fizeram sentir em alguns casos, como, p.ex., os países dos blocos soviético e anglo-saxão.

b.2.3. Direito Administrativo no "Common Law"

Integram o bloco ou "sistema" do *Common Law* os direitos da Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte, Irlanda do Sul, País de Gales, Estados Unidos da América, Canadá (exceto região de Quebec) e outros, de colonização ou dominação britânica (como Austrália, África do Sul, Índia), cujos princípios não são formulados de maneira similar aos dos países de direitos de origem romanística.

Originário da Inglaterra, à época da conquista normanda, o *Common Law* irradiou-se para os países de influência britânica.

Embora também possua como fonte o direito escrito e legislado (*Statute Law*), caracteriza-se pela predominância do costume e da prática sobre a teoria e a doutrina, e, em consequência, pela importância do *precedente judiciário*: a aplicação da lei ou decisão ao caso concreto terá sempre presente o pronunciamento anterior das Cortes de Justiça sobre a matéria, o que lhe dá nítido caráter *jurisprudencial* e *costumeyro*, ou seja, "*general immemorial custom of common law from time to time declared in the decisions of the Courts of Justice*"²⁶ (costume geral

25. P. ex., no Brasil, José Cretella Jr. *Curso...* cit., p. 157; Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo...* cit., p. 24; Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo...* cit., pp. 40 e ss.; Diógenes Gasparini. *Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, 1995, p. 25.

26. José Cretella Jr. Definição clássica de *Blackstone*, citada em *Direito Administrativo Comparado*. Ed. Forense, 1990, p. 141.

e imemorial, assim declarado de época a época, por decisões das Cortes de Justiça), ou então, “a parte da lei inglesa que é criada não pelas disposições legislativas, mas por decisões judiciárias, e que devem ser localizadas nos repertórios de casos decididos.”²⁷

No início, a aplicação do *Common Law* pelos *Tribunais de Westminster*, com rigorismo e rigidez processual, não abrangia todas as espécies de obrigações, dificultava a obtenção de provas e apuração da verdade, e tal rigidez impedia aos juízes a adaptação do precedente a circunstâncias especiais do caso concreto, resultando muitas vezes em “vitória vazia” ou seja, ineficácia do processo para o objetivo visado. Assim, começou a ser desenvolvida paralelamente a *Equity*, destinada a fazer justiça além dos precedentes e sua interpretação rígida, para satisfazer as falhas na satisfação da pretensão dos litigantes, impedindo o *summum jus, summa injuria*. A *Chancelaria* transformou-se no verdadeiro Tribunal da *Equity*, funcionando paralelamente a *Westminster (Common Law)*, até os *Judicature Acts* de 1873 e 1875, que os fundiu.

A partir destes *Judicature Acts*, a observância dos precedentes passou a ser *expressa* e de hierarquia *mais sistêmica*: precedente da *House of Lords* é obrigatório para todas as jurisdições; da *Court of Appeal*, para todas as jurisdições inferiores, inclusive para a própria *Court of Appeal*, da *High Court of Justice*, para todas as jurisdições inferiores e locais, considerando-se a composição (*Queen’s Bench, King’s Bench, Chancery, Family Division*, etc.) da referida Corte, sendo a regra do precedente também obrigatória nos processos da *Equity*.

As decisões dos tribunais ingleses são publicadas em *repositórios*, depois de uma triagem que determina o que pode servir de precedente, sendo os mais importantes: *Year Book, English Reports* (os mais antigos), *All England Law Reports, Halbury Laws of England* e *Weekly Law Reports*.

Quanto ao Direito Administrativo, em si, os ingleses até algum tempo atrás negavam sua existência na Inglaterra, ao passo que nos Estados Unidos colocava-se tal matéria fora da Ciência do Direito (mais na Ciência da Administração Pública, ramo da Ciência Política).

Entre os britânicos, tal fato deveu-se, principalmente,²⁸ a *Albert Venn Dicey* (cuja obra, *Lectures introductory to the study of law of the Constitution*, foi

27. Frederic Pollock. *Essays on jurisprudence and ethics*, 1882, cap. IV.

28. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo...* cit, p. 30.

publicada em 1885). que afirmava ser a Administração submetida ao controle judicial em igualdade de condições com os particulares, e que a submissão daquela aos princípios da "rule of law" (império da lei) e do "due process of law" (devido processo legal), com tal característica, não diferente do processo entre particulares, impediria a existência do Direito Administrativo, tal como se entendia na França, na Inglaterra. O Estado não poderia ter prerrogativas administrativas e processuais, como no Direito francês, não tinha a chamada "puissance publique" (que iria fundamentar a prática dos "atos de império"), e deveria litigar em igualdade de condições com os particulares: tudo como, dizia ele, ocorria na Inglaterra, e por isso negava até mesmo a possibilidade da existência autônoma de um Direito Administrativo.

Dizem os autores,²⁹ entretanto, que se tratava de equívoco de interpretação de Dicey à obra de *Tocqueville*, acreditando significar o Direito Administrativo "arbitrário administrativo" contrapondo-se ao "rule of law" inglês, quando, na verdade, o Direito Administrativo é o conjunto de regras especiais relativas ao funcionamento dos serviços públicos, que realmente existem, na Inglaterra, como em qualquer país civilizado.³⁰ Na verdade, mesmo os autores ingleses,³¹ no início deste século, admitem esse equívoco, interpretando o pensamento de Dicey, para quem "rule of law" significa supremacia do direito comum, sem privilégios, prerrogativas ou poderes discricionários aos agentes públicos, mesma jurisdição para todos, Estado e particulares, e existência de um direito comum, tal como interpretado pelos Tribunais de *Common Law* e *Equity*.

Os mesmos princípios gerais se aplicam a todas as várias repartições governamentais, sem nítida distinção entre Direito Privado ou Civil e Direito Administrativo, mas não pensam mais³² em não haver um real sistema de Direito Administrativo: embora desenvolvido de maneira diversa que o da Europa continental, existe o Direito Administrativo, mas sem autonomia em relação ao Direito Constitucional inglês (edição de 1915 da citada obra de Dicey).

29. José Cretella Jr. *Direito Administrativo Brasileiro...* cit., p. 181.

30. Gaston Jèze. *Les principes généraux du Droit Administratif*. Giard & Brière Ed., Paris, 1914, v. I, nota 1.

31. J.F.Garner. *Administrative Law*. Edição de 1974, Butherworths, London, p.1- a primeira edição foi de 1929.

32. H.W.R.Wade. *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1971, prefácio.

Há que se recordar, também, o objetivo da "separação de poderes" da França (retirar do Judiciário o poder de julgar a Administração), não tão nítida na Inglaterra, na qual se pretendia não permitir poderes excessivos ao Executivo.

Com efeito, no *Common Law*, o desenvolvimento de um "regime jurídico administrativo" seria diferente dos sistemas romanísticos: base jurisprudencial predominante sobre a teórica ou doutrinária; relação da Administração com seus agentes mais próxima ao que designamos Direito do Trabalho, direito comum; a auto-executoriedade é exceção (*summary power*), o que prevalece é a execução titulada típica do Direito Privado. E, curiosamente para quem defende tanta igualdade entre Estado e cidadão, até a pouco tempo vigia, na Inglaterra, o princípio da *irresponsabilidade patrimonial* da Coroa ("*the king can do no wrong*" - o rei não pode errar) por atos de seus agentes (atualmente mitigado) e da responsabilidade do agente público equiparada à do empregado no Direito Privado.³³

O princípio da submissão do Poder Público ao império da lei não acarreta necessariamente a existência de um Direito Administrativo, como um direito especial da Administração. Mas o fato de, no *Common Law*, a Administração utilizar esquemas privatísticos em suas relações *normais* com os particulares e seus próprios agentes, e de não possuir prerrogativas (especialmente na área judiciária), também não determina, necessariamente, sua inexistência,³⁴ embora menos desenvolvido, como já dissemos, que no sistema romanístico.

Há fatos e atos, mesmo nos países britânicos, que deixam clara a prevalência do interesse público sobre interesses ou mesmo direitos dos particulares, como desapropriações, atos do poder de polícia, ruptura de contratos prejudiciais ao Estado,³⁵ auto-executoriedade de regras de trânsito, etc., e esta prevalência é a pedra angular do Direito Administrativo.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos reconhece-se, hoje, a existência de um conjunto de regras administrativas, embora subsistindo a equivalência de posições (horizontalidade) entre a Administração e o cidadão, especialmente perante o Judiciário. Em decorrência desta filosofia privatística, nesses países proliferam colegiados, comissões e organismos "quase" jurisdicionais (*Boards, Comissions*,

33. José Cretella Jr. *Direito Administrativo Comparado...* cit., p. 159.

34. Jean Rivero. *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1980, pp. 16-17.

35. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo...* cit., p. 35.

Agencies, etc.) para examinar questões e litígios de ordem administrativa, e mesmo para "filtrar" o acesso do cidadão ao Judiciário, evitando o congestionamento deste.

Portanto, é de horizontalidade a atuação da Administração (mesmo patamar), típica do Direito Privado, ao contrário da verticalidade (*puissance publique*) do Direito Administrativo romanístico, no qual a Administração se coloca em posição de supremacia nas relações com os administrados e mesmo com seus próprios agentes, quando age utilizando as prerrogativas de autoridade pública. No *Common Law* a responsabilidade dos agentes públicos é pessoal, sem prerrogativas, regida pelo direito comum, mas nos Estados Unidos se aproxima mais da *teoria do risco*. A execução é titulada, a auto-executoriedade é exceção. O regime jurídico "administrativo" oferece maior prestígio às regras jurisprudenciais que à lei, à doutrina e mesmo codificações que, nos Estados Unidos, são mais importantes que na Inglaterra.

A irradiação do *Common Law* para os Estados Unidos ocorreu de forma peculiar às condições locais, sendo o Direito americano *intermédio* em relação ao Direito romanístico. Isto aconteceu porque são grandes as diferenças entre os dois países, a começar pelo próprio regime de governo e sua forma de Estado: a Inglaterra é um país unitário, monarquia parlamentar, de jurisdição fortemente centralizada; os Estados Unidos são república federativa presidencialista, jurisdição descentralizada, com o bom senso substituindo a rigidez exagerada da jurisdição inglesa.

Além disto, nos Estados Unidos existem direito federal, estadual e municipal, inexistentes na Inglaterra; a constituição americana é escrita e existem mais leis escritas, o que não ocorre no sistema britânico. Embora trazendo a marca do *Common Law*, o Direito americano se aproxima do sistema romanístico em vários pontos, inclusive por influência francesa.

Especificamente no Direito Administrativo (como relações entre governantes e governados), na Inglaterra a regra é a normatização local e peculiar, e nos Estados Unidos a matéria é da competência dos estados e dos condados/municípios, estando atualmente em plena evolução o assim chamado "Direito municipal" Mas há regras federais regulando os serviços públicos dessa esfera, na área administrativa.

Diz-se, atualmente, nos Estados Unidos, que o Direito Administrativo regula e controla a conduta das autoridades do Poder Executivo do Presidente, dos Governadores dos estados, dos membros do Gabinete, dos Ministros, dos chefes de

departamentos, e das demais autoridades federais, estaduais e municipais, além de regular as *juntas*, como a Comissão de Comércio Interestadual, as comissões estaduais de utilidade pública, as autoridades que concedem licenças e muitas outras autoridades administrativas que dirigem a vida econômica e política americana. Um dos principais objetivos do Direito Administrativo é estabelecer princípios que orientem o administrador e leis que controlem os impulsos e caprichos das autoridades, a fim de mantê-los no cumprimento do dever sem lhes tirar a iniciativa. Sua função principal é dupla: capacitar o cidadão a vigiar e controlar as autoridades públicas, e os indivíduos prejudicados por uma ação fora da lei, a desagrar-se.³⁶

A maior parte desses estatutos, que dão poderes e deveres a autoridades, mas também certa liberdade de ação, provém dos estados e municípios,³⁷ e as controvérsias dentro da organização administrativa fazem parte mais da Teoria Geral do Estado e planos/programas políticos do que propriamente Direito Administrativo. Este, em conceito elevado, baseia-se na proteção dada pela lei ao público e a cada cidadão contra o abuso de poder por parte da autoridade, princípio encontrável tanto no Direito americano como no inglês, há muitos séculos.³⁸

Outra característica do *Common Law*, na Inglaterra, é a ausência de uma literatura peculiar ao Direito Administrativo, tanto que vários autores alemães, como *Rudolf Gneist* (*Das englische verwaltungsrecht*, de 1898 Direito Administrativo inglês) e outros, focalizaram este aspecto do Direito britânico, preenchendo essa lacuna.³⁹ Mas pode-se considerar *J.F. Garner* (*Administrative Law* citado, cuja primeira edição é de 1929) como precursor dos estudos administrativos britânicos mais atuais.

Já nos Estados Unidos é mais prolífica a literatura sobre a matéria, sendo comumente apontada a obra⁴⁰ de *Frank J. Goodnow* como a pioneira dos

36. Louis L. Jaffe, *Administrative Law* ("Direito Administrativo"), em *Talks on American Law* ("Aspectos do Direito americano"), coordenação de Harold J. Berman, Random House Inc., New York, 1961, tradução de Janine Y.R. Peres e Arlete P. Centurion, Ed. Forense, 1963, pp. 90 e 91.

37. *Idem, ibidem*, p. 93.

38. *Idem, ibidem*, p. 98.

39. José Cretella Jr. *Direito Administrativo Brasileiro...* cit., p. 182.

40. Frank J. Goodnow. *Comparative Administrative Law*, New York-London, 1893; e *Principles of Administrative Law of United States*, New York-London, 1905.

estudos sistematizados do Direito Administrativo americano, e uma das mais completas dessa disciplina.

b.3. Evolução do Direito Administrativo no Brasil

Poucos são os autores que oferecem alguma menção ao Direito Administrativo do Brasil-colônia, e mesmo dos primeiros anos do Brasil-império. Na verdade, a literatura administrativa desse período é escassa mesmo nos países europeus, pois, como se viu, o Direito Administrativo começou a ser elaborado como ciência, doutrina e mesmo um corpo de regras especiais para a estrutura da Administração e suas relações com seus agentes e com os administrados, somente em fins do século XVIII, tendo como ponto de referência a época da Revolução Francesa.

Mas, no que concerne à Administração, sua estrutura e serviços públicos, existem algumas referências, mais históricas que jurídicas, da era colonial.

Os donatários das Capitânicas hereditárias eram inicialmente detentores de poderes absolutos outorgados pelo rei de Portugal, nas suas circunscrições territoriais. Mesmo na época dos Governos Gerais, embora houvesse certa repartição de atribuições entre o Governador Geral, o Provedor Mór e o Ouvidor Geral, o primeiro, que até teve, em certa ocasião, o título de "vice-rei" concentrava, na prática, os poderes, desempenhando, como o Capitão Mór das Capitânicas, as funções de legislação, administração e justiça.⁴¹

Era a época das Ordenações do Reino (Manuelinas, Afonsinas, Filipinas) da implantação, inclusive em Portugal, do estamento burocrático, superando a noção feudal de *suserania*, e da centralização da soberania, com a codificação das leis gerais, fazendo dos reinos ibéricos os primeiros a apresentar governo central estruturado, distribuindo os agentes por carreira e hierarquia.⁴² A Justiça, nas Capitânicas, cabia com exclusividade ao *Capitão-donatário*, que nomeava o *Ouvidor*, seu representante nas coisas da Justiça, e nomeava os "*homens*

41. Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo...* cit., p. 37.

42. Raymundo Faoro. *Os donos do poder (Formação do patronato político brasileiro)*, Ed. Globo, 1958, pp. 30-33; Hélio de Alcântara Avellar. *História Administrativa do Brasil*, v. 1 - *Preliminares Europeias*, FUNCEP, Brasília, 1984, pp. 74-75.

bons' (à imagem dos "Concelhos dos homens bons" de Portugal), que deveriam indicar a ele, para nomeação, os juizes ordinários.⁴³

Para fixar o *imperium* português sobre as colônias, inclusive o Brasil, e exercer sobre elas o controle administrativo, criou-se, em 1642, o *Conselho Ultramarino*, ao qual a Administração do Governo Geral se reportaria, e que era encarregado de orientar a reconstrução politico-administrativa das colônias, com jurisdição para todos os negócios destas, exceto os do Conselho da Fazenda e da Mesa da Consciência e Ordens (assuntos religiosos). Através de resposta a consultas e de provimentos, dirigia, da Metrópole, toda a vida administrativa da colônia, que, não obstante teve restaurado, com jurisdição específica descentralizada, o Tribunal da Relação, na Bahia.⁴⁴

Tivemos, ainda, a partir do século XVIII, o retorno ao absolutismo na Europa, que, para o Brasil, só foi mitigado com a vinda de D. João VI. Ainda aconteceu, de 1630 a 1654, no nordeste, o episódio do domínio holandês, sob Maurício de Nassau, cuja característica foi o planejamento administrativo e o estabelecimento de vários setores da Administração.⁴⁵

Entretanto, em toda a época do Brasil-colônia, pelas próprias circunstâncias, repetindo o que acontecia na Europa, não havia condições institucionais ou políticas para o surgimento de um Direito Administrativo, embora já se notasse o surgimento de certas instituições, como os municípios, de inspiração portuguesa e romana. O "Estado de Direito" estava ainda longe de ser concebido.

Já na época do *Império* (1822/1889), quase coincidente com a criação da cátedra de Direito Administrativo da Universidade de Paris (1819), embora já existente uma divisão do poder entre Legislativo, Judiciário, Executivo e Poder Moderador (estes dois últimos acumulados pelo Imperador), ainda se tratava de uma monarquia absolutista, porque, embora mitigado o poder absoluto, este podia ser exercido discricionariamente pelo Imperador, se esta fosse sua vontade. Mas já havia

43. Vicente Costa Santos Tapajós. *História Administrativa do Brasil*, v. 2, *A política administrativa de D. João III*, Ed. Universidade de Brasília-FUNCEP, 1983, p. 36.

44. João Alfredo Libânio Guedes. *História Administrativa do Brasil*, v. 4, *Da restauração a D. João V*, FUNCEP, 1984, pp. 31-42.

45. Joaquim Ribeiro. *História Administrativa do Brasil*, v. 3, *A União Ibérica e a Administração do Brasil Holandês*, Ed. Universidade de Brasília-FUNCEP, 1983, pp. 300-301.

uma organização estável da Administração, apesar de predominante a aplicação do Direito Privado pelo "Conselho de Estado".⁴⁶

A partir da metade do século XIX, rendendo-se à influência francesa que, de resto, predominava em nossa cultura, e era incentivada pelo próprio imperador D. Pedro II, o Direito Administrativo passa a ser incluído nos programas das Faculdades de Direito (Decreto n. 608, de 16.08.1851), tendo sido instalada a cátedra da disciplina na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1856, cujo primeiro regente foi Francisco Maria de Souza *Furtado de Mendonça*. Praticamente é o batismo do Direito Administrativo brasileiro, já acompanhando as modernas tendências européias e, de certa forma, preparando o terreno para a era republicana.

São dessa época os primeiros trabalhos doutrinários de Direito Administrativo, como os de Vicente *Pereira do Rêgo* (*Elementos do Direito Administrativo Brasileiro*, Recife, 1857); Prudêncio Giraldes Tavares da *Veiga Cabral* (*Direito Administrativo Brasileiro*, Rio, 1859); *Visconde do Uruguai* (*Ensaio sobre o Direito Administrativo Brasileiro*, Rio, 1862); Francisco Maria de Souza *Furtado de Mendonça* (*Excerto do Direito Administrativo Pátrio*, SP, 1865); José *Rubino de Oliveira* (*Epítome do Direito Administrativo Brasileiro*, SP, 1865); José Antonio Joaquim Ribas, o *Conselheiro Ribas* (*Direito Administrativo Brasileiro*, SP, 1866); José *Higino Duarte Pereira* (*Lições de Direito Administrativo*, SP). Dessas, a mais significativa obra, segundo alguns,⁴⁷ é a do Visconde do Uruguai.

O Direito Administrativo brasileiro, na verdade, começa a tomar seus contornos atuais com a República, a partir de 1889. Nosso direito, com influências européias (França, Itália) e mesmo norte-americanas, adapta-se ao fato de ter sido constituída uma república federativa presidencialista, nos moldes dos Estados Unidos, com o monopólio jurisdicional do Judiciário (jurisdição norte-americana), que levou à supressão da jurisdição administrativa, já então pouco existente no Brasil.⁴⁸ Entretanto, face às peculiaridades, a elaboração doutrinária

46. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo...* cit., p. 37.

47. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso...* cit., p. 55.

48. Edmir Netto de Araújo. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, pp. 74-75.

dessa época, mais ou menos até a Constituição de 1934 era, senão pobre, algo titubeante.⁴⁹

Há, nessa época, certa influência do Direito Civil no Direito Administrativo brasileiro, tomando-se de empréstimo os institutos civis, adaptando-os ao Direito Público, em clara predominância da base do Direito italiano, de um lado, e do Direito americano que, afinal, era o nosso modelo federativo,⁵⁰ principiando também, após 1930, o prestígio da doutrina alemã.

Autores mais significativos do período: Augusto Olímpio *Viveiros de Castro* (*Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, Rio, 1906); Alcides Cruz (*Noções de Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1910); Carlos Porto Carreiro (*Lições de Direito Administrativo*, Rio, 1918); Manuel Porfírio de Oliveira Santos (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Rio, 1919); José Joaquim Cardoso de Melo Neto (*Preleções do Direito Administrativo*, SP 1923); Aarão Reis (*Direito Administrativo Brasileiro*, Rio, 1923) e, ao final desse período, dois autores que também se incluem no subsequente, Mário Masagão (*Conceito de Direito Administrativo*, SP, 1926) e Rui Cirne Lima (*Princípios do Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1937).

Inaugura-se, daí em diante, o que poderíamos chamar de *fase atual* do Direito Administrativo brasileiro, que alcança nossos dias com uma elaboração doutrinária em grande parte própria e original, pois as influências estrangeiras, cada vez mais setORIZADAS, passam a servir mais como subsídios para as soluções nitidamente brasileiras, em relação aos grandes temas administrativos: atos e contratos administrativos, Itália e Alemanha; responsabilidade do Estado e dos funcionários, França; Justiça administrativa, Estados Unidos; concessões, França, e assim por diante.

Inicialmente com *Masagão e Cirne Lima*, depois com *Matos de Vasconcelos, Tito Prates da Fonseca, Guimaraes Menegale e Themístocles Brandão Cavalcanti*, e logo a seguir uma nova geração, onde brilhavam (e muitos ainda brilham) nomes como *Caio Tácito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Cretella Jr., Olavo Bilac Pinto, Hely Lopes Meirelles, José de Aguiar Dias, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Fernando Andrade Oliveira, Lafayette Pondé* e outros, até os expoentes de nossos dias, tais como *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*,

49. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo...* cit., pp. 37-38.

50. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo...* cit., pp. 40 e ss.

Odette Medauar, Celso Antonio Bandeira de Mello, Adilson Abreu Dallari, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Sérgio de Andréa Ferreira, Sérgio Ferraz, Carlos Reis Velloso, Pedro Paulo de Almeida Dutra, Paulo Neves Carvalho, Valmir Pontes Filho, e tantos outros, com tantas e tão variadas⁵¹ obras sistemáticas e monografias, que preferimos não citá-las especificadamente, pois, em grande parte, compreendem obras ainda atuais e em uso e consulta pelos cultores da matéria.

São Paulo, janeiro de 2000.

51. José Cretella Jr., por exemplo, publicou mais de *cem* obras e artigos.

BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DO TRABALHO

Sergio Pinto Martins

Professor Associado de Direito do Trabalho da
Universidade de São Paulo

Resumo:

O estudo tem por objetivo apresentar os aspectos mais importantes do trabalho no curso do tempo e que acabam tendo influência no sistema brasileiro.

Abstract:

This study has for object to present the most important points of labour history, because they have influence in brazilian's system.

Unitermos: história do Direito do Trabalho.

I. Introdução

O Direito não deixa de ser uma realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de quaisquer de seus ramos sem que se tenha uma noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo.

À luz da história podemos compreender com mais acuidade os problemas atuais. A concepção histórica mostra como foi o desenvolvimento de certa disciplina, além das projeções que podem ser alinhadas com base no que se fez no passado, inclusive no que diz respeito à compreensão dos problemas atuais. Não se pode, portanto, prescindir de seu exame. É impossível ter o exato conhecimento de um instituto jurídico sem se proceder a seu exame histórico, pois se verifica suas origens, sua evolução, os aspectos políticos ou econômicos que o influenciaram.

Ao analisar o que pode acontecer no futuro, é preciso estudar e compreender o passado, estudando o que ocorreu no curso do tempo, o progresso da tecnologia. Heráclito já dizia: o homem que volta a se banhar no mesmo rio, nem o rio é o mesmo rio e nem o homem é o mesmo homem. Isso ocorre porque o tempo passa e as coisas não são exatamente iguais como eram, mas precisam ser estudadas para se compreender o futuro. Para fazer um estudo sobre o que pode acontecer no

futuro é necessário não perder de vista o passado. Não se pode romper com o passado, desprezando-o. Segundo as lições de Waldemar Ferreira, "*nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais*"¹ No dizer de Antônio Álvares da Silva a história não termina, aperfeiçoa-se.²

É impossível compreender o Direito do Trabalho sem conhecer o seu passado. Este ramo do Direito é muito dinâmico, mudando as condições de trabalho com muita frequência, pois é intimamente relacionado com as questões econômicas.

II. Evolução histórica do trabalho em termos mundiais

Trabalho vem do latim "*tripalium*" que era uma espécie de instrumento de tortura ou uma canga que pesava sobre os animais.

Em inglês é utilizada a palavra "*job*". Essa palavra é antiga, remontando a período anterior ao ano de 1400. "*Job*" quer dizer hoje emprego. Pode ter sido uma variante de "*gob*" (bocado), um pedaço, naco, bocado. "*Job*" e "*gob*" podem ter origem numa palavra céltica "*gob*" ou "*gop*" que quer dizer boca. Inicialmente tinha a palavra significado de "pedacinho" de alguma coisa. Os ingleses que chegaram a Plymouth usavam a palavra com o significado de grande monte que seria transportado numa carroça. Posteriormente a palavra "*job*" passa a significar qualquer tarefa que fosse uma peça única de trabalho. Antes de 1800 a palavra 'emprego' se referia a alguma tarefa ou empreitada, porém não a um papel ou posição numa organização. "*Job*" acrescido de um substantivo era usado para as pessoas contratadas para uma certa ocasião, como por exemplo: "*job-coachman*" (cocheiro), "*job-doctor*" (médico), etc. O verbo "*to job*" queria dizer fazer serviço avulso ou tarefa.³

Employment inicialmente tinha o significado de *aplicado a algum propósito específico*" Hoje, tem sentido de emprego, ocupação, ofício, atividade,

1. Ferreira, Waldemar. *História do Direito brasileiro*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1962, v. 1, p. 1.

2. Silva, Antônio Álvares da. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*, São Paulo, LTr, pp. 112-3.

3. *Webster's New Universal Unabridged Dictionary*, New York, Dorset & Barber, 2ª ed., 1983; *The American Heritage Dictionary of the English Language*, Boston, Houghton Mifflin Co, 1979; *The Oxford English Dictionary*, Oxford, The Clarendon Press, 1933.

cargo. *Out of employ* seria o desempregado (*unemployment*). O verbo *to employ* quer dizer empregar, ocupar, utilizar.

Na Bíblia, o trabalho era uma espécie de pena, em razão dos pecados cometidos pelo homem. Dizia-se: "*comerás o pão com o suor da tua fronte*".⁴

A primeira forma de trabalho a ser lembrada é a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo. Envolveria apenas a força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha o significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas às outras pessoas, como a política. Hesíodo, Protágoras e os sofistas mostram o valor social e religioso do trabalho, no sentido de que agradaria os deuses, criando riquezas e tornando os homens independentes. A ideologia do trabalho manual como atividade indigna do homem livre foi imposta pelos conquistadores dóricos (que pertenciam à aristocracia guerreira) aos aqueus. Nas classes mais pobres, na religião dos mistérios, o trabalho é considerado como atividade dignificante.

Num segundo momento, encontramos a servidão. Era a época do feudalismo, em que os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, mas, ao contrário, tinham de prestar serviços na terra do senhor feudal. Deveriam os servos entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra. Evidenciava-se também a continuidade do trabalho até que o servo falecesse ou deixasse de ter essa condição. Inexistia, ainda, nesse momento contrato de trabalho.

Nessa época, o trabalho era considerado um castigo. Os nobres não trabalhavam.

4. *Gênesis 3, 19.*

Na Inglaterra, em 1601, é editada a Lei de Amparo aos Pobres (*Poor Relief Act*), que tratava do direito dos pobres de receber auxílio das autoridades públicas.

Observamos num terceiro plano as corporações de ofício, em que existiam três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

No início das corporações de ofício só existiam dois graus dentro dessas organizações: mestres e aprendizes. No século XIV surge o grau intermediário dos companheiros.

Os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão. Verifica-se nessa fase histórica um pouco mais de liberdade do trabalhador, porém visavam-se aos interesses das corporações mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores, inclusive quanto à continuidade do contrato de trabalho. As corporações de ofício tinham por objetivo: a) estabelecer uma estrutura hierárquica; b) regular a capacidade produtiva; c) regulamentar a técnica de produção. Os aprendizes trabalhavam a partir de 12 ou 14 anos, já se observando, em alguns países, a prestação de serviços com idade inferior. Ficavam os aprendizes sob a responsabilidade do mestre que, inclusive, poderia impor-lhes castigos corporais. Os pais dos aprendizes pagavam taxas, muitas vezes elevadas, para o mestre ensinar seus filhos. Se o aprendiz superasse as dificuldades dos ensinamentos era promovido ao grau de companheiro. O companheiro só passava a mestre se fosse aprovado em exame de obra-mestra, prova que era muito difícil, além de ter de pagar taxas para fazer o exame.

Nesse período, havia uma espécie de contrato de trabalho entre os companheiros e os mestres, porém inexistia garantia para a continuidade do referido pacto, simplesmente porque não havia uma garantia de o contrato perdurar no tempo. O mestre poderia terminar o pacto, sem que houvesse a necessidade de uma justificativa ou o pagamento de uma indenização.

A jornada de trabalho era muito longa, chegando até a dezoito horas no verão. Na maioria das vezes, terminava com o pôr-do-sol, por questão de qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros. A partir do momento em que foi inventado o lampião a gás, em 1792, por William Murdock, o trabalho era prestado em média entre doze e catorze horas por dia. Várias indústrias começaram a trabalhar no período noturno.

As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa de 1789, pois foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem. Dizia Rousseau, na época, que a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado.⁵ Outras causas da extinção das corporações de ofício foram a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações.

Em 1791, logo após a Revolução Francesa, houve na França o início da liberdade contratual. O Decreto d'Allarde suprimiu de vez as corporações de ofício, permitindo a liberdade de trabalho. A Lei Le Chapelier, de 1791, proibia o restabelecimento das corporações de ofício, o agrupamento de profissionais e as coalizões, eliminando as corporações de cidadãos.

O liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio à área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciado na frase clássica *laissez faire, laissez passer, laissez aller*.

A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada.

Num primeiro momento, o contrato de trabalho era celebrado mediante livre acordo entre as partes. Entretanto, constatava-se que o empregador ainda era o senhor do trabalhador, extinguindo a relação a qualquer momento, sem qualquer responsabilidade. O contrato era rescindido sem pagamento de indenização. Na prática, havia uma espécie de servidão, pois era explorado o trabalho dos menores e das mulheres, que, além de trabalharem jornadas excessivas de doze até dezesseis horas por dia, ainda tinham salários ínfimos.

Afirma-se que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial. Constata-se nessa época que a principal causa econômica do surgimento da Revolução Industrial foi o aparecimento da máquina a vapor como fonte energética. A máquina de fiar foi patenteada por John Watt, em 1738, sendo que o trabalho era feito de forma muito mais rápida com o referido equipamento. O tear mecânico foi inventado por Edmund Cartwright, em 1784. James Watt aperfeiçoou a máquina a vapor. A máquina de fiar de Hargreaves e os teares mecânicos de Cartwright também

5. Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris, Egloff, 1946, p. 73.

acabaram substituindo a força humana pela máquina, terminando com vários postos de trabalho existentes e causando desemprego na época. Os ludistas⁶ organizavam-se para destruir as máquinas, pois entendiam que eram elas as causadoras da crise do trabalho.⁷ Com os novos métodos de produção, a agricultura também passou a empregar um número menor de pessoas, causando desemprego no campo. Inicia-se, assim, a substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de máquinas. Havia necessidade de que as pessoas viessem também a operar as máquinas não só a vapor, mas as máquinas têxteis, o que fez surgir o trabalho assalariado. Daí nasce uma causa jurídica, pois os trabalhadores começaram a reunir-se, a associar-se, para reivindicar melhores condições de trabalho e de salários, diminuição das jornadas excessivas (os trabalhadores prestavam serviços por doze, catorze ou dezesseis horas diárias) e contra a exploração de menores e mulheres. Substituíam-se o trabalho adulto pelo das mulheres e menores, que trabalhavam mais horas, percebendo salários inferiores. A partir desse momento, surge uma liberdade na contratação das condições de trabalho. O Estado, por sua vez, deixa de ser abstencionista, para se tornar intervencionista, interferindo nas relações de trabalho.

Com o surgimento da máquina a vapor, houve a instalação das indústrias onde existisse carvão, como ocorreu na Inglaterra. Bem retrata o trabalho abusivo a que eram submetidos os trabalhadores nas minas Emile Zola, em *O Germinal*. O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, estavam sujeitos a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e trabalhando muito mais do que oito horas por dia. Ocorriam muitos acidentes de trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, principalmente a tuberculose e a asma. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos, etc. Os contratos de trabalho eram vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Isso só terminou por meio dos decretos parlamentares de 1774 e 1779, quando foram suprimidas essas questões nas minas escocesas.

Na Inglaterra, muitos menores trabalhavam por um prato de comida.

6. Trabalhadores ingleses seguidores de Nell Ludd.

7. Lefranc, Georges. *Histoire du travail et des travailleurs*, Paris, Flammarion, 1957, p. 245.

Começa a haver necessidade de intervenção estatal nas relações de trabalho, dados os abusos que vinham sendo cometidos, de modo geral, pelos empregadores, a ponto de serem exigidos serviços em jornadas excessivas para menores e mulheres, de mais de dezesseis horas por dia ou até o pôr-do-sol, pagando metade ou menos dos salários que eram pagos aos homens.

No princípio, verificava-se que o patrão era o proprietário da máquina, detendo os meios de produção, tendo, assim, o poder de direção em relação ao trabalhador. Isso já mostrava a desigualdade a que estava submetido o trabalhador, pois este não possuía nada. Havia, portanto, necessidade de maior proteção ao trabalhador, que se inseria desigualmente nessa relação, inclusive quanto à cessação abrupta do contrato de trabalho pelo empregador.

Passa, portanto, a haver um intervencionismo do Estado, principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho. O trabalhador passa a ser protegido juridicamente e economicamente. É como afirma Galart Folch: deve-se assegurar uma superioridade jurídica ao empregado em função da sua inferioridade econômica. A lei passa a estabelecer normas mínimas sobre condições de trabalho, que devem ser respeitadas pelo empregador.

A Lei de Peel, de 1802, na Inglaterra pretendeu dar amparo aos trabalhadores, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos e que eram entregues aos donos das fábricas. A jornada de trabalho foi limitada em doze horas, excluindo-se os intervalos para refeição. O trabalho não poderia se iniciar antes das seis horas e terminar após às 21 horas. Deveriam ser observadas normas relativas à educação e higiene. Em 1819, foi aprovada lei tornando ilegal o emprego de menores de 9 anos. O horário de trabalho dos menores de 16 anos era de doze horas diárias, nas prensas de algodão.

Na França, em 1813, foi proibido o trabalho dos menores em minas. Em 1814 foi vedado o trabalho aos domingos e feriados. Em 1839 foi proibido o trabalho de menores de 9 anos e a jornada de trabalho passa a ser de dez horas para os menores de 16 anos.

Karl Marx já dizia, por volta de 1867, quando publicou o primeiro volume de *O Capital*, que a maior automação da produção acabaria por eliminar completamente o trabalhador. Marx declara que as mudanças tecnológicas transformam *“as operações do trabalhador cada vez mais em operações mecanizadas, até que, em determinado ponto, o mecanismo pode tomar o seu lugar. Assim, podemos ver diretamente como uma determinada forma de trabalho é*

*transferida do trabalhador para o capital, na forma de máquina, e seu poder de trabalho, desvalorizado como resultado dessa transposição. Portanto, temos a luta do trabalhador contra a máquina. O que costumava ser atividade do trabalhador, passa a ser atividade da máquina"*⁸ Entendia Marx que o desemprego era uma doença decorrente da acumulação do capital.

Adam Smith publica a *Riqueza das Nações*" em que considerava o trabalho humano a atividade aplicada à produção, sendo fonte de prosperidade.

A partir de 1880, passou a ser utilizada a eletricidade. Em consequência, as condições de trabalho tiveram de ser adaptadas.

É interessante lembrar que, em seus primórdios, o Direito do Trabalho foi confundido com a política social. Estudavam-no cientistas sociais e outras pessoas que mais poderiam ser chamadas de revolucionários, tanto oriundos das faculdades, quanto dos parlamentos. Não havia diferença clara, até por falta de suficiente elaboração científica, entre os dois ramos do conhecimento. Os reformadores foram sendo pouco a pouco substituídos pelos juristas, voltados para o estudo da própria norma.

A história do Direito do Trabalho identifica-se com a história da subordinação, do trabalho subordinado. Verifica-se que a preocupação maior é com a proteção do hipossuficiente e com o emprego típico.

David Ricardo dizia, no início do século XIX, que as máquinas iriam destruir os empregos.

A Igreja também passa a preocupar-se com o trabalho subordinado. É a doutrina social. D. Rendu, Bispo de Annec, enviou um texto ao rei da Sardenha, em 15 de novembro de 1845, denominado "*Memorial Sobre a Questão Operária*" afirmando que "*a legislação moderna nada fez pelo proletário. Na verdade, protege sua vida enquanto homem; mas o desconhece como trabalhador; nada faz por seu futuro, nem por sua alimentação, nem por seu progresso moral*"⁹ O trabalho dignifica pessoalmente o homem, merecendo valorização. Tem a doutrina social um sentido humanista.

A Encíclica "*Rerum Novarum*" (coisas novas), de 1891, do Papa Leão XIII, pontifica uma fase de transição para a Justiça social, traçando regras para a

8. *Apud* McLellan, David. *Marx's Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*, New York, Harpers, 1977, p. 162.

9. *Apud* Costa, Orlando Teixeira da. O trabalho e a dignidade do trabalhador, *in Revista LTr* 59-05/592.

intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. Já dizia o referido papa que *“não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital”*¹⁰ A Igreja continuou a preocupar-se com o tema, tanto que foram elaboradas novas encíclicas: *“Quadragesimo Anno”* de 1931, e *“Divini Redemptoris”* de Pio XII; *“Mater et Magistra”* de 1961, de João XXIII; *“Populorum Progressio”* de 1967, de Paulo VI; *“Laborem Exercens”* do Papa João Paulo II, de 14 de setembro de 1981.

Frederick Taylor estabelece uma forma de organização e racionalização do trabalho, por meio dos seus *“Princípios de Administração Científica”* (1895). Seriam quatro os princípios: 1. o estudo científico traria melhores métodos de trabalho; 2. seleção e treinamento científico da mão-de-obra; 3. estima e colaboração sincera entre a direção e a mão-de-obra; 4. distribuição uniforme do trabalho e das responsabilidades entre a administração e a mão-de-obra.

Henry Ford criou a linha de montagem na indústria automobilística, por meio da esteira móvel. Acabou incentivando aumentos de salários, para que seus empregados comprassem também os automóveis que fabricava. O fordismo seria a aplicação do taylorismo em grande escala. Tinha as seguintes características: adotava um sistema generalizante, não havendo especialista em determinada matéria; havia estratificação dos níveis hierárquicos na empresa; partia do pressuposto da auto-suficiência; pretendia atingir mercados nacionais e não-mercados globais, como temos hoje; envolvia o desenvolvimento de tecnologia de longa maturação, fazendo estoques de insumos e matérias-primas; existia um número muito grande de trabalhadores, com pagamento de baixos salários.¹¹

Ingressa-se numa nova fase denominada Constitucionalismo Social, em que as constituições dos países passam a ter regras sociais, principalmente de Direito do Trabalho.

A primeira Constituição que veio a incluir o Direito do Trabalho em seu bojo foi a do México, de 1917. O art. 123 da referida norma estabelecia jornada de oito horas de trabalho, proibição do trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, indenização de dispensa, seguro social, etc.

10. Leão XIII, *Encíclica Rerum Novarum*, Capítulo 28.

11. Freitas Jr., Antonio Rodrigues de. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação*, São Paulo, LTr, 1997, pp. 65-66.

A segunda Constituição a versar sobre o assunto foi a de Weimar, de 1919. Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalização dos trabalhadores. Criou não-só um sistema de seguros sociais, como também a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho.

Surge o Tratado de Versalhes, de 1919, prevendo a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que iria incumbir-se de proteger as relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações nesse sentido.

Na Itália, é editada a *Carta del Lavoro*, de 1927, instituindo um sistema corporativista-fascista, que inspirou outros sistemas políticos, como os de Portugal, Espanha e, especialmente, do Brasil. O corporativismo visava organizar a economia em torno do Estado, promovendo o interesse nacional, além de impor regras a todas as pessoas. Surge o corporativismo na metade do século XIX com o fim de organizar os interesses divergentes da Revolução Industrial. O Estado interferia nas relações entre as pessoas com o objetivo de poder moderador e organizador da sociedade. Nada escapava à vigilância do Estado, nem a seu poder. O Estado regulava praticamente tudo, determinando o que seria melhor para um, organizando a produção nacional. O interesse nacional colocava-se acima dos interesses dos particulares. Mussolini dizia, na época: "*Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado*". As diretrizes básicas do corporativismo eram: a. nacionalismo; b. necessidade de organização; c. pacificação social; d. harmonia entre o capital e o trabalho.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, prevê alguns direitos aos trabalhadores, como limitação razoável do trabalho, férias remuneradas periódicas, repouso e lazer, etc.

Eis os aspectos essenciais para se compreender a evolução do trabalho, que têm decisiva influência no Brasil, principalmente o corporativismo italiano, a partir de 1932 em diante.

São Paulo, fevereiro de 2000.

A REVOLUÇÃO DE 1930 E O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Otávio Pinto e Silva

Professor Assistente do Departamento de Direito do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A formação do Direito do Trabalho brasileiro é marcada pela forte intervenção estatal, em especial após a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, tendo em vista os acontecimentos da chamada "Revolução de 1930". O presente estudo busca demonstrar a relação existente entre o movimento revolucionário e a instauração do modelo corporativista no Brasil.

Abstract:

The constitution of the Brazilian Labor Law is characterized by a strong state intervention, especially after Getúlio Vargas ascended to the presidency, in view of the events concerning the so-called "Revolution of 30". This study aims at demonstrating the relationship between the revolutionary movement and the establishment of the corporatist model in Brazil.

Unitermos: história do Direito do Trabalho; corporativismo; organização sindical.

I Introdução

O estudo da história do Direito do Trabalho no Brasil não pode prescindir do exame do papel desempenhado pelos agentes do movimento revolucionário de 1930, na medida em que foi a partir de então que se intensificou de maneira marcante a intervenção estatal na regulamentação das condições de trabalho, com o surgimento de um sem-número de leis trabalhistas.

As conseqüências da Revolução de 1930 para o Direito do Trabalho brasileiro, assim, devem ser analisadas em vista da instauração dos alicerces para a construção de um modelo jurídico que ficou conhecido como o "*corporativismo*" cujas marcas podem ainda hoje ser encontradas.

O presente trabalho, portanto, avalia a relação existente entre a Revolução de 1930 que encerrou com um período histórico do Brasil conhecido como a "República Velha" e o surgimento de um novo Estado, cuja principal

característica, na área do Direito do Trabalho, é a de um acentuado intervencionismo (por meio do qual se dizia que seria possível superar os conflitos de classes, tudo em nome do interesse da nação).

Assim, são expostos os fatores econômicos, sociais e políticos que levaram à Revolução de 1930 e em seguida são analisadas as conseqüências do movimento revolucionário, demonstrando como se deu a instauração do modelo corporativista.

II A Revolução de 1930

O estudo histórico dos elementos que propiciaram as condições necessárias para o êxito do movimento revolucionário de 1930 deve ser efetuado tendo em vista a conjunção de diversos fatores.

Em primeiro lugar, é preciso inserir o Brasil dentro de uma ordem econômica mundial marcada pela recessão: em 1929, o "crack" da Bolsa de Nova York trouxe conseqüências desastrosas para o país, que ainda vivia uma industrialização incipiente e possuía um sistema econômico totalmente dependente das exportações do café. A queda da cotação dos preços de seu produto de maior importância no mercado internacional logicamente colocou o Brasil em uma situação nada confortável.

No campo político, constata-se o esgotamento de um sistema que ficou conhecido como o 'café com leite' por meio do qual mineiros e paulistas se revezavam na Presidência da República.

Em 1922, o mineiro Artur Bernardes elegeu-se presidente enfrentando, já durante a campanha, uma forte oposição militar que, posteriormente, se perpetuaria durante o seu governo: quase todo o seu mandato escoou-se sob o estado de sítio. A candidatura derrotada de Nilo Peçanha denunciava o arranjo político São Paulo-Minas Gerais como uma forma de garantir recursos para os esquemas de valorização do café.

A influência do movimento militar conhecido como "tenentismo" foi uma das marcas dos anos 20. As soluções revolucionárias se apresentaram com desenvoltura, e as transformações do pensamento anarquista (fortemente influenciado pelos imigrantes) levaram as lideranças operárias a novas formas organizatórias e políticas.

Para as camadas intermediárias e populares da sociedade, os tenentes representavam a esperança de uma alteração da ordem vigente, com melhorias nos

salários e nas condições de moradia, além de maiores direitos políticos; para as classes dominantes regionais, em oposição ao núcleo agrário-exportador, surgia a possibilidade de utilizar a violência para reformar o Estado.

A Coluna Prestes se movimentava pelo sertão brasileiro, pregando ideais revolucionários e obrigando Artur Bernardes a utilizar medidas de força para tentar impedir os seus avanços. O número de presos e exilados foi enorme.

Mas, apesar das dificuldades, a sucessão presidencial se fez da forma planejada pelo então presidente, constituindo-se a "*expressão da continuidade do domínio oligárquico*"¹ com a eleição do paulista Washington Luis, que tomou posse em 15 de novembro de 1926 sob uma expectativa favorável da população.

Logo, porém, frustraram-se as esperanças nos projetos de anistia, que eram sempre combatidos pelo Governo. Daí a permanência de uma persistente ameaça revolucionária por parte do movimento tenentista, cujos principais líderes se encontravam no Exterior, principalmente em Buenos Aires e Montevidéu.

Por outro lado, movimentos oposicionistas se intensificaram em determinadas regiões, em especial naquelas em que oligarquias locais não concordavam com a política administrativa e financeira em defesa do café levada a cabo pelo presidente.

Chegado o momento de nova sucessão presidencial, viu-se o surgimento de dificuldades para a obtenção de uma nova fórmula com boa aceitação nacional.

A volta de Minas Gerais ao poder, por meio de Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, parecia o caminho normal de acomodação das forças políticas.

Entretanto, a intransigência de Washington Luis alterou os rumos do acordo tácito até então vigente: o presidente, desprezando o "café com leite" preferiu lançar a candidatura de Júlio Prestes, presidente do Estado de São Paulo.

Isso fez com que Minas buscasse uma composição com o Rio Grande do Sul para enfrentar o candidato oficial: criada a Aliança Liberal, o presidente do Estado gaúcho, Getúlio Vargas (ex-ministro da Fazenda do próprio Washington Luis) foi escolhido como o candidato da oposição, sustentando um programa que refletindo as aspirações das classes dominantes regionais não-associadas ao setor cafeeiro - tinha por objetivo sensibilizar a classe média.

1. Carone, Edgard. *A República Velha II (Evolução Política)*, DIFEL, Rio de Janeiro, 1977, p. 401.

Assim, defendia a necessidade de se incentivar a produção nacional em geral e não apenas o café; e em uma evidente resposta ao presidente que teria afirmado ser a questão social no Brasil "*um caso de polícia*"² a plataforma da Aliança Liberal acenava com algumas medidas de proteção aos trabalhadores (extensão da aposentadoria, regulamentação do trabalho da mulher e do menor, aplicação da lei de férias) ao mesmo tempo em que fazia a defesa das liberdades individuais, da anistia (em claro apelo aos tenentes) e da reforma política.

Apurados os votos, Júlio Prestes obteve 1.091.709 do total de 1.890.524 votos, sendo que a oposição recusou os resultados oficiais.³ Entretanto, a princípio não se pensou em uma resposta armada, pois os principais líderes aliancistas temiam o revide pós-eleitoral: o passado comprovava fartamente que todas as rebeldias contra os governos federais levavam a conflitos e pressões, na forma do incitamento de revoluções nos Estados e até de embargos econômicos. Estava bem fresca na memória de todos a resposta dada por Artur Bernardes aos seus adversários da Reação Republicana, e Washington Luis dava mostras, no momento, da determinação em prosseguir idêntica política.

O assassinato de João Pessoa, ocorrido em 25 de julho de 1930 na Paraíba ele que havia sido candidato a vice-presidente na chapa da Aliança Liberal, teve um efeito traumático, fazendo com que os mais radicais conseguissem criar uma atmosfera revolucionária, convencendo alguns recalcitrantes, como o próprio Getúlio Vargas e Antonio Carlos.

Consoante lição de Edgard Carone, o que se deu com as eleições de março de 1930 foi "*um dissídio momentâneo das oligarquias, que conduz a conseqüências extremas, devido, em parte, às soluções radicais e revolucionárias existentes no momento. Sem o fracionamento cada vez maior das oligarquias dominantes grupos dissidentes dos Estados e formação da Aliança Liberal o maior descontentamento das classes médias urbanas e a formação de uma elite revolucionária os tenentes - a revolução seria impossível*"⁴

Assim é que foi se formando um caldo de cultura favorável ao movimento conspiratório, até ser fixada a data de 03 de outubro para o início da

2. Fausto, Boris. *A Revolução de 1930*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1991, p. 44.

3. Skidmore, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castelo*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979, p. 22.

4. Carone, Edgard. Ob. cit., p. 421.

revolta, que a princípio parecia ser conduzida apenas pelos políticos da Aliança Liberal (Minas Gerais, Paraíba, Rio Grande do Sul) e pelos tenentes.

Mas muitos oficiais de patente mais elevada alarmaram-se com as perspectivas de uma guerra civil de grandes proporções, a ponto de o chefe do Estado-Maior do Exército, general Tasso Fragoso, passar a apoiar os dissidentes, responsabilizando o presidente pelo estado de inquietação e desconfiança em que se encontrava o País.⁵

Os militares chegaram a lançar um manifesto por meio do qual pediam a renúncia de Washington Luis, mas este insistia em resistir, pretendendo entregar o poder ao presidente eleito, Júlio Prestes, em novembro.

A solução de força, então, se impôs: o presidente foi afastado e uma Junta Militar assumiu o Governo durante dez dias, para entregá-lo a Getúlio Vargas em 03 de novembro de 1930.

Nas palavras do brasilianista Thomas Skidmore, *"a mudança de liderança política, resultante da ascensão de Vargas à Presidência, tornou-se conhecida como a Revolução de 30. Os acontecimentos posteriores confirmaram a precisão da denominação, pelo menos na esfera política. Na década e meia depois de Vargas ter assumido o poder, praticamente todas as características do sistema político e da estrutura administrativa foram objeto do zelo reformista"*⁶

E é exatamente dentro deste contexto que se insere a questão do corporativismo. A década de 30 se mostra como a da transformação do Estado brasileiro, em que o direito de organização se transmuda em meio de identidade entre poder e sociedade: a ação pública vem para "resolver" as desigualdades, reconhecendo e controlando os direitos de participação e conciliando os interesses divergentes.

Como analisa Maria Célia Paoli, *"o que ficou conhecido como a Revolução de 1930 marca o momento inicial da emergência de uma nova forma de exercício do poder político no país, embora esse novo possa ser infinitamente interrogado pelos historiadores do período, buscando nomear seu sentido. Conjunção múltipla de conflitos e projetos gerados diferencialmente desde o começo do século, a Revolução de 30 unificou-se aparentemente apenas no seu desenlace. E este foi a emergência de um Estado forte e autoritário, relativamente*

5. Skidmore, Thomas. Ob. cit., p. 24.

6. *Idem*, p. 25.

*autonomizado das classes e grupos sociais de interesse, interventor minucioso na vida social, reabsorvendo suas diferenças e conflitos e produzindo sua própria significação como foco dinâmico da sociedade"*⁷

Feito o exame acerca da Revolução de 1930, podemos agora passar à segunda parte deste trabalho e analisar então a instauração do corporativismo no Brasil e o seu significado.

III - O Corporativismo

A teoria corporativista surge tendo como ponto de partida uma constatação: a desorganização da vida econômica nas sociedades modernas estava estreitamente ligada com a realidade da luta de classes.

Na óptica corporativista, a luta de classes existe não em função dos interesses conflitantes entre a burguesia e o proletariado, mas sim diante da ausência de leis que regulem a atividade econômica.

Assim, o corporativismo surge para deslocar de posição a idéia da luta de classes, afirmando que esta se dá não pela existência do capitalismo como pensava Marx mas sim por um erro jurídico do liberalismo, que em nome da liberdade do indivíduo deixa de limitar as paixões e os egoísmos.

A teoria corporativista, portanto, se apresenta como uma contraposição ao socialismo e também ao liberalismo: a verdadeira liberdade se expressa na autoridade e na racionalidade das leis que limitem os excessos dos indivíduos. Os grupos passam a ser valorizados, mas não quaisquer grupos: é preciso substituir a noção de "classes" pela das "corporações"

Trata-se de uma proposta de reordenação da sociedade, em que patrões e trabalhadores formam um só grupo, cujo superior interesse é a defesa da profissão. O regulamento das condições de trabalho dessa profissão, assim, deve ser definido tendo em vista laços de solidariedade, harmonia e colaboração, visando com isso resolver todos os conflitos que possam surgir dentro do grupo.

Nesse contexto, e com base em tais idéias, é que se insere a atuação do Governo instaurado no Brasil com a Revolução de 1930.

O Decreto n. 19.398 (de 11 de novembro de 1930) instituiu o Governo Provisório da República, que se investiu, em sua plenitude, das atribuições não-só do

7. Paoli, Maria Celia. A Era do Estado, artigo publicado no Folhetim, caderno do jornal *Folha de S. Paulo*, 31.12.88, p. G-4.

Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo, até que se reorganizasse o País a partir da eleição de uma Assembléia Constituinte.

Uma das primeiras medidas tomadas pelo Governo Provisório, então, foi a criação do Ministério do Trabalho (Decreto n. 19.433, de 26 de novembro de 1930), com amplas atribuições: cabia-lhe, segundo lição de Evaristo de Moraes Filho, *"as funções de elaboração, aplicação e fiscalização das novas leis trabalhistas"*,⁸ funções estas cumpridas com bastante afinco, tanto que *"de 1930 a 1934, até a promulgação da nova Constituição Federal, criou-se a toque de caixa, por necessidade, toda uma nova estrutura legal e administrativa para as coisas do trabalho: sindicalização, reforma das Caixas, nacionalização do trabalho, duração do trabalho, Comissões Mistas de Conciliação, Juntas de Conciliação e Julgamento, carteira profissional, convenção coletiva, trabalho de mulheres e menores, férias, reforma do Conselho Nacional do Trabalho, Delegacia do Trabalho Marítimo, criação dos primeiros Institutos de Previdência, etc. Nesta época, ao contrário do que diz algum autor nacional, muito representaram na formação e cristalização do novo direito os despachos do Ministro do Estado, os pareceres do Consultor Jurídico e as decisões das Juntas, das Comissões Mistas e das autoridades administrativas do próprio Ministério. Cognominado, ora de fascista, ora de comunista, mal compreendido por muitos, coube ao Ministério do Trabalho, neste período e depois dele, papel relevantíssimo na conquista definitiva de um Estado de direito social, ou seja, de bem-estar para o trabalhador, dentro, é claro, das limitações e de todos os percalços nacionais"*⁹

O que se nota, portanto, é que houve um imenso esforço do Governo Revolucionário no sentido de consolidar uma nova estrutura de relações de trabalho. Buscou-se organizar a sociedade, atribuindo papéis específicos para os trabalhadores, os empregadores e o próprio Estado: cada parte da sociedade deveria adquirir uma função pública a cumprir.

Comentando essa nova estrutura então instalada no Brasil, Kazumi Munakata tece as seguintes considerações: *"A presença do Estado é justificada como um meio de equilibrar a relação entre o patrão e o trabalhador, que, sob o liberalismo, caracterizava-se pela desigualdade real, escamoteada pela igualdade*

8. Moraes Filho, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*, Editora LTr, São Paulo, 1986, p. 161.

9. *Idem*, pp. 161-162.

formal de ambos perante a lei. Em outras palavras, o corporativismo, ao propor a intervenção estatal nas relações de trabalho, redefine também as noções de igualdade e de lei. A legislação trabalhista, para o corporativismo, é um instrumento que o Estado dispõe para que seja instaurada a verdadeira igualdade. Nesse sentido, a lei não deve ser igual para todos, mas explicitamente favorável aos mais fracos"¹⁰

Ou seja, o conjunto de reformas exigidas pela Revolução de 1930 não poderia deixar de levar em consideração a chamada "questão social" tendo em vista uma verdadeira igualdade, de maneira que se fazia imprescindível a intervenção do Estado, para traçar os novos rumos a tomar.

Interessante notar, assim, como foi evoluindo o tratamento legislativo reservado à questão da organização sindical, tendo em vista os objetivos da Revolução.

Por meio do Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931, se estabeleceu que todas as classes que exercessem "*profissões idênticas, similares ou conexas*" poderiam defender perante o Governo da República, por intermédio do Ministério do Trabalho, os seus "*interesses de ordem econômica, jurídica, higiênica e cultural*"

Nas palavras de Joaquim Pimenta, referido Decreto foi "*uma espécie de carta constitucional que, enquanto restaurava e garantia o direito de associação dos trabalhadores, ampliava o tipo tradicional do sindicato, que, além de instituição cujos estatutos ainda se regulavam por normas de direito privado, passava, também, a ser colaborador do Estado na solução de problemas diretamente ligados aos interesses da classe*"¹¹

Em verdade, o Direito Sindical brasileiro, a partir da Revolução de 1930, passa por uma mudança de rumos, em tudo forjada pelo Governo. Antes, os sindicatos eram pessoas jurídicas de Direito Privado; a partir de 1931, passam a ser tidos como órgãos de colaboração do Governo, em evidente publicização, tanto que dependiam do reconhecimento do Estado para seu funcionamento, sendo certo, ainda, que somente poderiam se organizar sob a forma de categorias, delimitadas segundo um rígido plano de enquadramento sindical. Adotou-se o princípio da

10. Munakata, Kazumi. *A Legislação Trabalhista no Brasil*; Editora Brasiliense, São Paulo, 1981, pp. 70-71.

11. Pimenta, Joaquim. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*, Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1957, p. 191.

unicidade sindical, por meio do qual só se admitia a formação de um único sindicato para representar os interesses de cada categoria profissional, na mesma base territorial.

Com a Constituição de 1934 tentou-se uma mudança, já que esta, no seu art. 120, acolheu o princípio da pluralidade sindical. O Decreto n. 24.694, promulgado um pouco antes da nova Carta, facultava a criação de mais de um sindicato na mesma base.

Porém, tal experiência não chegou a render frutos, e em 1937 foram restabelecidas as diretrizes de 1931, aumentando ainda mais o dirigismo estatal no meio sindical.

A Constituição de 1937 instituiu a organização corporativa da ordem econômica, dispondo em seu art. 140 que *“a economia da produção será organizada em corporações e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas do poder público”*

Cabia, assim, a um Conselho de Economia Nacional (órgão composto de representantes dos ramos da produção, indicados pelos sindicatos) as funções de promover a organização corporativa da economia nacional, bem como de estabelecer normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho.

Apesar de proclamar ser livre a associação sindical ou profissional, em verdade essa liberdade sofreu restrições na própria Constituição, uma vez que o seu art. 138 previa que *“somente o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para a qual foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público”*

O modelo sindical estruturado, assim, não era permissivo, mas restritivo. Com a imposição do sindicato único na mesma base territorial, não houve liberdade para a criação de entidades. Forjou-se um sistema em que os sindicatos exerciam funções delegadas pelo poder público, e exatamente por isso podiam cobrar contribuições.

A organização se dava na forma de pirâmide: sindicatos, federações e confederações, componentes da corporação, possuidora de um poder regulamentar

sobre toda a categoria, por meio do qual ditavam-se as normas e condições de trabalho aplicáveis a todos os seus integrantes.

Com essas medidas, como bem ressalta Amauri Mascaro Nascimento, "*procurou o Estado ter em suas mãos o controle da economia nacional, para melhor desenvolver os seus programas. Para esse fim julgou imprescindível evitar a luta de classes; daí a integração das forças produtivas: os trabalhadores, empresários e profissionais liberais, numa unidade monolítica e não em grupos fracionados, com possibilidades estruturais conflitivas*"¹²

O Decreto n. 1.402, de 05 de julho de 1939, veio complementar a Carta de 1937, no plano da legislação ordinária. Fez uma distinção entre associações profissionais e sindicatos, permitindo a pluralidade de associações, mas exigindo o reconhecimento por parte do Ministério do Trabalho para que uma associação pudesse se transformar em sindicato. Foi instituído um quadro de atividades e profissões, previu-se a possibilidade de intervenções nos sindicatos, fixou-se regras sobre a administração dos mesmos.

A greve e o *lock-out* foram proibidos, considerados pela Constituição como "*recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção*". Para a solução dos conflitos entre o capital e o trabalho, criou-se a Justiça do Trabalho.

O que se percebe com esse emaranhado de medidas é a forte influência exercida pelo exemplo italiano. A "*Carta del Lavoro*" de 30 de abril de 1927, já tinha estabelecido os parâmetros para a organização do Estado Corporativo Fascista, em tudo semelhantes aos que foram transpostos para o Brasil.

Cesarino Júnior admite a influência da Itália na instauração do corporativismo brasileiro, mas constata algumas diferenças que, para ele, seriam fundamentais. Assim, afirma que o modelo brasileiro teria um caráter solidarista, ao proteger o trabalho *como meio de subsistência do indivíduo* enquanto o italiano evidenciaria um caráter totalitário, ao tutelar o trabalho apenas e tão-somente a título de um "dever social"¹³

De qualquer forma, é inegável que tanto o corporativismo brasileiro quanto o italiano acabaram servindo como instrumentos de dominação política.

12. Nascimento, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, p. 68.

13. Cesarino Junior, A. F. *Direito Social Brasileiro*, Editora Saraiva, 1970, p. 82.

E foi dentro deste contexto que, em 1943, foi publicada a Consolidação das Leis do Trabalho CLT, reunindo as diversas normas trabalhistas então existentes.

Como ressalta Arion Sayão Romita, em conhecida obra sobre o Direito Sindical brasileiro, "*em sua quase totalidade, os dispositivos do Decreto n. 1.402 foram incorporados à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, de sorte que a organização por ele imposta permaneceu substancialmente a mesma, pois as alterações posteriores do texto consolidado não atingiram sua estrutura básica*"¹⁴

Conclui-se, assim, que toda a organização sindical brasileira efetuou-se, a partir da Revolução de 1930, tendo em vista ideais corporativistas, que condicionaram a evolução do nosso Direito do Trabalho.

Tão-fortes foram esses ideais que, até hoje, o Brasil possui uma estrutura, no campo das relações do trabalho, portadora de traços nitidamente corporativistas, que não foram jamais abandonados.

IV Conclusão

O exame do modelo de corporativismo implantado no Brasil passa, necessariamente, pelo estudo das condições históricas vividas nos anos 30.

Evidentemente, o Governo que ascendeu ao poder com a Revolução de 1930, liderado por Getúlio Vargas, inspirou-se na experiência italiana para construir instrumentos de dominação política, buscando organizar as forças econômicas em torno do Estado.

A concepção corporativista, solidificada por meio da Constituição de 1937 baseava-se nas seguintes linhas fundamentais: a. *organização corporativista da economia*, com a constituição de órgãos representativos do capital e do trabalho, em forma piramidal, sob a supervisão do Estado; b. *delegação de poderes* a tais órgãos, para que estes se tornassem os representantes de categorias profissionais e celebrassem, em nome delas, contratos coletivos de trabalho; c. *criação do conceito de categoria*, ou seja, de grupos profissionais e econômicos organizados consoante desígnios políticos do Estado; d. *supressão dos conflitos sociais*, em especial das greves, com a instituição da Justiça do Trabalho, dotada de poder normativo.

14. Romita, Arion Sayão. *Direito Sindical Brasileiro*, Editora Brasília-Rio, Rio de Janeiro, 1976, p. 36.

Talvez uma das marcas mais sólidas deixadas foi mesmo a da organização sindical, regulada por legislação ordinária a partir das premissas constitucionais, com as seguintes características: a. *unicidade sindical*, princípio por meio do qual apenas se admite a constituição de um único sindicato representativo de categoria profissional e econômica, numa determinada base territorial; b. *sistema confederativo*, em que o sindicato se integra num sistema de relacionamento hierárquico, com federações e confederações, constituídas respectivamente por categorias e ramos de atividade econômica; c. *sujeição das entidades sindicais ao Estado*, uma vez que cabia ao Ministério do Trabalho não-só o seu registro, mas também a autorização para funcionamento e a fiscalização das atividades, com poderes de intervenção; d. *predeterminação das funções a serem exercidas pelos sindicatos*, considerados como colaboradores do poder público; e. *imposto sindical*, cobrado pelo Estado, e destinado à manutenção das entidades sindicais.

Ora, a um sistema como esse se contrapõe o modelo de sindicalismo autônomo, defendido pela Organização Internacional do Trabalho, consoante os princípios de organização sindical estabelecidos em sua Convenção 87

A autonomia é o poder de auto-regulamentação dos próprios interesses. Implica a possibilidade de criação de normas próprias, não-identificáveis com as da ordem estatal. Está relacionada com uma concepção pluralista da sociedade, por meio da qual se admite a existência de vários centros de positivação do Direito.

Obviamente, um sistema de autonomia não se coaduna com a intervenção estatal na vida sindical. Em verdade, caberia ao Estado simplesmente a garantia da liberdade sindical, por meio de normas de sustento das atividades dos sindicatos, que no entanto não-impliquem influência no funcionamento dos mesmos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe algum avanço, estabelecendo em seu art. 8º, inciso I, que "*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*"

Entretanto, não houve um rompimento total com a concepção corporativista, uma vez que restaram alguns de seus traços, como, por exemplo, o princípio da unicidade sindical, o poder normativo da Justiça do Trabalho e o imposto sindical (este último, classificado por Octavio Bueno Magano como um

"ranço do corporativismo" uma vez que "a contribuição sindical, criada por lei, é um favor que o Estado concede ao sindicato").¹⁵

Assim, pode-se concluir o presente estudo afirmando ser indispensável, hoje, a reforma do modelo vigente, partindo do princípio pluralista, consagrado no art. 1º da Constituição Federal, que precisa ser irradiado para o campo da organização sindical, de forma a varrer os últimos traços do corporativismo.

Nesse sentido, observe-se essa arguta colocação de Evaristo de Moraes Filho:

*"O tóxico corporativista criou uma clara dependência, não-só entre os empregadores, como igualmente entre certas camadas das classes trabalhadoras, que se aconchegaram à proteção dos gabinetes ministeriais. Mas agora, só agora, o movimento social retomou com outras armas e com outro reconhecimento a sua maneira de ser anterior a 1930. Não há conquista sem risco, não há libertação sem rompimento com os laços do paternalismo autoritário. A chamada autonomia privada coletiva retoma seu lugar na elaboração de um direito do trabalho vivo, extra-estatal, nascido diretamente das forças produtivas da sociedade"*¹⁶

São Paulo, agosto de 1999.

V Bibliografia

CARONE, Edgard. *A República Velha II (Evolução Política)*, DIFEL, Rio de Janeiro, 1977.

CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*, Editora Saraiva, 1970.

FAUSTO, Boris. *A Revolução de 1930*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1991.

MAGANO, Octavio Bueno. *Contribuição confederativa*, Anais do CONJUR, FIESP, São Paulo, 1990.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*, Editora LTr, São Paulo, 1986.

15. Magano, Octavio Bueno. *Contribuição confederativa*. Anais do CONJUR, FIESP, São Paulo, 1990, p. 19.

16. Moraes Filho, Evaristo de. Ob. cit., p. 06.

- MUNAKATA, Kazumi. *A Legislação Trabalhista no Brasil*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1981.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991.
- PAOLI, Maria Célia. A Era do Estado, artigo publicado no Folhetim, caderno do jornal *Folha de S. Paulo*, 31.12.88.
- PIMENTA, Joaquim. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957
- ROMITA, Arion Sayão. *Direito Sindical Brasileiro*, Editora Brasília-Rio, Rio de Janeiro, 1976.
- SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castelo*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979.

A FUNDAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL

Antonio Augusto Machado de Campo Neto
Chefe do Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Andrey Borges de Mendonça
Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Os autores abordam as tentativas de criação dos cursos jurídicos no País, as discrepâncias dos parlamentares com relação a qual cidade seria a sede da nossa primeira Universidade, realizando um apanhado sobre o contexto histórico presente àquela época e finalizando com a Lei de 11 de agosto de 1827.

Abstract:

The author's study is about the attempts of creation of the juridical courses in the Country, the parliamentarians' discrepancies about which city would be the headquarters of our first University, accomplishing a summary of the present historical context about that time and concluding with the Law of August 11, 1827.

Unitermos: primeira e segunda tentativas da fundação dos cursos jurídicos; Lei n. de 11 de agosto de 1827

Em 1624 a Vila de São Paulo já era um dos maiores expoentes dentre as pequenas vilas do País, sendo hoje a capital mais dinâmica, com ênfase à economia e à cultura em geral. Em 28 de novembro de 1624 o rei Felipe III, de Portugal, concedeu o alvará de autorização para a fundação de conventos franciscanos em São Paulo e na Bahia, além de outras localidades do Brasil. Naquele ano, em 29 de novembro, foi criado o Convento de São Francisco que, em 1824, veio acolher a Academia de Direito. O convento já pertencia à Ordem Seráfica de São Francisco de Assis, sendo frei Henrique de Coimbra, que viera com a frota de Pedro Álvares Cabral, o primeiro religioso a representá-la em terras brasileiras. O

destino da Ordem foi concretizado, em 1639, graças à intervenção dos franciscanos, liderados por frei Manuel de Santa Maria que, naquele ano, veio a São Paulo com a finalidade de escolher o local, respaldado pelos moradores da Vila, e implantá-la. De início na atual Rua Direita, no ano de 1640, todavia três anos depois, vindo à Vila de São Paulo, o custódio frei Francisco das Neves considerou o local inconveniente e sob suas ordens a transferência do Convento foi realizada para o Largo de São Francisco.

As obras do Convento, entretanto, ficaram paralisadas até 1644, tendo a partir deste ano sua progressividade na edificação, que tem como perfil a atual igreja, localizada ao lado da Academia.

E a Academia teve sua criação proposta pela primeira vez à Assembléia Constituinte por José Feliciano Fernandes Pinheiro, posteriormente Visconde de São Leopoldo, em sessão de 14 de junho de 1823.

O propósito de Fernandes Pinheiro era ressaltar o quanto os estudantes brasileiros eram ridicularizados, naquela época, em Coimbra. Época em que Portugal não havia ainda se acostumado em considerar o Brasil como independente.

E através do Capítulo VI do Regimento Interno da Assembléia Constituinte de São Paulo propunha que *“no Império do Brasil se crie, quanto antes, uma Universidade, pelo menos, para assunto do qual parece dever ser preferida a Cidade de São Paulo, pelas vantagens naturais, e razões de conveniência geral. Que na Faculdade de Direito Cível, que será sem dúvida uma das que comporá (sic) a nova Universidade, em vez de multiplicadas Cadeiras de Direito Romano, se substituam duas, uma de Direito Público Constitucional, outra de Economia Política. Paço da Assembléia, 12 de junho de 1823. Deputado José Feliciano Fernandes Pinheiro”*

Após a indicação, sendo que o proponente havia solicitado prioridade à Assembléia, decidiu-se remetê-la à Comissão de Instrução Pública para que fosse transformada em projeto de lei.

Sendo assim, em sessão de 19 de agosto de 1823 o deputado Ribeiro de Andrada em nome da Comissão de Instrução Pública relatou:

“A Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil decreta:

1º Haverão (sic) duas universidades, uma na cidade de S. Paulo, e outra na de Olinda, nas quais se ensinarão todas as ciências e belas-letas.

2º Estatutos próprios regularão o número e ordenado dos professores, a ordem e arranjo dos estudos.

3º Em tempo competente, se designarão os fundos precisos a ambos os estabelecimentos.

4º Entretanto, haverá, desde já, um curso jurídico na cidade de S. Paulo, para o qual o Governo convocará mestres idôneos, os quais se governarão, provisoriamente, pelos estatutos da Universidade de Coimbra, com aquelas alterações e mudanças, que eles, em mesa presidida pelo Vice-Reitor, julgarem adequadas às circunstâncias e luzes do século.

5º Sua Majestade o Imperador escolherá, dentre os mestres, um para servir interinamente de Vice-Reitor. Paço da Assembléia, 19 de agosto de 1823. Martim Francisco Ribeiro de Andrada, Antônio Rodrigues Veloso de Oliveira, Belchior Pinheiro de Oliveira, Antônio Gonçalves Gomide, Manuel Jacinto Nogueira da Gama.

O projeto foi então impresso para debate.

Na primeira discussão, em 27 de agosto de 1823, iniciaram as divergências, como, por exemplo, o parecer verbal do deputado Almeida e Albuquerque que considerava *“prematura a criação de universidades, e não haver fundos para tão grande empreendimento”*

Albuquerque preferia a escolha da Capital do Império para a sede dos cursos jurídicos, alegando que *“nenhuma parte pode a Ciência do Direito ensinar-se já com mais facilidade do que aqui na Corte, onde a concorrência de maior número de jurisconsultos habilita a abertura do curso jurídico desde já; o que não acontecerá assim em outra qualquer Província. Não digo que fique sendo na Corte que ensinem para o futuro as faculdades jurídicas; nem sou da opinião que a universidade se estabeleça aqui; mas sustento que só aqui é que pode abrir-se, desde já, um curso jurídico e não em outra alguma parte”*

Alguns se contrapunham como o deputado Fernandes Pinheiro, de São Paulo, outros concordavam como o deputado Montezuma, da Bahia.

Este último asseverava que se a implantação dos cursos jurídicos fosse em São Paulo seria impossível aos habitantes de Pernambuco, Ceará, Piauí, Maranhão, etc. uma vez São Paulo ficar muito distante em parâmetro como, por exemplo, a Bahia, mais centralizada tanto para o Norte quanto para o Sul do Império.

O deputado Luís José de Carvalho e Mello, depois Visconde da Cachoeira, manifestou-se também pela criação da universidade em São Paulo e compendiou as razões que mais tarde prevaleceram nas seguintes argumentações:

a cidade de S. Paulo é muito próxima ao porto de Santos, tem baratos víveres, tem clima saudável e moderado, e é muito abastecida de gêneros de primeira necessidade, e os habitantes das Províncias do Sul, e do interior de Minas, podem ali dirigir os seus jovens filhos com comodidade. O estabelecimento da outra em Olinda apresenta semelhantes circunstâncias, e é a situação apropriada para ali virem os estudantes das Províncias do Norte.

Com muita justiça, e utilidade, se estabelece a criação de duas universidades, porque, em tamanha extensão de território, que temos a fortuna de possuir, era impraticável que pudesse bastar só uma, como acontece em Portugal, que, tendo tão limitada extensão, a única de Coimbra, onde fomos beber os princípios que desenvolvemos depois, era, e é, bastante para os habitantes de todo aquele acanhado reino. Porventura, se consideramos a extensão do comprimento, e largura, deste Império, dir-se-á que são poucas as mesmas duas que se pretendem estabelecer.

É isto verdade, considerada a questão neste ponto de vista: mas lembrando-nos da falta de povoação, que ainda temos, e que nos faltará por muito tempo, dos poucos meios para sustentação de estabelecimentos tão dispendiosos, e sobretudo da falta de mestres, devemos, por ora, contentarmo-nos com as duas, deixando ao tempo, e às futuras circunstâncias, o criarem-se algumas mais, suprimindo, entretanto, os colégios científicos que, com o andar do tempo, se erguerão em diversas Províncias"

Assim o andamento do Projeto foi debatido em primeira discussão nas sessões de 27 e 28 de agosto de 1823; em segunda discussão nas sessões de 05 e 06 de setembro e em 06 de outubro de 1823; e em terceira nas sessões de 18 e 27 de outubro, sendo sancionado a 04 de novembro, como lei, pela Assembléia.

Todavia o Poder Executivo não promulgou nem publicou este Ato assim como vários outros Atos sancionados pela Assembléia Constituinte. E a 12 de novembro de 1823 a Assembléia é dissolvida por D. Pedro I.

Uma luta interna provocou grande comoção social envolvendo os Andradas, que possuíam a propriedade do tablóide *A Sentinela* que publicara artigos contra os oficiais portugueses da Guarnição, o deputado Antonio Carlos, que instiga a Assembléia a se declarar em sessão permanente durante os dias 11 e 12 de novembro daquele ano, e o imperador, que já sentia a hostilidade da Assembléia, culminando por levar os antigos soldados portugueses às fileiras do Exército. A

Assembléia solicita a presença do ministro do Império, Marquês de Paranaguá, para a solução do caso.

E chega-se ao ápice da questão, quando a Assembléia reivindica a presença do ministro da Guerra.

Ansiava-se naquela época a liberdade de imprensa, uma vez ter havido desentendimento entre o farmacêutico Davi Pamplona Corte Real, autor do artigo *Um Brasileiro Resoluto*, publicado no *A Sentinela*, no qual critica os oficiais portugueses da Guarnição, e o major Lapa e o capitão Pimentel, que chegaram a agredir o farmacêutico do Largo da Carioca.

Manifestações populares se iniciaram, muitos invadem o recinto das sessões exigindo a punição dos culpados.

O imperador vem à frente da Cavalaria, faz-se cercar o Paço da Câmara por força militar e manda que o brigadeiro Moraes entregue ao presidente do Senado o Decreto de 12 de novembro, que declara dissolvida a Assembléia Constituinte.

Naquele golpe de Estado a primeira tentativa da fundação dos cursos jurídicos chega a sucumbir.

Na segunda tentativa, a retomada é iniciada pelo deputado mineiro Lúcio Soares Teixeira de Gouveia, em 12 de maio de 1826, propondo à então Comissão de Instrução Pública a revisão dos trabalhos da Assembléia Constituinte que havia sancionado o Projeto de lei sobre a criação dos cursos jurídicos no País, cujo mérito era respaldado na expressão *objeto de muita urgência, porque da instrução da nossa mocidade dependia, em grande parte, a consolidação do sistema constitucional*" E em 17 de maio, na sessão sucessora, vêm à tona, novamente, os locais de preferência para a instalação dos cursos jurídicos, ou mais precisamente, da universidade. Em 05 de julho de 1826, o presidente da Comissão, Januário da Cunha Barbosa, apresenta o Projeto de Lei, a seguir transcrito, que teve como coordenador o deputado José Cardoso Pereira de Melo:

"A Assembléia Legislativa decreta:

Art. 1. Estabelecer-se-á um curso jurídico, ou de ciências sociais, por agora no Rio de Janeiro, o qual constará de oito cadeiras, distribuídas e ordenadas da maneira seguinte:

1ª - Direito Natural e Direito das Gentes.

2ª - Direito Pátrio Civil e Criminal.

História da Legislação Nacional.

3ª - *Filosofia Jurídica, ou Princípios Gerais de Legislação. História das Legislações Antigas e seus Efeitos Políticos.*

4ª - *Instituições Canônicas e História Eclesiástica.*

5ª - *Direito Público, Estatística Universal.*

Geografia Política.

6ª *Direito Político, ou Análise das Constituições dos Diversos Governos Antigos e Modernos.*

7ª - *Economia Política.*

8ª - *História Filosófica e Política das Nações, ou Discussão Histórica dos seus Interesses Recíprocos e suas Negociações.*

Art. 2. Para regência destas cadeiras, o Governo nomeará oito lentes, e quatro substitutos, os quais, desde já organizarão, congregados, um regulamento sobre as horas em que devem explicar as diferentes matérias, de forma que todo o curso não exceda de quatro anos e que as tardes sejam livres.

Art. 3. Os estatutos da Universidade de Coimbra, relativamente aos seus reitores, servirão aqui provisoriamente na sua parte aplicável.

Art. 4. Cada um dos lentes vencerá o honorário anual de 800\$000, e cada um dos substitutos o de 400\$000.

Art. 5. Haverá um secretário, com o ordenado de 600\$000, um porteiro com 400\$000, e seus serventuários, que se julgarem indispensáveis e com o ordenado que parecer justo.

Art. 6. Cada um dos lentes fará escolha do compêndio da sua profissão, ou o arranjará, não existindo já feito, e exporá à aprovação dos lentes congregados; esta o remeterá ao Governo para fazer imprimir, e fornecer às escolas, dando ao seu autor a terça parte do lucro, calculada pela venda da primeira edição.

Art. 7. Os estudantes, que se quiserem matricular no primeiro ano do Curso Jurídico, devem apresentar certidão de idade, e de aprovação em gramática latina, retórica, filosofia racional e moral; estes exames serão feitos por três professores públicos, presididos pelo decano dos lentes.

Art. 8. Nenhum estudante se poderá matricular sem ter quinze anos completos, nenhum será admitido à matrícula do segundo ano, sem apresentar certidão de aprovação de geometria em alguma das Academias.

Art. 9. Os estudantes, assim habilitados, farão petição aos lentes do respectivo ano para os admitir à matrícula, que será gratuita.

Art. 10. As matrículas principiarão no dia quinze de fevereiro, e se fecharão no último do dito mês.

Art. 11. O tempo letivo começará no primeiro de março e terminará a 15 de novembro, abrindo-se as aulas de verão às oito horas, e de inverno às nove.

Art. 12. No dia 15 de novembro todos os lentes se congregarão, para julgarem a habilitação dos estudantes, que houverem freqüentado as aulas, e que devem, em consequência disto, ser admitidos a exame.

Art. 13. No dia 15 de novembro, começarão os atos, e acabarão no dia 20 de dezembro, em que se fecharão as aulas.

Art. 14. A congregação dos lentes formará e apresentará à aprovação do Governo os estatutos necessários que devem regular as matrículas, os exames, os graus, o modo de passar as cartas, o selo, e tudo mais que for relativo à economia das aulas.

Art. 15. A direção e inspeção imediata destes estudos pertence ao Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império.

Art. 16. A execução desta lei deve ter princípio quanto antes, para que possa começar o Curso Jurídico em março do ano de 1827. Paço da Câmara dos Deputados, em 5 de julho de 1826. Januário da Cunha Barbosa. José Cardoso Pereira de Melo"

Em 05 de julho foi impresso o Projeto, entrando em pauta em 1º de agosto de 1826, sendo aprovado.

Uma série de emendas vai se acumulando, sendo a primeira na sessão de 05 de agosto de 1826, oferecida pelo deputado Teixeira de Gouveia, para que o curso jurídico fosse definitivamente estabelecido em São Paulo.

Numa das emendas, de autoria de José Clemente Pereira, o curso jurídico seria composto de dez cadeiras, distribuídas e ordenadas da seguinte maneira:

1º Ano:

1ª Direito Natural.

2ª - Instituições de Direito Romano.

2º Ano:

1ª - Direito Público Universal e das Gentes.

2ª - Direito Público Eclesiástico.

3º - Ano:

1ª Direito Pátrio, Público e Civil.

2ª - Direito Pátrio Criminal e do Comércio.

4º Ano:

1ª - Direito Pátrio Civil.

2ª Economia Política.

5º Ano:

1ª Prática.

2ª Estatística, Geografia Política e Diplomacia.

Acrescentava Clemente Pereira que os lentes, que no primeiro ano ocupassem a cadeira de Direito Natural, passariam a ocupar, no segundo, a de Direito Público Universal e das Gentes, praticando-se o mesmo nas cadeiras de Direito Civil do terceiro e quarto anos.

O Direito Natural era a primeira cadeira escolhida para ilustrar o conteúdo do curso jurídico, porque era a base filosófica que repassava, através de seus conceitos, o Direito propriamente dito a ser adotado naquele período. Período em que apareceriam as correntes positivistas, lideradas por Emmanuel Kant, pensador que mais influenciou na filosofia jurídica, afirmando que a liberdade seria o único direito inato do homem.

Uma das passagens mais importantes e pitorescas, que para nós, estudiosos do Direito, chega a ser hilária é o comentário do deputado mineiro Bernardo Pereira de Vasconcelos de que entre tantas emendas, discussões e pareceres sobre quais as matérias que deveriam constar do curso jurídico com relação à introdução do Direito Romano: “*o Direito Romano é o direito da trapaça e o advogado, ou o ministro, que nele se faz forte, é, por via de regra, mau advogado e mau ministro*” palavras proferidas em sessão de 08 de agosto de 1826!

O fato é que a maioria dos membros da Assembléia tomava, por parâmetro, não-só o currículo de Coimbra como também o da França, Alemanha e Inglaterra, expoentes máximos daqueles anos.

E nesses quíproquós, alguém tem a idéia de propor a criação de dois cursos jurídicos: um em São Paulo e o outro em Olinda; o idealizador foi o deputado paulista Francisco de Paula Sousa e Mello. A proposta veio mais tarde a se prevalecer e é justo considerá-lo como um dos beneméritos fundadores da Academia do Largo de São Francisco.

A idéia da instalação dos cursos jurídicos em conventos das cidades surgiu em 14 de agosto de 1826, de autoria do deputado Paula e Sousa, antecipando,

desta maneira, o que viria a se suceder na história da instalação dos cursos jurídicos no País.

No âmbito de dezenas de emendas várias redações, propostas, dissertações sobre quais as matérias convenientes que fariam parte do currículo sucede que em 18 de agosto de 1826 é apresentada a nova redação do Projeto, que entra em terceira discussão na sessão do dia 23 de agosto de 1826. Há divergências entre os deputados, sendo acrescentada outra nova redação em 29 de agosto, em consonância com as emendas apoiadas pela Comissão de Instrução Pública.

Em 31 de agosto, o Projeto entra em última discussão e é terminado o trajeto da história legislativa no âmbito da Câmara dos Deputados que trouxe os seus conhecimentos da época, a boa-vontade dos parlamentares, o anseio da sociedade que se avantajava com glamour e a construção dos alicerces do ensino jurídico no País.

No Senado, o Projeto entra em primeira discussão em 18 de maio de 1827. E em 04 de julho de 1827, aprovado sem emendas.

Uma das características do Projeto aprovado é a da remuneração dos lentes que assinalava dever ser a mesma dos desembargadores.

Consta da leitura dos *Anais do Senado* o esforço dos senadores em aprová-lo de imediato, aprovando-o conforme viera da Câmara dos Deputados.

A lei é promulgada em 11 de agosto de 1827, criando, assim, os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda. Em seu perfil a distribuição em cinco anos com um total de nove cadeiras. No primeiro ano: Direito Natural e Direito Público, compreendendo *Análise da Constituição do Império*, *Direito das Gentes e Diplomacia*. No segundo ano a continuação das matérias antecedentes, acrescentando-se Direito Público Eclesiástico. No terceiro ano: Direito Civil Pátrio e Direito Pátrio Criminal. No quarto ano, continuação do Direito Civil Pátrio e Direito Mercantil e Marítimo e, finalmente, no quinto ano Economia Política e Teoria à Prática do Processo.

Narrar em poucas palavras a história da Faculdade de Direito de São Paulo é querer resumir em algumas linhas boa parte da história do País nestes últimos 172 anos, tal a influência que ela exerceu em todos os setores, com ênfase à Política. Desde a fundação dos Cursos Jurídicos estão presentes os estudantes nos grandes momentos cívicos, literários e políticos do País. Manifestaram-se pública e ruidosamente contra as violências e arbitrariedades de D. Pedro I; estavam eles em luta quando é assassinado a bacamarte o médico e jornalista italiano Giovanni

Battista Libero Badaró, diretor do jornal *Observador Constitucional* que, ao morrer, no seu último alento, eleva a voz altaneiramente, dizendo: “*Morre um liberal, mas não morre a liberdade*” Estavam presentes nos primeiros jornais de São Paulo, como *O Paulistano* e *O Paulista*; assinalavam a poesia romântica com Álvares de Azevedo, Fagundes Varella e Castro Alves; participaram na Guerra do Paraguai, inflamados e inflamando o País pela poesia de Castro Alves ou, ainda, pelos discursos de Rui Barbosa e pela mensagem de José Maria da Silva Paranhos, Barão do Rio Branco, dirigida ao vencedor de Riachuelo.

Lutaram pela Lei do Ventre Livre, pela Abolição e pela República; marcam indelevelmente a presença na política da República pelos colegas Prudente de Moraes, Rodrigues Alves, Campos Sales, Afonso Pena, Wenceslau Brás, Arthur Bernardes e Washington Luís. Estavam envolvidos na Revolução de 1930 e derramaram seus sangues na epopéia constitucionalista de 1932.

Nunca cessou a luta dos acadêmicos do Largo de São Francisco, que foram pisados pelos policiais do Estado Novo, tomando parte na recuperação democrática de 1945 e mais recentemente nas Diretas-Já, em 1984.

E assim foram instalados, em 11 de agosto de 1827, os cursos jurídicos em São Paulo e em Olinda. O ministro do Império, Fernandes Pinheiro, apresenta a D. Pedro os nomes do tenente-general José Arouche de Toledo Rendon, paulistano de 71 anos de idade, doutor em leis e em armas, e do professor José Maria de Avelar Brotero, para, respectivamente, diretor e lente do primeiro ano, sendo esses nomes aceitos pelo imperador.

Arouche Rendon imediatamente tratou de obter um edifício e, assim, a 1º de março de 1828 abre-se o curso jurídico no já velho Convento de São Francisco. Resistindo ao tempo, o velho Convento somente em 1936 foi substituído pelo atual prédio, cuja arquitetura neocolonial foi projetada por Ricardo Severo, do Escritório de Arquitetura Ramos de Azevedo que pela sobriedade de suas linhas e pela tradição histórica que sustenta, é ponto convergente de respeito, consideração e ufanía de todos os paulistanos e paulistas.

São Paulo, outubro de 1999.

LEI DE 11 DE AGOSTO DE 1827



Dom Pedro Primeiro por
graca de Deus

Seu Unanime Aclamacao
dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor
Perpetuo do Brasil fazemos saber a todos os
Nossos Subditos que a Assembleia Geral decretou, e Nos Queremos a Lei seguinte:

Art. 1.º Criar-se-hão dous Cursos de Sciencias
Juridicas e Sociais, hum na Cidade de S. Paulo
e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos e em
nove cadeiras se ensinarão as materias seguintes:

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos onze dias do mez
de Agosto de mil oitocentos e vinte, sete. Sexto da Independencia e do Imperio.

Imperio
Senado da Republica

Reprodução da Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos jurídicos no Brasil.
Extrida da Sala da Congregação da Faculdade de Direito da USP

ENSINO DO DIREITO ROMANO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA EM GERAL¹

Álvaro Villaça Azevedo

Professor Titular do Departamento de Direito Civil
Ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo e da Faculdade Mackenzie

Resumo:

A importância do ensino do Direito Romano quanto ao seu sistema jurídico latino-americano, a sua aplicação no Brasil e a necessidade de pesquisas na área são alguns dos itens abordados pelo autor neste trabalho.

Abstract:

The importance of Roman Right teaching with relationship to its latin-american juridical system, its application in Brazil and the need of researches at the area are some of the items approached by the author in this work.

Unitermos: Direito Romano; ensino no Brasil e na América-Latina.

Sumário:

I Importância do ensino do Direito Romano. II Sistema jurídico latino-americano e o Direito Romano. III Ensino do Direito Romano no Brasil. IV Necessidade de pesquisa sobre dados do ensino do Direito Romano na América Latina.

I Importância do ensino do Direito Romano

O Direito Romano privado, que objetiva as relações das pessoas, vivendo em sociedade, impôs-se aos sistemas jurídicos dos povos, principalmente por seu conteúdo ético, lógico e prático, na solução dos problemas cotidianos.

1. Manifestação enviada ao "X Congreso Latinoamericano de Derecho Romano" realizado de 12 a 15 de agosto de 1996, em Lima, Peru, atualizada em alguns pontos.

A essência lógica do sistema romano passou a integrar as normas das nações, a ponto de criar-se, em algumas delas, um sistema próprio, de feição romanística.

Podemos dizer, desse modo, que os países da América Latina podem enquadrar-se nesse sistema romanístico, que se destaca ao lado dos sistemas orientais e do da *Common Law*.

Mesmo no sistema da *Common Law*, presente na Grã-Bretanha e nos EUA, em que a conduta se rege por um conjunto de normas consuetudinárias, que se vão tornando obrigatórias pelas decisões dos tribunais, não foge ele à influência romana, em face dos costumes que foram assimilados por essas civilizações anglo-americanas.

Todavia, é preciso resistir à improvisação das decisões judiciais desapegadas do sistema romano escrito, porque acarretam a indecisão e a insegurança sociais, em verdadeiro desequilíbrio dos princípios axiológicos jurídicos.

É preciso que exista um sistema jurídico codificado, como diretriz básica do comportamento da sociedade, para que esta possa saber o que deve ser feito e o que deve ser evitado. Assim, estarão assegurados os valores fundamentais do Direito, com a ordem e a segurança esperadas.

No próprio sistema da *Common Law*, surgiram as *Rules of Equity*, para atenuar os rigores do Direito Comum e do Estatutário (*Statute Law*).

Entretanto, o costume não pode ser aplicado pelo Poder Judiciário, com uma visão direta dos fatos, sem o devido amadurecimento e sem o respaldo de um sistema codificado que represente uma tradição sólida, lógica e segura, como a do Direito Romano, na solução dos problemas que afligem a sociedade.

Bem ressalta Pierangelo Catalano (Direito Romano Atual, Sistemas Jurídicos e Direito Latino-Americano, *in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, abril/junho de 1988, v. 44, pp. 7 a 27 especialmente pp. 15 a 17) que “a luta entre o Direito Romano atual da América Latina e o Direito anglo-americano deve ser considerada em um quadro geral, que é certamente iluminado por aquilo que, já na primeira metade de nosso século, escrevia o maior expoente da sociological jurisprudence, Roscoe Pound, professor da Universidade de Harvard. Ele individualizou a força da *Common Law* em relação ao seu rival modern Roman Law no ‘modo de tratar as controvérsias concretas’, isto é, no poder de criar o Direito ‘através de decisões das

causas': uma força que explica a slow but persistent invasion of the common law. Tal invasão tem encontrado infelizmente aliados, mais ou menos conscientes, também entre os romanistas. Um outro mérito histórico de Pound é de ter visto a característica de conteúdo do Direito anglo-americano (evocando também as vicissitudes do Direito germânico) naquilo que ele chamou ultraindividualism (ou extreme individualism). Ora, uma vez esclarecido (como fez Francesco De Martino na sua polêmica contra os nacional-socialistas) que o Direito Romano não é de modo algum individualista, compreende-se a substância do confronto entre o sistema jurídico latino-americano e o anglo-americano.

Informam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (*Manual de Direito Romano*, Ed. Sedegra, Rio de Janeiro, 5ª ed., p. 14) que, no final do século XVIII e no século XIX, se manifestou nos "vários países, regidos pelo Direito Romano Justiniano, uma forte corrente para codificar-lhes as normas, segundo o princípio de auto-suficiência próprio da legislação bizantina. Organizaram-se assim as codificações modernas, nas quais o Direito Romano, quer o anterior a Justiniano, quer o posterior, não tem valor de lei por força própria, mas tão-somente enquanto acolhido e reconhecido pelas normas dos códigos e pelos princípios gerais de direito deles resultantes." E completam, relacionando, em ordem cronológica, as codificações surgidas na América Latina: Haiti, em 1826; Bolívia, em 1831; S. Domingos, em 1845; Peru, em 1852; Chile, em 1857; Equador, em 1861; Venezuela, em 1863; Nicarágua, em 1867; Uruguai, em 1868; Argentina, em 1871; México, em 1871; Colômbia, em 1873; Guatemala, em 1877; Salvador, em 1880; Costa-Rica, em 1887; Paraguai, em 1889; Cuba, em 1889; Honduras, em 1891; e Panamá, em 1917.

Com essa tendência natural dos países latino-americanos solidificarem seus sistemas legislativos, com fundamento no Direito Romano, cresce de vulto e de importância a necessidade de que seja esse Direito ensinado em suas faculdades, ao lado das disciplinas fundamentais da Ciência Jurídica.

II - Sistema Jurídico Latino-Americano e o Direito Romano

É possível falar-se em sistema jurídico latino-americano, pois ele se forma sobre a base segura do Direito Romano, que está presente nos projetos de codificação do Direito na América Latina.

Sem dúvida alguma, podemos dizer que, no Brasil, sobressaem, nesse trabalho de pré-legislação, os juristas Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis

Bevilaqua. Citem-se, no mesmo sentido, as contribuições de Andrés Bello, no Chile, e de Damácio Vélez Sarsfield, na Argentina.

Entretanto, esse sistema jurídico latino-americano não é homogêneo, pois o Direito Romano, que a ele se incorporou, passou, antes disso, por vários países, sofrendo variadas influências.

Comenta o saudoso Sílvio Meira (IX Congresso Latino-Americano de Direito Jalapa México, Romanismo e indigenismo dos juristas latino-americanos, *in Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 127 Ed. Senado Federal, Brasília, 1995, pp. 259 a 266, especialmente pp. 259 e 261; e O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas e a recepção do Direito Romano na América Latina no século XIX, *in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 55, 1978 2º semestre, pp. 14 a 32, especialmente pp. 17 e 18) que *em algumas nações, como o México e Peru, o contingente indigenista é de alta significação. O que já não ocorre no Brasil e Argentina, de tradição luso-hispano-romana, no campo do Direito*” salientando que não existe um único sistema, mas sistemas de caráter regional. Andrés Bello, por exemplo, para a elaboração do Projeto do Código chileno, de 1855, socorreu-se muito da Lei das Sete Partidas espanholas e do Código napoleônico; Teixeira de Freitas, no Brasil, para a realização de seu Esboço de Código Civil, de 1860, serviu-se das Ordenações Filipinas, de 1603, de Portugal, repudiando o Código Civil francês, em uma época na qual era moda esse Código de 1804, com numerosas nações seguindo sua trilha, copiando seus preceitos e imitando seu método extravagante. Também destaca o Código Civil boliviano, que se baseia, integralmente, no Código napoleônico; e o Código Civil argentino, oriundo do Projeto Vélez Sarsfield, que se vincula ao de Teixeira de Freitas, com suas origens claras, portanto.

Entretanto, reafirme-se, o romanismo está presente em todas essas codificações.

Existe verdadeira tradição-experiência romanística, pondera Sandro Schipani (Diritto Romano, Codificazioni e Unificazione del Diritto, *in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, outubro/dezembro de 1980, n. 14, pp. 15 a 29, especialmente p. 28), que é *“matriz de unificação, capaz de fornecer os instrumentos de um direito comum a quantos oferece a condição de cidadão 'soberano' entre cidadãos 'soberanos' e iguais. condição fundada sobre própria e alheia atribuição ao 'populus'; capaz de renovar constantemente, por tal radicação, a crítica interna à realização e*

estabilização de complexos de experiência jurídica que se demonstram inadequados, sobre a base da ação das forças culturais e sociais que não vêm completamente satisfeita tal condição e lutem por ela."

Acrescente-se que, no Brasil, nosso trabalho de codificação, desenvolvido, inicialmente, por Teixeira de Freitas e, depois, principalmente, por Coelho Rodrigues e por Clóvis Bevilacqua, está gravado do mais puro Direito Romano, que tende a manter-se como base do Direito Privado brasileiro.

Sim, porque os projetos do novo Código Civil brasileiro têm seguido, quase que integralmente, essa mesma orientação. Assim aconteceu com o Projeto de 1965, fundado no Anteprojeto apresentado por Orlando Gomes e com o Anteprojeto de 1972, que se converteu no Projeto de Lei n. 634 em 1975, n. 634-B, depois de aprovada sua redação pela Câmara dos Deputados, em 1984, ingressando no Senado da República sob n. 118, onde recebeu redação final em 1997.

A Comissão elaboradora e revisora desse último Anteprojeto, de 1972, foi composta por professores com sólida formação romanística, destacando-se dois romanistas, seus integrantes, José Carlos Moreira Alves e Ebert Vianna Chamoun.

Nossos manuais de Direito Privado mencionam, a cada passo, fundamentação no Direito Romano, para melhor entendimento do Direito atual.

III Ensino do Direito Romano no Brasil

Diante do panorama brasileiro, até este ponto traçado, não tenho dúvidas de que a tendência é a de permanecer o sistema romanístico em nossa legislação, sendo, entretanto, necessário fortalecer o ensino do Direito Romano.

Como os brasileiros interessados no estudo do Direito tinham de estudar na Universidade de Coimbra, em Portugal, fundada em 1º de março de 1290, por diploma do rei D. Dinis, cristalizou-se o propósito da criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, em 1822, logo após a conquista de sua Independência.

A primeira iniciativa, não-concretizada, de criação de um Curso de Direito, no Brasil, na Cidade do Rio de Janeiro, ocorreu pelo Decreto Imperial, de 9 de janeiro de 1825, tendo sido nesse mesmo ano elaborados seus estatutos, pelo Visconde de Cachoeira, Luís José de Carvalho e Melo, em que constava, entre as matérias do programa, as "*Institutas do Direito Romano*"

Dá-nos conta José Carlos Moreira Alves (Panorama da Literatura Romanística no Brasil, *in Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 164,

outubro a dezembro de 1982, pp. 15 a 40, especialmente pp. 15 e 16; Aspectos do Ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP*, 1991, v. 86, pp. 9 a 43) que, em 1826, "*Teixeira de Gouveia, na sessão de 12 de maio, propôs à Câmara dos Deputados que sua Comissão de Instrução Pública, revendo os trabalhos da Assembléia Constituinte, de 1823, trouxesse à consideração dos deputados projeto que ali fora discutido e aprovado, e cujo objeto era a criação de uma Universidade no Brasil. Na discussão dessa proposta, evoluiu-se para solução mais modesta: a criação, de imediato, de dois cursos jurídicos*"

O imperador D. Pedro I, então, pelo Decreto Imperial de 11 de agosto de 1827, criou os dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na cidade de São Paulo, no Estado de São Paulo, e outro na cidade de Olinda, no Estado de Pernambuco.

No currículo desses cursos não fez parte o Direito Romano, embora muita discussão tenha havido em torno de sua inclusão.

Esclarece Moreira Alves (Aspectos do Ensino do Direito Romano ..., p. 14) que "*durante 26 anos - de 1828 a 1854 - os dois cursos jurídicos existentes no Brasil funcionaram sem a cadeira de Direito Romano. Sua necessidade, porém, até para o estudo mais completo de nosso Direito Civil, acabou por impor sua admissão no currículo. O Decreto Legislativo de 16 de agosto de 1851 incluiu, no segundo ano, a cadeira Institutas de Direito Romano, a qual só foi instalada três anos mais tarde, em 1854. Em São Paulo, essa instalação se deu em setembro desse ano. Já estavam em vigor, em substituição aos do Visconde da Cachoeira, os Estatutos dos Cursos Jurídicos mandados observar pelo Decreto n. 1.386, de 28 de abril de 1854. Por eles (art. 1º), 'os atuais cursos jurídicos serão constituídos em Faculdades de Direito; designando-se cada uma pelo nome da Cidade, em que tem, ou possa ter assento'. No ano seguinte, era aprovado pelo Decreto n. 1.568, de 24 de fevereiro, o Regulamento Complementar dos Estatutos das Faculdades de Direito, expedido na conformidade do § 3º do art. 21 do citado Decreto n. 1.386.*"

Pelo aludido Decreto n. 1.386, de 1854, a matéria Institutas de Direito Romano começou a ser lecionada no primeiro ano do curso.

O Decreto n. 1.232-H, de 2 de janeiro de 1891, que introduziu a Reforma Benjamin Constant, passou a mesma disciplina para o segundo ano, com o título de Direito Romano.

Informam-nos Agerson Tabosa e Maria Vital da Rocha (O Ensino do Direito Romano no Brasil, *in Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, Ceará, janeiro a junho de 1990, v. 31, pp. 111 a 127), também escudados em informações de Moreira Alves, que mais três alterações do currículo jurídico ocorreram, no início da República, provocando o deslocamento da matéria de uma série para outra do curso de bacharelado, sendo certo que o Decreto n. 2.226, de 1896, a recolocou na primeira série. Com a Reforma Rivadávia Correia, passou-se a lecionar Direito Romano no terceiro ano do curso e, logo depois, com a Reforma Carlos Maximiliano, em 1915, voltou a integrar o elenco das disciplinas do primeiro ano.

Veio, então, a Reforma Francisco Campos, em razão do Decreto n. 19.852, de 11 de abril de 1931, que, ao lado do curso de bacharelado, criou o curso de doutorado, passando o Direito Romano a integrar as disciplinas deste último.

Com a Lei n. 114, de 11 de novembro de 1935, o Direito Romano voltou a ser ministrado no primeiro ano do curso de bacharelado.

Em 20 de dezembro de 1961, a Lei n. 4.024, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, outorgou competência ao Conselho Federal de Educação (CFE) para fixar os currículos mínimos dos cursos universitários, bem como da sua duração.

O presidente do Conselho Federal de Educação, com fundamento no Parecer n. 162-72, homologado pelo ministro da Educação e da Cultura, baixou, em 25 de fevereiro de 1972, a Resolução n. 3, fixando o currículo mínimo do curso de Direito, a ser obedecido a partir de 1973, não-incluindo o Direito Romano entre as disciplinas obrigatórias (básicas ou profissionais), deixando a critério das entidades de ensino superior sua inclusão ou-não, como disciplina obrigatória ou facultativa.

Editou-se, em 1994, a Medida Provisória n. 661, de 18 de outubro, que extinguiu o Conselho Federal de Educação (CFE), criando o Conselho Nacional de Educação (CNE). Em seguida, veio a lume a Medida Provisória n. 765, de 16 de dezembro de 1994. Com fundamento no art. 4º desta última, e pela Portaria n. 1.886, de 30 de dezembro desse mesmo ano, que teve início de vigência em 1º de janeiro de 1997 (conforme seu art. 15), o ministro da Educação e do Desporto fixou novas diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos. Relacionam-se, nessa Portaria, em seu art. 6º, as *disciplinas fundamentais* e as *profissionalizantes*, sem menção expressa ao Direito Romano, que continua à mercê da preferência ou-não das Instituições de Ensino Superior.

Isto porque o parágrafo único do art. 6º da aludida Portaria estabelece que "as demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinariedade"

Em tabela divulgada pelo Ministério da Educação e do Desporto (SEEC/MEC), em 1994, existiam, à época, no Brasil, 175 instituições, que oferecem curso de Direito, distribuídas entre os Estados da Federação: a. na *Região Norte*: em Rondônia, três; no Acre, uma; no Amazonas, uma; em Roraima, uma; no Pará, três; no Amapá, duas; em Tocantins, uma; num total de *doze*; b. na *Região Nordeste*: no Maranhão, três; no Piauí, uma; no Ceará, três; no Rio Grande do Norte, três; na Paraíba, quatro; em Pernambuco, quatro; em Alagoas, duas; em Sergipe, duas; na Bahia, três; num total de 25; c. na *Região Sudeste*: em Minas Gerais, 22; no Espírito Santo, quatro; no Rio de Janeiro, vinte; em São Paulo, 38; num total de 84; d. na *Região Sul*: no Paraná, doze; em Santa Catarina, dez; no Rio Grande do Sul, quinze; num total de 37; e. na *Região Centro-Oeste*: em Mato Grosso do Sul, duas; em Mato Grosso, três; em Goiás, nove; no Distrito Federal, três; num total de *dezessete*.

Atualmente, esses números estão bem alterados, para mais, dependendo de nova pesquisa do Ministério da Educação e do Desporto.

Tenha-se presente, neste passo, que os primeiros professores de Direito Romano da Faculdade de Direito de São Paulo, entre 1854 a 1889, então Academia autônoma, foram os catedráticos João Crispiniano Soares, Manuel Antônio Duarte de Azevedo, Francisco Antonio Dutra Rodrigues e Américo Brasiliense de Almeida Melo. Foram professores substitutos: Carlos Leôncio Carvalho, João Teodoro Xavier de Matos, João Jacinto Gonçalves de Andrade (cônego Andrade), José Maria Correia de Sá e Benevides José Joaquim Almeida Reis.

Esclarecem Agerson Tabosa e Maria Vital da Rocha (*op. cit.*, pp. 112 a 126) que realizaram pesquisa, por um questionário, distribuído a 150 cursos de Direito, então existentes, com resposta de 118 deles (ou seja, de 81%), no encontro de juristas em Niterói, Estado do Rio de Janeiro, por iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, no início de setembro de 1988. Tudo em razão de pergunta formulada pelo professor Pierangelo Catalano, do *Grupo di Ricerca Sulla Diffusione del Diritto Romano e da Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA)*, a professores de Direito Romano: o Direito Romano é hoje estudado nos cursos jurídicos brasileiros?

Os resultados foram divulgados em Fortaleza, por ocasião do IV Colóquio Ítalo-Brasileiro de Direito Romano, realizado de 28 a 30 de agosto de 1989.

Alinham, assim, os mesmos informantes: a. 150 Instituições consultadas (pp. 113 a 116); b. 77 Instituições que mantiveram Direito Romano em seu currículo; c. 55 Instituições em que o Direito Romano é obrigatório; d. 21 Instituições em que o Direito Romano é facultativo.

IV Necessidade de pesquisa sobre os dados do ensino do Direito Romano na América Latina

Foi, para mim, muito difícil levantar o modo pelo qual o Direito Romano está sendo lecionado na América Latina. Existe falta de material relativamente a esse assunto específico.

Seria preciso que, neste Congresso e em outros, pudéssemos, seguindo o exemplo da pergunta levantada pelo professor Pierangelo Catalano, já citada, proceder à coleta de informações junto aos participantes, envolvendo, nesse trabalho, as embaixadas e consulados.

Além dos dados estatísticos, que nos escapam, como: a. consta a disciplina Direito Romano do currículo pleno do curso de graduação? b. sendo positiva a resposta, a disciplina Direito Romano é obrigatória ou facultativa? c. se facultativa, está sendo oferecida aos alunos? d. em que carga horária está sendo ministrada? e. em quantos períodos? f. quantos alunos, em média, cursam Direito Romano, por período? g. quantos professores lecionam a disciplina e quais seus nomes? h. a matrícula em Direito Romano tem pré-requisito? i. se tiver, qual é esse pré-requisito? j. Direito Romano consta do currículo de pós-graduação? k. sendo positiva a resposta, em qual deles: especialização, aperfeiçoamento, mestrado ou doutorado? (conforme Agerson Tabosa e Maria Vital da Rocha, *op. cit.*, pp. 112 e 113).

Seria de acrescentar-se: l. quais as obras, e seus autores, existentes sobre o ensino do Direito Romano em seu País? m. em que bibliotecas podem essas obras ser localizadas?

Refira-se, entretanto, neste passo, que, no México, dá-nos notícia Jaime del Arenal Fenochio (*Historia de la enseñanza del Derecho Romano em Michoacán México, 1799 a 1910, in Index a la Memoria de Angel Enrique Lapieza Elli, Quaderni camerti di studi romanistici*, Ed. Jovene, Napoli, 1986, v. 14, pp. 263

a 281, especialmente pp. 263, 270, 276 e 277) que, atualmente, o ensino do Direito Romano ocupa um lugar nas instituições educacionais mexicanas; todavia, em algumas épocas desapareceu, embora parece que, em outras, recobrou sua força, antes perdida.

Esse jurista mexicano mostra, com riqueza de pormenores, o desenvolvimento do ensino do Direito Romano, no Estado de Michoacán, desde 1799, que foi suprimido pela junta de professores do Colégio, em sessão de 1880.

Com altos e baixos, a disciplina foi e não-foi considerada, no aludido período, como retratado nessa excelente pesquisa.

Conclui esse mesmo autor que considera que o ensino do Direito Romano, no Estado Mexicano de Michoacán, *'não contou com o suficiente apoio intelectual nem com o ambiente propício, desde seu início, para conseguir uma sólida formação romanista nos advogados michoacanos'*

E assenta que *a tragédia final sofrida pelo ensino jurídico romanista em Michoacán, no período analisado, resta claramente explicada quando entendemos os objetivos que chegaram a buscar com o estudo do Direito, em geral, no Seminário e na Escola de Jurisprudência do Estado, durante a luta fratricida que ensanguentou nosso país em princípios do século XX*" Acrescenta que o diretor da Escola, D. Miguel Mesa, em 1910, chegou a dizer que eram necessários *"advogados de trabalho, homens úteis para magistrados, juízes, secretários e postulantes"* bem preparados, para serem, mais tarde, legisladores e diretores da sociedade.

Ressalte-se, neste ponto, entretanto, segundo nos informa Mercedes Gyosso y Navarrete (*Actividades del "Seminario de Derecho Romano" de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México, in Index c., p. 339*), que a cátedra de Direito Romano foi reimplantada na Faculdade de Direito da Universidade Veracruzana, em 10 de outubro de 1980.

No Peru, conforme pondera Fernando de Trazegnies Granda (*La evolución de los estudios de Derecho Romano en la Universidad Católica del Peru, in Index c., pp. 346 a 349*), *o curso de Direito Romano era tradicional no currículo das Faculdades de Direito peruanas. Em geral, tratava-se de um curso obrigatório de primeiro ano, que, em algumas ocasiões, estava enquadrado em períodos anuais*" Utilizava-se, como texto, o Manual de Direito Romano, de Eugène Petit, e, excepcionalmente, o Curso de Jörs, revisado por Künkel.

Informa, ainda, Fernando Granda que, nos anos 60, *"o curso havia se convertido em algo muito elementar, sem professores verdadeiramente especialistas*

na matéria e com alunos que o seguiam com fastídio, unicamente porque tinha caráter obrigatório"

Nos anos 70, houve reforma radical do ensino, em que se enfatizou a perspectiva teórica e crítica, a fim de forçar a contribuição para a formação profissional e teórica, antes frustrada, segundo entendimento dos reformistas.

E conclui esse autor: *"podemos dizer que o interesse atual pelo Direito Romano centra-se nos seguintes aspectos: a. uma preocupação teórica, enquanto o Direito Romano mostra um método de reflexão jurídica que pode servir de modelo ao nosso Direito atual; b. uma preocupação crítica, na medida em que o Direito Romano pode apresentar elementos que talvez não tenham sido retomados por desenvolvimentos posteriores da tradição ocidental, mas que podem servir de base para a crítica do Direito atual ou de base para a reflexão a descobrir soluções aos problemas atuais (os 'futuristas'); c. uma preocupação sociológica, entendendo-se o Direito Romano como um exemplo da criação e adaptação de instituições jurídicas, em função de uma realidade histórica e social oscilante; d. uma preocupação histórica e arqueológica alheia a todo intento de aplicação moderna, para conhecer tal como foi, o que constitui parte do passado jurídico ocidental; e. uma preocupação histórica mais particularizada, na medida em que o Direito peruano (tanto durante o período espanhol quanto posteriormente) utilizou materiais de construção de origem romana"*

Em Quito, no Equador, existiam, no século XVIII, duas universidades, informa Alberto Wray Espinosa (El estudio del Derecho Romano en la Universidad quiteña del siglo XVIII, *in Ruptura, Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho, da Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, Quito, 1988, n. 32, pp. 85 a 91), a de *San Gregorio Magno*, fundada pelos jesuítas em 1620 e extinta com a expulsão destes em agosto de 1776; e a de Santo Tomás de Aquino, fundada em 1688, pelos dominicanos.

Antes, existiu a *Universidad de San Fulgencio*, de 1586, de curta existência e que não-chegou a ter estudos de jurisprudência. Estes tiveram início, oficialmente, em Quito, no ano de 1693. Nesse ano, na *Universidad de Santo Tomás*, criaram-se as cátedras de Jurisprudência Civil e Cânones, juntamente com Medicina. Na Universidade de San Gregorio, as cátedras de Cânones e Leis foram criadas em novembro de 1704.

Nas duas universidades, os programas acadêmicos tinham como fundamento os Cursos de Leis e de "*Instituta*" e ainda de Cânones. As Instituições de Direito Romano serviam para a análise da legislação positiva.

O texto oficial utilizado até 1791 foi o do holandês Arnold Vinnio (1588-1657), intitulada '*In quatuor libros institutionum imperialium commentarius*'. Essa obra compreende o texto das *Institutas de Justiniano*, completada com referências ao Digesto, notas e comentários.

Informa, ainda, Wray Espinosa que, em 1787, a *Universidad de Santo Tomás* foi secularizada, com uma nova Constituição, transformando-se na única universidade quitenha.

Esses novos estatutos de ensino jurídico estabeleceram: *o Catedrático de Primeiras Leis, além de sua matéria atribuída, explique, como Fundamentos, qual seja em nosso Reino a autoridade do Direito Civil Romano...*

Em 1791, a pedido do presidente da Audiência, o bispo de Quito, José Pérez Calama, preparou um novo Plano de Estudos, em que introduziu algumas inovações, fundamentando-as, e em que questionava de "*forma reiterada a utilidade dos estudos de Direito Romano...*

O mesmo bispo reconheceu que certas noções de Direito Romano, particularmente objetivado desde os aspectos históricos, são necessárias, recomendando a substituição da mencionada obra de Vinnio, pela do jurista italiano Juan Vicente Gravina (1664-1718).

Essa orientação do bispo Pérez Calama consolidou-se, em Quito, somente no século XIX, caracterizando-se, todavia, pela diminuição da importância atribuída ao Direito Romano; mantendo-se este, entretanto, como paradigma de racionalidade e coerência.

Conclui, então, o último citado autor que "*o Direito Romano ficou convertido, assim, em referência histórica*"

A seu turno, Manuel Romero Gross (El Instituto Ecuatoriano de Derecho Romano, *in Revista Ruptura*, c., 1989, n. 33, pp. 169 a 174) menciona que no Primeiro Congresso Ítalo-Ecuatoriano de Direito Romano, nos dias 24 e 25 de novembro de 1988, dentre as conclusões tomadas em consenso geral, entendeu-se que "*o estudo do Direito Romano nas Universidades Equatorianas cumpre um papel formativo e crítico e, por isso, não pode ser reduzido a poucas noções elementares. Portanto, expressa-se grave preocupação pela redução dos cursos de Direito Romano nas Faculdades de Jurisprudência das Universidades deste país,*

particularmente da Universidade Central do Equador, que é a mais antiga deste Estado e que fora berço de uma tradição jurídica orientada e fortalecida no Direito Romano”

Por todas essas razões e pelas fortes tradições de seus países, não podem, principalmente, os romanistas da América Latina deixar de lutar pela manutenção do Direito Romano, como disciplina obrigatória em seus currículos jurídicos. Com isso, estará assegurada a qualidade do ensino do Direito, também na América-Latina.

São Paulo, agosto de 1996.

EXPLORAÇÃO DA EXPERIÊNCIA HISTÓRICA QUE CONDICIONOU A RECEPÇÃO E O SURGIMENTO DAS IDÉIAS JURÍDICAS NO BRASIL

Jeannette Antonios Maman

Professora Doutora do Departamento de Filosofia e Teoria
Geral do Direito da Universidade de São Paulo; professora do
Centro de História das Ciências da Universidade de São Paulo

Resumo:

Este trabalho relata, através de vários períodos da história do País, o surgimento das ideias jurídicas, que vai desde a chegada dos portugueses, em 1500, mesclada com a dominação dos conquistadores europeus, até os dias de hoje.

Abstract:

This work tells, through the several periods of the history of Brazil, the appearance of the juridical ideas, that it is going from the arrival of the Portugueses, in 1500, blended with the European conquerors' dominance, until nowadays.

Unitermos: períodos da história; surgimento das ideias jurídicas.

Sumário: 1º período: colonialismo mercantil escravista; 2º. período: colonialismo mercantil escravista e de povoamento; 3º. período: neocolonialismo; 4º. período: neocolonialismo multinacional

As condições de existência material e espiritual no Brasil foram resultado de uma experiência histórico-cultural, sócio-econômica, política, sensível e mental.

Afasta-se aqui a proposição muito comum que afirma ser a experiência jurídica condicionada por certas *idéias*, o que nos faria supor a eleição de uma filosofia idealista para analisar o fenômeno jurídico.

Com a chegada dos portugueses ao Brasil, a partir de 1500, houve uma influência cultural dos brancos europeus de várias procedências (com as posteriores incorporações asiáticas), que se mesclou à cultura ameríndia e africana. Compreendida aqui a cultura como um conjunto de crenças, sentimentos coletivos e

idéias, não podemos dizer que ela esteja desarraigada dos fatos históricos da época o expansionismo colonial e as pretensões econômicas de Portugal (e, no caso, da nossa América, também os espanhóis). De onde decorre que a primeira experiência jurídica brasileira foi de dominação pelos europeus conquistadores até nossos dias. Na verdade, o interesse estrangeiro e a sujeição de nossos povos condicionaram a recepção das idéias na América Latina.

A crise do feudalismo na Europa cria, no século XV a necessidade de expansão comercial é preciso que haja mercados produtores de gêneros alimentícios e matéria-prima, e consumidores dos manufaturados europeus (hoje se diz aos nossos povos que é preciso manter a *biodiversidade* e os Estados Unidos da América querem manter-nos consumidores de seus produtos...).

Portugal foi o país que deu início à expansão marítima, seguido pela Espanha, Holanda, França e Inglaterra. É de absoluta importância fixarmos o fato histórico de que o período de expansão marítima e colonial criou condições para o surgimento da Revolução Industrial e, por conseqüência, do modo de produção capitalista. Há muitos séculos fazemos a riqueza do primeiro mundo, que hoje mantém os países periféricos como economias complementares, sustentando um sistema que nos exclui. O Brasil sempre teve função provedora para os europeus, que escravizaram os povos naturais e ainda importaram milhões de africanos na condição servil - todos submetidos às suas leis da força, da técnica e da dominação.

Assim, nossa experiência jurídica não é isolada da experiência histórica nem autônoma, mas ao contrário dependente de ideologias estrangeiras.

Nesse sentido, resume com muita clareza o professor Aloysio Ferraz Pereira, em comunicação inédita, apresentada no II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social em 1986:

A experiência jurídica fundamental entre as nações latino-americanas, desde quando puderam reconhecer-se um mínimo de identidade política, foi a de subordinação da grande maioria não européia ao direito de estados europeus. É certo também que a aplicação desse direito faz parte do processo político geral de espoliação, de culturação e destruição das massas indígenas e africanas, instituído e sistematicamente executado por espanhóis e

portugueses, em associação posterior com as oligarquias locais, que mais tarde os sucederam, para construir-se em uma classe intermediária entre o povo e o estrangeiro, sob o senhorio e no interesse do estrangeiro"

Se num primeiro período da colonização a marca foi a de um mercantilismo-escravista (séculos XVI e XVII), este seria seguido por um período no qual o povoamento se tornaria necessário à expansão capitalista (séculos XVIII e XIX). E o neo-colonialismo dos séculos XIX e XX garantiria a contraparte dos povos da América Latina, sujeitos ao poder norte-atlântico e sua revolução tecnológica-industrial. Surge uma nova dependência: os países da América Latina participam do mercado mundial como produtores de matérias-primas e consumidores de parte da produção do antigo sistema colonial e sua independência política seria obra das classes beneficiárias do antigo sistema colonial, que queriam apenas liberdade de comércio. Não se pode dizer, salvo as exceções, que confirmam a afirmação, que tenha havido momentos políticos revolucionários; antes, houve interesse dos grandes proprietários rurais e da burguesia nas facilidades "liberais" que lhes traria a independência.

Os dois primeiros períodos organizaram a vida mercantil das colônias em função do comércio internacional. Até o povoamento obedeceu às facilidades com que, graças ao comércio mundial, se atendia à produção e entrega das matérias-primas, produtos agrícolas e minerais: algodão, arroz, tabaco, açúcar, ouro e diamantes.¹

1. Furtado, Celso. *Formação Econômica do Brasil*, Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 109. Material necessário de valor documental probatório.

"Os colonos do Maranhão eram adversários tradicionais dos jesuítas na luta pela escravidão dos índios. Pombal ajudou-os criando uma companhia de comércio altamente capitalizada que deveria financiar o desenvolvimento da região, tradicionalmente a mais pobre do Brasil. Tão importante quanto a ajuda financeira, entretanto, foi a modificação no mercado mundial de produtos tropicais, provocada pela guerra de independência dos Estados Unidos e logo em seguida pela revolução industrial inglesa. Os dirigentes da companhia perceberam desde o início que o algodão era o produto tropical cuja procura estava crescendo com mais intensidade, e que o arroz produzido nas colônias inglesas e principalmente consumido no Sul da Europa não sofria restrição de nenhum pacto colonial. Os recursos da companhia foram assim concentrados na produção desses dois artigos." A produção maranhense encontrou, assim, condições altamente propícias para desenvolver-se e capitalizar-se adequadamente. A pequena colônia, em cujo porto entravam um ou dois navios por ano e cujos habitantes dependiam do trabalho de algum índio ou escravo para sobreviver, conheceu excepcional

Ainda que se ressaltem, na ocupação européia, os fins salvacionistas, o que moveu os primeiros navegadores foi a busca do ouro. Significativas são as passagens dos diários de Cristovão Colombo (que também deixam claramente a intenção de escravizar os povos naturais). Após o desembarque nas Bahamas (12 de outubro de 1492), na ilha que se chamou de San Salvador, escreve no dia 15:

"... todos esses homens que trago de San Salvador indicam que há verdadeiro esbanjamento de ouro, ostentando-o em feitiços de argolas nos braços e nas pernas e nas orelhas, nariz e pescoço. ... e é ouro.... Não posso errar e, com ajuda de Nosso Senhor, hei de encontrá-lo onde nasce".²

Escreveria no dia 16 de dezembro:

"E estes índios são dóceis e bons para receber ordens e fazê-los trabalhar, semear e tudo o mais que for preciso, e para construir povoados e aprender a andar vestidos e a seguir nossos costumes"³

A colonização imporia a exploração e a escravidão que persistiria como marca ignóbil.⁴

Adotando as categorias antropológicas elaboradas pelo professor Darcy Ribeiro, podemos dividir a história da experiência jurídica brasileira em quatro períodos, concomitantes aos dos povos americanos de colonização espanhola:

prosperidade no fim da época colonial, recebendo em seu ponto de cem a cento e cinquenta navios por ano e chegando a exportar um milhão de libras.

"Excluídos o núcleo maranhense, todo o resto da economia colonial atravessou uma etapa de séria prostração nos últimos decênios do século."

2. Colombo, Cristovão. *Diários da Descoberta da América*, Porto Alegre, L&PM Editores Ltda., 1984, p. 49.

3. *Idem, Ibidem*, p. 74.

4. Schwarz, Roberto. *Ao vencedor as batatas*, São Paulo, Livraria Duas Cidades Ltda., 1988, p. 14.
 "A Declaração dos Direitos do Homem, por exemplo, transcrita em parte na Constituição Brasileira de 1824, não só não escondia nada, como tornaria mais abjeto o instituto da escravidão"

1º) *período do colonialismo mercantil escravista*; correlativo essencial à formação sócio-cultural dos impérios mercantis salvacionistas ibéricos; consecutivos à revolução mercantil, considerada como transformação tecnológica e processo civilizatório: séculos XVI e XVIII.

2º) *período do colonialismo mercantil escravista e de povoamento*; correlativo necessário à formação sócio-cultural do capitalismo, ainda conseqüente à revolução tecnológica mercantil, mas correspondente ao processo civilizatório da expansão capitalista: séculos XVIII e XIX.

3º) *período do neo-colonialismo*; contraparte integrante da formação sócio-cultural do imperialismo industrial, processo civilizatório que se seguiu à revolução tecnológica industrial: séculos XIX e XX.

4º) *período do neo-colonialismo multinacional*.

Os povos latino-americanos "sofrem" nesses períodos, um processo civilizatório que, segundo o citado antropólogo, são de *atualização histórica*, quando os povos subjugados perdem sua autonomia cultural, submetidas que são estas etnias ao poder de dominação e exploração dos povos em expansão.

*A atualização histórica opera por meio da dominação e do avassalamento de povos estranhos, seguida da ordenação econômico-social dos núcleos em que se aglutinam os contingentes dominados para efeito de instalar novas formas de produção ou explorar antigas atividades produtivas. Esta ordenação tem como objetivo fundamental vincular os novos núcleos à sociedade em expansão, como parcela do seu sistema produtivo e como objeto de difusão internacional de sua tradição cultural, por meio da atuação de agentes de dominação"*⁵

5. Ribeiro, Darcy. *As Américas e a Civilização*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1983, p. 36. *Id.* p. 35. Material necessário para precisão conceitual.

"A partir do século XVI, se registraram duas revoluções tecnológicas responsáveis pelo desencadeamento de quatro processos civilizatórios sucessivos. Primeiro, a Revolução Mercantil que, num impulso inicial de caráter mercantil salvacionista, atendeu os povos ibéricos e os russos, lançando aqui conquistas oceânicas e a estes à expansão continental sobre a eurasia. Num segundo impulso, de caráter mais maduramente capitalista, a Revolução Mercantil, depois de romper a estagnação feudal

Os três períodos de atualização histórica dos povos latino-americanos foram acompanhados por uma experiência jurídica que assim se pode resumir:

1º) período (séculos XVI e XVIII) do colonialismo mercantil escravista

O governo português, no primeiro período de colonização, fez com que as relações no Brasil fossem regidas pelas *Ordenações Filipinas* (1603), que mantinham fidelidade ao pensamento aristotélico, sem sofrer influência do individualismo voluntarista, mas aplicadas a uma ordem social em transformação, onde se dá o aparecimento da classe burguesa e se implanta um poder soberano, cuja vontade mantinha um "contrato" entre indivíduos pretensamente livres e iguais. A posição de Portugal era singular na Europa: não conheceu o feudalismo de outros países e não conheceria, até o século XVIII, as idéias e instituições individualistas e liberais.

O "Prólogo"⁶ de Felipe II às *Ordenações Filipinas* ("assim deve fazer o bom Rei, pois por deus foi dado") garantia a ideologia salvacionista, justificada pela origem divina do poder e permitiria, do ponto de vista latino-americano: "encobrir ou dissimular, aos olhos próprios e alheios, o infinito cortejo dos crimes e pecados que os europeus cometeram aqui, contra a humanidade e contra o seu Deus"⁷

em certas áreas da Europa, lançou os holandeses ingleses e franceses à expansão colonial no além-mar. Seguiu-se a Revolução Industrial que, a partir do séc. XVIII, entrou a promover uma reordenação do mundo sob a égide das nações pioneiras da industrialização, através de dois processos civilizatórios: a expansão imperialista e a reordenação socialista. Assim é que se modelaram, em consequência da expansão mercantil-salvacionista, por aceleração evolutiva, os Impérios Mercantis Salvacionistas e, por atualização histórica, os seus contextos Coloniais Escravistas. Mais tarde, em consequência do segundo processo civilizatório, se cristalizaram, por atualização, suas formações Capitalista Mercantis e, por, atualização, suas dependências Coloniais Escravistas, Colonias Mercantis e Coloniais de Povoamento. Finalmente, como fruto do primeiro processo civilizatório provocado pela Revolução Industrial, surgiram, por aceleração, as formações Imperialistas Industriais e, por atualização, sua contraparte Neocolonial".

6. "Prólogo" de Felipe II às Ordenações Filipinas:

"Como a Justiça consiste em igualdade e com justa balança dar o seu a cada um, assim o bom Rei deve ser sempre um, e igual para todos em retribuir e premiar cada um segundo seus merecimentos: E assim como a Justiça é virtude não para si, mas para outrem, por aproveitar somente àqueles a que se faz, dando-se-lhes o seu e fazendo-os bem viver, aos bons com prêmios, e aos maus com temor das penas, donde resulta paz e sossego na República"... Vide nota seguinte.

7. Pereira, Aloysio Ferraz. Comunicação inédita apresentada no II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social, em 1986.

"Desde os primeiros contatos europeus com os índios, a transição foi rápida, passando do escambo pacífico com os navios à sua escravização pelos invasores, ainda antes do fim do século XVI. O instituto do trabalho escravo, a mita, a encomenda e muitos outros, nominados e inominados, constituem o direito eficaz na América Latina, direito que legitimou os genocídios, o secular processo do saque sistemático, o sacrilégio, o estupro, a destruição bestial da cultura dos povos outros. Tudo isso, à sombra da cruz, sob a égide da civilização greco-latina. É verdade que sempre há de se ouvir a voz de apóstolo de Bartolomé de Las Casas e também o verbo retórico, mas tantas vezes sincero, de Antônio Vieira" ⁸

2º) período (séculos XVIII e XIX) do colonialismo mercantil escravista e de povoamentos

A agricultura de exportação persiste como forma econômica que se beneficia do tráfico de escravos africanos, mais fortes e melhores para o trabalho do que os índios escravizados. A Holanda também fornece escravos com seus navios mercantes. Portugal intensifica a imigração e o povoamento se dá a fim de explorar as fazendas de gado no Nordeste (onde aumenta o trabalho livre), dedicar-se à monocultura, que provoca crise nos produtos de subsistência. Há núcleos coloniais no sul, no Rio de Janeiro e em São Paulo. A administração no Brasil seria opressiva, com restrições econômicas, que impediam o comércio com outros países que não Portugal (é o chamado "pacto colonial"). Os juizes ordinários, eleitos pelo povo, foram substituídos pelos juizes de fora, nomeados pelo Rei. Concediam-se monopólios a particulares, com o sistema de companhias privilegiadas, como faziam ingleses e holandeses em suas colônias. A função do Brasil-colônia era atuar como agente de acumulação capitalista européia, e sua história de subdesenvolvimento começa com a história da emergência e desenvolvimento do sistema capitalista

8. *Id.*

mundial. A América Latina, desde fins do século XVIII, ingressava na órbita da Inglaterra e só sairia para entrar na norte-americana após a Primeira Grande Guerra.

O século XVIII seria marcado especialmente pela exploração do ouro e de diamantes, e toda esta produção, bem como a agrícola e extrativa vegetal abasteceriam o mercado europeu através de Portugal.

O povoamento é distribuído em função dos interesses econômicos europeus: escolhem-se as regiões de agricultura segundo as preferências dos consumidores (áreas próprias para cultura tropical). Os portos e feitorias serão os mais próximos da Europa. A metrópole mantém o monopólio do comércio que se funda em leis e institutos jurídicos importados.

O pensamento jurídico filosófico do século XVII se dividia segundo as tendências portuguesas e espanholas. Se Portugal ainda estava preso ao pensamento greco-romano (Aristóteles, São Tomas de Aquino, o Direito Romano e a Escola de Bolonha), a Espanha sofria a influência do individualismo de Santo Agostinho e do nominalismo de Okham pela mediação da escolástica tardia.

O Marquês de Pombal, em Portugal, representa a modernização iluminista, que se refletia na colonização européia. A obra de Tomás Antonio Gonzaga, *Tratado de direito natural*, mostraria o ecletismo da ilustração da época.

Mas a opressão administrativa de Portugal gera descontentamento e a Inconfidência Mineira que se fez no cotidiano (no dia a dia das conversas entre descontentes e idealistas, com talvez um único rebelde, José Joaquim da Silva Xavier).

"Desde a repressão exemplar da Inconfidência Mineira pode-se dizer que a grande etnia do Brasil entra em acelerado processo de conscientização social e política, de que participa grande número de portugueses. Para documentar a mudança de consciência de classe dos senhores e mestiços basta comparar o sentido crítico de uma ideologia nativa, que nitidamente reponta em Gregório de Matos, no séc. XVII, com o que se manifesta nas Cartas Chilenas, de Gonzaga, no séc. XVIII. Gregório é uma espécie de franco atirador, avulso e desengajado, que ataca todos os grupos e camadas sociais, sem liames de

solidariedade política com qualquer das etnias em presença, embora o seu intratável moralismo encontre o seu princípio na religião e na mística. Ao contrário, nos inconfindentes já se definem claramente um ressentimento coletivo, uma unidade das críticas e o mesmo propósito, se não ainda projeto, de modelagem nacional e de bem comum.⁹

3º) período (séculos XIX e XX) do neo-colonialismo

A partir de 1808, com a chegada da família real portuguesa, a experiência econômica brasileira vai mostrar claramente os efeitos das graves restrições feitas à produção manufatureira do Brasil, desde o início do século XVIII com o Tratado de Methuen, celebrado entre Inglaterra e Portugal, beneficiando os interesses dos produtores ingleses de tecidos de lã. O governo britânico manteve sempre fiscalização atenta a esses acordos restritivos, que beneficiavam o imperialismo industrial em sua expansão. A Inglaterra pôde ocupar os mercados latino-americanos, para os quais continuava exportando idéias que convinhassem ao poder dominante; uma delas (na qual ainda hoje se insiste) afirmava a "vocação natural" destes povos (latinos) para a exportação de matérias-primas e gêneros alimentícios; e que deveriam importar tudo o mais. A produção incipiente de manufaturados nas colônias desaparece sem proteção alfandegária; não se passará, como na Europa, da manufatura à grande indústria; não se criou uma burguesia industrial capaz de construir uma sociedade moderna, baseada no desenvolvimento industrial e no trabalho assalariado.

Se o pacto colonial entre a colônia e a metrópole impediria o progresso industrial, a abertura dos portos, as importações da Grã-Bretanha, da França e de todo o continente europeu acabariam por deixar Portugal e o Brasil dependentes de um capitalismo industrial, que substituiu um capitalismo mercantil já decadente. Essa dependência econômica traz uma consequência: a subordinação política à Inglaterra e da Espanha à França.

9. *Id. Ibid.*

"O plano inglês de compensar-se de suas derrotas no continente europeu com a conquista das colônias ibero-americanas é óbvio. No caso do Brasil, as circunstâncias favoreceram e facilitaram este plano. Não precisará aí de exércitos e de intervenções armadas, pois o soberano português, temendo a sorte de Fernando VII de Espanha, entendeu mais conveniente aceitar o oferecimento inglês e embarcar sob proteção britânica para o Brasil. Conservava com isto sua coroa e títulos, mas terá cedido ao aliado inglês a sua independência e liberdade de ação. A monarquia portuguesa não será daí por diante mais que um joguete nas mãos da Inglaterra. O soberano permanecerá no Rio de Janeiro sob a guarda de uma divisão naval inglesa, aí estacionada permanentemente; e na Europa, serão os ingleses que se incumbirão de dirigir a luta contra a ocupação francesa. Um general inglês, Beresford, será o comandante supremo do exército português e o efetivo governador do Reino libertado em 1809."

*E o Brasil entra assim definitivamente na nova etapa do seu desenvolvimento".*¹⁰

Perde Portugal o domínio da colônia, com a abertura dos portos e a concorrência estrangeira e, sobretudo, com a condição de economias reflexas (Brasil e Portugal), contrapartida do poderio econômico inglês.

Um tratado de comércio com a Inglaterra em 1810 vai favorecê-la com uma tarifa preferencial de 15%, enquanto no decreto de abertura dos portos fixara-se um direito geral de importação para todas as nações de 24% *ad valorem* e Portugal tinha uma tarifa reduzida de 16% maior portanto que as do ingleses. O absurdo da situação prevalece até 1815 quando as taxas se equiparam. Entretanto, o poderio inglês, com sua indústria e marinha mercante, excluiria Portugal da concorrência. O Brasil pois gravita na órbita inglesa.

10. *Id. Ibid.*

Estava destinada a um final malogro a tentativa de desenvolvimento independente de Irineu Evangelista de Souza, Visconde de Mauá, que montou uma fundição, uma fábrica de máquinas e um estaleiro, construindo ainda no Rio de Janeiro indústrias têxteis, linhas telegráficas, e fundando um banco. A partir de 1860, o desenvolvimento da produção cafeeira levaria à falência as empresas de Mauá. O livre-cambismo era exigido pelos barões do café, interessados na venda de seus produtos no mercado externo.

"Essa nova experiência histórica, em sua plenitude (econômica, política, social e cultural), vai condicionar o aparecimento de uma ideologia dominante, a do racionalismo individualista e burguês, oriundo de forma geral, do iluminismo, mas trazendo conteúdos anteriores, próprios da Ibéria ou só de Portugal, desdobrando-se a seguir em várias correntes de idéias mais ou menos sectárias ou ecléticas, de vária procedência européia, principalmente da Inglaterra e da França" ¹¹

"Estão presentes no processo de independência, iniciado em 1808, pensamento de J. J. Rousseau no ardente radicalismo de Frei Caneca, o teórico da sociedade patriarcal e burguesa da região provincial nordestina; o sólido liberalismo moralizante de Antonio Feijó, marcado pelo kantismo; o utilitarismo benthamiano que se manifesta entre os deputados da Assembléia Constituinte, como Bernardo Pereira de Vasconcelos; e outras tendências mais" ¹²

Em José da Silva Lisboa, Visconde de Cayrú, as idéias inglesas renovadoras daquela época já se manifestavam como atualização da filosofia, economia política e *Direito Mercantil*.

11. Prado, Jr., Caio. *História Econômica do Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1986, p. 128.

12. Pereira, Aloysio Ferraz. *Op. cit.*

Na segunda metade do século XIX (já referida na experiência do Visconde de Mauá) as atividades produtivas se deslocariam do norte para o centro-sul. A produção de café desenvolve-se e entram em decadência as culturas de cana-de-açúcar, algodão e tabaco. A partir de 1860 a dependência do estrangeiro aumenta, ainda que o comércio exterior apresente superávits. Produzem-se intensamente gêneros destinados à exportação (sobretudo café) e crescem as importações. Reforça-se a estrutura tradicional da economia brasileira.

Neste período, a guerra do Paraguai apresenta o quadro claro da ação premeditada e sistemática do imperialismo industrial, conduzido pela Inglaterra. O plano anglo-europeu teria o apoio da monarquia e das oligarquias provinciais e urbanas do Brasil. O Paraguai, que representava o esforço de independência econômica latino-americana, seria liquidado na sua autodeterminação política, que termina com cruel genocídio, resultado de colonização cultural, quando à Inglaterra soma-se o apoio da França.¹³

A expansão do consumo de café e o monopólio da produção no Brasil ocultaram a "fraqueza orgânica" do Império e o seu papel de contraparte no sistema imperialista industrial europeu. Exportações compensam o volume das importações, mas emissões de papel inconvertível aumentam, bem como os empréstimos externos para custear as despesas da guerra do Paraguai.¹⁴

13. *Id. Ibid.*

14. Chiavenatto, Júlio José. *Genocídio Americano: A Guerra do Paraguai*, São Paulo, Brasiliense, 1985, pp. 9, 132, 141, 149. Material com força documental probatória.

"Em 1840 o Paraguai é um país sem analfabetos. Existiam naquele tempo, para uma pequena população de menos de quatrocentos mil habitantes, quatrocentos e trinta e duas escolas com vinte e quatro mil alunos. Esse dado, muito bom para época e para as circunstâncias do país, chega a ser magnífico. Mais significativo que isso, porém é que toda uma estrutura sócio-econômica atendendo plenamente aos interesses populares está livre de burocratas, cortesãos e os parasitas do gênero: no Paraguai só existe trabalho genuinamente produtivo. Não há dívida externa – algo absolutamente impensável dentro das normas de governo de El Supremo. O país está pronto para o desenvolvimento, que só não é pleno pelas taxas que Buenos Aires cobra para permitir a saída de seus produtos" (p. 9).

"O já citado e bastante conhecido Washburn, com a responsabilidade de representar no Plata o governo dos Estados Unidos, cultivava um particular ódio ao Paraguai: 'Por sua torpeza e cegueira junto com outros pecados, o povo paraguaio merece o completo exterminio que o aguarda. O mundo terá justo motivo para congratular-se quando não houver nele uma só pessoa que fale o endiabrado idioma guarani'" (p. 132).

"Mas, o grande criminoso dessa guerra é o Conde D'Eu, genro de Pedro II, que a partir de 1869 substitui o Duque de Caxias no comando do exército. A crônica de sua vilania tem aspectos mais rudes e selvagens. Ele mandou fechar o velho hospital de Peribebuy, mantendo no seu interior os enfermos – a maioria de velhos e crianças – e incendiá-lo. O hospital em chamas ficou cercado pelas tropas brasileiras que, cumprindo ordens desse louco príncipe louro, empurravam à ponta de baionetas para dentro das chamas os enfermos que milagrosamente tentavam sair da fogueira. Não se consegue

O trabalho escravo, tardiamente abolido, faria afluir as correntes imigratórias européias, que aumentam sobretudo no período que antecede à Primeira Grande Guerra. Se os imigrantes vão concorrer para o desenvolvimento agrário e industrial, também vão representar mudança cultural considerável com suas técnicas, seus costumes e reivindicações sociais.

Apesar desses fatores de progresso, a dívida externa cresce: em 1889 é de aproximadamente trinta milhões de libras, em 1910 quase noventa milhões e em 1930, 250 milhões.¹⁵

As primeiras décadas da República ajustam a economia brasileira aos interesses do comércio internacional. O Brasil adapta-se ao seu papel de semi-

na história da América do Sul, pelo menos, nenhum crime de guerra mais hediondo que esse. Incendiar um hospital e matar os enfermos! Queimar vivo velhos e crianças!

Pois as tropas aliadas, que cometeram tais crimes – os mais hediondos deles a mando do Conde D'Eu –, agiram por conta de governos que se esmeravam em apresentar ao mundo o Paraguai como o covil de bárbaros, a guerra como uma forma de redenção dos paraguaios das garras de Francisco Solano López! Nunca o crime de guerra andou tão intimamente ligado à calúnia, à infâmia e à mentira. Nunca se viu tanta vergonha na América" (p. 141).

"O genocídio está cometido: 75,75% do povo paraguaio estão mortos.

"99,50% dos homens adultos foram mortos no Paraguai" (p. 149).

15. Furtado, Celso. *Formação Econômica do Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Fundo de Cultura, 1961, pp. 210, 212, 216, 217. Material necessário para exemplar prova histórica.

"A grande acumulação de estoques de 1929, a rápida liquidação das reservas metálicas brasileiras e as precárias perspectivas de financiamento das grandes safras previstas para o futuro aceleram a queda do preço internacional do café, iniciada conjuntamente com a de todos os produtos primários em fins de 1929.

Dadas as características da procura do café, cujo consumo não baixa durante as depressões nos países de elevadas rendas, essa tremenda redução de preços teria sido inconcebível sem a situação especial que se havia criado do lado da oferta. Basta ter em conta que o preço médio pago pelo consumidor norte-americano, entre 1929 e 1931, baixou apenas de 47,9 para 32,8, centavos por libra. Acumularam-se, portanto, os efeitos de duas crises: uma do lado da procura e outra do lado da oferta. A situação favoreceu as organizações intermediárias no comércio do café, as quais percebendo a debilidade da posição da oferta puderam transferir para os produtores brasileiros a totalidade de suas perdas causadas pela crise geral" (p. 210).

"Dependendo, assim, fundamentalmente da estrutura da oferta, o preço do café atravessou o decênio dos anos trinta totalmente indiferente à recuperação que, a partir de 1934, se mantinha nos países industrializados. Após alcançar seu ponto mais baixo em alteração até 1937, para em seguida cair ainda mais nos dois últimos anos do decênio" (p. 212).

"É portanto, perfeitamente claro que a recuperação da economia brasileira, que se manifesta a partir de 1933, não se deve a nenhum fator externo e sim à política de fomento seguida inconscientemente no país e que era um subproduto da defesa dos interesses cafeeiros. Consideremos o problema sob outro aspecto. A acumulação de estoques de café realizada antes da crise tinha a sua contrapartida em débitos contraídos no exterior. Não existia, portanto, nenhuma inversão líquida, pois que se invertia dentro do país, acumulando estoques, se desinvertia no exterior contraindo dívidas. Tudo ocorreria como se o café acumulado tivesse sido comprado por firmas estrangeiras que, no seu próprio interesse, postergavam o transporte da mercadoria para fora do país. A acumulação de café financiada do exterior se assemelha portanto a uma exportação" (pp. 216-217).

colônia, que o professor Darcy Ribeiro chama de "atualização histórica" como expressão de um acomodar-se a uma situação que lhe é imposta de fora para dentro, em função de interesses que não são seus, mas que são assimilados por uma classe intermediária interessada na função serviçal.

A essa fase do capitalismo internacional, que se caracterizou pelos monopólios, pelo domínio do capital financeiro, pela exportação de capitais estrangeiros para as áreas periféricas, pela disputa de colônias e áreas de influências, é que se dá o nome de "imperialismo". Grandes capitais foram aplicados através de empréstimos aos governos latino-americanos, que pagavam altas taxas de juros. Sob esta nova situação criada pelo imperialismo, o Brasil teria que se recompor política, econômica e juridicamente.

"Já pouco antes da grande recessão iniciada em 1929, mas sobretudo a partir do início da segunda guerra mundial, o imperialismo econômico dos Estados Unidos da América se torna soberanamente hegemônico nos países latino-americanos, entre os quais, naturalmente, o Brasil. O aspecto dominante de sua penetração consiste no acaparamento de nossas principais e mais rendosas atividades econômicas, colocando-as na posição de simples elementos subsidiários dos grandes trustes e monopólios de âmbito internacional" ¹⁶

4º) período do neo-colonialismo multinacional

Um quarto período pode ser acrescentado a esse panorama histórico e ideológico, com o *neo-colonialismo multinacional*, contraparte integrante da formação sócio-cultural do capitalismo industrial e monopolista; processo civilizatório contemporâneo da revolução tecnológica industrial e consecutivo à revolução termo-nuclear: o século XX, a partir da década de 1940.

16. Prado Jr., Caio. *História Econômica do Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1986, p. 211.

QUINHENTOS ANOS DE BRASIL: A FRAGMENTAÇÃO DO PODER PRIVADO NAS METRÓPOLES BRASILEIRAS E O DIREITO CIVIL

Carlos Alberto Bittar Filho
Procurador do Estado de São Paulo
Doutor em Direito Civil pela FDUSP

Resumo:

Um fenômeno característico das grandes transformações sócio-jurídicas pelas quais vem passando o Brasil é a fragmentação do poder privado. Cuida-se da dissolução do poder incontestável outrora exercido por poucos no âmbito da família, no da propriedade imobiliária, no da residência e no do trabalho.

Abstract:

One of the most characteristic phenomena of the big social and legal changes with which Brazil is being faced is the shattering of the private power. It stands for the shattering of the absolute power exercised in the past by only a few people in the fields of the family, of the estate, of the residence and of the work.

Unitermos: poder privado; poder familiar; propriedade imobiliária.

Considerando-se que o dia 22 de abril do ano 2000 foi a data em que se celebrou os quinhentos anos do Descobrimento do Brasil, é fundamental que se faça a análise de um fenômeno que está modificando a face do País nos tempos atuais e suas relações com o Direito Civil: a fragmentação do poder privado nas metrópoles brasileiras.

Por poder privado se considerará a autoridade exercida, de maneira incontestável, no âmbito da família, da propriedade, da residência e do trabalho.¹

Do ponto de vista familiar, ocorreu no cenário metropolitano brasileiro uma imensa transformação.

1. A expressão "poder privado" acha-se consagrada por Victor Nunes Leal, em sua clássica obra *Coronelismo, Enxada e Voto* (Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997, 3ª ed., p. 40 *et passim*).

Com efeito, partiu-se de um modelo de família patriarcal,² que foi dominante até as primeiras décadas do século e deixou impressas suas marcas no texto original do Código Civil,³ para se chegar atualmente à concepção de família nuclear.

Reduziu-se o número de pessoas que vivem na mesma casa tipicamente a pais e filhos, desintegrando-se os antigos grupos familiares horizontalmente extensos.

Há uma tendência no sentido de que as mulheres saiam de casa, ganhando mais e mais espaço no mercado de trabalho e concorrendo de maneira sempre mais visível com os homens, inclusive em funções antes tradicionalmente masculinas e em cargos de alta projeção social.

Em tal contexto, torna-se cada vez mais forte a luta da mulher por profissões e cargos importantes, por remunerações expressivas e reconhecimento social.

É evidente que a independência funcional e financeira da mulher traria conseqüências profundas no âmbito da família.

A mais expressiva é, indubitavelmente, o maior peso de sua autoridade dentro da família, fato que conduziu à contestação da superioridade masculina nas relações domésticas.

Tão grande tem sido o impacto da luta da mulher pela igualdade que o legislador constitucional a consagrou expressamente no art. 5º 1, e no art. 226, § 5º da Constituição Federal, de 1988.

Já os filhos, em virtude dos movimentos de emancipação – muitos dos quais resultantes de influências externas –, estão tendo um papel decisivo nas relações familiares, perdendo o caráter passivo que lhes era reservado no passado.

2. Como bem explica Sérgio Buarque de Holanda (*Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995.):

"Nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica. Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica" (p. 80).

"Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho Direito Romano-Canônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização" (p. 81).

"Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania" (p. 82).

3. Sobre isso, veja-se Carlos Alberto Bittar Filho, *Pátrio-Poder. Regime Jurídico Atual*, in RT 676, fevereiro de 1992, p. 80.

Sobre o processo de modificação da família, escreveu com precisão Carlos Alberto Bittar:

“Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas.

Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não-casados), em especial nos grandes centros urbanos.”⁴

Além dessas modificações radicais havidas na organização familiar, outras não menos importantes podem ser apresentadas:

- a. a utilização, cada vez mais comum, da separação e do divórcio;
- b. a diminuição progressiva dos matrimônios tradicionais e o aumento das uniões estáveis;
- c. o crescimento do número de entidades familiares constituídas por apenas um dos pais (muitas vezes, pela mãe) e seus descendentes.

Todos esses fatores estão destruindo as bases sobre as quais se apoiava a família patriarcal, fragmentando-se a *patria potestas*.

Atualmente, o poder familiar, nas grandes cidades brasileiras, está mais e mais dividido entre o homem e a mulher, com a participação crescente do papel dos filhos nas decisões.

No que se refere à questão da propriedade, há que se destacar o tema da propriedade dos bens imóveis.

Sob esse aspecto, observa-se, nos centros metropolitanos, o desaparecimento dos imóveis quase-rurais que antigamente lhe caracterizavam a paisagem. Cite-se, por exemplo, a Cidade de São Paulo:

4. Novos Rumos do Direito de Família, in *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 3.

Sítios e pomares de chácaras disputavam a colocação no pequeno comércio de rua em São Paulo. (...) No espaço urbano, estavam delimitados os pomares das chácaras e, precariamente abertos, terrenos devolutos e posses de roçadas volantes. Uns alimentavam quitandas e doces de sinhás donas; outros, o pequeno comércio de vinténs.”⁵

O crescimento desordenado das metrópoles, aumentado pelo êxodo rural e pela valorização do setor terciário da economia, causou a especulação e a divisão da terra urbana.

A conseqüência desse fato é a desconcentração da propriedade da terra urbana, a qual, nos limites da cidade, está sendo detida por um número cada vez maior de pessoas.

As antigas áreas rurais das metrópoles são rapidamente compradas e divididas, de maneira que se fragmenta o poder antes exercido por poucos sobre o solo urbano (a respeito do parcelamento do solo urbano, v. a Lei Federal n. 6.766/79).

Ademais, a reserva de valor baseada na terra urbana é hoje prática de risco, tendo-se em conta as invasões efetuadas por grupos de pessoas excluídas e também a punição legal prevista pelo princípio da função social da propriedade (Constituição Federal, arts. 170, II, e 182, §§ 2º e 4º).

Ainda no âmbito residencial se pode ver a fragmentação do poder privado, em virtude da verticalização das metrópoles, do aumento populacional e da grande necessidade de espaço.

É aqui que se incluem os condomínios de apartamentos, vinculados ao regime da propriedade horizontal.⁶

O poder incontestável no passado exercido pelo patriarca sobre sua própria residência perde totalmente o sentido nessa nova ordem.

Pois bem, o poder privado sobre a unidade residencial é limitado, no edifício, por normas e disposições contidas na Convenção do Condomínio e no Regulamento Interno (Lei Federal n. 4.591/64, art. 9º).

5. Maria Odila Leite da Silva Dias, *Quotidiano e Poder em São Paulo no Século XIX*, 2ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1995, p. 237.

6. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio, Forense, 1970, v. IV, p. 143.

O exercício do poder, no condomínio, é fracionado entre:

- a. o síndico – responsável pela administração interna da edificação, no que tange à vigilância, à moralidade e à segurança, como também aos serviços que interessam a todos os habitantes, podendo mesmo ser pessoa física ou jurídica estranha ao condomínio (Lei Federal n. 4.591/64, art. 22, § 1º *b*, e § 4º) –;
- b. subsíndicos – cuja eleição poderá ser prevista pela Convenção (Lei n. 4.591/64, art. 22, § 6º) –;
- c. Conselho Consultivo – o qual é o órgão consultivo do síndico, ajudando-o na solução dos problemas que se refiram ao condomínio (Lei n. 4.591/64, art. 23) –;
- d. Assembleia dos Condôminos – órgão de caráter deliberativo, no qual os votos são proporcionais, em geral, às frações ideais do terreno e partes comuns (Lei n. 4.591/64, art. 24, § 3º).

Do ponto de vista das atividades profissionais, visível é a fragmentação do poder privado, a qual se manifesta de duas maneiras:

- a. por meio da multiplicação dos contratos de trabalho – que são caracterizados pelo poder de direção do empregador (composto pelo poder de organização da atividade, pelo poder de controle das tarefas dos empregados e pelo poder disciplinar, em conformidade com Amauri Mascaro Nascimento)⁷ –;
- b. por meio do aumento das sociedades civis e comerciais (principalmente as anônimas e as de responsabilidade limitada).⁸

Tais fenômenos estão associados às mudanças pelas quais as metrópoles brasileiras estão passando, de centros industriais a centros de prestação de serviços.

7. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 9ª ed., São Paulo, Ltr, 1983, pp. 128-131.

8. Francisco José de Oliveira Vianna, *História Social da Economia Capitalista no Brasil*, Belo Horizonte: Itatiaia; Rio: Universidade Federal Fluminense, 1987, v. 1, pp. 239-240.

Nessas cidades, simplesmente desapareceram as primitivas organizações economicamente fechadas, dedicadas às atividades agropecuárias e artesanais, ou *oikos*.⁹

Com relação ao poder dentro da sociedade comercial, pode haver sociedades limitadas organizadas de maneira simples ou mais sofisticadas, que adotem, por exemplo, órgãos semelhantes aos existentes nas sociedades anônimas.¹⁰

No que diz respeito às sociedades anônimas, o poder está dividido entre os seguintes órgãos (Lei Federal n. 6.404/76, arts. 121 e ss.):

- a. Assembléia Geral (deliberativa);
- b. Conselho de Administração (colegiado);
- c. Diretoria (representação da companhia);
- d. Conselho Fiscal.

É mister não-olvidar que, nas sociedades anônimas, há o fenômeno da separação entre a propriedade das ações, que representam o capital social, e o poder de direção ou, na expressão inglesa, *the splitting of the property atom*.¹¹

São Paulo, junho de 2000.

Bibliografia

- BITTAR, Carlos Alberto. Novos Rumos do Direito de Família. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio Poder. Regime Jurídico Atual. In: *RT 676*, fevereiro de 1992, pp. 79-84.
- DIAS, Maria Odila Leite da Silva. *Quotidiano e Poder em São Paulo no Século XIX*. 2ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1995.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

9. Francisco José de Oliveira Vianna, *ibidem*, pp. 133-149.

10. Rubens Requião. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1985, v. 1, pp. 334-335 e 361.

11. Francisco José de Oliveira Vianna, *ibidem*, p. 80.

- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: Ltr, 1983.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio: Forense, v. IV. 1970.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1985.
- VIANNA, Francisco José de Oliveira. *História Social da Economia Capitalista no Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; Rio: Universidade Federal Fluminense, v. I, 1987.



Caravelas portuguesas aportam em terras brasileiras

500 ANOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL

Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub
Mestrando pelo Departamento de Direito do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O assunto diz respeito à assistência judiciária no Brasil, desde o seu descobrimento até os dias atuais, numa abordagem jurídica e histórica.

Abstract:

The subject is about legal aid in Brazil, since its discovery until today, in a historical and legal approach.

Unitermos: assistência judiciária; contexto histórico-jurídico brasileiro.

De 1580 a 1640, Portugal e Espanha tiveram um mesmo rei, Felipe II. Camões explica bem essa transição, pois ao morrer em 1580 disse *“não me contentei em morrer pela minha Pátria, mas com ela”*. Assim o embasamento jurídico da assistência judiciária no Brasil teve origem nas Ordenações Filipinas, as quais vieram a substituir as Ordenações Manuelinas em 1603. Como o rei Felipe II era filho de mãe portuguesa (o pai era espanhol), a primeira língua que lhe foi ensinada foi o português. Logo, o rei teve certa complacência em relação à elaboração do ordenamento jurídico de Portugal. Mas certas questões não-regionais que constavam das Ordenações tiveram de ser vinculadas ao ordenamento português.

No Brasil, as Ordenações Filipinas vigoraram até 1917 (entrada em vigor do Código Civil, de Clóvis Beviláqua, apesar de que em numerosos artigos do Código há a influência direta dessas Ordenações). Sobre a assistência judiciária, o Livro III, Título 84, § 10, da Lei de 1823 (embasada nas Ordenações Filipinas) especifica:

1. Trabalho feito como bolsista da FAPESP (iniciação científica).

"Em sendo o aggravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde paga o aggravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o aggravo.

Oriundo das Ordenações Filipinas, o princípio da gratuidade dos serviços advocatícios, nas causas cíveis e criminais, veio a garantir a igualdade de condições dos pobres em juízo.

Contudo, esse amparo legal aos necessitados não era de cunho processual, ou seja, como pressuposto de um devido processo legal. A assistência estava pautada em princípios cristãos de caridade.

Fato marcante em nossa História consistiu na nomeação, em 1871, pela Alçada Régia, do dr. José de Oliveria Fagundes, advogado da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, para a defesa dos 29 inconfidentes, entre eles Joaquim José da Silva Xavier, o alferes Tiradentes. Isso frente à impossibilidade da constituição de defensor, mesmo pelos inconfidentes com posses.

O instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 1870, veio a instituir a assistência judiciária, assim como a Câmara Municipal da Corte (1880-1884). Foi finalmente sancionada pelo Código Civil, de 1917, e assim implementada nos Estados mais importantes, dentro dos Estatutos Processuais Estaduais.

Com o advento da Constituição Federal, de 1934, a assistência judiciária foi recepcionada pelo texto constitucional no art. 113, n. 32, no contexto dos Direitos e Garantias Individuais. Dizia o referido artigo:

"A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos."

Nesse caso, o legislador constituinte teve a preocupação com a *efetividade* da assistência como forma de obtenção de Justiça e isonomia, mediante a previsão da criação de órgãos especiais. Uma das funções do Estado era constitucionalmente prevista como assistência judiciária, isso até o advento da Constituição Federal de 1937, quando a assistência não foi recepcionada pelo texto constitucional.

Em 1946, segundo o contexto social-democrata vigente na época, a assistência judiciária foi novamente recepcionada pela Constituição brasileira, mais precisamente no art. 141, que dizia:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§ 35 O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados."

Como vimos, trata-se o parágrafo citado de uma norma de eficácia contida, já que foi necessária a elaboração da Lei n. 1.060/50, que veio a estabelecer "*normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.*"

No âmbito dos Direitos e Garantias Individuais da Constituição, de 1967, no art. 150, § 32, foi abordada a assistência judiciária, assim como na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que na realidade consistiu numa Constituição outorgada, no art. 153, § 32, que especificava:

"será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei."

Finalmente, na Constituição de 1988 (no que diz respeito à competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, no art. 24, inciso XIII, são inclusas como matérias legislativas a assistência jurídica e a defensoria pública), art. 5º inciso LXXIV houve uma previsão mais ampla englobando a assistência judiciária:

o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"

A Lei n. 1.060, de 05.02.1950, não é a primeira lei brasileira a respeito da assistência judiciária aos necessitados; haja vista que o Código de Processo Civil, de 1939, já abordava essa forma de amparo estatal (grande parte dos artigos relacionados à assistência judiciária foram repassados para a Lei n. 1.060/50). Uma

das características da Lei n. 1.060/50, promulgada na vigência do Código de 1939, é formatação um tanto quanto emendada.

Sendo exceção ao princípio de que cabe à parte sucumbente arcar com honorários e custas processuais, vigente atualmente, essa não era a regra à época de 1939 ou 1950, onde, em alguns casos, outrossim especificados em lei (como no caso em que ação decorresse de culpa ou dolo da parte, ou mesmo nos casos de extinção da ação sem o julgamento do mérito, conhecido como absolvição de instância pelo Código de 1939), a condenação da sucumbência não era a regra.

Em 1964 foi emendado o Código de 1939 e a sucumbência passou a ser generalizada. Em 1973, com o Código de Processo Civil atual, esse ônus da sucumbência permaneceu regra. A especificação da Lei n. 1.060 no sentido de limitar os honorários advocatícios em 15%, dessa forma, não constitui arbitrariedade com o escopo de fixar um patamar inferior de renda ao advogado do beneficiário da assistência judiciária, que seria de 10 a 20% do valor da causa, pois em 1950 não havia generalização, tampouco parâmetros.

Segundo o art. 2º da Lei de Assistência Judiciária:

"Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho" (grifo nosso)

E, de acordo com o parágrafo único:

"Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (grifos nossos)

Antes era necessária uma prova de que o beneficiário fosse realmente pobre, mediante atestado de pobreza. Hoje basta uma simples declaração, segundo simplificações oriundas de emendas a artigos da lei relacionadas à requisição de gratuidade. A Constituição Federal, de 1988, previu um conceito novo em conta dessa questão ao prever a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Seria concedida pelo juiz a gratuidade processual, no âmbito da Justiça gratuita, e a isenção de despesas. O termo constitucional é mais amplo do

que o conceito da assistência judiciária contido na Constituição Federal, de 1969. O conceito de assistência jurídica da Constituição, de 1988, englobaria, inclusive, a consultoria e a atividade jurídica extrajudicial (a assistência abrange a fase pré-processual).

O beneficiário assistido está, por exemplo, isento do pagamento de qualquer perícia, independentemente de quem a tenha realizado, pois não haveria distinção *entre peritos das partes e perito judicial, pois sua nomeação pelo Juízo torna tal atividade munus público a que o profissional liberal está sujeito* (JTJ 143/177).

Com relação ao benefício dado a estrangeiros residentes no País, há tratados específicos com alguns países, firmados por meio de acordos de reciprocidade, na prestação de assistência judiciária. Nesses países, mediante o tratado, há o direito assistencial equiparando-se o brasileiro ao nacional (desde que no Brasil se faça o mesmo). São Estados que firmaram tratados com o Brasil nesse sentido: Argentina (D. 62978/68); Bélgica (D. 41908/57); França (D. 91207/85); Holanda (D. 53923/64). As designações em diversos países, em relação à assistência judiciária incorporada às legislações peculiares, variam quanto à definição, mas o escopo continua sendo sempre muito análogo, devido à influência histórica (*Armenrecht, Assistance Judiciaire, Legal Aid, Defesa de Pobre*).

Logo, o conceito de assistência judiciária consiste num auxílio (serviço jurídico prestado aos pobres gratuitamente) prestado em juízo perante o Judiciário. Assistência jurídica englobaria todo serviço jurídico prestado por advogado. Assim, não seria somente uma mera gratuidade processual que é garantida por lei, mas também uma assistência técnica prevista na Constituição Federal. Os benefícios da assistência judiciária englobam todos os atos processuais, em todas as instâncias (art. 9º da Lei de Assistência Judiciária).

Segundo o art. 4º da Lei n. 7.510/86 (que veio complementar a Lei n. 1.060/50), basta a afirmação na petição inicial em referência à falta de condições. O juiz teria 72 horas para indeferir ou deferir o pedido *"prima facie"*

Diz o § 1º desse artigo:

"Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais"

Esse dispositivo tende a evitar a utilização desse benefício de maneira errônea ou maliciosa, segundo um critério de sanção meramente econômica, mesmo tendo havido um incidente de falsidade declaratória. Caso não haja estipulação em contrário, a decisão concedente do benefício tem eficácia *ex tunc*, retroagindo à data da propositura da ação.

E, segundo o § 2º do mesmo artigo:

A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados"

Ora, essa não, suspensividade é essencial à manutenção do escopo do benefício, já que a suspensão do benefício poderia acarretar o óbice total da parte beneficiada em prosseguir no processo.

Há uma Ementa do Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido:

Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário" (STJ, 3ª T. R. Esp. 1009-SP, j. 24.10.89, rel. min. Nilson Naves in RSTJ 07/414, março/90). Segundo Pontes de Miranda, caso o juiz da causa negue o benefício ao necessitado, haverá uma "*infração de direito líquido e certo*" (não-dependendo de prova o estado de necessidade), podendo-se ingressar em Juízo com mandado de segurança.

O art. 12 da Lei n. 1.060/50 prevê:

A parte beneficiada pela isenção de pagamento de custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita"

Essa previsão não foi recepcionada pela Constituição Federal, de 1988. Isso porque a Constituição Federal, de 1988, em seu art. 5º inciso LXXIV, diferentemente da Constituição Federal, de 1969, art. 153, § 32, não se reporta à lei infraconstitucional (STJ, relator ministro Adhemar Maciel, RT 729/159). Mas há jurisprudência contrária à do STJ (LEX 37/94-95, RJTJSP 125/262, RT 688/130, JTJ 170/181).

Cotejando-se o parágrafo único do art. 263 do Código de Processo Penal, que diz:

“O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz”

Assim, segundo esse aspecto, da mesma forma que um réu revel amparado pelo benefício da assistência judiciária deve pagar pelo serviço a ele prestado caso tenha condições, no ínterim de cinco anos, o beneficiado deveria arcar com as despesas públicas despendidas, caso sua situação econômica permitisse (pois haveria um desvirtuamento do benefício se pessoas, com condições para constituir advogado ou defensor, fossem assistidas por defensor público, ou mesmo reembolsar os gastos públicos, caso situação posterior de até cinco anos permitisse).

Contudo, quando a Constituição vem a garantir esse tipo de assistência, não significa que necessariamente caberá ao Estado verificar a comprovação da insuficiência de recursos, podendo ter um crivo mais flexível nesse aspecto. A Constituição Estadual de São Paulo utiliza a expressão *“aos que declararem insuficiência de recursos”*

Foi no Estado de São Paulo, inclusive, em 1935, onde se formulou o primeiro serviço estatal de assistência judiciária do Brasil, com a remuneração de advogados que exerciam esse múnus público. A Constituição Federal, de 1937, não acolheu o tratamento constitucional dado à assistência judiciária, retornando somente ao texto constitucional em 1946, num contexto social mais ligado à democracia e aos direitos individuais.

É preciso ressaltar que aquilo que aparenta ser uma quantia irrisória, tal como o preço de uma cópia autenticada, pode vir a ser um ônus insuportável à determinadas pessoas pobres. E, ainda, o fato da pessoa possuir algum bem (como, por exemplo: uma linha telefônica, um automóvel ou mesmo uma casa própria), não afasta sua situação de hipossuficiência de recursos, tendo aquele que presta a assistência jurídica que verificar caso a caso, assim como caberá ao juiz, que conhecendo a lei (*iura novit curia*) concederá gratuidade processual, envolvendo todas as isenções necessárias. Isso porque não seria plausível que essa pessoa devesse vender seu bem (como casa, carro ou telefone, amealhados ao longo da vida) para custear os encargos processuais. Aquilo que realmente deve ser aferido consistiria na renda fixa e gastos gerais; se há prejuízo real do sustento do indivíduo.

Há, inclusive, acórdão (RT 686/185) tratando do assunto da atividade ou cargo exercido pelo interessado, ligado então aos emolumentos, pelo interessado no benefício; deve haver uma impugnação à essa miserabilidade alegada, em relação à presunção de tratar-se de pessoa pobre (tendo em vista que acaso a parte contrária não-impugne o pedido de assistência jurídica, fatalmente a concessão do benefício será aprovada pelo magistrado). E na RT 678/88, que trata da questão do proprietário de poucos bens, que mesmo tendo posses, ainda assim pode ser sujeito dos benefícios assistenciais.

Entretanto, mesmo em relação à declaração de insuficiência de recursos, cabe não-só ao juiz analisar a concessão do benefício, como poderá a parte contrária impugnar essa concessão. Um sujeito que, por exemplo, não possui bens em seu nome, mas possui uma renda mensal vultosa, não poderá vir a ser beneficiário dessa gratuidade.

Inobstante, no caso de uma viúva que possua dois ou três imóveis, garantindo seu sustento, não poderá ser taxada de abastada e insuscetível de ser beneficiária da assistência judiciária gratuita e integral. O patrimônio deveria ser tão-somente um sinal evidente e indubitável de riqueza. Negando o magistrado a gratuidade nesse caso, caberia normalmente recurso. Um critério objetivo não solucionaria a questão, mesmo porque se fundamentando em nove salários mínimos, por exemplo, poderia ainda haver pessoas sem gasto algum, como um estudante de renda mensal de nove salários mínimos que estaria objetivamente sujeito ao benefício, mas no caso concreto seria descabido.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, Editora R.T., 1989.
- BOBBIO, Norberto; em conjunto com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de Política*. 5ª ed., Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Ed. Almedina, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro (cooperação de Bryant Garth). *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

- FERENCZY, Peter Andreas. *Considerações sobre aspectos da evolução da defensoria pública, diante da legislação, da jurisprudência e da doutrina, desde a CF de 1988 até 6/1993*. São Paulo, R.T., 84(722):75-83, dez., 1995.
- LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva. A comprovação da insuficiência de recursos para concessão da assistência jurídica gratuita, *R. de Processo*, São Paulo, 16(62):268-77 abr/jun., 1991.
- MORAES, Humberto Penã de. Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à Justiça no Estado Democrático. *In: Participação e processo*. São Paulo, Ed. R.T., 1988.
- PINHEIRO, Eduardo Bezerra. *Breves observações acerca da Lei n. 1.060/50*. São Paulo, R.T., 85(733) 94-108, nov., 1996.
- PINTO, Robson Flores. A garantia constitucional de assistência jurídica estatal aos hipossuficientes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas*, São Paulo, 1(3):101-19,abr/jun., 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

ORDEM E PROGRESSO: ORIGEM E SIGNIFICADO DOS SÍMBOLOS DA BANDEIRA NACIONAL BRASILEIRA

Wolf Paul¹

Professor Titular da Universidade de Johann Wolfgang Goethe

Resumo:

Este é um trabalho em que o autor aborda as impressões dos heráldicos e seus significados, das grandes repúblicas do mundo, incluso o tema inserido na bandeira brasileira "ordem e progresso" além de detalhar o significado dos símbolos que nela existem.

Abstract:

With this work, the author approaches the impressions of the heraldic ones and its meanings, of the great republics of the world, included the theme inserted in the Brazilian flag "ordem e progresso" besides detailing the meaning of the symbols that exist in it.

Unitermos: heráldicos; símbolo; significados.

I. Impressões e Significado Heráldicos

A *Bandeira Nacional*, símbolo evidente da República Federativa do Brasil,² possui um *design astronômico* e se destaca em sua exclusiva forma heráldica. Proclama em letras verdes, inscritas sobre a tarja branca, as palavra-símbolo do batismo da República: "*Ordem e Progresso*" Essa divisa do republicanismo brasileiro se opõe claramente ao lema distintivo do republicanismo francês que, através da Bandeira Tricolor, enfatizava: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade!* Quanto à estampa da Bandeira, também não contém nada do estilo

1. Professor Titular de Teoria e Metodologia do Direito e Direito Comparado da Universidade "Johann Wolfgang Goethe" de Frankfurt, Alemanha.

2. Sobre as bases históricas ver: Governo Provisório, Decreto n. 4, de 19 de novembro de 1889. Em: Agenor de Roure, *A Constituinte Republicana*, Volume Primeiro, Cap. XI: A Bandeira Nacional, Rio de Janeiro 1920, pp. 364-381; Raimundo Olavo Coimbra, *A Bandeira do Brasil*, Rio de Janeiro, 1972; Milton Luz, *A História dos Símbolos Nacionais*, Brasília, 1999.

européu, nem do modelo americano. Tanto as cores como as formas da Bandeira Nacional brasileira diferem totalmente dos simbolismos republicanos dos grandes movimentos revolucionários da era liberal.

O *design* da Bandeira brasileira aparece extraordinário e excepcionalmente belo: um globo azul, preenchido por estrelas, abraçado por uma faixa branca com sua legenda; estes por sua vez, encontram-se suspensos em um losango amarelo reluzente sob um fundo da Bandeira de cor verde-esmeralda uma fantástica pintura, admirável por sua singularidade.³ Associação imediata do contemplado universo tropical, do planeta azul e das estrelas do firmamento; dos espaços branco-azuis de luz e mar, do continente verde-amarelo, as cores das suas

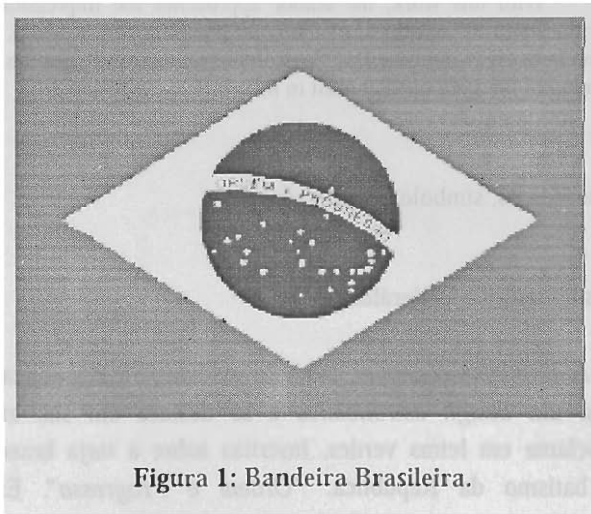


Figura 1: Bandeira Brasileira.

florestas e do seu solo. Cores tropicais para uma nação tropical. O verde significa, no entender comum, a rica vegetação e o amarelo o tesouro de ouro no seu solo, promessas de riqueza e sonhos do futuro para todos aqueles, que vieram povoar este imenso País.

O significado das cores encontra nos atributos heráldicos seu complemento.⁴ As referências históricas predominam. A *Bandeira Nacional*, que

3. Cf. Rubens de Azevedo, *A Bandeira Nacional*. Suas cores, seu desenho, sua história, suas estrelas, seu culto, 3ª ed. Fortaleza 1988.

4. Raimundo Olavo Coimbra, *Contexto Histórico*, op. cit. (nota n. 1), pp. 307 e ss.

hoje desfralda nos mastros do País ou é agitada nos estádios de futebol, não sofreu quase nenhuma alteração em relação à Bandeira da chamada *Velha República*, é dizer da 1ª República, que no ano de 1889 pôs fim a monarquia e mandou o imperador D. Pedro II embora do País. A Bandeira nos faz recordar este acontecimento. Mas não, somente este. Ela declara tanto os velhos quanto novos tempos, simbolizando passado e presente, continuidade e rompimento da história do Brasil. A composição de cores e das formas geométricas, e mesmo as estrelas que nela figuram, são réplicas da primeira Bandeira Nacional brasileira, a *Bandeira Imperial do Brasil* de 1822, que tem servido ao descendente da Casa Real Portuguesa, o então imperador *D. Pedro I*, para proclamar a independência do Brasil de Portugal, declarando, por conseguinte, o fim de trezentos anos de colonização, ou seja da era colonial. O globo azul nos traz à memória passagens da história brasileira de um passado ainda mais remoto: a época do descobrimento do Brasil. A esfera faz alusão, mesmo que em pequeno formato, à "Esfera Armilar Manuelina" que fora o símbolo central da *Bandeira do Principado do Brasil*, no ano de 1645.

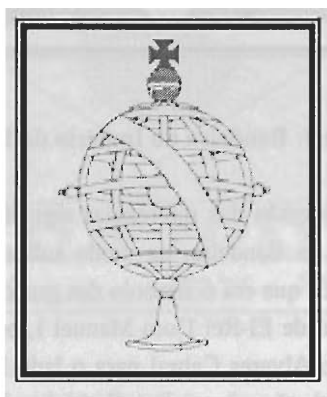


Figura 2: Bandeira do Principado do Brasil de 1645.

Em contrapartida, o grande formato do globo atual é considerado como uma nova criação heráldica, baseado no espírito da República, assim como também todo o cenário de estrelas e a faixa elíptica branca, que circula a esfera, contendo os dizeres: "Ordem e Progresso". Todas as insígnias específicas da tradição monárquica-cristã foram retiradas da calota: os emblemas imperiais, esfera armilar, coroa do rei, respectivamente do imperador, brasão, escudo, coroa de

estrelas, cruz de Cristo, inclusive o ramo de café fertilizado e o ramo de tabaco, símbolos da riqueza das Casas Grandes, que circulavam o Brasão Imperial de 1822. O progresso do Brasil, segundo o criador da Bandeira Republicana, Raimundo Teixeira Mendes⁵ não se encontra mais caracterizado na plantação de tabaco ou de café, mas na indústria, ou seja na exploração e industrialização dos abundantes tesouros naturais do País, simbolizados pelo verde-amarelo, que foram então conservados.

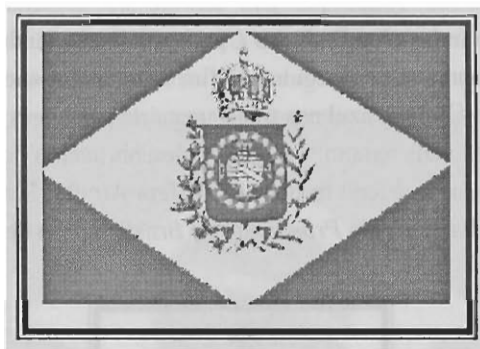


Figura 3: Bandeira do Império de 1822.

Apesar da supressão das referências sigmáticas originárias, os sinais da velha ordem ressurgem na Bandeira, de modo sublime: na forma esférica do globo a esfera armilar náutica que era o símbolo das grandes navegações marítimas, baseada na Bandeira Pessoal de El-Rei Dom Manuel I, o Venturoso, que enviou o descobridor do Brasil *Pedro Alvares Cabral* para o lado leste do oceano. Também pode-se reidentificar, indubitavelmente, através do branco-azul do globo, as cores do Império colonial lusitano e, na parte central, no desenho de estrelas representando o Cruzeiro do Sul, o símbolo do Cristianismo.

Todavia, a intenção dos criadores da Bandeira, quanto à representação do céu estrelado, não era de estabelecer no Brasil, um marco de continuidade da fé na ordem cristã. Ocorre que esses consultaram o astrônomo Manuel Pereira Reis⁶ a

5. A Bandeira Nacional. Diário Oficial, República dos Estados Unidos do Brasil, n. 323 de 24.11.1889.

6. Professor de Astronomia da Escola Politécnica do Rio de Janeiro.

respeito do aspecto do céu na cidade do Rio de Janeiro, na manhã de 15 de novembro de 1889, na hora da Proclamação da República e projetaram-no na Bandeira. De acordo com informações do *Diário Oficial*, as constelações que figuram na Bandeira são totalmente visíveis no Rio de Janeiro, todos os dias 15 de novembro, às 8 horas e 30 minutos da manhã. Estas começam a desaparecer primeiramente com o Sírius, entre 9 e 10 horas. Somente o Cruzeiro do Sul, que às 8:36 horas alcança seu ponto mais alto, é que permanece durante todo tempo, nesta data tão memorável. O momento da Proclamação da República deve ser apreciado e revivido de modo original, todos os anos, como um verdadeiro espetáculo celeste real.

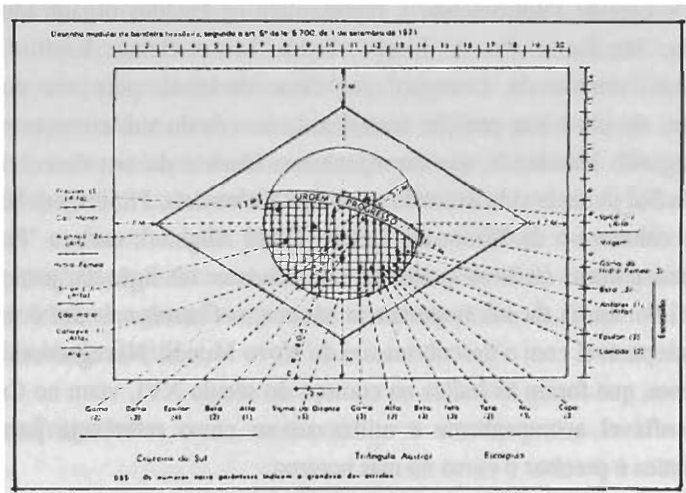


Figura 4: Modular da Bandeira Brasileira de acordo com a Lei n. 5.700 de 01.09.1971

Assim queriam os criadores da heráldica de estrelas, mesmo que sua intenção tenha sido desmentida pela realidade empírica, pois, devido à projeção invertida da imagem do céu no globo azul, e levando-se em conta questões estéticas, simplificação e estilização, ocasionou-se uma ilusão de óptica. Nesse caso, Raimundo Teixeira Mendes foi forçado a declarar publicamente, que no feito da

Bandeira não pode ser levada em consideração uma astronomia exata.⁷ A bela composição das estrelas do Sul: Escorpião, Virgem, Cruzeiro, Oitante, Cão e Navio, que na verdade é uma reprodução da uranografia feita por Johannes Hevelius em 1690, representa assim um "céu idealizado" cuja contemplação se traduz numa experiência poética. No total figuram 21 estrelas no céu da Bandeira Nacional original, que representam, respectivamente, os Estados Federais.⁸

II. Crux Australis - Símbolo da saudade

No centro da esfera figura-se o *Cruzeiro do Sul*. Suas cinco estrelas: Alfa ("Estrela de Magalhães"), Beta ("Mimosa"), Gama ("Rubídea"), Delta ("Pálida") e Epsilon ("Intrometida"), representam os Estados organizados por sua importância: São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Minas Gerais, Espírito Santo. O prestígio astronômico do Cruzeiro⁹ foi fator decisivo, pois era considerado antigamente, devido à sua posição centralizada no céu do sul, como estrela-guia e destino. Segundo Humboldt, que acompanhou a história do seu descobrimento. O Cruzeiro do Sul já havia sido avistado na antiga Alexandria, Plinius, em homenagem a Augusto, chamava-o de "Trono de César"; Dante Alighieri, em seu "Purgatório" admirava-nos *quattro stelle* as quatro virtudes divinas: inteligência, justiça, força e moderação. Por causa da sua importância náutica, o *Cruzeiro do Sul* é relacionado de modo inseparável com o descobrimento do Novo Mundo. Navegadores espanhóis e portugueses, que foram às Índias no começo do século XVI, viam no Cruzeiro do Sul um confiável acompanhante e utilizavam-no como referência para medir a latitude náutica e precisar o curso no mar noturno.

Em geral, todos os navegadores que viajavam pelos mares na direção do Equador para o sul, no período compreendido entre os séculos 15 até 17, deveriam ter conhecido o Cruz Australis. O Cruzeiro do Sul é reconhecido e exaltado pura e simplesmente como a Estrela portuguesa por excelência por diversos

7. Artigo de 03.06.1890, em: Apostolado Positivista do Brasil (org.), Coletânea: A Bandeira Nacional, 1921, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1958, pp. 14 e ss.

8. Entretanto o número de estrelas na Bandeira Nacional tem sido atualizada e monta em 27. "Os novos Estados da Federação passam a ser representados por novas estrelas; e são suprimidas da Bandeira Nacional as correspondentes aos Estados extintos" (Lei n. 8.421, de 12 de maio de 1992).

9. Cf. Rubens de Azevedo, *op. cit.* (nota n. 2), pp. 72-76; Raimundo Olavo Coimbra, *Descrição Analítica* (nota n. 1), pp. 330-335.

motivos: devido à sua primeira completa descrição feita no ano de 1506, através dos capitães portugueses João de Lisboa e Pedro Anes, na latitude do mar de Cochim; além do mais, por causa da sua primeira classificação, feita pelo astrônomo português Agostinho Royer, no ano de 1679, também é de forma ressaltada, através da enaltação na grande epopéia de "*Os Lusíadas*" escrita por Luiz Vaz de Camões na época das grandes descobertas portuguesas.

No ponto central do céu da nova Bandeira Republicana figura como *astro do destino* do Brasil, que um dia guiou os argonautas portugueses, a procura de terras ultramarinas desconhecidas, diretamente ao Brasil. O Cruzeiro é considerado como símbolo da procedência do sangue e sentimento dos lusitanos. Ele simboliza a origem do País no descobrimento pelos portugueses, assim como a lembrança de descendência da estirpe portuguesa, nas suas raízes e cultura. A contemplação do Cruzeiro do Sul desperta no brasileiro de hoje um sentimento muito especial, que também é um legado cultural oriundo dos portugueses: a *saudade*,¹⁰ o anseio por realizar as esperanças e sonhos de um futuro melhor, promessa da estrela mais distante e ao mesmo tempo anseio romântico pelo desconhecido. "Se mais mundo houver, lá chegará" assim celebra Camões em "*Os Lusíadas*" a saudade dos navegadores e daqueles que buscavam novos mundos, novas fronteiras. Os brasileiros percebem o encanto destas palavras. Além do mais, estas palavras poéticas encontram-se gravadas em monumentos de pedra, na *Praça de Portugal* de diversas cidades do Brasil.

III. Ordem e Progresso

Dentre as sete constelações desenhadas na Bandeira, o Cruzeiro do Sul é considerado como o mais expressivo símbolo da saudade e esperança. No total foi configurado um firmamento estrelado que, estendido por sobre o vasto horizonte do Rio de Janeiro, retratava toda a dimensão do hemisfério: desde a Oitante do sul até a Virgem do norte, espelhando assim a gigantesca extensão geográfica que se alonga sobre a União brasileira, do Sul do Continente até o Equatorial Norte. Na visualização do conjunto como um todo não se circunscrevem somente os nexos geográficos, mas também, o despertar de sonhos de poder, de espaços para fantasias

10. Eduardo Lourenço, *O Labirinto da Saudade. Psicanálise Mítica do Destino Português*, Lisboa, 2ª ed. 1982.

astrológicas e, além do mais, a abertura de perspectivas para realização das grandes metas da nação.

As metas nobres, ou seja os objetivos maiores da nação estão resumidos na fórmula "Ordem e Progresso" que se encontra proclamada na faixa branca atravessada como divisa da nova era. Esta frase é o lema da República brasileira na forma de veredito filosófico e credo político. *Ordre et Progrès*, fórmula conhecidíssima da filosofia política de Auguste Comte,¹¹ é, como inscrição na Bandeira, um reconhecimento expresso e a profissão pública da fé do Estado Republicano no cientificismo moderno, cujas verdades indicam um caminho seguro para o aperfeiçoamento civilizatório da sociedade. Segundo Comte,¹² esta fórmula demonstra "irrevogavelmente, que o progresso representa, da mesma forma que a ordem, um dos requisitos essenciais da civilização moderna" O politólogo alemão Iring Fetscher¹³ observa que, com a sublevação da sagrada fórmula do positivismo na posição de símbolo do Estado, significa que "no Brasil a religião comtiana, denominada 'Religião da Humanidade' torna-se então, a religião oficial do Estado".

O globo e as estrelas-símbolos entende-se como afirmação dos dizeres contidos na faixa da Bandeira. Aparentemente o dogma da religião positivista figura na Bandeira como uma mensagem das estrelas: a harmonia das constelações proclamaria a ordem das coisas, que também deve ser observada na terra pelos seres humanos. À ordem física do céu corresponderia a ordem física da sociedade. Na fórmula 'Ordem e Progresso' deve ser reconhecida, em analogia às leis dos movimentos dos planetas, a lei da gravidade, da dinâmica da sociedade e da evolução das civilizações. O próprio Raimundo Teixeira Mendes,¹⁴ primeiro a interpretar a simbologia da Bandeira no *Diário Oficial da República*, enfatizou a

11. *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie, instituant la Religion de l'Humanité*. 4 vols. Réimpression de l'Édition 1851-81, Osnabrück 1967. As páginas iniciais citam a divisa da République Occidentale "Ordre et Progrès" - "Vivre pour autrui", assim como o credo da Religion de l'Humanité "L'Amour pour principe; l'ordre pour base, et le Progrès pour but" Na criação da Bandeira Nacional brasileira, instituída pelo Governo Provisório em 1889, adotou a divisa 'Ordem e Progresso', que é a redução do lema positivista que proclama o Amor por princípio e a Ordem por base, o Progresso por fim'.

12. Rede über den Geist des Positivismus (Discours sur l'Esprit du Positivism), tradução, prefácio e organização de Iring Fetscher, 1956, p. 109.

13. *Ibid.* Introdução, p. XIX.

14. Cf. A Bandeira Nacional.

importancia dessa lógica social, afirmando: o que no início da era moderna a *ciência natural*, através de estudos a respeito do "espetáculo astronômico" descobriu e formulou, teria Augusto Comte, através de estudos científicos relacionados com fenômenos da sociedade, descoberto e formulado o seguinte: a lei fundamental da física e dinâmica social. Com a fórmula científica do fundador da Religião da Humanidade *Progresso é o desenvolvimento da Ordem e Ordem é consolidação do Progresso*" seriam definidas, para todos os tempos, as "condições necessárias para uma harmonia política e moral da sociedade"

Com a inscrição na Bandeira da fórmula *Ordem e Progresso*, o "espírito do positivismo" tem-se manifestado como parte integrante da filosofia política oficial do Estado brasileiro. Implicitamente, a Bandeira Republicana do Estado professa a doutrina da chamada "Philosophie Positive" particularmente a conhecida 'lei dos três estados da história universal'.¹⁵ Depois disso, o presente ocidental se encontra na fase da "transformação orgânica" da fase metafísica para a fase científica do conhecimento, e correspondente, da etapa da história jurídico-metafísica para a industrial científica. O próprio Auguste Comte evidenciou explicitamente a relação semântica da sua filosofia da história universal ao simbolismo da Bandeira política. Conforme a seu esforço para manifestar seu próprio estilo iconográfico, assim fez, em seu "*Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie instituant la Religion de L'Humanité*" uma exata descrição da *Bandeira política do ocidente*, na qual os criadores da Bandeira brasileira se orientaram. A fidelidade dos positivistas brasileiros à idéia heráldica comtiana, pode ser avaliada através de um dos textos originais de Comte,¹⁶ a seguir citado:

"A concepção da Bandeira política se deixa determinar apenas com base na Bandeira religiosa. A superfície deve, sob sua face branca, representar o Símbolo da Humanidade, personificada através de uma mulher de trinta anos, tendo seu filho nos braços. A outra face conterá a fórmula sagrada dos positivistas: 'Amor como princípio e a Ordem por base, o Progresso por fim' sobre um fundo verde, cor natural da esperança, peculiar aos emblemas do futuro. Somente a cor verde é a cor que todo o ocidente emprega na confecção da Bandeira (...). A fórmula básica

15. Cours de Philosophie Positive, 6 vols. 1830-42. Em alemão: Die Soziologie. Die Positive Philosophie im Auszug. Editado por Friederich Blaschke, 2. Organização e prefácio de Jürgen von Kempki, 1974.

16. *Système de Politique Positive*, *op. cit.* (nota n. 11), Tome Premier, p. 387; Tome Quatrième e dernier, p. 422.

com as duas divisas do positivismo aparece distribuída entre os dois lados da Bandeira: uma vez a divisa política e científica 'Ordem e Progresso' e por outro a divisa moral e estética 'Viver para os outros'. Como a derivação da Bandeira do Ocidente se apresentaria a Bandeira que diferencia as nacionalidades uma das outras, ajustando-se ao fundo verde uma simples orla com as cores atuais que sejam características das respectivas populações nacionais (...). Que a fórmula 'Ordem e Progresso' incluída na Bandeira, demonstra para a primeira fase da transformação orgânica uma resolução decisiva, para acabar com a moderna revolução através do apelo de todos os lados pela reconciliação radical (...). A segunda fase revela a verdadeira natureza da regeneração ocidental, no sentido que esta, como a fonte moral desta resolução, proclama solenemente o mandamento: 'Viver para os outros'

Se tomamos por base a descrição de Comte, então a Bandeira Nacional brasileira representa a versão nacional da Bandeira do ocidente, que simbolizava a primeira fase da transição orgânica para época histórica denominada científica industrial e por conseguinte, manifestando claramente a sua posição ideológica. Através da vinculação imprescindível à "consagrada fórmula dos positivistas" esta entende-se ideologicamente como Bandeira da construção nacional e da evolução civilizatória, e não como a Bandeira da revolução radical. O que a história do Brasil legou como boa ordem e como conquista positiva do presente, deveria ser preservado e desenvolvido continuamente sob o império do ideal de progresso da humanidade, e não ser eliminado pela revolução radical. Assim sendo, falta o vermelho dos tricolores revolucionários na Bandeira brasileira. Ao invés disso, essa Bandeira demonstra-se em verde palmeira da *conciliação*¹⁷ sem excessos de progresso revolucionário, mas de *transição orgânica* através da reconciliação do progresso com a ordem, enfatizando sua divisa restaurativa. A pátria do brasileiro, apregoa assim a mensagem positivista da Bandeira Nacional, e é o Brasil, o País do futuro da Humanidade (*Land der Zukunft der Menschheit*), lugar que desde sempre os grandes filósofos alemães procuraram.¹⁸

17. Referente à *conciliação* como "caráter nato da nação brasileira", ver Stefan Zweig. *Brasilien. Ein Land der Zukunft*, (1941), Frankfurt, 1984, p. 81.

18. Por exemplo: Georg Friedrich Wilhelm Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (Leituras sobre a filosofia da história). Obra em 20 volumes. v. 12, Frankfurt, 1970, p. 114: "América é por conseguinte o país do futuro no qual, num futuro que ainda nos aguarda (...) a importância histórica e mundial irá se revelar; é um país da saudade (...)"

IV. Contexto histórico-político

De que modo o positivismo francês pôde chegar até a Bandeira Nacional brasileira e sob que influências e circunstâncias de fato a simbologia da Bandeira teve sua origem, são questões, até hoje, de difícil compreensão lógica. Estas questões se encontram intimamente ligadas com a história da instituição da República. No Brasil a República estabeleceu-se de maneira diversa e sob outras condições daquelas ocorridas nos países da Europa. A queda do Império deu-se sem a participação do povo e sem a resistência dos monarquistas. O que foi propagado como "Revolução Republicana" não foi nada mais que um ato simbólico de conspiração de um pequeno grupo de idealistas políticos e pragmáticos militares, assim como o resultado de uma marcha militar no Rio de Janeiro. Não foram armadas barricadas e tampouco teve alguém que morresse como herói pela República. Ao contrário, passaram dias, até semanas, para que fosse divulgada a notícia no Brasil, que o governo monárquico havia se dissolvido e o imperador D. Pedro II, acompanhado de uma escolta de honra, deixara o País.¹⁹

O partido republicano, que encenou o golpe juntamente com os militares, não tinha caráter revolucionário. Este partido foi constituído através de um manifesto dissidente, no dia 3 de dezembro de 1870. Seus militantes pertenciam, em grande parte, à uma fração do partido liberal, que com a decomposição do partido monarquista constituiu duas alas: um grupo radical e um moderado. O partido republicano não tinha nem respaldo do povo, nem fundamento na convicção das oligarquias onnipoderosas. Este partido também não fora trazido pelo impulso da mudança, que originou-se nas necessidades sócio-econômicas do país. Na verdade, por trás do seu manifesto idealista, reuniu-se toda energia daqueles que sentiram-se prejudicados com a libertação dos escravos. A força motriz da "Revolução Republicana" não foi o ideal republicano da supressão radical das estruturas feudais, isto é do coronealismo, mas da insatisfação político-econômica com o governo do Império, com a Lei de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre) e de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea), que aboliu a escravidão.²⁰

19. Gilberto Freire. *Ordem e Progresso. Processo de desintegração das sociedades Patriarcal e Semi-patriarcal do Brasil sob o regime do Trabalho Livre*, 2 vols. Rio de Janeiro 1959, 3ª ed., Rio de Janeiro-Brasília, 1974.

20. Cf. Oliveira Viana. *O Ocaso do Império*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1959.

De fato, a simbologia da Bandeira republicana é uma criação do momento político. Ela retrata os interesses e objetivos imediatos de todos aqueles líderes políticos, que tiveram audácia e poder para, em 15 de novembro de 1889, no Rio de Janeiro, proclamar a República. Como figura de destaque e líderante no partido republicano, o tenente coronel Benjamin Constant Botelho Magalhães,²¹ professor há longos anos na Escola Militar do Rio de Janeiro, positivista assumido e um ministro rico em influências junto ao Governo Provisório, contribuiu em larga escala orientando as forças ideológicas.

Os positivistas eram republicanos de uma forma peculiar. Apesar destes serem liberais e ativistas em favor da liberdade do cidadão, do patriotismo nacional e do Estado federativo, opuseram-se ao ideal liberal de democracia e de um Estado de Direito e rejeitaram o sistema da democracia parlamentar. O governo idealizado pelos positivistas seria o "governo ditatorial" que conforme a doutrina de Comte, enfaixasse em suas mãos todo o poder do Estado. A "política científica" do governo deveria ser exercida através de decretos, e por conseguinte, sem controle através do parlamento. O trabalho da assembléia constituinte deveria ser assumido pelo próprio governo e a própria Constituição da República deveria ser promulgada na forma de decretos, portaria e despachos. Desse modo, os positivistas favoreciam um minúsculo sistema de governo, no qual um estadista iluminado sociologicamente,²² através da força de sua sabedoria e providência científica, regeria independentemente da inconstante concordância do povo e das fortuitas maiorias parlamentares. Mesmo quando a democracia e o devido processo parlamentar se impuseram, e, na data de 15 de novembro de 1890, no antigo Palácio do Imperador na Quinta da Boa Vista no Rio de Janeiro, a Constituinte reuniu-se, os positivistas exigiram categoricamente que, para uma "estável, feliz e próspera República, seria necessário que o Sistema de Governo fosse composto de forma

21. Pedro Goergen, *Der Positivismus Auguste Comtes und seine Auswirkungen in Brasilien* (O positivismo de Auguste Comte e os seus efeitos no Brasil), (dissertação) Munique, 1975, notoriamente pp. 110 e ss.; Benjamin Contant ou o Positivismo na Escola Militar e o fim da Monarquia.

22. Esse ideal se aproxima do atual presidente da República, desde 1994, o sociólogo professor Fernando Henrique Cardoso, o qual não tem-se demonstrado desfavorável à adoção de medidas antidemocráticas. A respeito ver: Wolf Paul, *Politik gegen die Verfassung. Zur Frage der Wiederwahl des Brasilianischen Staatspräsidenten* (A política contra a Constituição. Acerca da questão da reeleição do presidente da República no Brasil), em: *Tópicos. Cadernos Brasil-Alemanha*, n. 2/96, pp. 16 e ss.; Wolf Paul, *Die Wiederwahl des Präsidenten der Republik. Chronik einer angekündigten Verfassungs-änderung* (A reeleição do Presidente. A crônica de uma Emenda Constitucional anunciada), em: A. Rathjen (coord.), *Neue Aspekte des Wahlrechts in Deutschland und Brasilien* (Novos aspectos do Direito Eleitoral na Alemanha e no Brasil), Frankfurt, 1999.

ditatorial e não-parlamentar”²³ Em nome da Humanidade, da Pátria e da Família lançaram as “bases de uma Constituição Política Ditatorial Federativa para a República Brasileira”²⁴

V. A influência dos positivistas

O Positivismo exerceu influência determinante sob a política, principalmente através dos adeptos militares, tendo sua base na Escola Militar do Rio, onde Benjamin Constant Botelho Magalhães, como professor de matemática, ensinou os “cadetes filosóficos” por muitos anos, sobre a doutrina de Comte. No final do século, a teoria positivista foi apoiada sobretudo pelo naturalismo da “Escola de Recife” (Tobias Barreto, Sílvio Romero),²⁵ e foi difundida essencialmente dentre a “classe de letrados” nas academias, faculdades e escolas das capitais ao Sul do Brasil.²⁶

Posteriormente o positivismo encontrou adeptos engajados, sobre tudo em virtude da sua pretensão religiosa e propagação da “Religião da Humanidade” No “Templo da Humanidade” localizado no Rio de Janeiro, na presença da imponente iconografia comtiana, a “Igreja positivista” e seu “Apostulado” tornaram-se o centro da publicidade, onde foi proclamado o credo da reconciliação da ordem e do progresso através do amor e esperança do advento a regeneração universal humana.²⁷ “A Igreja Positivista existe no Brasil com todos os privilégios e cultos de

23. Menção do deputado Capitão Tenente Nelson de Vasconcelos e Almeida, citada em Aliomar Baleeiro, *A Constituição de 1891*, Brasília, 1987, p. 17.

24. Cf. Projeto de Constituição Ditatorial do Apostulado Positivista do Brasil, documentado por José Carlos Castro, *Utopia Política Positivista e outros ensaios*, Belém, 1999, pp. 531-545.

25. Cf. Mario Losano, *La scuola di Recife, em: Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV 1974, p. 323-415. Ver também Nelson Saldanha. *A Escola de Recife*, São Paulo, 1985; e agora: José Carlos Castro, *A Utopia Política Positivista*, Belém, 1999, Cap. V. A Influência da Escola de Recife, pp. 131-188.

26. Miguel Reale, *Filosofia em: São Paulo*, 2ª ed., São Paulo, 1976; Miguel Reale/Wolf Paul, *Deutsche Philosophie an der Rechtsfakultät von São Paulo*, (A Filosofia Alemã na Faculdade de Direito de São Paulo), em: Jürgen Samtleben/Ralf Schmitt (org.), *Deutsch-Brasilianische Dialoge, Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristen-vereinigung*, (Diálogos germano-brasileiros. Escritos da Associação de Juristas Brasil-Alemanha) v. 25, Frankfurt, 1997.

27. Mario Aldo Toscano, *Liturgia del Moderno. Positivisti a Rio de Janeiro*, Lucca, 1992; Georg Maria Regozini, *Auguste Comtes 'Religion der Menschheit' und ihre Ausprägung in Brasilien*, (A 'Religião da Humanidade' de Auguste Comte e a sua manifestação no Brasil), Frankfurt, 1977.

uma religião oficial" constatou Eduardo Prado²⁸ no ano de 1903. Apesar de não surtir efeito de crença religiosa na população, era tida perante as elites republicanas em alto grau de consideração. Os diretores do Apostolado, Raimundo Teixeira Mendes e Miguel Lemos, devido ao contato intenso com Benjamin Constant, o "Fundador da República" conseguiram influir na alta roda de políticos e funcionários públicos. Na virada do século, os positivistas possuíam uma representação considerável nos grêmios do Estado. Acredita-se que depois da instalação da República, mais ou menos duzentos deputados, declarados partidários do positivismo, devem ter ocupado uma cadeira no parlamento do País. De 1890 até 1915, dezesseis positivistas exerceram a função de governador nos novos Estados e doze positivistas obtiveram postos nos gabinetes.²⁹

Porém, não é esclarecida a intervenção decisiva do positivismo na organização e formação da República no ano do declínio do Império. É certo que essa influência não se baseia nem mesmo na força numérica dos positivistas no movimento republicano, nem no apoio vindo da população.³⁰ Sua vanguarda ortodoxa, a "Igreja Positivista" contava com tão poucos correligionários, que *"eles poderiam encontrar facilmente lugar no próprio salão do Clube Militar"* (Oliveira Viana).³¹ Também não possuía um potente pregador ou entusiasmante orador, que anunciasse com eficácia, nas ruas, o evangelho da "Religião da Humanidade". Suas armas foram a palavra escrita e os símbolos cívicos.

O segredo de sua influência fundamenta-se, portanto, na força persuasiva da doutrina intelectual comtiana e se faz notar no seu prestígio na alta roda do movimento republicano. O positivismo oferecia ao Brasil, durante a fase do processo de consolidação da República, uma concepção histórica e político-filosófica da mudança republicana do país. Tal doutrina logrou convencer com esclarecimentos racionais acerca da necessidade da sublevação da República e da mesma forma, *"sobre a tática política que deveria ser adotado no Brasil para levar adiante as reformas indicadas por Comte"* (José Murilo de Carvalho). Os

28. A Bandeira Nacional, São Paulo, 1903, p. 87.

29. Cf. Georg Maria Regozini (nota n. 27), pp. 39-40.

30. Sobre proveniência, propagação e ideologia do Positivismo Brasileiro: ver Ivan Lins, *História do Positivismo no Brasil*. Brasileira v. 322, São Paulo, 1964; também em: João Cruz Costa, *Contribuição à História das Idéias no Brasil*. Cap. III, O Advento do Positivismo. Rio de Janeiro, 1956, pp. 138-286.

31. O Ocaso do Império. (nota n. 26), p. 120.

positivistas eram aqueles republicanos que na hora do surgimento da República, de modo convincente, sabiam explicar os fatos ocorridos historicamente e apresentar um projeto político para o País. Por isso, exigiram o comando ideológico da República. A proclamação da República não foi obra dos positivistas. Entretanto, estes contribuíram com uma doutrina imponente pela força de convencimento político e filosófico, obtendo assim o poder propagandista de representação externa da República. A Bandeira Nacional se tornou uma marca visível da extensa influência da doutrina positivista. Quando, na data de proclamação da República, as interações sobre a Bandeira se tornaram urgentes, o Governo Provisório inclinou-se a aceitar o projeto de Bandeira, já concluído, apresentado pelos positivistas. Em 19 de novembro de 1889, apenas quatro dias após a proclamação, o seu projeto foi, através do Decreto n. 4 do Governo Provisório, declarado como "Bandeira da República". Quatro dias mais tarde, em 24 de novembro de 1889, o Decreto foi publicado no *Diário Oficial*, com pormenorizados esclarecimentos, não por Rui Barbosa, o então ministro da Justiça em exercício no Governo Provisório e redator do Decreto, mas por Raimundo Teixeira Mendes,³² o diretor do Apostolado. Pouco tempo depois, o mesmo Teixeira Mendes publicou um artigo no *Jornal de Comércio* o principal jornal da Capital, declarando com orgulho o seguinte: *A realidade é que a Bandeira Republicana do Brasil prova a influência do positivismo na organização da República Brasileira e esta influência será propagada sempre onde ela for hasteada*"

VI. A Bandeira na História Constitucional

No ano de 1889 foi tomada a decisão, no prazo de poucos dias, a respeito da questão da Bandeira. Antes do dia 15 de novembro, a Bandeira não era ainda um tema. A Bandeira apareceu como ato espontâneo no curso dos acontecimentos, ligados diretamente com a proclamação da República. Nem os civis partidários deste movimento, que há dias davam vivas à República nas ruas do Rio, e tampouco as paradas militares, carregavam consigo alguma Bandeira como distintivo. Assim no desfile de 15 de novembro, nenhuma Bandeira desfraldava à

32. A Bandeira Nacional, em: *Diário Oficial* v. 24.11 e 26.11 de 1889, com o teor: "Nós queremos a consolidação da ditadura republicana ao invés da democracia civil parlamentarista (...). Nós queremos total liberdade intelectual, ao invés de tiranias clericais e acadêmicas, sob as quais fomos subjugados durante 68"

frente. Somente foram registrados cânticos. Todavia os marchantes não entoavam: "O Pátria amada" ou "Brava gente Brasileira"³³ mas "Allons Enfants de la Patrie" a Marseillaise.

Somente na parte da tarde do dia 15 de novembro apareceram algumas Bandeiras: as Bandeiras dos "Clubes Republicanos" Estas, porém, não-pareciam brasileiras, senão assemelhavam-se com a Bandeira dos EUA, e dizer, com "Stars and Stripes" (Estrelas e Listras). As faixas horizontais observaram as cores verde-amarelo da Bandeira Imperial. As estrelas prateadas no quadrilátero interno apareceram às vezes com o fundo preto, outras vezes azul. Uma delas foi hasteada em 15 de novembro no prédio da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, como comemoração ao dia da proclamação da República, e ali permaneceu até o dia 19 de novembro. Também agitava-se ao vento no mastro da "Alagoas" e dizer a fragata, que conduziu a família real para o exílio na Europa. A original da que estava içada no edifício da câmara municipal pertencia ao "Clube Lopes Trovão" e mostrava para honra dos escravos libertados, as estrelas prateadas sob o fundo preto.³⁴

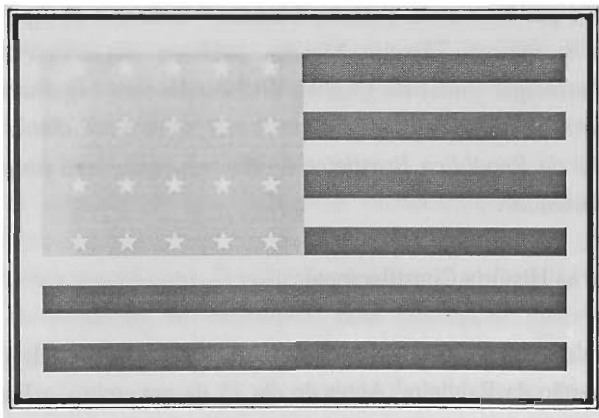


Figura 5: Primeira Bandeira Republicana adotada de 15 a 19 de novembro de 1889.

33. Sobre a história do Hino Nacional Brasileiro "O Pátria amada, idolatrada. Salve, Salve" e Hino da Independência "Brava gente brasileira, longe vá temor servil: ou ficar a Pátria livre, ou morrer pelo Brasil" ver = José Murilo de Carvalho, *A Formação das Almas. O Imaginário da República no Brasil*, São Paulo, 1990, pp. 109 e ss.

34. *Ibid.*, pp. 35 e ss.

A Bandeira de 15 de novembro, posteriormente chamada de a "*Bandeira da Proclamação*" motivou uma rápida e refletida reação dos positivistas. Estes viam na mera "*imitação servil*" da Bandeira norte-americana, uma traição à tradição latina das Américas e à concepção da República Brasileira. O artista Décio Villares, durante toda uma noite, criou, exatamente de acordo com a orientação dos positivistas, o astronômico *design* com a legenda "Ordem e Progresso" e as cores tradicionais brasileiras. Assim, de um dia para o outro, este projeto de Bandeira tornou-se oficialmente a Bandeira Nacional da Primeira República brasileira, através da publicação no *Diário Oficial*.

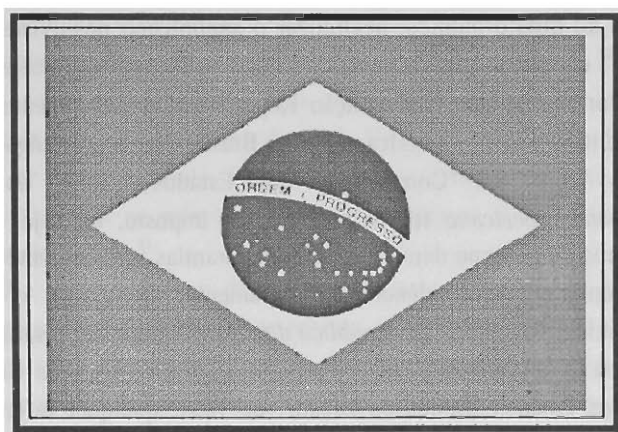


Figura 6: Pintura da Bandeira Republicana, de Décio Villares, 1891

Como foi constatado posteriormente, o Governo Provisório, embora houvesse imposto ao País uma Bandeira, através do Decreto n. 4, manifestava de forma evidente um dissenso interno acerca do seu conteúdo simbólico. Muitos membros do governo, inclusive Rui Barbosa, ministro da Justiça e redator do decreto, expressaram seu cepticismo. O marechal Manoel Deodoro de Fonseca,³⁵ líder do movimento republicano e primeiro presidente da República, qualificou-a como "a Bandeira mais bela do mundo" todavia, manifestou internamente desaprová-la por seus acentuados símbolos positivistas. A Bandeira tornou-se motivo de

35. *Ibid.*, pp. 38 e ss.

desavenças públicas. No Congresso³⁶ foram tomadas várias iniciativas para modificar o Decreto da Bandeira através de leis. Todas as propostas patriotas tendiam para que a legenda positivista fosse retirada da Bandeira e substituída pelo Brasão da República. No entanto, todas as respectivas tentativas dos tradicionalistas fracassaram frente a resistência da maioria positivista no Governo e no Congresso, bem como da propaganda feita pela Igreja Positivista e pela Escola Militar do Rio de Janeiro.

O debate do assunto da Bandeira estendeu-se até altos escalões políticos, e o dissídio restou resolvido. O processo constituinte ofereceu oportunidade para tanto, e a facção democrática utilizou-se desta, para, de acordo com a ordem do direito público, neutralizar o simbolismo positivista da Bandeira. Rui Barbosa,³⁷ então ministro da Justiça e mentor da Constituinte, conseguiu obter o apoio da maioria para uma Constituição Republicana decididamente democrática, transferindo o modelo norte-americano para o Brasil. Com a promulgação, em 24 de fevereiro de 1891, da "Constituição dos Estados Unidos do Brasil"³⁸ o *presidencialismo americano* foi definitivamente imposto, ou seja, o País havia adotado a forma de governo democrático, com garantias ao presidente eleito de uma ampla autonomia e independência no parlamento. Com isso, o objetivo dos positivistas a idéia comtiana *da república ditatorial* - fracassou e sua simbologia na Bandeira ficou desmoralizada. Por conseqüência falta no texto da Constituição da "República dos Estados Unidos do Brasil" de 1891, qualquer referência sobre a Bandeira Nacional Republicana e a respeito do lema positivista "*Ordem e Progresso*"

Nada obstante a força ideológica do positivismo permaneceu inabalável na vida política do Estado brasileiro, com efeitos principalmente na dinâmica constitucional. Os fatos posteriores da história política da República no Brasil têm evidenciado essa latência. Os chefes de governo e presidentes da República com freqüência lograram alterar a sua primazia jurídico-constitucional

36. Relativo aos diversos Anteprojetos de Lei parlamentares para modificação do Decreto n. 4 ver: Agenour de Roure, *A Constituinte Republicana*, Volume Primeiro, Rio de Janeiro, 1920, pp. 377-380.

37. Wolf Paul, Rui Barbosa, em: *Juristen. Ein biographisches Lexikon* (Juristas. Uma Enciclopédia Biográfica), org. por Michael Stolleis, Munique, 1995, pp. 63-64.

38. Cf. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, 2ª ed., Brasília, 1990, pp. 203 e ss., pp. 247 e ss.; Vamireh Chacón, *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*, Rio de Janeiro, 1987, pp. 99 e ss.; Wolf Paul, *Verfassungsgebung und Verfassung* (Constituinte e Constituição), em: *Brasilien heute*, editado por Dietrich Briesemeister et.al., Bibliotheca Ibero-Americana, v. 53, Frankfurt, 1994, p. 197-198.

para uma supremacia do poder executivo.³⁹ Na habitualidade do Estado Constitucional os regimes presidencialistas eleitos democraticamente podiam, de fato, transformar-se em ditaduras republicanas, ou seja, em prática de governo que corresponderia à teoria do Estado de Comte.

No século XX, dois regimes republicanos com fundamento na doutrina positivista fizeram a real história política e constitucional brasileira. Por primeiro a ditadura da educação e do desenvolvimento do *Estado Novo* de *Getúlio Vargas*,⁴⁰ que com base na Constituição autoritária, de 1937 no papel de dirigente carismático, governou para o progresso sócio-econômico e bem-estar das massas. Em segundo a *ditadura da ordem nacional* dos militares golpistas da Revolução de 1964, que tem restaurada sua base nos Atos Institucionais e na Constituição de 1967 mantendo-se, durante vinte anos, em nome da denominada "Segurança Nacional" a reconstrução autoritária da sociedade brasileira. Nos dois casos, o espírito positivista da conhecida Escola Superior de Guerra da Praia Vermelha, no Rio de Janeiro, atuou influenciando de forma evidente. Para homenagear o espírito positivista, as duas constituições ditatoriais se referiram de forma expressa à Bandeira e aos seus símbolos-metas do Estado.⁴¹

Na atualidade, as discussões sobre a Bandeira e o positivismo pertencem ao passado. Os oponentes de outrora, os tradicionalistas e democratas, se conformaram com sua fórmula positivista, e as partes litigantes de hoje no processo político estão de acordo em aceitá-la. O pavilhão auriverde sobreviveu formalmente há cem anos a todas as investidas da história política brasileira, é dizer de suas mudanças radicais, entre os pólos democráticos e autoritários. Restou, incólume, a Bandeira, e com isso cumpriu sua missão histórica de ser um símbolo para toda nação, símbolo de reconciliação das forças antagonistas que velam pela ordem e pelo progresso do País.

39. Sobre a forma de governo latino-americano do neopresidencialismo como "tipo ideal da Constituição autoritária em máscara democrática" (Idealtyp einer autoritären Verfassung in demokratischer Verkleidung), ver Karl Löwenstein, *Verfassungslehre* (Chicago, 1957), Tübingen, 1975, especialmente pp. 62 e ss., pp. 442 e ss.

40. Karl Löwenstein, *Brazil under Vargas*, New York, 1942; Jens R.Hentschke, *Estado Novo. Genesis und Konsolidierung der brasilianischen Diktatur von 1937*, (A gênese e consolidação da ditadura brasileira de 1937). Saarbrücken, 1996.

41. Não por acaso, a Lei n. 5.700, de 1º de setembro de 1971, declarou inalteráveis os Símbolos Nacionais. Foi o presidente Emílio Garrastazu Médici, que sustentou a tese da inalterabilidade dos Símbolos Nacionais. Cf. Milton Luz, *op. cit.* (nota 2), pp. e 151 ss., p. 154.

Na verdade, os símbolos da Bandeira brasileira representam a Nação Brasileira integralmente, mantendo-se intangíveis às crises, conflitos sociais e diferenças étnicas. A Bandeira Republicana, no passado a Bandeira de uma pequena elite política, é hoje a Bandeira Nacional, a Bandeira da nação multiétnica,⁴² que fez do terceiro maior país do mundo sua terra natal. O ideal republicano da Ordem e do Progresso, que ainda no final do século passado liderou o Estado pré-democrático e pré-industrial da sociedade patriarcal, está hoje a serviço do Estado democrático da moderna sociedade de massa, com suas ambições de bem estar social e metas de desenvolvimento tecnológico. Neste sentido, a Constituição da mais nova República Brasileira - a Constituição do progresso democrático de 1988 - declarou a Bandeira da tradição republicana, expressamente, como parte inalterável do inventário de seus símbolos nacionais.

São Paulo, janeiro de 2000.

Agradeço a Irma Silvana de Melo-Reiners e Marcia Vasconcelos pela revisão e tradução do texto e a José Maria Sales Cordeiro pela elaboração gráfica dessa obra.

42. A Bandeira Brasileira corresponde hoje ao real estado emocional de uma Nação, que alcançou, apesar do relativo pouco tempo da história de sua existência, um resultado gigantesco de assimilação. Nela convergem todas as raças, cores de pele, mentalidades e culturas da humanidade. Nas veias brasileiras correm o sangue dos cinco continentes, no espírito brasileiro vive o espírito de todas as culturas mundiais. Sobre o Humanismo planetário como a "Projeção Oceânica" do Brasil e seus povos luso-africano-asiático-americano-indígenas, Vamireh Chacón. *Deus é Brasileiro*. (O Imaginário do Messianismo Político no Brasil), Rio de Janeiro, 1990.

DIREITO CIVIL

O ESPÍRITO DE COMPROMISSO DO DIREITO DAS SUCESSÕES PERANTE AS EXIGÊNCIAS INDIVIDUALISTAS DE AUTONOMIA DA VONTADE E AS SUPRA-INDIVIDUALISTAS DA FAMÍLIA. HERDEIRO E LEGATÁRIO¹

Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,
Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O texto trata da difícil distinção teórica entre herdeiro e legatário, questão de suma importância no Direito das Sucessões. A pesquisa inicia-se com as origens do problema e estende-se até os dias atuais, buscando uma melhor solução para a questão.

Abstract:

This text treats, in detailed way, of the distinction between heir and legatee, subject of highest importance in the Right of the Successions. The research begins with the origins of the problem and extends until the current days, looking for a better solution for the subject.

Unitermos: Direito das Sucessões; família; herdeiro; legatário.

O Direito das Sucessões, tal e qual vigora no ordenamento brasileiro e no dos países ocidentais, resulta de distantes, e contraditórias, origens. Fundamentado largamente no Direito Romano (clássico e pós-clássico), em que predominava a sucessão testamentária, de caráter individualista, mas também influenciado profundamente pelo Direito germânico, de espírito comunitário, inteiramente oposto à autonomia da vontade, viu o Direito das Sucessões, durante a Idade Média, acrescentar-se, a ambas essas camadas, o Direito Canônico. Este, de resto, pela própria índole, já mantinha, em si mesmo, frágil equilíbrio entre as exigências religiosas de proteção à pessoa humana (e, portanto, exigências individualistas) e à família (o que vem a dar em posições supra-individualistas).

1. Artigo escrito para AASP em homenagem ao advogado paulista, Sérgio Marques Cruz.

"'A sucessão causa mortis é um dos campos' em que foi mais viva e diremos quase dramática - a luta entre o fator germânico e o romano, eis que os dois partiam de concepções absolutamente opostas seja da família seja da relação jurídica sucessória. E, de fato, enquanto o primeiro conhecia e reconhecia somente os 'Bluterbe', isto é, os herdeiros de sangue, de forma que o indivíduo não podia testar, o segundo, pelo contrário, sustentava o princípio da mais absoluta liberdade de dispor dos próprios bens com o ato testamentário; enquanto aquele limitava a sucessão a bens determinados, em cuja esfera se restringiam os deveres de sucessor, este, pelo contrário, a alargava a todo o patrimônio do defunto (omissis). Mas é lícito indagar no nosso entendimento dentro de que limites se deva conter a importância desse conflito histórico, eis que, de fato, aqueles autores que restringiram o interesse científico, que oferece a história do direito hereditário, à luta entre os dois direitos o germânico e o romano pecaram por evidente unilateralidade. E, de fato, esses autores descuidaram e muito um terceiro fator, que é precisamente o direito canônico"²

Desse amálgama de fontes diversas, resultou um conjunto de normas que, para qualquer estudioso do espírito do Direito das Sucessões, se revela uma solução de compromisso. Nas palavras de Radbruch³ "o atual direito sucessório não passa afinal dum compromisso entre sistemas e princípios opostos" E continua: "Não só acham nele, por assim dizer, soldadas umas às outras formas sucessórias diversíssimas a liberdade de testar e a sucessão intestada, a partilha forçada e a indivisão também forçada entre co-herdeiros como se acham igualmente aí intercaladas finalidades inteiramente opostas, individualistas, sociais e familiares, obedecendo, para mais, estas últimas, a concepções diferentes da família, ora também individualistas, ora supra-individualistas"

Especificamente no Direito brasileiro, as soluções de compromisso, quando não as contradições, avultam: à *liberdade de testar* (autonomia da vontade) opõe-se a *legítima* dos herdeiros necessários (proteção à família); à idéia de função econômica, que justificaria a sucessão pela continuidade da *unidade* dos bens, apresenta-se, em contrário, a regra da *partilha*, que impõe divisão; e, principalmente, ao *herdeiro*, muitas vezes visto como continuador do *de cuius*, apresenta-se o

2. Emilio Bussi, "La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune" Cedam, Pádua, 1971, p. 113 - tradução nossa.

3. "Filosofia do Direito", trad. de Cabral de Moncada, 4ª ed., Arménio Amado Editor, Coimbra, 1961, v. II, p. 74.

legatário, mero recebedor de bens. Tudo isso torna o Direito das Sucessões muito mais complexo do que nos é apresentado usualmente nos manuais de Direito Civil.

No prefácio de obra de Direito comparado,⁴ Henri Batiffol assim se expressa: *"Petitjean se prendeu à primeira parte de sua tarefa, partindo da experiência que lhe forneceu sua participação na regulamentação de numerosas sucessões franco-inglesas. Impressionado pelas divergências de métodos e soluções, quis se remontar à sua causa profunda. Já se sabia que, no conjunto, o contraste consiste em que o Direito inglês encara a sucessão como uma devolução de bens, enquanto que o Direito francês acentua, em primeiro plano, a continuação da pessoa"* (tradução nossa). Ora, a "causa profunda" nos ordenamentos francês e inglês, não é, no caso do Direito brasileiro, causa única, e sim, causa dúplice, eis que, com as observações que adiante serão feitas, nosso herdeiro, um continuador patrimonial do *de cujus*, se aproxima do espírito do Direito francês, enquanto nosso legatário, um mero recebedor de bens, do do Direito inglês.

Em geral, os manuais apresentam dois traços para caracterizar a diferença entre herdeiro e legatário: a. o herdeiro é sucessor a título universal; recebe patrimônio ou quota-parte de patrimônio. O legatário é sucessor a título singular; recebe coisa certa e determinada; b. o herdeiro é figura comum à sucessão legítima e à testamentária, enquanto o legatário é peculiar à testamentária. Nesse sentido, sem preocupação com o nome dos autores (poderiam ser tanto os citados quanto outros), lemos: *"Embora campeie certa indecisão no caracterizar e distinguir o legado, este se não confunde com a herança, e o legatário com o herdeiro. A herança compreende a sucessão, legal ou testamentária, in universum ius defuncti, isto é, na totalidade dos bens ou numa quota-parte deles. Legado é peculiar à sucessão testamentária e incide necessariamente sobre uma coisa certa e determinada, o que o classifica como sucessão a título singular, posto que mortis causa"*⁵

"Perante a nossa lei, herdeiro é não só o legal, convocado de acordo com a ordem de vocação hereditária, como também o nomeado ou instituído por ato de última vontade. Mas, herdeiro nomeado ou instituído não se confunde com legatário, nem legado se confunde com herança. O legatário recebe coisa determinada e precisa, isto é, porção concreta do acervo hereditário, deixada a

4. *"Fondements et mécanisme de la transmission successorale en Droit français et en Droit anglais"*, de Henri Petitjean, L.G.D.J., Paris, 1959.

5. Caio Mário da Silva Pereira, *"Instituições de Direito Civil"*, 6ª ed., v. XI, p. 186.

*título singular (res certa), ao passo que o herdeiro auferir todos os direitos patrimoniais do extinto (universum jus), ou fração em todos esses direitos, sem discriminação de valor ou de objeto (omissis). Na sucessão legítima, em que não há testamento, existem apenas herdeiros legítimos; na sucessão testamentária, quanto a porção disponível, podem ocorrer herdeiros instituídos e legatários. Recebem estes coisa determinada, precisa, certa; recolhem aqueles, indeterminadamente, parte ideal na universalidade, embora posteriormente, com a partilha, se restrinjam seus direitos aos bens que lhes forem adjudicados ou atribuídos”*⁶

Infelizmente, as duas notas caracterizadoras da diferença entre herdeiro e legatário não são satisfatórias. Daí, aliás, o professor Caio Mário da Silva Pereira, no início da citação *supra*, observar uma certa “indecisão” da doutrina. De fato, quanto à primeira característica, saber se a sucessão é a título universal ou a título singular é *conseqüência* de se tratar de herdeiro ou legatário. Há petição de princípio. A nota apontada como diferenciadora é justamente o que se quer saber como resultado final da investigação, e não seu ponto de partida. A característica dá, pois, como sabido o que se quer saber grave vício lógico. Quem determina se alguém é herdeiro ou legatário é o testador, na sucessão testamentária, e o legislador, na sucessão legítima.

Pior ainda é o segundo critério: não só não serve para distinguir as duas espécies de sucessores, como cai em grande erro, porque há também legatário na sucessão legítima, isto é, legatário *ex lege*, ou por força de lei, tal e qual acontece com o herdeiro. Ambas as figuras podem aparecer quer na sucessão legítima quer na testamentária. Aparece o legatário por força da lei no § 2º do art. 1.611 do Código Civil e no parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278, de 1996, eis que, em ambos os casos, o cônjuge supérstite, ou o convivente que remanesce, recebe o direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência da família. Ora, esse direito real de habitação é bem determinado; trata-se, evidentemente, de legado *ex lege* e, portanto, normalmente, ocorrente em sucessão *ab intestato*. Diante disso, compreende-se as severas palavras de Michel Villey: *“a ditadura dos manuais nos afunda na ignorância”* (*“la dictature des manuels nous enfonce dans l'ignorance”* *Reflexions sur la philosophie et le droit*”).

6. Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 6º v., p. 166.

A questão se complica ainda mais, justamente com a hipótese do chamado "herdeiro *ex re certa*" Aqui, dá-se a vocação à herança à herança, note-se bem sem que o testador indique expressamente uma quota abstrata, mas sim, desde que indique os bens que deverão compor o quinhão do herdeiro.

É sempre da leitura do testamento que se infere a vontade do testador de ordenar o preenchimento, com bens determinados, da quota de cada qual. Na hipótese de herdeiro *ex re certa*, apesar da indicação de um bem determinado, não há legado algum. O art. 588 do Código Civil italiano, em sua segunda parte, é, nessa questão, de clareza meridiana: *A indicação de bens determinados ou de um complexo de bens não exclui que a disposição seja a título universal, quando resulta que o testador teve intenção de designar tais bens como quota do patrimônio*" (*"L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio"*).

Sobre o herdeiro *ex certa*, é, por sua vez, ilustrativa a exposição de Trabucchi⁷ *Il capoverso dell'art. 588 prevede la possibilità di una chiamata ereditaria nella quale il testatore non indichi la quota astratta, ma i singoli beni che la dovranno comporre; si parla di istituzione di erede ex re certa: il lascito di beni determinati costituisce eredità quando risulti che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio (criterio soggettivo). Vari elementi saranno considerati dall'interprete per ricercare l'intenzione del testatore. Perché ci sia istituzione di erede, deve risultare che il testatore aveva presente tutto il patrimonio in modo da ripartilo tra i successori, attribuendo al chiamato la quota risultante dal valore dei singoli beni lasciati, rispetto al valore complessivo dell'asse. Molto spesso si giudicherà come istituzione di erede la disposizione, che è anche frequente nella pratica, con la quale si lascia la totalità dei beni mobili o la totalità degli immobili. Il valore aritmetico della quota si determina in tali casi, a posteriori, stabilendo un rapporto tra i beni di cui si tratta e il complesso delle attività del de cuius"*

Se há legatário *ex lege* e, agora, como vemos, herdeiro em coisa certa, a diferença entre as duas espécies de sucessores *mortis causa* (herdeiro e legatário) parece desaparecer: afinal, tanto há legatário na sucessão legítima, quanto há herdeiro que sucede em coisa certa. Além disso, cumpre lembrar que o testador,

7. "Istituzioni di Diritto Civile" 15ª ed., Pádua, Cedam, 1966, n. 367, p. 861.

entre seus bens, pode ter direitos de herança na sucessão de outra pessoa e, justamente, deixar *em legado* para alguém esses direitos hereditários - quando, então, o legatário, em certo sentido, será sucessor em quota e a título universal. Não é de admirar que Orlando Gomes,⁸ seguindo a Messineo, acabe por adotar uma solução *comodista* e afirme que "a dificuldade de conceituação conduz a definir o legado por exclusão. Com esse nome, designa-se qualquer disposição testamentária que não signifique instituição de herdeiro" (!).

Para não chegarmos a esse extremo, é preciso antes estabelecer, como pressuposto metodológico, o *raciocínio tipológico*, ao lado do conceptual. Os *conceitos* se definem, os *tipos* se descrevem. Diante de um *conceito*, ou algo é ou não é; *tertium non datur*; ou o objeto cai sob a definição, isto é, a ela se subsume, ou não. Exemplar é no silogismo: "todo homem é mortal, ora, Sócrates é homem, logo, Sócrates é mortal" a subsunção, nas duas proposição finais, da idéia "Sócrates" aos dois conceitos "homem" e "mortal" Já diante de *tipo*, o objeto pode estar mais próximo ou mais distante, sem que necessariamente se tenha que pensar em o objeto estar "dentro" ou "fora" da definição; por exemplo, são notas características do tipo barroco: linhas curvas, elemento surpresa, preenchimento de todo o espaço, distribuição das massas, etc. etc., de tal forma que, de uma construção, pode ser dito que ela é *mais*, ou *menos*, barroca que outra. Ora, no mundo jurídico, há muitos séculos, o raciocínio tipológico tem o seu lugar, parecendo até mesmo, muitas vezes, mais adequado que o conceptual, eis que, como escreveu Javoleno, *omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*" (D. 50, 17, 202).

Admitido o pensamento tipológico, menos rígido que o conceptual, vê-se que o herdeiro *ex re certa* é claramente um herdeiro, -mas não resta dúvida que, no leque de idéias sobre os sucessores, está *mais próximo* do legatário do que está o herdeiro em quota abstrata (herdeiro de 1/3, 1/4, etc.). Há gradação: legatário, herdeiro em coisa certa, herdeiro em quota abstrata. Essas considerações não podem, porém, levar o jurista atual a tratar o herdeiro *ex re certa* como legatário; não podem nem mesmo levar o jurista atual a considerá-lo como terceira espécie (esta era a posição, no séc. XIV, de Bártolo: "*institutus in re certa non est haeres neque legatarius sed tertia species*"). Numa certa altura do raciocínio, *re-entra* o pensamento conceptual; o herdeiro *ex re certa* é herdeiro (pensamento conceptual)

8. "Sucessões", 3ª ed., Rio, Forense, p. 184.

mas está mais próximo do legatário que o herdeiro em quota abstrata (pensamento tipológico).

Ainda sobre o herdeiro *ex re certa*, no Direito italiano, Messineo⁹ escreve: "*Poichè la determinazione legale della figura del legatario, ricavata per eliminazione, potrebbe, in speciali ipotesi, dar luogo a dubbi, l'art. 588 capov., per eliminarli, ha chiarito che non è legatario, ma erede anche colui, che succeda in beni determinati, o in complesso di beni determinati, quando risulti la corrispondente intenzione del testatore di assegnare quei beni, come quota del patrimonio ereditario, quase separandoli dal resto: c.d. istituzione ex certa re, o in certis rebus*" E mais adiante: "*L'istituto in certis rebus è erede ad ogni effetto; quindi, anche a quello dell'obbligo del pagamento dei debiti ereditari e dell'esercizio delle varie azioni ereditarie (cfr. §§ 207 segg.): in special modo, dell'azione di riduzione, se egli sia legittimario*"

Também no Direito brasileiro, dúvida não pode haver de que o herdeiro *ex re certa* é herdeiro, e não, legatário. A lei positiva é expressa em permitir ao testador determinar o conteúdo da quota do herdeiro. Isto está claro quanto ao herdeiro necessário - e o herdeiro necessário, isto é, o que tem direito à reserva, é herdeiro, e não, legatário. O herdeiro necessário limita *quantitativamente* a liberdade de testar; ele tem direito à metade dos bens do *de cujus* (art. 1.721 do Código Civil). Ora, qualquer que seja o critério, inclusive pelo nome, esse herdeiro necessário é herdeiro, e não, legatário; no entanto, nosso Código permite ao testador dar o conteúdo *qualitativo* dessa legítima dos herdeiros necessários, indo a ponto de facultar até mesmo a conversão dos bens em bens de outras espécies. Veja-se o art. 1.723: "*Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los a livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia*"

É, pois, disposição expressa do Direito Positivo brasileiro a possibilidade de o testador dar o conteúdo da quota do herdeiro, indo aliás, repetimos a ponto de admitir, talvez excessivamente, a própria conversão dos bens em bens de outras espécies e, inclusivamente, quando se trata da própria legítima.

9. "*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*", 9ª ed., Milão, Giuffrè, 1962, v. 6, § 173.

A validade das disposições testamentárias, fixando os bens da quota dos herdeiros, também resulta do art. 1.776 do Código, que permite a partilha testamentária: *É válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários*.¹⁰ A regra inclui quer a partilha em vida quer a testamentária. A primeira é raríssima, na prática, devendo, quando feita, tomar a forma de doação, isto é, de ato *inter vivos*. A segunda é ato de última vontade em que os quinhões hereditários já são todos preenchidos pelo testador. A partilha testamentária é instituição de herdeiro *ex re certa*, com um *plus*, o de esgotar a quota dos herdeiros, atribuindo-lhes os bens da herança.

Por fim, cumpre lembrar que *não* é partilha testamentária o ato do testador de fixar regras para serem obedecidas por ocasião da partilha; neste caso, não há partilha (e, portanto, não há atribuição direta de bens), e sim, determinação de regras para serem seguidas *quando* se for efetuar a partilha. Aqui, após a morte, há, por algum tempo, comunhão hereditária. O trecho de Messineo, a seguir transcrito¹⁰ trata dessa hipótese. Nela, o testador fixa quotas *em abstrato* e, simultaneamente, indica os bens que deverão integrá-las (portanto, é a hipótese do art. 733, 1ª parte, do C.C. italiano, e não, do art. 588, 2ª parte, do mesmo Código). O trecho reza: *"Il modo di effettuare la divisione (presupposta sempre la comunione ereditaria) e, più precisamente, il modo di formare le porzioni, può essere influenzato in deroga agli artt. 727, 728 e 729 da eventuali apposite « norme », che siano stabilite dal testatore (mediante clausole del testamento) (733 primo comma); il che lascia supporre che il testatore abbia stabilito, in astratto, le quote spettanti ai singoli coeredi (arg. 733 primo comma, in fine) e si tratti di formare le corrispondenti porzioni concrete. Si avverta che tali norme possono, anche, stabilire, sproporzioni fra le porzioni, purchè restino salve le ragioni dei legittimari. Tali norme sono vincolanti (obbligatorie) per i dividendi, salvo che applicandole l'effettivo valore deli beni (concreti), assegnati ai coeredi, riesca non-corrispondente alle quote (astratte), stabilite dal testatore (733 primo comma). Così, é prevista (e disciplinata), una discrepanza fra singole quote (anche diseguali fra loro: supra) e singole porzioni: ossia, fra criterio di reparto e risultato dello stesso. Prevale la determinazione delle quote (astratte), sulle norme, che siano*

10. "Manuale de Diritto Civile e Commerciale", 9ª ed., Milão, Giuffrè, 1962, v. 6, § 204, n. 8, p. 584.

stabilite per la formazione delle porzioni (concrete), in quanto queste ultime sono logicamente un posterius, rispetto alla determinazione delle quote (astratte); e, quindi, ne dipendono. Di qui, il diritto del coerede di non sottostare a quella discrepanza"

Considerando-se a longa formação histórica, com origens diversas, vê-se bem que o Direito das Sucessões é bem mais complexo do que parece usualmente nas lições acadêmicas. Como quer que seja, em síntese, independentemente de se tratar de sucessão legítima ou testamentária, entende-se, no Direito brasileiro, por herdeiro, não propriamente quem continua a *pessoa* do falecido, como sustentavam antigos autores franceses o que, hoje, tem conotações surrealistas -, nem exatamente quem é "sucessor a título universal" qualificação que se torna ambígua nos casos do herdeiro *ex re certa* e da partilha testamentária e, ainda, no legado de direitos hereditários, mas sim, quem, tomando o lugar do *de cuius* no patrimônio (ativo e passivo), surge como *continuador das relações jurídicas deixadas*. Essa condição é fixada pelo testador na sucessão testamentária e pelo legislador na sucessão legítima. Lembre-se que há, na herança, *força expansiva*; ela, conforme a situação dos fatos, passa a incluir bens não previstos e dívidas não conhecidas, eis que, como *universitas*, tem conteúdo oscilante. Diferentemente, o legatário recebe bens ou vantagens circunscritos; perante terceiros, o legatário é mero adquirente de bens; não é continuador patrimonial do *de cuius*.

São Paulo, 16 de janeiro de 2000.

A ENFITEUSE E SEU VASTO ALCANCE SOCIAL

Geraldo Ferreira Lanfredi

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, juiz de Direito aposentado e advogado

Resumo:

O autor aborda as características da enfiteuse, os direitos e deveres do enfiteuta e do senhorio e, por fim, destaca a necessidade de revitalização do instituto buscando promover o cultivo das terras improdutivas e o incentivo à agricultura no país.

Abstract:

The author's study is about of the characteristics of the emphyteusis, the rights and duties of the emphyteuta and of the lordship and, finally, it detaches the need of revitalization of the institute looking for to promote the cultivation of the unproductive lands and the incentive to the agriculture in the country.

Unitermos: enfiteuse; características; direitos e deveres do enfiteuta e do proprietário; revitalização.

1. Introdução

A enfiteuse, que também se denomina aforamento ou empraçamento, é um instituto contemplado no Código Civil brasileiro, recaindo sobre imóveis não-cultivados e nos quais não haja edificações (arts. 678 a 693).

Segundo o jurista Rubens Limongi França, "*enfiteuse é o desmembramento da propriedade da qual resulta o direito real perpétuo, em que o titular (enfiteuta), assumindo o domínio útil da coisa, constituída de terras não-cultivadas ou terrenos por edificar (bem foreiro), é assistido pela faculdade de lhe fluir todas as utilidades, sem destruir a substância, mediante a obrigação de pagar ao nu-proprietário (senhorio direto), uma pensão anual invariável (foro)*"¹

1. Rubens Limongi França, *Manual de Direito Civil*, Edit. RT., 1971, v. 3, p. 220.

Este instituto jurídico é daqueles que guardam vinculação com as condições econômicas e sociais de cada época. No Brasil, graças à vasta extensão de nossas terras incultas e por falta de lavradores, sobretudo no século passado, o aforamento proporcionou frutos importantes, como a urbanização de áreas circunvizinhas aos grandes centros.

Segundo a maioria dos doutrinadores, o instituto está hoje em desuso, embora outros realcem o seu "*longuíssimo alcance social*" para formação de novos núcleos residenciais e coloniais no vasto território nacional, necessitando, para isso, de uma remodelação e adaptação às condições da vida moderna.²

2. Elementos fundamentais

Enfiteuta ou foreiro, denominado, ainda, de senhorio útil, é, portanto, a pessoa que recebe do proprietário o imóvel, a fim de usar dele como se fora seu, comprometendo-se a pagar àquele, cada ano, pensão determinada, cujo valor não poderá sofrer alteração. *Nu-proprietário* ou senhorio direto, também chamado enfiteuticador, é a pessoa que, nessa relação, transfere o direito sobre o imóvel, menos o domínio. *Enfiteuse* é o contrato que assim se perfaz.

O senhorio direto é o que tem a propriedade do imóvel aforado e está dele afastado, não tendo a posse direta.

Traço peculiar e essencial do aforamento é a *perpetuidade*, sem o qual o instituto não passaria de mero arrendamento (Código Civil, art. 679).

Terrenos cultivados ou construídos não mais podem ser objeto de aforamento.

Sem a pensão ou foro, a enfiteuse não se caracteriza.

3. Condições essenciais para constituir o aforamento

Para ser constituída uma enfiteuse, é necessário e indispensável: 1. a existência de um contrato entre o senhorio direto e o enfiteuta; 2. a condição de proprietário da parte do senhorio direto, pois quem não é proprietário do imóvel, porque não-registrado em seu nome, não pode constituir enfiteuse; 3. a previsão, no contrato, do pagamento do foro; 4. a lavratura de escritura pública, que é a forma

2. João de Freitas Gouveia, *A Enfiteuse e a Política Atual*, RT: 529/281.

exigida para o contrato da enfiteuse; e 5. a previsão de que esse contrato (escritura) seja de caráter perpétuo e seja inscrito no Cartório de Registro do Imóveis, para poder valer contra terceiros.

Nota-se que se o pretense senhorio não é proprietário do imóvel ou sobre ele não constituiu enfiteuse, regular e formalmente, é ilegal a cobrança de *laudêmio*.³

4. Direitos e deveres do enfiteuta

O enfiteuta, possuidor direto da coisa alheia, pode usar, fruir e até dispor dessa mesma coisa.

Neste sentido, pode vender o imóvel, dá-lo em pagamento, permutá-lo por objeto fungível ou infungível, transmiti-lo por herança ou legado, doá-lo graciosamente, convertê-lo em dote, bem como pode o imóvel se prestar à penhora.

Relevante notar, ainda, *o direito do enfiteuta ao resgate ou remissão do aforamento mediante o pagamento de um laudêmio, e de dez pensões anuais, dez anos após a constituição da enfiteuse*, valendo notar que o foreiro, quando resgata, nada mais faz do que adquirir o imóvel enfiteutico, tornando-se dele proprietário (*plena in re potestas*).

É, ainda, direito do enfiteuta de ser preferido, em relação a terceiros, no caso de querer o senhorio vender o domínio ou dá-lo em pagamento (Código Civil, art. 684).

A principal obrigação do enfiteuta é o pagamento ao senhorio direto do foro, também denominado cânon, pensão ou aluguel, e do *laudêmio*. *O primeiro, o foro*, de valor certo e invariável, é contraprestação anual paga pelo foreiro ao senhorio, para o exercício do domínio útil sobre o imóvel aforado; *o segundo, o laudêmio*, é a porcentagem de 2,5% calculada sobre o valor atualizado da propriedade plena, que o enfiteuta paga ao senhorio toda vez que alienar, onerosamente, o bem emprazado.

É, também, obrigação do foreiro arcar com o pagamento dos tributos que recaírem sobre o imóvel aforado.

Deve, ainda, o foreiro conservar a coisa e cuidar dela como se sua fosse, pois poderá o imóvel retornar à plena propriedade do senhorio direto.

3. José Stabile Filho, A Enfiteuse e o Laudêmio, *Rev. de Direito Civil*: 48/76.

Do mesmo modo, deve o foreiro dar aviso prévio ao senhorio direto, para que exerça direito de opção, se for vender ou dar em pagamento o domínio útil, havendo o senhorio direto de declarar por escrito, se, pelo mesmo preço e nas mesmas condições, quer a preferência na alienação (Código Civil, art. 683).

Obriga-se, ainda, o enfiteuta a manter a indivisibilidade do terreno foreiro, exceto se na divisibilidade consentir o senhorio direto. Neste sentido, pertencendo o imóvel enfiteutico a várias pessoas, devem estas, em seis meses, *eleger um cabecel*, que é o responsável perante o senhorio pela cobrança de todos os direitos e foros dos demais, caso contrário terá o senhorio direito de realizar essa escolha. Essa pluralidade de foreiros pode ocorrer com a morte do enfiteuta, restando condôminos.

5. Direitos e deveres do senhorio direto

O direito mais visível do senhorio direto é o de receber o cânon ou foro, também chamado de pensão ou aluguel, devido anualmente.

Do mesmo modo, é direito do nu-proprietário receber, na oportunidade do resgate da enfiteuse, o pagamento de um laudêmio, mais dez pensões anuais.

É, também, direito do senhorio direto o de readquirir a propriedade integral, se o enfiteuta cair em comisso ou se falecer sem sucessores. Vale observar que *cair em comisso* equivale ao fato de extinguir-se o aforamento pelo motivo de o foreiro deixar de pagar a pensão devida por três anos consecutivos.

É, igualmente, direito do nu-proprietário o de ser preferido, em relação a terceiros, no caso do enfiteuta querer alienar o terreno foreiro.

Se, por dívidas contraídas pelo enfiteuta, restar penhorado o imóvel, deverá ser citado o senhorio direto, na ação de execução, pois este tem direito de não-só assistir à praça como de arrematar o bem aprazado.

Dever fundamental do senhorio direto é o de respeitar o domínio útil do foreiro, assegurando a continuidade da enfiteuse.

6. Formas de extinção da enfiteuse

Apesar da perpetuidade, extingue-se a enfiteuse de vários modos:

a. *pelo abandono*, tendo em vista que o foreiro tem o direito de abandonar o bem, gratuita e voluntariamente, ao senhorio direto, cujo ato equivale à renúncia e deve ser inscrito no Registro Imobiliário;

b. *pela natural deterioração de bem enfiteútico*, se esta situação vier a impedir que o foreiro obtenha da exploração capital equivalente ao cânon e mais um quinto deste;

c. *pelo comisso*, que é o caso mais comum de extinção, consistente no fato de o foreiro deixar de pagar o aluguel devido por três anos consecutivos. Todavia a aplicação do comisso depende de sentença judicial e o enfiteuta pode purgar a mora enquanto o comisso não tiver sido decretado por sentença;

d. *pelo falecimento do enfiteuta sem herdeiros*;

e. *pela confusão*, quando se reunirem, na mesma pessoa, as condições opostas de senhorio e de foreiro, tal acontecendo, por exemplo, se este se tornar herdeiro daquele;

f. *pelo resgate*, pois, como vimos acima, o enfiteuta, ao exercer o direito de resgate, adquire o imóvel, tornando-se dele plenamente proprietário;

g. *pela desapropriação*, em que se reúnem em uma só pessoa as qualidades de enfiteuta e senhorio direto;

Em decisão perante a 4ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, no processo em que são partes, de um lado a Fábrica da Igreja Nossa Senhora D'Ajuda de Caçapava, representada pelo senhor bispo diocesano de Taubaté, do outro a Sabesp, ficou assentado, a propósito de desapropriação, o direito que tem o senhorio direto, no caso a referida paróquia, de receber o laudêmio, mais dez pensões anuais, a título de indenização que será retirada do valor total fixado para o imóvel na sentença.⁴

h) *pelo usucapião*, quando o senhor direto ou um terceiro possua o imóvel por tempo suficiente para operar-se a prescrição aquisitiva.⁵

4. J.T.J. - LEX212/200.

5. Giselda Maria F. N. Hironaka, *Enfiteuse*, *Revista Jurídica*, n. 21, 1998, Faculdade de Direito de Bauru, p. 37.

Segundo entendimento jurisprudencial, "*dar-se-á, com efeito, a prescrição aquisitiva quando um estranho toma o lugar do foreiro e, em seu lugar, passa à ocupação do imóvel gravado de enfiteuse, como se fosse seu, durante vinte anos ininterruptos, pagando, inclusive, os foros ao senhorio direto*"⁶

7. Conclusão

Já destacamos a necessidade da revitalização do instituto da enfiteuse, porquanto o Brasil nunca precisou tanto como hoje de promover o cultivo das terras improdutivas e o incentivo à agricultura.

Desafortunadamente, não é preciso sair do Estado de São Paulo para contemplar extensas áreas de terras, que não são cultivadas e onde, quando muito, se vêem algumas poucas cabeças de gado a pastar. Essa visão desoladora teve o subscritor destas linhas, em muitas oportunidades, quando, em sua função de juiz de Direito, trabalhou em comarcas no Oeste do Estado.

O alcance social do instituto é incontestável, se verificarmos que muitos municípios brasileiros devem sua existência à aplicação da enfiteuse. Emigrantes italianos e de outras nacionalidades em muito contribuíram para a colonização de vastas áreas deste País, graças, sem dúvida, ao incentivo que receberam em poder dispor de um pedaço de terra para plantar e erguer suas casas, vindo, mais tarde, a se tornarem proprietários daquelas áreas, nos moldes do aforamento, como demonstram os seguidos acenos, nesse sentido, na novela "Terra Nostra" da TV Globo.

No entanto, a sobrevivência do instituto, nos dias atuais, depende não-só de uma divulgação eficaz e inteligente, mas de uma remodelação e adaptação às condições da vida moderna, de modo a incentivar proprietários e não-proprietários a esse tipo de contrato, tal como preconizado por João de Freitas Gouveia.⁷

Salienta, com propriedade, o referido autor dois aspectos de inegável relevância na revitalização do instituto, quais sejam: 1. *Formação de núcleos residenciais e coloniais* para povoamento das terras do País, dentro da vasta dimensão territorial brasileira, visando até mesmo à defesa da soberania nacional; 2. *Chamamento, incentivo e fixação do homem ao campo*, que acarretará no

6. Edgar Carlos de Amorim, *Teoria e Prática da Enfiteuse*, Edit. Forense, 1986, p. 37.

7. João de Freitas Gouveia, *op. cit.*

esvaziamento das grandes metrópoles, o que, por si só, representaria um feito sem precedentes.

Vejamos algumas sugestões inspiradas nas razões acima:

1. O foro deverá ser reajustado, periodicamente, devido à desvalorização da moeda;
2. Isenção de todos os encargos tributários em relação ao proprietário e ao enfiteuta (à exceção do imposto de transmissão *inter vivos*);
3. Aumento do percentual do laudêmio, excluído o valor das benfeitorias realizadas pelo enfiteuta;
4. Aumento do prazo máximo para o resgate, passando de dez para quinze ou vinte anos;
5. Incidência de juros e correção monetária nos casos de mora por parte e culpa do enfiteuta no pagamento do foro;
6. Fixação da forma e modo de pagamento do foro, visando à quitação por semestre ou trimestre (o proprietário, no regime atual, é obrigado a esperar um ano todo para receber o foro);
7. O enfiteuta poderá ser notificado, extrajudicialmente, para ser constituído em mora, caso não honre as obrigações contratuais assumidas;
8. Possibilitar a constituição da enfiteuse por meio de contrato particular;
9. Dar maior divulgação ao instituto, mostrando seus benefícios e vantagens;
10. Poderia ser contado para efeito de usucapião extraordinário, em determinados casos, o tempo de posse decorrente do aforamento.

São Paulo, dezembro de 1999.

DIREITO DO ESTADO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: BOSQUEJO DE SUA HISTÓRIA

Acácio Vaz de Lima Filho
Doutorando pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Resumo:

Neste artigo, buscamos fazer uma brevíssima síntese histórica da evolução do controle de constitucionalidade. Abordamos o assunto no Direito Público de Atenas, na Grécia Antiga, e a sua ulterior evolução, em Roma, na Europa Medieval, e na América do Norte, com a Constituição de 1787. Passando pelo "sistema americano" e pelo "sistema austríaco" chegamos ao Direito brasileiro, sob a Constituição de 1988.

Abstract:

In this article, we looked for to do a short historical synthesis of the evolution of the constitutionality control. We study the subject in the Public Law of Athens, in Old Greece, and its ulterior evolution, in Rome, in Medieval Europe, and in North America, with the Constitution of 1787. Going by the "American System" and the "Austrian System" we arrived to the Brazilian Law, under the Constitution of 1988.

Unitermos: legislação de Atenas; Direito grego; Direito Romano; Direito Natural; "sistema difuso" ou "americano"; "sistema concentrado" ou "austríaco"

Sumário: I - A legislação de Atenas, o mais antigo precedente histórico; II - Roma: o pensamento de Marco Tulio Cícero; III - A Idade Média. *Jus Naturale* e *Jus Positum*; IV - O Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII; V - Inglaterra. A luta entre el-Rei e o parlamento. A "Revolução Gloriosa" e a supremacia do parlamento; VI - A contribuição norte-americana; VII - Direito atual: o sistema "difuso" ou "americano" e o sistema "concentrado" ou "austríaco" do controle judicial da constitucionalidade das leis; VIII - O Direito brasileiro sob a égide da Constituição de 1988, XI - Conclusões finais; Bibliografia.

I A legislação de Atenas, o mais antigo precedente histórico

Creemos andar com acerto o insigne professor Miguel Reale, quando afirma que, ao passo que os gregos se destacaram pelo uso especulativo da razão, os romanos se notabilizaram pelo seu uso prático.¹ A propósito deste assunto, já tivemos a oportunidade de escrever, *verbis*:

"Uma outra característica dos romanos residia em serem, eles, avessos às especulações teóricas, e voltados para a concreção da existência. Neste sentido, lembramos que, ao passo que o gênio grego encontrou a sua manifestação maior na Filosofia, o gênio romano a encontrou no Direito" ²

Ao cotejar os helenos e a gente do Lácio, escreveu por sua vez o saudoso professor Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho:

"Os gregos, que tão alto elevaram as artes e a filosofia, mostraram-se, todavia, estéreis em assuntos jurídicos.

Roma foi, realmente, o berço do direito" ³

Pouco adiante, aduzia o ilustre processualista das Arcadas:

Povo guerreiro e prático, o romano, antes de tudo, respeitava profundamente as leis, razão pela qual o seu direito teve rápida e brilhante evolução" ⁴

1. Vide *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva S.A. Livreiros Editores, 2ª ed. revista e aumentada, 1977, p. 55.

2. Vide, de Acacio Vaz de Lima Filho, *O Poder na Antiguidade: Aspectos Históricos e Jurídicos*, São Paulo, Icone Editora, 1999, p. 146.

3. Vide *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, Edição Saraiva, 3ª ed., 1952, v. I, p. 44.

Para resumir – e concluir – a Filosofia foi a vocação nacional dos helenos, ao passo que a Jurisprudência foi a vocação nacional dos romanos. Esta assertiva não deve, no entanto, levar o estudioso a pontos de vista extremados, como aquele, aliás, muito difundido, de que os gregos seriam incapazes de ter vida jurídica... ora, esta é uma estultice. Em toda civilização digna deste nome, como o lobrigou Pietro de Francisci, um dos elementos fundamentais é o elemento jurídico. Ocorre que em nenhum outro povo este fator – o jurídico – teve tão grande relevo quanto o que ostentou entre a gente do Lácio. De acordo com o festejado romanista italiano, teria sido este ímpar senso jurídico dos romanos, indissociável dos valores políticos, que teria ensejado o surgimento da noção de *Res Publica*.⁵

Na abordagem do assunto de que ora nos ocupamos – o controle de constitucionalidade – é preciso que nos debrucemos sobre o Direito grego, e, mais especificamente, sobre a legislação de Atenas, na qual, ao que tudo indica, é possível encontrar o embrião do nosso hodierno controle de constitucionalidade. É o que ora vamos procurar fazer.

Uma consideração introdutória deve aqui ser feita, pertinente à diferença de concepção da "lei", entre os romanos e entre os gregos. Para os primeiros, a "*lex*" era uma emanção da "*voluntas*" humana. Para os segundos, ao revés, a "lei" era a emanção do querer divino. A propósito, escrevemos, *verbis*:

"Por fim, em matéria legislativa, competia à 'Eclésia' o poder de estabelecer regras de conduta, vinculantes, expressas na forma da lei, ou do decreto. Elucidam Biscardi e Cantarella que, para os gregos, as leis não eram o produto da vontade da 'Polis', e sujeitas portanto – pela sua própria natureza – a mudanças contínuas. Para os gregos a lei era qualquer coisa de transcendente, de preexistente ao Direito. A 'lei', era o produto do querer da divindade, não passando, o legislador, de intérprete da vontade divina. Os autores, para ilustrar a assertiva, mencionam a legislação de

4. *Op.*, vol. e loc. cit.

5. Vide Síntesis Histórica Del Derecho Romano, tradução espanhola Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1954, p. 123 - original italiano.

*Esparta, aconselhada a Licurgo pelo oráculo de Delfos*⁶

Em continuação, escrevemos:

Aqui nos interessa de perto o fato de que, revestindo a 'lei' a característica apontada (a de ser a emanção da vontade divina, e não do querer humano), várias conseqüências daí derivavam. Com efeito, emanadas do querer divino, as leis eram, ao menos em princípio, imutáveis, e fácil é inferir que a proposição de novas leis era algo excepcional. O que garantia tal excepcionalidade, é que havia uma série de normas que, no seu núcleo, eram atribuídas ao legislador Sólon. Isto era bastante diferente do que iria suceder em Roma, em que a simples oportunidade bastava, para justificar o advento de novas leis.

Havia um genuíno 'processo legislativo', para alterar as leis antigas. E ele era de todo incindível da concepção de 'lei', como emanção da divindade. Não é demais lembrar que Sólon teve existência histórica. Mas isto não acontece, relativamente a outros legisladores da Hélade, entre os quais, Licurgo. Aliás, a imutabilidade da lei foi uma constante, no que tange a Esparta.

Havia formalidades prescritas, para que novas leis fossem introduzidas em Atenas. E a não-observância de tais formalidades, implicava em sanções. Qualquer cidadão podia intentar uma ação pública, contra o que tivesse obtido a aprovação de uma nova lei, sem observar as formalidades prescritas. Bastava, para intentar a ação pública, que o cidadão considerasse que

6. Vide *O Poder na Antiguidade* cit., p. 98, itálico no original.

as formalidades não haviam sido seguidas. Era suficiente o seu parecer, enquanto cidadão de Atenas. A ação pública, em epígrafe, tinha o nome de graphé paranómon. Uma outra observação a ser feita é a de que no decurso da ação pública, eram discutidas a legalidade do procedimento, e a oportunidade da lei aprovada. É digno de nota, pois, que o procedimento ora examinado não se ocupava, apenas, dos aspectos formais da nomogênese: por meio dele, também o mérito da lei nova era examinado" ⁷

Tudo indica que o procedimento conhecido no Direito ático, sob o nome de "graphé paranómon" seja o mais remoto ancestral daquilo que, hoje, recebe o "nomen juris" de "controle de constitucionalidade". Ao tratarmos do Direito Público da Hélade, não podemos prescindir da consulta ao livro clássico de Gustave Glotz, intitulado *A Cidade Grega*. Escreve o autor, *verbis*:

"Para determinar com precisão o poder legislativo da Ekklêsía, há necessidade de esclarecer o sentido exato das palavras nómos (lei) e psêphisma (decreto). Não é numa época como a nossa, em que os mais sábios juristas de todos os países sentem uma dificuldade singular em definir esses dois termos – e em que a democracia francesa chegou mesmo a introduzir na fraseologia política o termo híbrido 'decreto-lei' –, que nos assiste o direito de lançar a primeira pedra na democracia ateniense por ter deixado vaga a diferença existente entre dois conceitos que, no entanto, são essenciais.

Em todo o caso, o direito público de Atenas proclamava, em princípio, que nenhum decreto, nem do Conselho nem do povo, prevalece contra a lei

7. *Op. cit.*, pp. 98 e 99 - itálico no original.

*(psêphisma mêdèn, mête boulês mête dêmou, nómu kuriôteron ênai)"*⁸

Anota Glotz que, no século V a.C., os atenienses entendiam por "leis" todas as leis, e, sobretudo, as leis constitucionais de Drácon, Sólon e Clístenes.⁹ Importa aqui salientar que, de acordo com o autor de *A Cidade Grega*, a *graphé paranómon*" era uma instituição judiciária destinada a conter, na prática, a onipotência da *Ekklêsía* dentro de "justos limites" Tratava-se de uma ação pública contra moções legais. Observa *Glitz, verbis*:

*De fato, essa ação era, pelas suas origens, pelo seu rito processual e pelas suas sanções, uma das mais temíveis armas de que dispunha o direito penal em Atenas.*¹⁰

De acordo com o autor ora seguido, a *graphé paranómon*" teria surgido após a reforma de Efialtes, que despojou o vetusto Tribunal do Areópago do papel de guardião da Constituição. Cumpre salientar que todo e qualquer cidadão podia se apresentar como protetor das leis, para processar o autor de uma proposta ilegal, e até mesmo o presidente da assembleia, que não se havia recusado a colocá-la em votação. Vamos dar a palavra a Gustave Glotz. Escreve ele, *verbis*:

"O acusador devia formular a sua queixa por escrito, indicando a lei que, a seu ver, fora violada. Podia anunciar a sua intenção sob juramento (hupômosía), na Assembleia do povo, antes ou depois de votadas as disposições que ele julgava ilegais. Essa declaração oficial tinha o efeito de suspender a validade do decreto até depois de pronunciada a sentença. O tribunal,

8. Vide *Op. cit.*, tradução brasileira de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda, Rio de Janeiro, Editora Bertrand Brasil S.A., 2ª ed., 1988, p. 136 - itálico no original - original francês.

9. *Op. e loc. cit.*

10. *Op. cit.*, p. 147.

composto no mínimo de mil jurados e, algumas vezes, de seis mil, funcionava sob a presidência dos thesmothétai. Qualquer proposta podia ser atacada sob a alegação de conter vício em sua forma: era suficiente que não se tivessem observado as regras severas do processo. Um decreto era ilegal se tivesse sido submetido à Assembléia sem haver sido previamente examinado e relatado pelo Conselho ou sem ter sido incluído na ordem do dia pelos prítanes. Uma lei era ilegal se não tivesse sido proposta como resultado de uma votação expressa na primeira assembléia do ano, e se não houvesse sido afixada em tempo hábil e no devido lugar. Ainda mais séria, como é natural, era a ilegalidade que se prendia não à forma, mas ao fundo" ¹¹

Havia – prossegue o autor – punições severas para a ilegalidade. Tais punições iam das multas razoavelmente pesadas, até a pena de morte. Depois de três condenações por ilegalidade, o cidadão perdia o direito de apresentar quaisquer propostas à Assembléia do "Demos" Numa observação pessoal, lembramos aqui que esta era uma punição deveras pesada, uma vez que os valores fundantes da Democracia ateniense eram a "isonomia" ou seja, o privilégio de obediência às mesmas leis, e a "isegoria" ou seja, o direito de fazer uso da palavra, nas assembléias...como, com argúcia, observa o insigne Miguel Reale *in Horizontes do Direito e da História*. A "igualdade" era mais importante, na Democracia de Atenas, do que a "liberdade..." ¹² Conclui Glotz:

"Finalmente, sujeitando-se à graphê paranómôn, a democracia ateniense estava pronta para colher a sua mais bela recompensa: tornava infrutífera qualquer tentativa de prejudicar a constituição através das vias

11. *Op. cit.*, pp. 147 e 148 - itálico no original.

12. *Op. cit.*, p. 28.

constitucionais e não deixava ao partido oligárquico outra alternativa além da revolução"¹³

Os consagrados autores patricios José Pedro Galvão de Sousa, Clovis Lema Garcia e José Fraga Teixeira de Carvalho também vislumbram, no instituto ateniense ora estudado, o embrião do hodierno controle de constitucionalidade, porquanto ensinam, *verbis*:

*"No século V a.C., já se entremostra em Atenas a idéia da atual argüição de inconstitucionalidade de lei (graphé paranomos), para manter intangível a constituição"*¹⁴

Não é possível ignorar que, se Sólon foi o "pai" da Democracia ateniense, o instituto ora em estudo, que punha um freio aos desmandos da Assembléia do "Demos" foi a manifestação jurídica dos conceitos de "medida" e de "limite" presentes no pensamento do legendário legislador. Di-lo Werner Jaeger, com a sua habitual clarividência:

*"O conceito de medida e de limite, que ganhará importância tão fundamental na ética grega, revela claramente qual é o problema que se situa no centro do pensamento de Sólon e do seu tempo: a aquisição de uma nova forma de viver, por meio da força do conhecimento interior"*¹⁵

13. *Op. cit.*, p. 149.

14. Vide *Dicionário de Política*, São Paulo, T. A. Queiroz, Editor, 1998, p. 134 itálico no original.

15. Vide *Paidéia - A Formação do Homem Grego*, tradução portuguesa de Artur M. Parreira, São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda. - Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 129 - original alemão.

Mauro Cappelletti é um outro autor que vislumbra, no Direito ático, o remoto ancestral do nosso atual controle de constitucionalidade, escrevendo a propósito:

A consequência da ilegalidade (ou, como nós gostaríamos de dizer, da inconstitucionalidade) dos decretos emanados da Ecclesia era dúplice. Por um lado, dela derivava uma responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto, responsabilidade que se podia fazer valer dentro de um ano, mediante uma ação pública de ilegalidade, chamada grafê paranómon. Por outro lado, julga-se que derivasse, ainda, a invalidade do decreto contrário à lei, por força do princípio que se encontra afirmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual o nómos, quando estava em contraste com um pséfisma, prevalecia sobre este. Os juízes atenienses, portanto, não obstante fossem obrigados por solene juramento a julgar 'Kata toús nómous Kaí Katá pséfismata' ('segundo a lei e segundo os decretos'), não podiam, porém, ser obrigados a julgar segundo os pséfismata, a menos que estes não fossem contrários aos nómoi"¹⁶

Verificamos, destarte, que o instituto ora estudado, ao que tudo indica, deita as suas raízes no Direito Público da Hélade, e, de maneira mais específica, na Constituição de Atenas.

II Roma: – o pensamento de Marco Tulio Cícero

Como já assinalamos *retro*, a vocação nacional dos romanos foi o Direito. E, na abordagem do tema de que ora nos ocupamos, têm grande importância

16. Vide *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, tradução brasileira de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1992, pp. 50 e 51, itálico no original - original italiano.

os estudos feitos, pelos romanos, a propósito do Direito Natural. Um nome se impõe aos que abordam, em Roma, o Direito Natural. É o de Marco Tulio Cícero, sobre o qual escreve Eustaquio Galán y Gutierrez, *verbis*:

"La figura que de veras tiene relevancia, desde el punto de vista de nuestra disciplina, es Cicerón (106 43 a. de J.C.), personalidad multifacética (abogado, retórico, político y artista de la pluma). De importancia directa para el derecho natural son tanto el tratado De legibus (probablemente dejado sin teminar por el autor), cuanto el tratado De republica, obra de la que sólo ha llegado a nosotros la tercera parte, aproximadamente, descubierta por May en 1822, en un palimpsesto de la biblioteca vaticana. Desde el punto de vista de la filosofía moral también son relevantes los tratados De officiis, De finibus bonorum et malorum, los Tusculanarum disputationum libri quinque" ¹⁷

Como é amplamente sabido, afirma o autor espanhol citado, as obras de Cícero estão prenhes de elementos platônicos, aristotélicos e estóicos. Todos os seus escritos se alimentam de idéias gregas. De acordo com o genial orador das *Catilinárias*, o genuíno saber respeitante ao Direito tem que ser buscado não no Edito do Pretor (*non a praetoris edicto*), nem na Lei das XII Tábuas (*neque a XII tabulis*), porém, na mais íntima entranha da Filosofia (*sed penitus ex intima philosophia*). E isto porquanto o que inquieta Cícero – sempre de acordo com Eustaquio Galán y Gutierrez – é o problema da "*fons ultima juris*" ¹⁸

A verdadeira lei, de acordo com Cícero, é a razão, cujo fundamento se acha na natureza, na medida em que prescreve o que se deve fazer, e proíbe o contrário (*lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibet contraria*).¹⁹ A verdadeira lei – diz Cícero – não é uma arbitrária invenção

17. Vide *Ius Naturae*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, S.A., 1961, v. II, pp. 60 e 61 - itálico no original.

18. *Op.*, vol. e loc. cit.

19. *Op.* e vol. cit., p. 62.

do engenho humano, nem um mandamento feito pelos povos, porém algo eterno que rege o mundo, e que impera ou proíbe. Afirma ainda o famoso retórico que a verdadeira lei é um critério para a distinção do justo e do injusto, ditado pela natureza. O verdadeiro princípio constitutivo do Direito radica em uma lei fundamental, válida para todos os tempos, estabelecida antes que qualquer lei escrita tivesse sido ditada, e antes, inclusive, que qualquer cidade tivesse sido organizada.²⁰ Um pensamento ciceroniano que – observa o autor ora seguido – se repete reiteradamente no *De Legibus* é o de que o genuíno Direito é estabelecido pela natureza (*jus in natura esse positum intellegi possit*), e que, da mesma forma que o Direito encontra o seu fundamento na natureza, o verdadeiro critério para distinguir a lei justa da injusta não pode consistir senão em consultar a natureza.²¹

Não podemos deixar de consignar que as idéias respeitantes ao Direito Natural, trabalhadas por Cícero, integravam a cultura helênica, estando presentes naquela manifestação do espírito que, entre os gregos, teve maior importância do que em qualquer outro povo: o teatro. Com efeito, em Sófocles, ao ser interpelada por Creonte, a respeito de ter o atrevimento de desobedecer às leis, responde Antígona:

*Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram*²²

A propósito da influência do pensamento helênico no Direito Romano, e, mais especificamente, a propósito do surgimento de uma "Filosofia do Direito" em Roma, escreve Roscoe Pound:

20. *Op.*, vol. e loc. cit.

21. *Op.* e vol. cit., p. 63.

22. Vide *A Trilogia Tebana*, tradução de Mario da Gama Kury, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2ª ed., 1991, p. 214 - grifos nossos - original grego.

A lei de Atenas, nos séculos IV e V a.C., era uma tradição codificada, cujas deficiências eram supridas por legislação apropriada e individualizada em sua aplicação, mediante a administração de justiça por vastas assembleias populares. Dessa maneira, apesar da redução formal à escrita, a lei ateniense conservou a fluidez do Direito primitivo e pôde propiciar uma Filosofia para a lei romana, em sua fase de equidade e direito natural – outro período de fluidez legal”²³

Mais adiante, preleciona o autor norte-americano, *verbis*:

“Os homens de lei romanos entraram em contato com a Filosofia na transição entre uma lei escrita e uma fase de equidade e direito natural. Êsse contato influiu bastante, ao habilitá-los a concretizarem a mencionada transição. De um ponto de vista puramente legal, o Direito grego estava numa fase de lei primitiva. Direito e Moral estavam ainda, em grande parte, indiferenciados. Assim, o pensamento filosófico grego de uma fase de Direito e Moral indiferenciados permitiu a identificação do que era legal com o que era moral, no pensamento jurídico que caracterizava o Direito Romano clássico”²⁴

Embora – no dizer feliz de Alexandre Augusto de Castro Corrêa – o contributo da Filosofia Grega tenha chegado para os juriconsultos romanos em um momento em que o Direito Romano já havia atingido a sua maioridade científica; e embora os romanos tenham chegado – graças à influência helênica – à concepção do Direito Natural, seria temerário afirmar que os limites impostos pelo *Jus Naturale*”

23. Vide *Introdução à Filosofia do Direito*, tradução brasileira de Álvaro Cabral, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965, p. 16 - original norte-americano.

24. *Op. cit.*, pp. 18 e 19.

constituíssem, por si mesmos, no Direito Romano, aquilo a que chamaríamos, hoje, de "controle da constitucionalidade". Tais limites poderiam, isto sim, servir de referencial para o exercício do mencionado controle. Este era, a rigor, exercido pelo Senado, escrevendo a respeito José Pedro Galvão de Sousa, Clovis Lema Garcia e José Fraga Teixeira de Carvalho:

*"Também em Roma, atuava o Senado como legis iudex, ao cassar leis contrárias à ordem institucional. E transcendendo a ordem jurídico-positiva, Cícero (106 43 a.C.), no Senado, ao invocar a recta ratio contra a lex scripta, arguia a invalidade da norma atentatória à lei natural, ou seja, uma como que inconstitucionalidade per se, em razão da afronta do direito positivo ao direito natural. Por isso, autores há, como Corwin, que afirmam ter Cícero contribuído indiretamente, com essas idéias, para a futura formulação do judicial review (The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law, Cornell University Press, New York, 1961, p. 14)"*²⁵

III A Idade Média. *Jus Naturale* e *Jus Positum*

De acordo com Mauro Cappelletti, as concepções pertinentes ao Direito e à Justiça dominantes no Medievo estavam ligadas – em sentido muitíssimo amplo – ao pensamento de Platão e de Aristóteles. Mas estavam elas ligadas, também, e em especial por meio da doutrina tomista, aos filósofos estóicos e a Cícero.²⁶ Como é evidente, em tais concepções medievais a idéia de um *Jus Naturale* assumia um papel de inquestionável preeminência. Como escreve M. Battaglini, *o ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente nulo e não vinculatório, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não*

25. *Op. e loc. cit.*

26. *Op. cit.*, p. 51.

obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Segundo, enfim, alguns teóricos, mesmo os súditos individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do comando não conforme ao direito (natural), tanto que a imposição coativa da norma antijurídica justificava a resistência, mesmo armada e, até, o tiranicídio²⁷

Se o "*Jus Naturale*" teve tamanho relevo na Idade Média, cremos ser de bom alvitre trazer à baila algumas definições dele. Fixamo-nos em dois autores, Don Faustino Gutiérrez Alviz e Raymond Monier. Escreve o primeiro, *verbis*:

*"Ius Naturale. – Derecho natural. Una primera acepción supone que es, conforme com el sentir del jurista Ulpiano, 'el que la Naturaleza enseña a todos los animales', cual las normas que rigen al hombre y las bestias relativas a la unión de los dos sexos, procreación y cuidado de la prole; concepto non admisible desde el punto de vista jurídico. Otra acepción es la de Paulo, quien le estima como 'lo que siempre es bueno y justo': concepto de un derecho ideal, que enfrentado por los juristas compiladores al derecho de gentes constituía un derecho racional (sic), ideal e inmutable. Esta concepción del derecho parece ser obra de los compiladores bizantinos y en modo alguno responde a ideas de los juristas clásicos"*²⁸

Raymond Monier, por seu turno, ensina:

J. Naturale (Droit Naturel). – 1) Droit idéal n'ayant pas, par lui-même, force obligatoire, qui est le même chez tous les peuples et dans tous les temps, et qui est la

27. Apud. Mauro Cappelletti, *Op. cit.*, p. 52 - itálico no original.

28. Vide *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, p. 297 negrito e maiúsculas no original.

source à laquelle le législateur e le jurisconsulte doivent puiser pour perfectionner le droit en vigueur à un moment donné, dans un pays déterminé. – 2) D'après certains écrivains grecs et latins, dont l'opinion est suivie par Justinien: droit commun à l'homme et à tous les animaux, que la nature enseigne à tous les êtres animés et qui comprend l'union du mâle et de la femelle, la procréation et l'éducation des enfants".²⁹

Na abordagem do controle de constitucionalidade na Idade Média, não podemos olvidar um dado, fundamental, sobre esta época da História da Humanidade: ela foi eminentemente *Teocêntrica*, daí derivando a enorme importância da Igreja Católica, para a evolução das instituições jurídicas aí incluídas. Nesta ordem de idéias, assinala o já citado professor José Pedro Galvão de Sousa que os escolásticos, inspirando-se imediatamente no *Decretum* de Graciano, e mediamente nas lições de Santo Isidoro de Sevilha, ensinavam ser a lei natural a participação da lei eterna no homem.³⁰

Como é sabido, existem diversas vertentes do chamado Direito Natural. Isto inobstante, parece ser possível a sua redução a um denominador comum, escrevendo a propósito José Pedro Galvão de Sousa, *verbis*:

"Enfim, das fontes greco-romanas, aproveitadas na Idade Média, pelos canonistas e teólogos, resultou toda uma tradição doutrinária sobre a lei natural. Não obstante as múltiplas variantes dessa tradição, é unânime a aceitação de um princípio superior de conduta, regra geral de toda ação humana, inerente à própria natureza e critério supremo da justiça e da equidade. Baseado na distinção entre o bem e o mal, o justo e o injusto, esse princípio é universalmente

29. Vide *Vocabulaire de Droit Romain*, Paris, Éditions Domat Montchrestien, quatrième édition, 1948, p. 164 - negrito e maiúsculas no original.

30. Vide *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1977, pp. 5 e 6.

admitido, porque evidente, e assim pode formular-se: devemos praticar o bem e evitar o mal. É o direito natural, de que dizia Paulo: quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale"³¹

Como vimos há pouco, a Idade Média foi eminentemente teocêntrica, sendo este dado fundamental para que bem a compreendamos. Cremos ser interessante, neste passo, ilustrar a assertiva, trazendo à baila o autor que tão profundamente marcou o pensamento filosófico, jurídico e político do Medievo Europeu: Santo Tomás de Aquino. Ao dar conselhos ao governante, escreve o doutor Angélico:

*"Já que tamanha recompensa se aparelha, na beatitude ceeste, aos reis que bem governarem, devem eles, com cuidado diligente, ter mão em si-mesmos, para se não perverterem à tirania. Que nada lhes deve ser mais grato que, da régia honra com que são sublimados na terra, serem transferidos à glória do reino celestial. Erram, porcerto, os tiranos, que, por-causea de certos interêsses terrenos, abandonam a justiça e se privam do tão grande prêmio que podiam alcançar reinando justamente"*³²

De acordo com Mauro Cappelletti, em termos de Idade Média, e em função da já aludida – e inescandível – preeminência do "*Jus Naturale*" houve uma tendência no sentido de substituir a fórmula romana (ou pseudo-romana) "*Princeps legibus solutus*" pela fórmula oposta "*Princeps legibus tenetur*" Houve ainda, sempre de acordo com o autor peninsular, a elaboração de uma tese intermediária, de acordo com a qual o soberano, não vinculado à lei civil, estava, entretanto, vinculado à lei natural.³³ Em consonância com a concepção medieval, pois, havia uma

31. *Op. e loc. cit.* - itálico no original.

32. Vide *Do Governo dos Príncipes*, tradução e anotações do professor Arlindo Veiga dos Santos, São Paulo, Editora Anchieta S/A, 1946, p. 73.

33. *Op. e loc. cit.*

distinção nítida entre as duas ordens de normas, a do *Jus Naturale* "norma superior e inderrogável" e a do "*Jus Positum*" obrigada a não estar em contraste com a anterior.³⁴ Com as indispensáveis cautelas pertinentes às particularidades da época histórica abordada, vamos concluir dizendo que a adequação ou a inadequação das normas do *Jus Positum* aos preceitos do *Jus Naturale* faziam as vezes do que hoje chamamos de "controle de constitucionalidade"

IV - O Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII

A existência das duas ordens de normas, a do *Jus Naturale* e a do *Jus Positum* é válida também, e "grosso modo" para a concepção dominante no que Cappelletti chama de *grande escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII*³⁵ Esta escola, segundo o autor italiano, vai de Hugo Grotius a J.J. Rousseau. Dissemos e reiteramos que a Idade Média foi teocêntrica. Pois bem, esta escola Jusnaturalista de que ora nos ocupamos mereceria ser chamada de "antropocêntrica" porquanto – desvinculada dos pressupostos teológicos e transcendentais do Direito Natural do Medievo – tinha fundamentos racionalistas e imanentistas. Ocorre que também ela afirmava a existência de "direitos inatos" intangíveis e irrenunciáveis. Para Cappelletti, tal escola afirmava *a existência de limites e de preceitos cogentes para o próprio legislador*³⁶ Esta concepção estava arraigada no pensamento da época. Abraçou-a John Locke, o qual, embora afirmando que o Legislativo detém o "*supreme power*" admitia que este poder tem que encontrar limites no Direito Natural. Célebre é a frase atribuída a Walter Bagehot: "*O Parlamento pode fazer tudo, exceto transformar a mulher em homem ou vice-versa.*" Inobstante isto, a distinção entre um Direito Natural e um Direito Positivo destinava-se a atuar, como o salienta Cappelletti, *num plano puramente filosófico e teórico, abstraído dos concretos acontecimentos quotidianos da vida*³⁷ Em síntese, quando havia a oposição entre as normas de Direito Natural e as do *Jus Positum* tratava-se da oposição de normas integrantes de *duas ordens jurídicas diversas; da oposição entre dois sistemas jurídicos diversos* (grifamos). Escreve o autor peninsular:

34. *Op. e loc. cit.*

35. *Op. e loc. cit.*

36. *Op. cit.*, p. 53 - os grifos em maiúsculas e negritos são nossos.

37. *Op. e loc. cit.*

*"Pelo que, não sei quantas vezes em concreto o juiz, colocado diante do divergente comando da norma, com freqüência muito vaga, de direito 'natural' de um lado, e da norma de direito 'positivo' de outro lado, efetivamente pudesse ou soubesse, sem incorrer em responsabilidade, ou talvez em arbítrio, não aplicar a segunda para aplicar, ao contrário, a primeira".*³⁸

Para chegar à subsunção do Direito Natural na esfera do Direito Positivo, adverte Mauro Cappelletti, foi necessário que decorresse mais algum tempo. Um primeiro sintoma da mudança pode ser encontrado no Reino de França, já ao tempo do *Ancien Régime*" Com efeito, os *Parlements*" – que eram Cortes superiores de Justiça – vinham afirmando, em face dos monarcas franceses, o seu poder e dever "d'examiner dans les édits e autres lois qui nous sont apportés s'il n'y a rien de contraire ... aux lois fondamentales du royaume"³⁹ Em nota de rodapé da p. 55, elucida o jurista peninsular que o "*Parlement*" de Paris, no ano de 1718, proferiu uma decisão no sentido ora apontado. Os "*Parlements*" teriam a função de "*gardiens des lois fondamentales*" Um dado básico para o estudo do nosso tema, e presente, por igual, em uma nota de rodapé da página citada, é o de que, desde o século XVI, estava se desenvolvendo, na França, a teoria das "*leges imperii*" as quais, embora distintas tanto das leis divinas quanto das leis naturais, como estas, *não podiam ser alteradas, nem pelo Rei, nem pelos Estados Gerais* (grifamos). Com lastro na obra dos *Parlements*" – assinala Mauro Cappelletti – foi sendo formulada uma doutrina que teve grande influência sobre a obra de Montesquieu: – a doutrina da "*heureuse impuissance*" pela qual havia uma "feliz impotência" do soberano-legislador, no sentido de promulgar leis que, hodiernamente, seriam chamadas de "leis inconstitucionais"⁴⁰

Desejamos aqui consignar uma observação pessoal. Cremos que o fato de, em pleno *Ancien Régime*" haver um freio à prepotência e ao arbítrio reais, demonstra à sociedade que as instituições jurídicas e políticas não evoluem de

38. *Op. cit.*, p. 54.

39. Transcrito por Mauro Cappelletti, *Op. cit.*, pp. 54 e 55 - itálico no original.

40. *Op. cit.*, pp. 55 e 56.

maneira brusca, e que as rupturas consubstanciadas nos períodos revolucionários não constituem inovações tão notáveis quanto aparentam ser, "*prima facies*"...

V Inglaterra. A luta entre el-Rei e o Parlamento. A "Revolução Gloriosa" e a supremacia do Parlamento

O embrião do Parlamentarismo Britânico deve ser vislumbrado, segundo José Pedro Galvão de Sousa, Clovis Lema Garcia e José Fraga Teixeira de Carvalho, na "*Magna Charta Libertatum*" outorgada em 1215 por João Sem Terra, Rei de 1199 a 1216.⁴¹ O monarca, como é sabido, foi pressionado no sentido de respeitar o princípio em que se assentavam as instituições políticas durante o Medievo, vale dizer: o Rei governa "*sub lege*" isto é, observando as normas jurídicas derivadas da ordem natural das coisas e das "leis fundamentais". Este direito, como é amplamente conhecido, era um Direito Costumeiro. Na época da "*Magna Charta*" o juriconsulto Henry Bracton, expoente do Direito Medieval inglês, escreveu, "*verbis*": *Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege quia lex facit regem*" ou em vernáculo, "o próprio rei não deve estar sob o homem, mas sob Deus e sob a lei, porque a lei faz o rei"⁴²

Da "*Magna Charta Libertatum*" escrevem os autores nacionais ora seguidos:

A Magna Charta Libertatum, que, não obstante a denominação, nenhuma semelhança possui com as constituições modernas, visou assegurar o compromisso real de observância desse princípio, concretizado sob vários aspectos: lançamento de tributos mediante audiência prévia dos contribuintes, respeito às prerrogativas municipais, liberdade da Igreja, obediência às normas processuais na apuração de delitos.⁴³

41. Vide o *Dicionário de Política* cit., p. 400.

42. *Op. e loc. cit.*

43. *Op. e loc. cit.* - itálico no original.

Há uma tendência, entre os estudiosos atuais, no sentido de assimilar a *Magna Charta* às modernas constituições. Nada mais equivocado. Em termos políticos, é preciso salientar que João Sem Terra, a quem os barões e os bispos, literalmente, arrancaram o documento, personificava, naquele momento histórico, aquilo que, à falta de um nome mais adequado, chamaremos de "a modernidade": o monarca era o embrião da vontade do Estado Nacional, a se opor contra os privilégios feudais dos nobres e do alto clero...

Quando da "*Magna Charta*" o Rei da Inglaterra era assistido pela "*Curia Regis*" ou "*Privy Council*" em suas decisões mais importantes. Com a ampliação excessiva dos integrantes deste Conselho, formou-se o "*Consilium Regis*" dotado de funções *judiciais, governamentais e legislativas*⁴⁴ (grifos nossos). Entre os membros do "*Consilium Regis*" e o soberano realizavam-se os "*colloquia*" Tratava-se do '*Parliamentum*' esboço do futuro Parlamento, que surgiu, finalmente, em 1265, congregando – apenas – os representantes da Nobreza e do Clero. Em 1295, o Parlamento passou a ser integrado pelas três classes sociais: – "*Os que rezam, os que guerreiam, os que trabalham*"⁴⁵ Data de meados do século XIV a divisão do Parlamento em duas câmaras, a dos Lordes e a dos Comuns, com atribuições que se foram definindo e consolidando.

Após a ditadura de Oliver Cromwell, e restaurada a monarquia, o "Gabinete" integrado por ministros nomeados livremente pelo Rei, tornou-se um instrumento do poder absoluto do monarca. Não devemos esquecer, neste passo, que as doutrinas de Thomas Hobbes serviram para justificar o absolutismo da Casa dos Stuart. Ao escrever sobre este autor, assim se expressa Guido Fassò, *verbis*:

En realidad, no debe olvidarse que toda su obra surge en el clima de la guerra civil y responde a su toma de posición en favor del absolutismo: la causa primera de la lucha que castigó a Inglaterra, a su juicio, era la división de los poderes del Estado, y no vio otra

44. *Op. e loc. cit.*

45. *Op. e loc. cit.*

perspectiva de paz que el reconocimiento de la inseparabilidad de todos los poderes.⁴⁶

Como é sabido, o absolutismo real praticado por *James Stuart* levou à "Revolução Gloriosa" de 1688, cujo objetivo era restabelecer o respeito ao princípio "*rex sub lege*". Com a Revolução de 1688, assinala Cappelletti, passa a haver na Inglaterra a absoluta supremacia do Parlamento.⁴⁷ Sucede que, ao mesmo tempo, ensinam os autores do *Dicionário de política*, vinha a se consolidar o princípio segundo o qual os atos do Parlamento que atentassem contra a *Common Law* (Direito Costumeiro) seriam nulos. A norma legislada deixava de prevalecer contra a constituição consuetudinária.⁴⁸

VI A contribuição norte-americana

Ao abordarmos a contribuição do Direito norte-americano para o tema ora em estudo, devemos realçar, num *'prius'* que os EUA integram a grande família do Direito Comum. A propósito, escreve o nosso insígne professor Haroldo Valladão:

"Os Estados Unidos, que herdaram a Common Law nas antigas Colônias, afinal a consagram no seu direito federal e estadual, seja da União, seja dos diferentes Estados-Membros (vd. Oscar Rabasa, El Derecho Anglo-Americano, Common Law, México, 1944), salvo na parte do direito público, em especial do direito constitucional, dada a adoção ali, segundo já vimos, da

46. Vide *Historia de la Filosofía del Derecho*, tradução espanhola de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Ediciones Pirámide S. A., 1.979, v. II, p. 105 - original italiano.

47. *Op. cit.*, p. 53.

48. *Op. cit.*, p. 134.

*Constituição, completa, escrita, rígida, de 1787 com as emendas de 1789*⁴⁹

Mauro Cappelletti cita um trabalho de James A. C. Grant, vindo à luz em 1963, o qual contém a tese de que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, na terminologia de língua inglesa, a "*judicial review of legislation*" é uma contribuição das Américas para a Ciência Política. De acordo com esta tese, o controle jurisdicional das leis representa uma idéia posta em prática, pela vez primeira, nos EUA, no século XVIII. Dos Estados Unidos tal idéia ter-se-ia espalhado, no decurso da passada centúria, para outros países das Américas, difundindo-se, "*a posteriori*" em outras partes do mundo.⁵⁰

A tese de Grant tem que ser aceita com alguma cautela. E isto porquanto já nos foi dado verificar que, embora não sob o "*nomen juris*" de "supremacia da Constituição" sobre as leis ordinárias, existiu no passado, no bojo de outras experiências jurídicas, uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis (que, na terminologia moderna, poderíamos chamar de "leis constitucionais" ou "fundamentais") em relação às outras leis (que, na terminologia moderna, chamaríamos de "leis ordinárias").⁵¹ Isto inobstante, tal tese é, no dizer de Cappelletti, "substancialmente verdadeira" sem ser, porém, "historicamente, de todo correta"⁵² Damos a palavra ao autor italiano, que preleciona, *verbis*:

"Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de judicial review (of the constitutionality of legislation), nos outros Estados – e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se se pensa

49. Vide *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S. A., 4ª ed., revista e atualizada, 1980, p. 58 - itálico no original.

50. Vide, de James A. C. Grant, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, publicação da "*Revista de la Facultad de Derecho de México*" 1963, apud. Mauro Cappelletti, *Op. cit.*, p. 46.

51. A propósito, Mauro Cappelletti, *Op. cit.*, pp. 48 e 49

52. *Op. cit.*, p. 46.

que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do 'constitucionalismo', com a concepção da supremacy of the Constitution em relação às leis ordinárias" ⁵³

Aduz Cappelletti que a Constituição norte-americana representou o arquétipo das "constituições rígidas" que não podem ser mudadas ou derogadas por meio de leis ordinárias, mas, eventualmente, através de procedimentos especiais de revisão constitucional. Dispunha a Constituição federal norte-americana de 1787 em seu art. VI, cláusula 2ª que "*this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)*" ⁵⁴ O texto acima reproduzido foi fundamental na história do instituto ora estudado. Por um lado, ele fixou o que foi chamado de "a supremacia da Constituição" E, de outra banda, ele impôs o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição, *in se ipsa*" Deve ser salientado, outrossim, que foi nos EUA que, pela primeira vez na história do Direito, um sistema de controle da validade das leis foi confiado aos tribunais, tendo, destarte, um caráter judicial.

A propósito desta matéria, assim se pronuncia Carlos Alberto Lúcio Bittencourt:

A idéia de se atribuir às Côrtes de Justiça a guarda da Constituição encontra, efetivamente, sua primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos da América. Foi construída pela jurisprudência da Côte Suprema, na ausência de preceito expreso na Constituição, tendo sido enunciada, em caráter definitivo, no famoso caso Marbury v. Madison, onde o verdadeiro arquiteto do direito constitucional americano – o juiz Marshall – a

53. *Op. e loc. cit.*

54. Transcrito por Mauro Cappelletti, *Op. cit.*, p. 47.

*expôs limpidamente, imprimindo-lhe a marca do seu gênio*⁵⁵

Sobre a histórica decisão proferida no caso Marbury x Madison, escreve Mauro Cappelletti:

*A opção do Chief Justice Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o conseqüente poder dos juizes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo "ocidental" tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou*⁵⁶

Creemos ser desnecessário acrescentar qualquer outra consideração, pertinente à importância intrínseca da contribuição norte-americana, para a evolução do controle de constitucionalidade das leis.

VII Direito atual: o sistema "difuso" ou "americano" e o sistema "concentrado" ou "austríaco" do controle judicial da constitucionalidade das leis

De acordo com o magistério de Cappelletti, no que diz respeito ao aspecto "subjetivo" ou "orgânico" podem ser distinguidos, na atualidade, dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da legitimidade das leis, a saber, o

55. Vide *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1968, pp. 12 e 13 - itálico e maiúsculas no original.

56. *Op. cit.*, p. 48.

sistema "difuso" e o sistema "concentrado". No primeiro, o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um determinado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, quando da decisão das causas de sua competência. No sistema "concentrado" ao revés, o poder de controle está nas mãos de um único órgão judiciário. Lembra o autor, outrossim, que há sistemas que podem ser chamados de "mistos" ou "intermediários". Seria "misto" o sistema adotado pelo México e pela Irlanda.⁵⁷ O sistema "difuso" foi também denominado "americano" uma vez que, como vimos *retro*, foi ele posto em prática, pela primeira vez, nos EUA. Por seu turno, o sistema "concentrado" também recebe o nome de "austríaco" dado que foi inaugurado pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920. Esta Constituição, em função do mês em que foi promulgada, recebeu o nome de *Oktoberverfassung*, e foi redigida – ensina Mauro Cappelletti – com base em um projeto elaborado pelo corifeu da "Escola Jurídica de Viena" vale dizer, Hans Kelsen.

Ambos os sistemas, o "americano" e o "austríaco" conseguiram se impor, também em época recente, em vários países, demonstrando possuir "*uma verdadeiramente notável força de expansão*".⁵⁸ O sistema "americano" é encontrado em muitas das ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália e a Índia. A partir da Constituição de 3 de maio de 1947, é ele o adotado, também, pelo Japão. Na Europa, "uma certa analogia" com o sistema "americano" pode ser vista no Direito suíço. Além disto – aduz Cappelletti – no Direito norueguês, desde o fim do século passado, e no Direito dinamarquês, desde as primeiras décadas do século XX, vem se afirmando o poder dos tribunais de controlar a conformidade das leis com a Constituição, com o corolário de não se aplicar no caso concreto uma lei considerada inconstitucional. Este poder, no entanto, nos dois reinos, vem sendo exercitado pelos tribunais com extrema prudência, e muito de raro em raro. Na Suécia também – anota o jurista italiano ora seguido – vislumbra-se, nestes derradeiros anos, a mesma tendência observada para a Noruega e a Dinamarca.

A Alemanha e a Itália são países nos quais impera hoje um sistema "concentrado" de controle de constitucionalidade. Isto inobstante, em ambos estes países chegou a existir o controle de tipo "americano". Na Alemanha o controle "difuso" existiu à época da Constituição da República de Weimar, logo depois da

57. *Op. cit.*, p. 67.

58. *Op. cit.*, p. 69.

derrota alemã na I Guerra Mundial. E, na Itália, tal controle "difuso" esteve em vigor nos anos de 1948 a 1956, isto é, da entrada em vigor da Constituição "rígida" (1º de janeiro de 1948), até o momento em que passou a funcionar a Corte Constitucional.⁵⁹

O sistema "austríaco" ou "concentrado" teve também uma notável difusão, especialmente nos últimos anos. Houve tentativas – efêmeras, é verdade – de o adotar, na Tchecoslováquia em 1920, e na República Espanhola, em 1931. Mas ele foi o adotado, de maneira análoga, pela vigente Constituição Italiana, de 1º de Janeiro de 1948. Ressalte-se que, na Constituição da Itália, o sistema "austríaco" está em vigor desde 1956, quando foi instituída a Corte Constitucional. Adotaram-no, por igual, a Constituição de Bonn (Ex-Alemanha Ocidental) de 23 de maio de 1949, a Constituição da República do Chipre, de 16 de agosto de 1960, a Constituição da República Turca, de 9 de julho de 1961, e, por derradeiro, a Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 7 de abril de 1963. Esta última foi a única Constituição de um país comunista a introduzir um sistema de controle de constitucionalidade das leis. No plano federal, tal controle estava afeto a uma especial Corte Constitucional Federal, e, no plano regional, a especiais Cortes Constitucionais de cada uma das seis Repúblicas Federadas.⁶⁰ Em verdade, aduz Mauro Cappelletti, também na República Socialista Tchecoslovaca, houve uma tentativa de se instituir um controle do tipo "concentrado" ou "austríaco" feito pela Lei Constitucional n. 143, de 27 de outubro de 1968, a qual atribuiu a uma Corte Constitucional a ser instituída o controle das leis e de outros atos normativos. Esta Corte Constitucional, no entanto, não chegou a ser criada.⁶¹

VIII O Direito brasileiro sob a égide da Constituição de 1988

Preleciona Anna Cândida da Cunha Ferraz, "verbis":

"O vício de inconstitucionalidade perturba o ordenamento jurídico-constitucional centrado numa Constituição rígida, posicionada como norma de grau

59. *Op. cit.*, pp. 71 e 72.

60. *Op. cit.*, p. 73.

61. *Op. cit.*, pp. 73 e 74.

superior, que funciona como fundamento de validade das normas inferiores.

Por isso os sistemas constitucionais prescrevem providências, processos e meios para, identificado o vício, saná-lo ou expurgá-lo, restabelecendo-se a ordem constitucional.

Neste contexto é que se insere o controle de constitucionalidade, como conjunto de instrumentos predispostos a assegurar a efetiva sanção do vício, ou seja, a efetiva vigência do princípio da superioridade das normas constitucionais"⁶²

Prossegue a autora, *verbis*:

"Consiste, pois, o controle de constitucionalidade em verificar a conformidade ou desconformidade, ou averiguar a adequação ou a inadequação do ato jurídico ou da omissão do poder público frente à Constituição, com o objetivo de, se desconforme ou inadequado, sanar o vício"⁶³

E conclui Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Destarte, pressupõe o controle de constitucionalidade a existência de uma Constituição em sentido formal, escrita e rígida, que se dote a si mesma de meios adequados, expressos e implícitos, aptos a

62. Vide *Conflito entre Poderes - O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo* - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 192.

63. *Op. e loc. cit.*

*fazer prevalecer a sua superioridade de Lei Fundamental do ordenamento jurídico e político”*⁶⁴

Ao tratar dos tipos de controle de constitucionalidade, escreve a ilustre professora do Largo de São Francisco, *verbis*:

“O exercício do controle de constitucionalidade reveste diversas modalidades que, a seu turno, combinam soluções variadas conforme se considere o objeto do controle, os órgãos que o exercem, as circunstâncias em que atua, os instrumentos de que se utiliza ou o tempo dentro do qual incide.

*Para o que interessa ao exame do tema, basta lembrar a dicotomia ‘controle jurisdicional de constitucionalidade’ (o judicial review) e ‘controle político de constitucionalidade’, ditada em razão do órgão incumbido de verificar a inconstitucionalidade e sancioná-la ou corrigi-la, e a classificação binária que toma como critério o momento em que a relação ato-controle se constitui, ou seja, o controle dito preventivo ou a priori e o controle sucessivo, repressivo ou a posteriori”*⁶⁵

Para o nosso modesto estudo, apresenta interesse, fundamentalmente, o controle jurisdicional de constitucionalidade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho trata desta matéria, com o seu habitual brilhantismo. Perfilha o ilustre constitucionalista das Arcadas a origem norte-americana do instituto.⁶⁶ Ao abordar os caracteres do controle jurisdicional de constitucionalidade, escreve o autor, *verbis*:

64. *Op. cit.*, pp. 192 e 193.

65. *Op. cit.*, pp. 193 e 194 - itálico no original.

66. Vide *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva, 23ª edição, atualizada, 1996, p. 30.

É, em princípio, de caráter difuso o controle judiciário no Brasil. Perante qualquer juiz pode ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado. Trata-se, pois, de controle incidental, de efeito inter partes.

Observe-se que, se todo juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade, os tribunais só o podem fazer pela maioria absoluta de seus membros (art. 970)" ⁶⁷

Se, em princípio, na sistemática do nosso Direito Positivo, o controle jurisdicional de constitucionalidade é difuso, logo, de inspiração "americana" há não olvidar que o legislador previu, também, o controle por ação direta, inclusive, da inconstitucionalidade "por omissão" ⁶⁸ E aqui está, sem dúvida, o controle "concentrado" "ergo" o "austríaco"...

Na vigência da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a Emenda n. 3/93 introduziu a ação (direta) declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. A teor do art. 103, § 4º da *Lex Magna*, esta ação pode ser proposta, apenas, pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, ou pelo Procurador da República.⁶⁹ O efeito da decretação de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, é imediato, além de operar *erga omnes*.⁷⁰

IX Conclusões Finais

Fizemos um ligeiro estudo histórico-jurídico pertinente à evolução do controle de constitucionalidade. Pudemos verificar que, se do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, este instituto é uma criação do Direito Público norte-americano, não menos verdadeiro é que a história do Direito revela que, desde o

67. *Op. cit.*, p. 34.

68. *Op. e loc. cit.*

69. *Op. cit.*, p. 35.

70. *Op. cit.*, p. 36.

Direito Público da ática, na velha Hélade, houve freios para o legislador. Tais freios continuaram a existir em Roma, e na Europa Medieval. Cremos ser significativo o dado, por nós examinado no corpo da exposição, de que, na França do "*Ancien Régime*" os "*Parlements*" criaram a doutrina da *heureuse impuissance* do monarca, para violar as leis fundamentais.

No que tange ao hodierno Direito brasileiro, cremos poder afirmar que vigora, entre nós, um sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade.

"*Finis Operae, Deo Gratia*"

São João da Boa Vista, julho de 1999

Bibliografia

- ALVIZ, Faustino Gutiérrez. *Diccionario de Derecho Romano* Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Do Govêrno dos Príncipes* tradução e anotações do Professor Arlindo Veiga dos Santos, São Paulo, Editora Anchieta S/A, 1946.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis* - Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1968.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* tradução brasileira de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1992 - original italiano.
- CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *O Estoicismo no Direito Romano* São Paulo, edição do autor, 1950.
- FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho* - tradução espanhola de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1979 - 2 volumes original italiano.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes O Poder Congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo* - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* São Paulo, Edição Saraiva, 23ª ed., atualizada, 1996.
- FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica Del Derecho Romano* tradução espanhola, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954 original italiano.

- GLOTZ, Gustave. *A Cidade Grega* tradução brasileira de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda, Rio de Janeiro, Editora Bertrand Brasil S.A. 2ª ed., 1988 - original francês.
- GUTIERREZ, Eustaquio Galán Y. *Ius Naturae* - Madrid, Sucesores de Rivadeneyra S.A., 1961 2 volumes.
- JAEGER, Werner - *Paidéia. A Formação do Homem Grego* tradução portuguesa de Artur M. Parreira, São Paulo, Livraria Martins Fontes Ltda. Editora Universidade de Brasília, 1986 original alemão.
- LIMA FILHO, Acacio Vaz de. *O Poder na Antiguidade: Aspectos Históricos e Jurídicos* - São Paulo, Icone Editora, 1999.
- MONIER, Raymond. *Vocabulaire de Droit Romain* Paris, Éditions Domat Montchrestien, quatrième édition, 1948.
- POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito* tradução brasileira de Álvaro Cabral, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965 original norte-americano.
- REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História* - São Paulo, Saraiva S.A., Livreiros Editores, 2ª ed. revista e aumentada, 1977.
- REZENDE Filho, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil* - São Paulo, Edição Saraiva, 1952 3 volumes.
- SÓFOCLES. *A Trilogia Tebana* - tradução brasileira de Mario da Gama Kury, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2ª ed., 1991 original grego.
- SOUSA, José Pedro Galvão de. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito* - São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1977.
- _____ et alii *Dicionário de Política* São Paulo, T.A. Queiroz, Editor, 1998.
- VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro* Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 4ª ed., revista e atualizada, 1980.

O ESTADO E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Andrea Mustafa

Ex-presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto
Diretora-fundadora do Instituto Pró-Ação pela Cidadania Jovem

Resumo:

O artigo aborda as relações entre Estado e sociedade, enfatizando as organizações da sociedade civil e seu papel de espaço de debate, que assegura a participação efetiva dos indivíduos nos âmbitos de discussão e decisão. Traz, ainda, considerações sobre uma possível nova esfera de poder que vem sendo denominada Terceiro Setor.

Abstract:

The author's study is about the relations between State and Society, giving emphasis on the civil organizations and their functions as a debate space which ensures an effective engagement of the individuals in public decisions. It also deals with, likely, a new sphere of power which has been called Third Sector.

Unitermos: sociedade, esfera de poder, Estado.

A sociedade civil é a consequência das condições de vida em uma comunidade, estabelecidas através do lugar, da história e da cultura, a partir da articulação e formação de entidades entre os indivíduos. Esta é a noção de sociedade civil apresentada por Paolo De Carli, na obra *Lezioni e Argomenti Di Diritto Pubblico Dell'Economia*.¹ Para seguir a mesma linha de raciocínio será assumida a noção de Estado introduzida pelo mesmo, qual seja a de "*Stato-persona*" (ou "*Stato-governo*" ou "*Stato-apparato*"). Aponta o autor, em suas notas, que a distinção entre Stato-ordinamento e Stato-apparato é a seguinte: o Stato-ordinamento identifica o ordenamento geral e originário próprio de sua formação e tem sua definição através de três elementos fundamentais: povo, território e poder soberano. Enquanto que o Stato-apparato identifica um sujeito em particular, no âmbito da comunidade em geral e do ordenamento geral e originário, assegurando a

1. Cedam-Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1995.

realização de um fim que venha a ser considerado de interesse público e geral, em um determinado momento histórico.

A base teórica para a relação Estado e sociedade está na idéia do contrato social. Este, como uma ficção intelectual, permite que o ordenamento político seja pensado, sendo portanto um produto da "deliberação humana". As origens do contratualismo estão, essencialmente, no pensamento referente ao espaço político. Do pacto entre os cidadãos depende o próprio destino de toda a comunidade. Na obra *Democracia na América*, Alexis de Tocqueville, ao descrever as percepções obtidas frente ao espaço político norte-americano, pondera que o rumo da comunidade seria tomado de acordo com as decisões da própria, que possuía a cultura do associativismo muito presente. Sendo assim, o autor considera que as associações civis são as raízes da democracia, pois é através delas que os cidadãos aprendem a "arte" de se associar, e ainda a buscar os fins de toda a comunidade.

Sendo o contrato social um corpo composto de crenças, valores e idéias sobre o dever-ser da ordem social, é possível reconhecê-lo como um espaço de debate, de convergências e divergências de idéias, visando à concepção de um "*novo pacto social para o século XXI*"² Frente ao desafio de uma sociedade mais presente e com poder de decisão nos espaços públicos, Bernardo Toro considera como expressão máxima da participação a "*possibilidade de criar a ordem em que se quer viver*". E a idéia a ser desenvolvida adiante é que são justamente as organizações da sociedade civil que podem propiciar tal debate no país, através do setor surgido e composto por elas.

Perante a sociedade civil, o Estado pode ocupar um espaço maior ou menor, gerindo a sociedade ou limitando-se a reconhecer e controlar as múltiplas atividades destinadas a satisfazer os interesses coletivos. Há variadas peculiaridades a serem observadas na (re)organização do espaço público brasileiro.

O regime autoritário no país, vivido a partir da década de 60 e acentuando-se nas duas décadas seguintes, gerou uma espécie de "estrangulamento" das formas de participação existentes, assim, vislumbrou-se como saída a valorização da comunidade, através de um trabalho de base (comunitário). O aparecimento de novos movimentos sociais aliado à multiplicação das associações

2. Bombal, Inês González. Palestra proferida na comissão temática no IV Encontro Iberoamericano do Terceiro Setor. Buenos Aires, 14-16 de setembro de 1998.

de moradores, no período, foram fundamentais, tanto pelo aprendizado de uma "cultura de iniciativas não governamentais formada pela base"³ como para que fossem introduzidos novos atores no espaço público e, conseqüentemente, novas agendas de discussão.

Na década de 80, somou-se às iniciativas referidas anteriormente a atuação das ONGs. Inicialmente, seus membros imaginavam ser, devido ao período repressor, uma solução provisória destinada a apoiar os movimentos sociais. Contudo, ao longo da década, as razões para a aquisição de um caráter permanente foram identificadas, dentre elas: a questão de não serem órgãos representativos, não necessitando portanto de jogos políticos e tendo seu valor dependente apenas das respostas aos serviços oferecidos.

Atualmente, o aumento das ONGs⁴ em termos quantitativos e qualitativos (no tocante à missão) advém da ininterrupta abdicação da força pública do Estado, ou melhor de suas funções públicas. O Estado abdicando de suas funções trouxe como conseqüência um espaço entre ele e a sociedade, no qual os sujeitos individuais e coletivos se articulam para exercer tarefas tipicamente públicas.

"Quando esses interesses (de grupos) extrapolam os fins lucrativos, e não são estritamente governamentais, é criado um campo de sociabilidade política cujo caráter público expressa um potencial espaço público. Um autêntico espaço público, contudo, não é automaticamente assegurado senão com base em alguns pré-requisitos. Dentre eles, o de constituir a vontade de um grupo em fundar algo novo, um ato político fundador cuja transparência é assumida como condição prévia de sucesso dos interesses envolvidos. Desta forma não é por ser coletivo que se define exclusivamente o espaço público. Tal ação é pública, de forma complementar e

3. Fernandes, Rubem Cesar. *Privado Porém Público: o terceiro setor na América Latina*. – Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

4. Civicus – World Alliance for Citizen participation – tem recomendado o uso da denominação Organizações da Sociedade Civil.

*necessária, pela qualidade da ação política do grupo, e dos interesses envolvidos"*⁵

Pode-se dizer que presenciamos o surgimento de uma nova esfera de poder que atua sobre o Estado, contra o Estado e com o Estado. Este novo setor tem recebido a denominação de terceiro setor. Foi o antropólogo Rubem Cesar Fernandes que em 1985, através do lançamento do livro *Privado Porém Público*, iniciou o delineamento do terceiro setor. Independentemente das discussões já existentes acerca da própria denominação, a definição apresentada pelo antropólogo foi a seguinte:⁶

*"O Terceiro Setor⁷ é composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil"*⁸

Em um texto mais recente,⁹ o autor destaca diversos pontos interessantes na prática do setor, sendo que dois deles estão diretamente relacionados à importância das organizações da sociedade civil na discussão acerca de um novo pacto social:

5. Arendt, Hannah. *A Condição Humana*.

6. O debate sobre o nome utilizado para designar o setor das entidades sem fins lucrativos não é de consistência vazia, "verifica-se que não existe uma identificação com o termo terceiro setor". Esta foi a conclusão apresentada por Rosa Maria Fischer em seu artigo "Desafios da Parceria Governo Terceiro Setor" (1998).

7. Devido ao curto período de desenvolvimento do setor no país, as discussões que culminam no próprio nome do setor advém, além do citado na nota anterior, da confusão no tocante às organizações que compõem o terceiro setor. Hoje, diversas entidades de pesquisa incluem como membros do terceiro setor grandes Empresas, através da justificativa de que tais empresas incorporam um princípio de voluntariado corporativo.

8. Fernandes, Rubem Cesar. *Privado Porém Público*.

9. Idem. *O que é o Terceiro Setor in Desenvolvimento Social Sustentado*.

Empresta um sentido maior aos elementos que o compõem. Através de suas ações recupera a discussão de determinados valores que há muito foram banalizados, como por exemplo, cidadania e voluntariado.

- Projeta uma visão integradora da vida pública, possuindo uma dinâmica que enfatiza a complementaridade, sem o Estado as ações sucumbiriam na anarquia, já que não são auto-regulamentáveis e sem o mercado perderia sua dinâmica e autonomia.¹⁰

O ordenamento jurídico incorpora a evolução citada através do reconhecimento do seguinte fenômeno: a aproximação dos campos do Direito Público e do Direito Privado, ou seja, a publicização do Direito Privado e a privatização do Direito Público, através de princípios adotados em cada um desses campos antes considerados incompatíveis. Surge, assim, uma determinada categoria, que não é estatal e não pode ser privada, mas que deve ser instituída e controlada pela iniciativa privada, tendo o Estado um papel de fiscalizador.

Sob a alegação de necessário estímulo à criação de organizações da sociedade civil e pretendendo atingir seu universo - o terceiro setor - entrou em vigor a Lei n. 9.790 de 1999. Poder-se-ia imaginar que a lei vem na tentativa de regulamentar um espaço privado que deve ser publicizado, porém a lei toma um caminho inverso, tornando privatizado um espaço público.

A exposição de motivos da Lei n. 9.790/99 transmite, de certa forma, um discurso que supõe determinados benefícios a entidades que "*atuam para o benefício da sociedade em geral*" deixando, contudo, implícita uma tentativa de delegação de determinados deveres do Estado.

Há que se diferenciar, conseqüentemente, as organizações criadas pela referida lei e a noção de organizações da sociedade civil assumida, nestas considerações, como espaços da sociedade civil destinados ao preenchimento do conteúdo democrático de um Estado, através das relações entre os indivíduos, de suas atuações, e também de suas cobranças, individual ou coletivamente.

10. Esta característica que me permite sustentar que o espaço das organizações sem fins lucrativos atua, não somente contra o Estado ou sobre ele, mas também com ele, na medida em que, atualmente, é corrente a formação de parcerias entre tais entidades e o setor governamental. Parcerias denominadas intersetoriais.

Para que seja possível, porém, transformar o terceiro setor num espaço de discussão é imprescindível, primeiramente, a formação de um grande grupo de reivindicação frente ao Estado, seja para que se garanta o mínimo (função do Estado de garantia da continuidade de um processo produtivo), seja para a busca de uma maior autonomia administrativa, visando a um maior reconhecimento e valorização em termos legislativos do setor em questão.

A perspectiva seguinte é a discussão de modelos para a própria esfera das entidades sem fins lucrativos. Há de se ressaltar que o terceiro setor também vem sendo tratado como a "esperança" de emprego neste fim de século, movimentando anualmente milhões de reais.¹¹

*"Entre los individuos y el estado, están las asociaciones y las asociaciones son hoy más que nunca necesarias para preservar el lazo social, asegurar la integración, promover el sentido de pertenencia, resguardar esse umbral mínimo de derechos que nos permita reconocernos mutuamente como ciudadanos de una misma comunidad política"*¹²

Reconhecer as organizações da sociedade civil como espaços que permitem a abertura de novos canais de participação e ainda a ampliação efetiva da cidadania é o início para que o objetivo de desenvolvimento de um setor formado por tais organizações não anule os serviços que o Estado deve prover, ou preencher lacunas deixadas por ele. O Estado deve ser o "*guardião da sociedade, impedindo os conflitos e a violência*" contudo deve também ser o "*promotore del benessere dei cittadini*" (Paolo De Carli).

É a partir da busca da plena participação dos indivíduos nas decisões acerca de ações e políticas transformadoras que se almeja a cidadania plena, não apenas para um indivíduo, mas para toda a coletividade. Sendo assim, a

11. De acordo com dados do GIFE - Grupo de Institutos, Fundações e Empresas, composto por, aproximadamente, 43 entidades, foram investidos, em 1999, R\$ 447 milhões. Além disso, o setor emprega 2,5% dos empregados do país, e ainda, acrescentando os postos relacionados à religião, o número sobe para 3,2% (Estudo comparativo em 22 países, realizado pelo John Hopkins Center for Civil Society Studies in *Global Civil Society Dimensions of the nonprofit sector*).

12. Bombal, Inés González.

característica do terceiro setor de "perseguir concretamente um interesse que transcende aos interesses dos próprios componentes" é a que sempre deve sobressair, movendo-se no campo da assistência social, da saúde, da cultura, do meio ambiente, etc. Nunca ignorando, porém, as funções obrigatórias do Estado.

São Paulo, janeiro de 2000.

Bibliografia

- BOMBAL, Inês González. Palestra proferida na comissão temático no Encontro Iberoamericano do Terceiro Setor. Buenos Aires, 14-16 de setembro de 1998.
- Coletânea de Textos, 3º setor *Desenvolvimento Social Sustentado*. - São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997.
- DE CARLI, Paolo. *Lezione e Argomenti Di Diritto Pubblico Dell'Economia*. CEDAM Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1995.
- FERNANDES, Rubem Cesar. *Privado Porém Público: o terceiro setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- FISCHER, Rosa Maria, FALCONER, Andrés Pablo. *Desafios da Parceria Governo Terceiro Setor*. Artigo selecionado para apresentação no I Encontro da Rede de Pesquisas sobre o Terceiro Setor na América Latina e Caribe ISTR. Abril, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIREITO PENAL

ALIMENTOS TRANSGÊNICOS, ÉTICA E DIREITO PENAL

Guilherme Guimarães Feliciano

Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Juiz do Trabalho pela 15ª Região

Co-editor do Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel
(Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

Resumo:

O autor aborda o fenômeno da transgênese sob as luzes da Bioética e do Direito. Demonstra, por um lado, a aplicabilidade dos princípios de Bioética — *trindade bioética* — à questão dos alimentos transgênicos; por outro, ressalta a importância do princípio da prevenção no tratamento judicial do tema. Enfim, procede à exegese da Lei de Biossegurança (Lei n. 8.794/95), mormente em seus aspectos penais.

Abstract:

The author studies the phenomenon of transgenesis according to Bioethics and Law. He also shows the applicability of the Bioethics' principles — *bioethical trinity* — in the question of transgenetic food, and emphasizes the importance of the principle of prevention in judicial treatment of transgenesis. At last, he proceeds the exegesis of Biosecurity Act (8.974/95), chiefly in its criminal aspects.

Unitermos: alimentos transgênicos; transgênese; bioética; princípio da prevenção; Lei n. 8.974/95.

Sumário:

I. Introdução; II. Bioética e Alimentos Transgênicos; III. O Princípio da Prevenção; IV A Lei de Biossegurança (Lei n. 8.974/95). Implicações Penais; V Conclusão; Bibliografia

I. Introdução.

A modernidade trouxe consigo, como herança inexorável, os influxos da técnica e da tecnologia, que no final do século XX espriam-se indelevelmente por todos os setores do conhecimento humano. Com efeito, *"nenhum período da história foi mais penetrado pelas ciências naturais nem mais dependente delas do que o século XX. Contudo, nenhum período, desde a retratação de Galileu, se sentiu menos à vontade com elas"*¹ No caso particular das ciências sociais, a necessidade recorrente de se buscar equacionamentos fora de seus quadros inspirava, em certa medida, sensação de impotência e complementaridade. Nada obstante, a compreensão e o regramento das relações sociais mostrava-se cada vez mais infactível à margem de uma abordagem ora econômica, ora biológica, ora matemática — ou, em síntese, *técnica*. Cuidava-se de uma imposição da realidade, vicejante na Economia — *"a tecnologia com base em avançadas teoria e pesquisa científicas dominou o boom econômico da segunda metade do século XX"* — e por vezes revelada como um mister de sobrevivência, mormente em tema de *biotecnologia* — *"sem a última palavra em genética, a Índia e a Indonésia não poderiam ter produzido alimentos suficientes para suas populações em explosão, e no fim do século a biotecnologia se tornara um elemento importante tanto na agricultura quanto na medicina"*² Desse modo, o cientista social — incluso o jurista — houve por bem se *resignar*, convencido de que *"a ciência não pode ser limitada por leis e a única forma de impedi-la de passar por cima de questões éticas é uma maior participação da sociedade no processo"*³ De fato, assim o é.

Nesse passo caminharam as discussões de Bioética, envolvendo os aspectos éticos e jurídicos da manipulação genética, da clonagem, da reprodução assistida e da experiência científica em seres humanos, etc.: sem o aparato conceitual técnico, jamais poderiam ser bem conduzidas. A abordagem jurídica desses fatos, ditos *tecnológicos*, não prescinde da diagnose própria das respectivas ciências naturais (a tal ponto que se falou, em hipótese similar, no desenvolvimento de um *direito tecnológico*, definido como *"o complexo de normas jurídicas que*

1. Eric Hobsbawn, *Era dos Extremos — O breve século XX (1914-1991)*, 2ª ed., S. Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 504.

2. *Idem, ibidem*, p. 507.

3. Marcelo Gleiser, físico teórico, em palestra realizada no MASP (*Folha de S. Paulo*, 28.04.1999).

*disciplinam o objeto tecnológico, no processo de aplicação da tecnologia ao meio social").*⁴

Daí porque, para o enfrentamento de tema tão tormentoso e atual — alimentação transgênica à luz do Direito (e particularmente do Direito Penal) — é de rigor optar-se pelo viés interdisciplinar.

II – Bioética e Alimentos Transgênicos.

Na introdução, dizíamos da conveniência de que uma abordagem bioética seja interdisciplinar. Essa observação tem guarida no próprio conceito de Bioética, conforme a dicção de Juan Carlos Tealdi: *síntese de conhecimento e ação multidisciplinar para responder aos problemas morais no vasto campo da vida e da área da saúde*. E prossegue: *"De um lado, trata-se de ter os fundamentos filosóficos, teóricos e metodológicos que podem unir abordagens normativas da medicina, o direito, a teologia e outros campos do conhecimento com a opinião da comunidade sobre essas questões. De outro, julgamentos profissionais e decisões em problemas clínicos sobre questões particulares são distintos daquelas abordagens que levam ao compromisso das instituições e, portanto, de outros grupos da sociedade em sua globalidade"*⁵

O estudo da Bioética tem se pautado, no curso dos anos, por três fundamentos ou princípios, oriundos da tradição anglo-saxã, usualmente identificados como *"trindade bioética"*: a *beneficência*, a *autonomia* e a *justiça*.⁶ Para cada uma dessas características, há o enfoque *individual* (concernente à deontologia e à ética médica) e o enfoque *coletivo* (mais apropriado às ponderações que se seguirão, acerca da introdução dos produtos agrícolas transgênicos no mercado nacional).

O *princípio da beneficência* obedece ao modelo de Hipócrates do *"bonum facere"* sendo o mais antigo critério da ética médica. Significa fazer o bem, cuidar da saúde, *favorecer a qualidade de vida*. Não se admitem escusas, desde que o procedimento envolva o bem estar de seres humanos. No entanto, não é absoluto;

4. Walter T. Álvarez, *Introdução ao Direito da Energia Nuclear*, S. Paulo, Sugestões Literárias, 1975, p. 27.

5. In manual de programação do *II World Congress Bioetica*, apresentação, p. 3.

6. Princípios éticos indiretamente positivados pela Lei n. 8.974/95, que os consagrou ao tipificar as figuras penais do art. 13.

há, pelo menos, quatro fatores de identificação recente que o limitam: a necessidade de se definir *o que é o "bem"* para o paciente ou para a sociedade; a não aceitação de *paternalismos* ocasionalmente dessorváveis do princípio; o critério da autonomia (*infra*); as novas dimensões da justiça na área da saúde (*infra*).⁷

O *princípio da autonomia* dá relevância à capacidade da vontade racional humana de fazer leis para si mesma. Ora adotado como critério ético, era originalmente uma categoria jurídico-política; "*significa a faculdade de a pessoa governar-se a si mesma, ou a capacidade de se autogovernar, escolher, decidir, avaliar, sem restrições internas ou externas*"⁸ O princípio decorre, entre outras coisas, de certa desconfiança da autoridade e da competência técnica, incutida na sociedade civil; dessa maneira, a autonomia passa a ser o direito moral e legal dos pacientes — ou da sociedade — para deliberar segundo suas próprias convicções, sem restrições ou coerção, por mais benfazejas que sejam as intenções do médico, no âmbito individual, ou do administrador público, no âmbito coletivo.⁹ O paciente e a comunidade deixam de ser meros *objetos* na relação com o médico ou com a administração pública, passando a atuar como *sujeitos cognoscentes*. As relações deixam de ser verticais, monárquicas, para assumir feições mais horizontais e democráticas. Impõe-se uma restrição ao princípio da beneficência, que privilegia a autoridade da decisão técnica emanada por quem de direito (o médico, na relação com seu paciente; ou, "*in casu*" a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, na relação com a sociedade civil).

O *princípio da justiça*, enfim, pretende que toda atenção, todo cuidado e todo sistema de saúde sejam *justos*, além de funcionais e eficientes.¹⁰ Subdivide-se em vários princípios menores, a saber: 1. o *princípio da defesa da vida física*, primeiro princípio imperativo ético do homem para consigo mesmo e com terceiros; une-se a ele o princípio da *qualidade de vida*, visando à perquirição de condições favoráveis à expansão e ao desenvolvimento razoável de qualquer ser humano; 2. o

7. Cfr. *Fundamentos da Bioética*, Léo Pessini & Christian de Paul de Barchifontaine (orgs.), S. Paulo, Paulus, 1996, pp. 40 e ss.

8. *Idem, ibidem*, p. 40.

9. Opõem-se, nesse particular, o *interesse público secundário* — é dizer, o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público — e o *interesse público primário* — o interesse do bem geral "*de per se*" (cfr. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, pp. 197-198).

10. Léo Pessini & Christian de Paul de Barchifontaine, *op. cit.*, pp. 42-48.

princípio da liberdade ou da responsabilidade, pelo qual todo procedimento bioético depende do consentimento da parte interessada — paciente ou comunidade — que assume, ao consentir, responsabilidade parcial pelas respectivas conseqüências; 3. o *princípio da totalidade* (ou *terapêutico*), que somente admite o perigo ou o menoscabo da integridade física ou da saúde humana se em contrapartida o sujeito agente acenar com a vantagem de um bem ainda superior; esse princípio tem sido de especial relevância, em termos de ética médica, nos casos de intervenção cirúrgica (mormente extirpações), esterilização terapêutica, transporte de órgãos e geneterapia; 4. o *princípio da sociabilidade* e da *subsidiariedade* — o primeiro compromete cada pessoa com a realização do bem estar dos semelhantes, culminando na doação de órgãos, no voluntariado assistencial e no surgimento de obras assistenciais; o segundo impele a comunidade a ajudar os mais necessitados e garante a livre iniciativa dos grupos que funcionam a favor dos mesmos.¹¹

Nesse contexto, urge inserir a questão da manipulação genética e dos alimentos transgênicos. Denomina-se *engenharia genética* (ou *bioengenharia*) a ciência da intervenção humana consciente nos mecanismos de síntese e/ou da linguagem da vida; envolve saberes oriundos da física, da química e da biologia, que aliados a técnicas específicas possibilitam a manipulação das moléculas de DNA e admitem a reforma, a reconstituição, a reprodução e a construção de formas de vida, que se destacam dentre tudo quanto existe na natureza por serem essencialmente *novas* (não-preexistentes no meio natural).¹² Não por outra razão, Fátima Oliveira assemelhou-a, metaforicamente, ao *sétimo dia da criação*: às voltas com tais conhecimentos, os seres humanos de hoje desempenham, mais do que nunca, papel decisivo na evolução das espécies, de modo que, "*desde sempre, todo dia é dia de criação*"¹³

11. *Idem, ibidem*, p. 46. No Brasil, o princípio da subsidiariedade é realizado por intermédio dos programas de *assistência social* (art. 194, *caput, in fine*, da Constituição Federal), voltada ao atendimento das necessidades básicas da população e "*prestada a quem dela necessitar. Independe, portanto, de contribuição à seguridade social. Diferencia-se, assim, da Previdência Social, pois nesta há necessidade de contribuição para obter seus benefícios.* (Sérgio Pinto Martins, *Direito da Seguridade Social*, 2ª ed., S. Paulo, Atlas, 1993, p. 191).

12. *Idem, ibidem*, p. 138.

13. Fátima Oliveira, *Engenharia genética: o sétimo dia da criação*, p. 10. A autora é médica, diretora da União Popular de Mulheres do Estado de São Paulo e assistente do Programa Saúde Reprodutiva da Mulher Negra do CEBRAP.

A incógnita ética da bioengenharia reside na coexistência instável de *esperanças* e *temores*. O estudo das manipulações genéticas traz consigo alvissareiras perspectivas de cura para inúmeras doenças, de síntese de medicamentos mais ágeis e eficazes e de uma capacidade virtualmente inesgotável de produção de alimentos. Dentro dessa derradeira perspectiva — que representa a superação tecnológica do paradoxo malthusiano¹⁴ — inserem-se os debates sobre os alimentos transgênicos. Por outro lado, a experimentação genética acena com a ameaça de desequilíbrio ecológico, diante do desconhecimento da força impactante do “*novo*” em meio à natureza “*natural*”¹⁵ Economicamente, os mercados são promissores na medicina, na agricultura e na pecuária; já hodiernamente, enquanto pende a questão ética, os lucros são consideráveis. Dentre as diversas aplicações possíveis do conceito, há quatro delas que têm recebido da comunidade científica atenção redobrada: a *biotecnologia vegetal*, que possibilitou o surgimento dos híbridos e transgênicos (nesse último caso, basicamente o milho, o tomate, a soja, a batata, o algodão e o trigo) e procura, a um tempo, tornar as plantações mais resistentes às pragas e às intempéries e incrementar-lhes o valor nutritivo; as *fábricas biológicas de origem vegetal*, é dizer, vegetais híbridos e/ou transgênicos capazes de sintetizar princípios ativos de medicamentos; a *biotecnologia animal* e os “*animais-fábrica*” aquela para potencializar a utilidade do animal (valor nutritivo das carnes e do leite, produção de peles e lãs, etc.) e esses para a produção de medicamentos; a *inseminação artificial “in vivo” e “in vitro”* A própria *clonagem*, trasladada da ficção científica para a realidade com o advento da ovelha *Dolly*, tende a se firmar como tema de predileção (ao menos no espaço acadêmico); é, em si mesma, um processo de reprodução assexuada por meio do qual são produzidas cópias de genes, células ou organismos. Não é propriamente engenharia genética, mas parte das mesmas bases epistemológicas; e, como assere Fátima Oliveira, a clonagem não é mais uma questão de técnica, mas uma questão puramente ética. A técnica, já a possuímos, como pôde a humanidade constatar em 18.10.93 (bem antes do fenômeno *Dolly*), quando Jerry Hall e Robert Stillman, da Universidade George

14. “Malthus estabeleceu alguns princípios em sua teoria que podem ser citados da maneira que se segue: 1º princípio – ‘Podemos estar certos de que, quando a população não é detida por obstáculos, duplica em cada vinte e cinco anos e cresce de período em período segundo uma progressão geométrica’. 2º princípio – ‘Os meios de subsistência, nas circunstâncias mais favoráveis, nunca podem aumentar mais rapidamente do que uma progressão aritmética. (Melhem Adas, *Panorama Geográfico do Brasil*, 2ª ed., S. Paulo, Ed. Moderna, 1989, p. 122.

15. Léo Pessini & Christian de Paul de Barchifontaine, *op. cit.*, p. 141.

Washington, tornaram públicos seus experimentos sobre clonagem de embriões humanos.¹⁶ Com relação às técnicas de modificação genética, a observação tem demonstrado que, a par das coisas novas e úteis, tem surgido outras, "monstruosas e inúteis"¹⁷

A solução do impasse ético pressupõe, para alguns, o *resgate da função social das ciências biológicas*. Assim, o procedimento biotecnológico somente terá sentido se direcionado ao bem comum, olvidados os propósitos meramente especulativos e a curiosidade mórbida; haverá de respeitar, outrossim, direitos fundamentais como o direito ao próprio gene, a inviolabilidade do patrimônio genético humano e a liberdade reprodutiva, "proposições que provavelmente serão as grandes bandeiras dos direitos humanos no próximo milênio"¹⁸

Daí a relevância da contextualização bioética da *transgênese*. Transgênese é o processo científico de transferência de genes de um organismo para outro, podendo-se dar entre animais, entre vegetais ou entre animais e vegetais; os organismos submetido à transgênese são ditos *transgênicos*. Até agora, a pesquisa da transgênese tem sido impulsionada sobremaneira pela avidez econômica — organismos mais resistentes e nutritivos, por superarem a sobrevivência de seus congêneres naturais e beneficiarem em tese a saúde do consumidor, engendram maior produtividade e estimulam o consumo público. Os cuidados com a biossegurança têm sido relegados a um segundo plano, mesmo porque não há um alinhamento internacional a respeito; na 5ª Conferência da Convenção da Biodiversidade das Nações Unidas, realizada em fevereiro de 1999 em Cartagena (Colômbia), as partes convenientes — 170 países — simplesmente não chegaram a um consenso sobre o conteúdo possível de um tratado internacional de biossegurança. Mas, ainda que à margem do Direito Internacional Público ou do próprio Direito Positivo nacional, cumpre às autoridades públicas informarem suas decisões com a principiologia bioética, "ex vi" do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil c/c art. 13 da Lei n. 8.974/95 (conquanto não caiba defini-los como

16. Entre nós, confirmam-se a respeito a Resolução n. 196/96 do Conselho Nacional de Saúde ("*Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas Envolvendo Seres Humanos*") e as Instruções Normativas 08/97 ("*Instrução Governamental sobre Manipulação Genética e Clonagem em Seres Humanos*") e 09/97 ("*Normas sobre Intervenção Genética em Seres Humanos*") da CTNBio.

17. *Idem, ibidem*, pp. 142-147.

18. *Idem, ibidem*, p. 162.

"*princípios gerais de direito*" os princípios éticos da autonomia, da beneficência, da responsabilidade e da prudência foram *positivados* pelo legislador através da Lei de Biossegurança,¹⁹ por conseguinte, devem ser ditos, hoje, *princípios jurídicos específicos* de um sedizente "*direito da biogenética*")²⁰ E, nessa esteira, impende consignar o relevante papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário nacional, que poderá vir a estabelecer um *padrão ético* de admissibilidade a partir de jurisprudência iterativa, ainda que o legislador desconsidere o imperativo bioético. A prática tem demonstrado, a propósito, a hegemonia do Poder Executivo em matéria legislativa; e o Poder Executivo, no Brasil como em outros países, tem sido condescendente com os fatores da produção transgênica. Basta ver que, nos EUA, a partir de 1987, mais de três mil organismos geneticamente modificados tiveram sua liberação no ambiente autorizada. No Brasil, mais recentemente (setembro de 1998), a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança decidiu regulamentar o uso comercial de uma variedade de soja (a *Roundup Ready*, resistente ao herbicida *Roundup*) desenvolvida pela empresa Monsanto, que assim obteve autorização governamental para o plantio.

19. De se consignar que, dentre os mencionados, o *princípio da prudência* e o *princípio da responsabilidade* foram cunhados pelo Direito Ambiental, enquanto que os demais são genuinamente bioéticos. Sobre os primeiros, ensina Paulo de Bessa Antunes (*Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996, pp. 24-26): "*O Princípio da Prudência ou da Cautela é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter a certeza de que estas não serão adversas para o meio ambiente*"; já o princípio da responsabilidade visa a "*impedir que a Sociedade arque com os custos da recuperação de um ato lesivo ao meio ambiente causado por um poluidor perfeitamente identificado*", equivalendo ao célebre princípio do *poluidor-pagador* (princípio n. 16 da Declaração do Rio de 1992).

20. Cfr. Marcelo Dias Varella, "*O novo direito da biogenética*", in *O Novo em Direito Ambiental*, Marcelo Dias Varella & Roxana Cardoso B. Borges (org.), Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 273: "*O novo direito da biogenética compreende várias linhas diversas, todas relacionadas com a biologia e o direito. Assim, destacam-se a biossegurança, a propriedade intelectual sobre seres vivos, a bioética e a proteção do acesso aos recursos genéticos dos países do terceiro mundo. Nem todos estes temas estão regulamentados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica do positivismo jurídico e do monismo estatal, mas alguns sim (...)*" Adiante, lê-se (pp. 286-287): "*o novo direito da biogenética traz em seu conteúdo teórico-normativo uma série de novos institutos, conceitos e sujeitos de direito, além de novas concepções para os institutos preexistentes, frutos do avanço tecnológico e mesmo de novas necessidades do ser humano. Resta saber se estes novos institutos constituem apenas uma ampliação dos direitos preexistentes, ou se realmente são sinais da mudança paradigmática por que passa a sociedade.*" E conclui: "*Não é com a criação de sujeitos coletivos de direito, indefinidos, com novos contratos de comércio internacional, ou com a consciência internacional da necessidade de cooperação entre os países ricos e pobres, ou mesmo com alteração dos limites da propriedade, que se reconstrói um novo paradigma. Talvez, sim, com o fim do monismo estatal e com o biocentrismo, mas sob o nosso ponto de vista, embora haja indícios do fim do monismo estatal, o Estado ainda é predominantemente a principal fonte de leis no Ocidente e o antropocentrismo continua a ser a principal razão de se proteger a fauna e a flora, e a própria denominação 'antropobiocentrismo' não deixa de ser antropocentrismo.*"

Nesse ínterim, cabe retomar os fundamentos da Bioética. Numa democracia representativa, a decisão da autoridade administrativa — na espécie os órgãos de fiscalização dos Ministérios, dentro de suas respectivas atribuições, com amparo no parecer técnico conclusivo da CTNBio (art. 7º da Lei n. 8.974/95) — de autorizar a comercialização deve corresponder, ao menos em tese, à opção mais afinada com a realização do bem comum das gentes (já sopesados os aspectos econômicos, sanitários e humanitários). Nessa medida, tem força institucional, e haveria de prevalecer à mercê do princípio da benevolência. Mas, como visto, esse fundamento encontra limite no *princípio da autonomia*, que acomete à *sociedade civil* a prerrogativa de discutir a premissa administrativa e de eventualmente recusar aos organismos transgênicos ingresso no mercado interno. Dessarte, a interferência do I.D.E.C. (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) e do *Greenpeace*, ao questionar perante o Judiciário a autorização governamental deferida à Monsanto, é perfeitamente legítima; significa implementar e resguardar, na *"praxis"* institucional, o princípio bioético da autonomia, valendo-se para tanto do mais clássico mecanismo de controle político das nações republicanas (o sistema dos *"checks and balances"* implícito no art. 2º da Constituição Federal). Aliás, mais do que legítima, *acertada*: o Judiciário reconheceu-lhes razão, ao menos em sede de cognição perfunctória. De fato, a 11ª Vara da Justiça Federal de São Paulo proibiu, em liminar de 16.04.99, a liberação da soja *Roundup Ready* para consumo, antes de estudo prévio de impacto ambiental e da regulamentação de normas de biossegurança e rotulagem pelo governo. A Monsanto recorreu, mas o Presidente do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar. Dessa maneira, a discussão ético-científica ganha corpo e guarida em nosso meio — ainda que perante as barras dos tribunais.

Na realidade, um segmento da CTNBio chegou a cogitar da possibilidade de que os produtos transgênicos fossem comercializados no Brasil *sem rotulagem*; tanto que, em reunião do dia 19.04.99, a Comissão não conseguiu chegar a um acordo sobre a posição brasileira a respeito da obrigatoriedade de rotulagem, a ser levada à Comissão do *Codex Alimentarius* das Nações Unidas.²¹ Essa pretensão de anonimia, como se viu, foi de plano rechaçada pela liminar concedida; afinal, negar ao consumidor essa informação, diante dos riscos alvitrados, seria violar o art. 6º III, do Código de Defesa do Consumidor e malferir o princípio da autonomia,

21. Folha de S. Paulo, 28.04.99, p. 16 (C-1).

cerceando o direito de escolha da sociedade civil. Em síntese, dificilmente a CTNBio lograria patrocinar sugestão mais atentatória aos padrões da Bioética.

III – O Princípio da Prevenção.

Analisada sob prisma diverso, avulta ainda uma vez o acerto da intervenção judicial em comento. Dentre os princípios basilares do Direito Ambiental — em cujo bojo se haveria de inserir o pretense *‘direito da bioengética’* — projeta-se vigorosamente o *princípio da prevenção* (ou da *precaução*,²² ou ainda da *prudência*), insculpido genericamente na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (n. 15)²³ e positivado, *“in specie”* pelo art. 13, § 3º IV. da Lei de Biossegurança (que agrega ao respectivo tipo penal a idéia de *respeito a princípios éticos, “tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência”*). Consoante a melhor doutrina, a *prevenção* consiste em impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente a partir da adoção de medidas apropriadas, ditas preventivas, antes da elaboração de um plano ou da realização de uma obra ou atividade; essa ação preventiva é uma ação antecipada e *“a priori”* que, após longo tempo, mostrou-se preferível às medidas *“a posteriori”* (como a restauração ou a repressão, que somente intervêm *após* um atentado consumado contra o meio ambiente).²⁴ Ou, no dizer de Leme Machado, *“não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato — por mais atraente que seja para as gerações presentes”*²⁵ O

22. Alguns autores pretendem discrepar as duas expressões, contextualizando-as historicamente (a primeira contemporânea à Conferência de Estocolmo de 1972 e a segunda introduzida pela Declaração do Rio de 1992 — princípio 15) e divisando nessa última — *“princípio da precaução”* — maior amplitude, inclusive por prescindir de *certeza científica* para que sejam tomadas medidas preventivas em havendo risco de dano sério ou irreversível.

23. Princípio n. 15: *“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”* (negritamos).

24. Cfr. Michel Prieur, *Droit de l’environnement*, 3ª édition, Paris, Dalloz, 1996, p. 70 (tradução livre).

25. Paulo Affonso L. Machado, *Estudos de Direito Ambiental*, S. Paulo, Malheiros, 1994, p. 166.

princípio da prevenção concretiza-se sobretudo pela exigência de *estudos de impacto ambiental* (no Brasil, o E.I.A./R.I.M.A. do art. 9º III, da Lei n. 6.938/81) e pela existência de *dispositivos de prevenção de riscos*, unificados e reforçados.²⁶

No caso em apreço, o *risco* de que a introdução indiscriminada de sementes transgênicas no meio ambiente pudesse ocasionar danos ambientais era ineludível — conquanto não houvesse, a respeito, "*certeza científica*" (como ainda não há). Ambientalistas e biotecnólogos alvitram uma série de riscos potenciais de suma gravidade, como a provocação de alergias e a danificação do sistema imunológico no curso da cadeia alimentar, a transmissão dos genes alterados a outras espécies com a geração de "*super pragas*" e a afetação orgânica de animais e insetos.²⁷ Um estudo de Arpad Pusztai a respeito, posteriormente reiterado por um manifesto de vinte cientistas de diversos países, evidenciou danos no sistema imunológico, nos rins, no baço e nos intestinos de ratos alimentados por dez dias com batatas transgênicas.²⁸

Andou bem, portanto, o Poder Judiciário. Mesmo à míngua de provas científicas sobre as conseqüências danosas da transgênese, reconheceu a *dúvida* e procedeu conforme o princípio da precaução: "*in dubio, pro natura*" Exigiu para a comercialização dos transgênicos, a um tempo, o estudo prévio de impacto ambiental e a regulamentação administrativa do tema, que deverá abarcar dispositivos de biossegurança e normas de rotulagem. Implementa-se, com aqueles dispositivos, o princípio bioético da beneficência (não causar dano); e, com essas normas, o princípio da autonomia (direito de opção). A judiciosa ação de cidadãos comuns, com o aval da Justiça, supre o relativo descaso administrativo e tende a concretizar a precaução enquanto princípio, nos moldes preconizados por Morand-Deviller (*supra*).

26. Cfr. J. Morand-Deviller, *Droit de l'environnement*, Paris, ESTEM, 1996, p. 20, "*in verbis*": "*Il s'agit d'une constante du droit de l'environnement. Il se concrétise principalement par l'exigence de l'étude d'impact écologique (...) et par des dispositifs de prévention des risques, unifiés et renforcés.* Mas o autor lamenta que a legislação francesa tenha subordinado as ações ambientais preventivas à noção de "*custo economicamente aceitável*" ("*coût économiquement acceptable*"), arriscando-se a deflagrar uma submissão excessiva da prevenção ambiental a imperativos de ordem financeira.

27. Folha de S. Paulo, 22.04.99 (p. 6, C-1).

28. Folha de S. Paulo, 13.02.99 (p. 16, C-1). Pusztai foi desligado do Instituto Rowett, no Reino Unido, após fazer declarações públicas sobre o assunto. No Brasil, o cultivo da batata transgênica ainda não é permitido, mas ela pode estar presente em produtos importados.

IV – A Lei de Biossegurança (Lei n. 8.974/95). Implicações Penais.

Com o escopo de regulamentar os incisos II e V do § 1º do art. 225 da “*Lex Legum*” e de normatizar o uso de técnicas de engenharia genética e a liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, veio a lume a Lei n. 8.974, de 05.01.1995, sob os auspícios do então Ministro da Justiça (e hoje Ministro de Supremo Tribunal Federal) Nelson Jobim. A lei contou com alguns vetos presidenciais, todos sugeridos pelo outrora Ministério da Ciência e Tecnologia, e teve origem no Projeto de Lei do Senado n. 114 de 1991, de autoria do ex-senador Marco Maciel. O Senado, no entanto, aprovou substitutivo apresentado pelo relator Francisco Rollemberg. Na Câmara dos Deputados, tal substitutivo, sob n. 2.560/92, foi distribuído para duas comissões temáticas (Seguridade Social e Família e Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias), que avaliaram seu mérito, aprovando-se a final substitutivo do relator da primeira comissão, deputado Sérgio Arouca. Esse substitutivo foi submetido ao plenário em regime de urgência, e recebeu duas emendas. A Lei em comento abrange oito atividades relativas aos organismos geneticamente modificados: *construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte*. A matéria relativa às patentes ou “*cultivares*” no caso dos vegetais, não foi deslindada por esse diploma. Diversamente da União Européia, que editou uma norma para a utilização confinada de organismos geneticamente modificados (Diretiva n. 90/219 da C.E.E.) e outra para a sua disseminação voluntária (Diretiva n. 90/220 da C.E.E.), a legislação pátria planejou a questão, abordando-a de forma unificada. Entre as definições do art. 3º (seguindo a tradição conceitual dos diplomas legais que regulam modalidades de *direito tecnológico*), relevam as seguintes: *organismo* (inciso I): “*toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou de transferir material genético, incluindo vírus, prions e outras classes que venham a ser conhecidas*”; *organismo geneticamente modificado* ou *O.G.M.* (inciso IV): “*organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética*”; *engenharia genética* (inciso V): “*atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante*” Não são considerados O.G.M. os organismos resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou O.G.M., tais como fecundação “*in vitro*” conjugação, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural (parágrafo único do art. 3º). Para os fins

da lei, portanto, não são organismos geneticamente modificados os célebres "bebês de proveta" ou os próprios organismos autoclonados, *ex vi* de seu art. 4º IV Nada obstante, se a clonagem for processada a partir de células geneticamente modificadas,²⁹ ou envolver reprodução assexuada de um O.G.M., então estará sob a égide da Lei n. 8.974/95.

Conclui-se, pois, que toda a matéria relacionada à *alimentação transgênica* (à exceção dos "cultivares") rege-se pela Lei n. 8.974/95. É que *sementes* são, por definição, grãos com potencial germinativo; são, portanto, *organismos* no sentido do art. 3º I (entidade biológica capaz de reproduzir e/ou transferir material genético); e *sementes transgênicas* são as que têm seu material genético *alterado* — portanto, *organismos geneticamente alterados*, na forma do art. 3º IV Ou seja: cuida-se de típico O.G.M.

E, nesse contexto, exsurge o estudo das increpações penais possíveis em tema de alimentação transgênica. Os tipos penais da Lei n. 8.974 — *crimes contra a biossegurança* — constam do art. 13; são ao todo cinco crimes, afora as formas qualificadas e o tipo culposo do § 4º (com uma curiosa causa de aumento de pena no § 5º caso a culpa revele-se na modalidade imperícia). Alberto Silva Franco considerou-os degradantes sob o ponto de vista técnico; mais que isso, "se fosse permitida uma expressão mais vulgar, caberia dizer que o art. 13 dessa lei é um verdadeiro 'besteirol' jurídico"³⁰ Mas, bem ou mal, "*legem habemus*"; cumpre ao intérprete buscar o alcance e o significado dos preceitos increpantes, procurando

29. De se observar, por oportuno, que a Instrução Governamental sobre Manipulação Genética e Clonagem em Seres Humanos (I.N. n. 08/97 da CTNBio, publicada no D.O.U. de 31.07.97) encampa vedação administrativa aos experimentos de *clonagem radical* através de qualquer técnica de clonagem (art. 2º, I); a *clonagem radical* é, justamente, o "processo de clonagem de um ser humano a partir de uma célula, ou conjunto de células geneticamente manipulada(s) ou não" (art. 1º, V). A clonagem simples, porém, não está proibida (processo básico de reprodução assexuada em humanos). Ademais disso, aquela vedação poderá ser questionada em sede judicial, tendo em vista o veto aos arts. 5º e 6º da Lei n. 8.974/95; com efeito, o diploma legal acabou por não estabelecer as atribuições específicas da CTNBio, embora se reporte à Comissão por dezenove vezes. Sua "competência" foi traçada pelo art. 2º do Decreto n. 1.520/95, incluindo o "estabelecimento de normas e regulamentos relativos às atividades e projetos relacionados a organismo geneticamente modificado (OGM)" Ocorre que: 1. o decreto do Poder Executivo não poderia ir além dos lindes explícitos da lei, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal); 2. ainda que se o considere legal, a vedação à *clonagem radical de seres humanos a partir de células não geneticamente manipuladas* pode ser interpretada como regulação "*ultra vires*", tendo em vista que nesse caso o experimento não estaria envolvendo O.G.M. (e, portanto, estaria fora da "competência" estatuída pelo art. 2º, V, do Decreto n. 1.520).

30. Alberto Silva Franco, "Genética Humana e Direito", in *Revista Bioética*, 4 (1): 17-29, 1996.

lhes salvaguardar a aplicabilidade — *"commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat"*³¹ — até o ponto em que não colidam com a regra constitucional.

A sanção penal, enquanto *"ultima ratio"* somente é infligida em um Estado Democrático de Direito (art. 1º *caput*, da Constituição Federal) quando bens jurídicos socialmente relevantes são brutalmente lesados ou expostos à ameaça de lesão. Cabe aferir, pois, a potencialidade lesiva da atividade biotecnológica. Com esse propósito, Paulo Freire Vieira³² procedeu a um percuciente mapeamento dos riscos biotecnológicos, ao qual passamos a nos reportar. Para o autor, são os seguintes os *"aspectos mais controvertidos que cercam a percepção atual do problema dos riscos biotecnológicos pelas comunidades científicas no contexto internacional"*: 1. *riscos sobre o meio ambiente e sobre a saúde das populações* — o temor advém da proliferação das técnicas de engenharia genética e da disseminação descontrolada de O.G.M. no entorno ambiental, antes mesmo que a capacidade humana de avaliação dos efeitos possíveis consolide-se do ponto de vista político-institucional; de outra parte, vários autores julgam que as chances de alteração das funções ecossistêmicas em face daquela disseminação são reais, além do que o ideal de obtenção de espécies vegetais e animais mais resistentes pode ter um efeito perverso, a saber, a intensificação dos índices atuais de consumo de pesticidas e herbicidas altamente nocivos; 2. *implicações sócio-econômicas negativas da difusão de biotecnologias* — as inovações biotecnológicas, cuja pesquisa e implementação demandam numerário considerável, recrudesceriam ainda mais a hegemonia das grandes corporações transnacionais, com criação de monopólios de *"know-how"* e elevação de preços no setor agroalimentar, em detrimento das grandes massas de pequenos agricultores pobres nos países do hemisfério sul; 3. *dimensão ético-política do poder de ingerência humana na relação homem-natureza* — habilitada a criar formas vivas dotadas de características inéditas, impactando a própria dinâmica evolucionista, a humanidade revigora o projeto cartesiano de tornar o homem o senhor e dono da natureza; a criação de O.G.M. nas esferas vegetal e animal é pressentida como a antecâmara daquilo que provavelmente ocorrerá, no futuro, em

31. Ou *"prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade"* (Juliano, *apud* Digesto, 34, 5, 12).

32. Paulo Freire Vieira, *"Erosão da Biodiversidade e Gestão Patrimonial das Interações Sociedade-Natureza – Oportunidades e Riscos da Inovação Biotecnológica"*, in *'O Novo em Direito Ambiental'*, *op. cit.*, pp. 225-265.

nível humano (otimização artificial do ser humano);³³ 4. *critérios de regulação jurídica da biotecnológica* — discute-se o modelo de legislação ideal para a disciplina e o monitoramento de processos e produtos tecnológicos, os riscos sociais aceitáveis, os atores mais adequados para a regulação jurídica da biossegurança e a forma de solução de controvérsias. Riscos, portanto, os mais diversos; todavia, dentre todos, o legislador brasileiro apenas considerou como *penalmente relevantes* os riscos daquela primeira categoria (sobre o meio ambiente e a saúde humana). Compreende-se: o risco macroeconômico não pode ser debelado, senão por força de lei que obrigue as transnacionais a compartilhar seu "*know-how*" com os agentes menos expressivos do mercado; e, ainda assim, remanesceria o problema da disponibilidade econômica para implementação das técnicas. Como o Brasil não possui tal lei — que, ademais, não obrigaria empresas sediadas noutros países — o tratamento penal (já na seara do Direito Penal Econômico e Concorrencial) seria absolutamente inócuo. Ao problema ético-político já nos ativemos no tópico anterior; de natureza mais *moral* que jurídica, esse problema envolve sobretudo a tomada de atitude por parte dos interessados e das autoridades públicas. Apesar das hesitações, a CTNBio tem procurado estabelecer limites concretos para refrear os exageros e, particularmente, a algénia experimental (I.N. n. 08/97). A desobediência a essas normas administrativas enseja sanções administrativas, civis e quiçá penais, conforme o grau de lesividade atual ou potencial da conduta. Enfim, os riscos ligados à regulação jurídica da temática envolvem a discricionariedade legislativa, acometida constitucionalmente ao Poder Legislativo e irrenunciável, indelegável e incensurável juridicamente (exceto em casos de inconstitucionalidade formal ou material); não comportam responsabilidade penal. Restava ao legislador, então, os riscos mais palpáveis: *lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e/ou à saúde pública*.

Nesse diapasão, identifica-se a *objetividade jurídica* dos tipos penais do art. 13 da Lei n. 8.974/95: em primeiro plano, a *biossegurança*, que definimos como a *estabilidade das funções ecossistêmicas*, com a conseqüente incolumidade da vida e da saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como do meio ambiente (cfr. art. 2º *caput, in fine*, da Lei n. 8.974). A noção de biossegurança não

33. É o ideal da *algénia*, no neologismo de J. Rifkin (*Algeny*, New York, Viking, 1984, pp. 17-18), *apud* Paulo Freira Vieira, *op. cit.*: "A meta final consiste na criação tecnológica de um organismo perfeito e o 'estado áureo' equivale ao estado de eficiência otimizada. A natureza é vista como uma ordem hierárquica de sistemas vivos dotados de eficiência crescente."

admite assimilação divorciada das próprias condutas increpadas em sua homenagem: à diferença da conduta do homicida, que põe em risco a vida de uma ou mais pessoas determinadas, as condutas do art. 13 ameaçam todo o entorno ecossistêmico (incluindo vida humana, vegetal, animal e respectivas interações); e à diferença dos crimes de perigo comum (arts. 250 *usque* 259 do Código Penal) ou do próprio crime de poluição (art. 15 da Lei n. 6.938/81, com a redação da Lei n. 7.804/89), as figuras penais do art. 13 — conquanto também apresentem perigo para um número indeterminado de pessoas (e, mais que isso, para os animais e vegetais, como no art. 15 da Lei n. 6.938, além do próprio meio ambiente como sistema interativo de todos esses fatores) — são particularmente censuradas por encerrarem procedimentos biotecnológicos cujos desdobramentos não estão sob o integral domínio da ciência oficial. Num segundo plano, surgem objetividades jurídicas secundárias: a vida, a integridade física e a saúde de seres humanos determinados (art. 13, incisos II, §§ 1º 2º e 3º; V. §§ 1º 2º ou 3º), além do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da Constituição Federal). Na verdade, todo crime contra a biossegurança lesiona ou expõe à ameaça de lesão o meio ambiente; por conseguinte, *todo crime contra a biossegurança é, necessariamente, um crime ambiental* (admitindo, nos casos omissos, a aplicação analógica “*in bonam partem*” da Lei n. 9.605/98).

Os crimes contra a biossegurança são em geral crimes de *perigo*, entendidos como “*os que se contentam com a probabilidade de dano*”; perigo, aliás, do tipo *abstrato*, pois “*a lei o considera resultante de certas ações, baseada em regras ditadas pela experiência ou pela lição dos fatos*” — e, na hipótese em comento, baseada no *princípio da precaução*. Há, pois, *presunção de perigo*, que não precisa ser investigado e provado em cada caso concreto.³⁴ Já as formas qualificadas (incisos II, §§ 1º 2º e 3º e V. §§ 1º 2º ou 3º) correspondem, enquanto tipos penais autônomos, a crimes de *dano*, assemelhados às lesões corporais;³⁵ de se

34. Os conceitos são de Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 1, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968, pp. 106-107.

35. Cfr. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, *O Equilíbrio de um Pêndulo. Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legais*, tese apresentada ao Concurso de Professor Titular do Departamento de Medicina Forense e Criminologia da FDUSP, S. Paulo, 1997, p. 200: “*Os §§ 1º, § 2º e § 3º, desta lei [8.974/95], reproduzem o crime do art. 129 — Lesões Corporais — § 1º, § 2º e § 3º (em parte) do Código Penal. O crime de lesão corporal é definido como ofensa à integridade corporal ou saúde. Isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista fisiológico, anatômico ou mental.*”

falar, então, em *crimes pluriofensivos*,³⁶ pois malferem mais de um bem jurídico relevante (a biossegurança e a integridade física, a saúde ou a vida de outrem).

Com relação aos alimentos transgênicos, não têm maior pertinência os incisos I (crime de manipulação genética de células germinais humanas), II (crime de intervenção em material genético humano "*in vivo*"), III (crime de produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível) e IV (crime de intervenção "*in vivo*" em material genético de animais), exatamente porque a transgênese, nesse caso, é feita em material genético de vegetais (sementes), e não em material humano ou animal. Já a figura típica do inciso V — *crime de liberação ou de descarte no meio ambiente de O.G.M. em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação da Lei n. 8.974/95* — aplica-se, em tese, à hipótese sob comento (desde que, evidentemente, se possam individualizar condutas típicas de pessoas físicas, visto que a regra do art. 3º da Lei n. 9.605/98 — responsabilidade penal de pessoas jurídicas — não pode ser estendida analogicamente aos crimes contra a biossegurança). A pena cominada é de reclusão, de um a três anos; se da conduta resultar lesões corporais leves, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, aceleração de parto, dano à propriedade alheia ou dano ao meio ambiente, o infrator incorre na figura qualificada do § 1º à qual se comina pena de reclusão de dois a cinco anos. E se a conduta resultar em incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, inutilização da propriedade alheia ou dano grave ao meio ambiente, a pena é de reclusão de dois a oito anos (figura qualificada do § 3º). Se, enfim, ocasionar a morte de alguém, a pena é de reclusão, de seis a vinte anos (figura qualificada do § 3º). O tipo básico é de perigo abstrato, enquanto que as formas qualificadas são pluriofensivas e reclamam a verificação de dano.

Trata-se de *crime de mera desobediência*, que se consuma com a liberação ou o descarte no meio ambiente de O.G.M. *em desacordo* com o regramento administrativo. Essa é, aliás, uma característica recorrente dos delitos ambientais, que passam a integrar um *Direito Penal secundário*, de ordenação administrativa. Confira-se o magistério de Paulo José da Costa Jr.³⁷

36. Cfr. Damásio de Jesus, *Direito Penal*, v. 1, 15ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 192: "*São os que lesam ou expõem a perigo de dano mais de um bem jurídico. Ex.: latrocínio (CP, art. 157, § 3º, 'in fine'), em que há ofensa à vida e ao patrimônio.*

37. Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal Ecológico*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, pp. 86-87.

"Partindo das dificuldades sabidas que encontra o legislador penal para delimitar o âmbito e a intensidade da tutela a ser emprestada aos bens ambientais, sugere-se que a proteção do ambiente seja confiada principalmente à autoridade administrativa, a quem cabe a obrigação de regulamentar os fatores poluentes, de conceder autorizações para o exercício de atividades perigosas, de impor limitações, cautelas e proibições com relação a elas. O direito penal viria a desenvolver a função secundária de punir a violação de prescrições administrativas. O crime ecológico então consistiria em mera desobediência aos preceitos da autoridade estatal competente em disciplinar o uso dos recursos ambientais. Semelhante sistema garantiria uma tutela imediata dos bens ecológicos, mas não direta. Essa seria ofertada pelo direito administrativo, enquanto o conteúdo do ilícito típico — a lesão-tipo — do crime ecológico viria a exaurir-se na inobservância a prescrições formais.

Tal panorama acomoda-se com tranquilidade ao elenco de crimes contra a biossegurança em geral e à descrição típica do crime do art. 13, V, em particular. A tutela imediata da biossegurança é sempre de ordem administrativa (pautada, *"in casu"* por normas estabelecidas pela CTNBio e constantes da regulamentação da Lei n. 8.974/95); para garantir a observância dos preceitos administrativos, intervém o Direito Penal através da incriminação de *lesões-tipo* que, na realidade, não pressupõem resultado naturalístico. O recurso à remissão, outrossim, caracteriza o comando do inciso V como *norma penal em branco*: para integrar o tipo penal, o julgador deverá reportar-se a outras normas jurídicas, regulamentares ou administrativas. Na realidade, a Lei n. 8.974 não tem, propriamente, um regulamento; mas se editou o Decreto n. 1.520 de 12.06.95, que acabou por lhe fazer as vezes. Esse decreto *"dispõe sobre a vinculação, competência e composição da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, e dá outras providências"*; ao dispor sobre as "competências" da CTNBio, acenou com o

cabedal de exigências administrativas que podem preceder a autorização para liberação ou descarte de O.G.M. no meio ambiente (emissão de Certificado de Qualidade em Biossegurança para que as instalações possam funcionar, elaboração de EIA/RIMA, etc.). Se os organismos geneticamente modificados forem liberados ou descartados sem que as instalações estejam funcionando regularmente, ou sem que as determinações da CTNBio sejam acatadas (sejam elas gerais, para todos os projetos que envolvam O.G.M., ou particulares, para aquele projeto específico), o responsável poderá ser denunciado, processado e condenado por incorrer na conduta típica do art. 13, V. e também pelos danos que se seguirem. Assim então, “*ad exemplum*” se a Monsanto iniciasse em solo brasileiro a plantação de soja transgênica — modalidade de O.G.M., como se viu — à revelia da CTNBio ou em desacordo com as suas especificações, seria de rigor a increpação; responderiam pela infração penal todas as pessoas físicas que houvessem participado diretamente do ato deliberativo, por presumivelmente conhecerem a legislação de biossegurança (art. 21, 1ª parte, do Código Penal); para os executores (plantadores e ceifeiros, *e.g.*), leigos completos, e porque a biossegurança não é um bem jurídico profano,³⁸ melhor seria reconhecer-se o *erro de proibição*, escusável ou não, conforme as circunstâncias (art. 21, 2ª parte, do Código Penal). Observe-se que, nesse passo, não se haverá de falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade das exigências da CTNBio, já que houve expressa referência a essa regulação no corpo do tipo penal (cfr. nota 29).

Quanto às formas qualificadas, a opção do legislador pela técnica descritiva é elogiável. Poderia ter simplesmente se reportado aos parágrafos do art. 129 do Código Penal, ou ainda referir a denominação doutrinária (*lesões graves* no caso dos incisos II e V. §§ 1^{os} e *lesões gravíssimas* no caso dos incisos II e V. §§ 2^{os}); mas, se assim procedesse, acabaria gerando perplexidades, seja pela má técnica, seja pelas divergências da doutrina. O critério descritivo, conquanto mais trabalhoso, é amiúde mais adequado.

A conduta de *liberar* pressupõe a perpetuação do interesse no objeto material, mesmo após o contato com o meio externo. Assim, se há plantio, transporte, comercialização ou consumo, há *liberação*. Já o *descarte* pressupõe rejeição; o O.G.M. passa a ser “*res derelictae*” (coisa abandonada). É criminoso,

38. Bens jurídicos de conhecimento vulgar, reconhecidos por toda a humanidade civilizada (vida, integridade física, honra, etc.).

portanto, o depósito ou eliminação de O.G.M. como rejeito ou lixo, sem observância dos ditames administrativos de biossegurança.³⁹

Como explicitado alhures, a ameaça ou o atentado à biossegurança atingem, invariavelmente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto objetividade jurídica. Assim, o crime do art. 13, V, representa indubitável perigo ambiental abstrato. Além do perigo, contudo, pode haver *dano efetivo* à propriedade alheia ou ao meio ambiente; nesse caso (e conforme o elemento subjetivo que informou a conduta, como se dirá adiante), o infrator poderá responder pela forma qualificada do § 1º (alínea "e" ou "f" — danos simples), com pena de dois a cinco anos de reclusão, ou ainda pela forma qualificada do § 2º (alínea "f" ou "g" se houver *inutilização* da propriedade alheia ou dano *grave* ao meio ambiente), com pena de dois a oito anos de reclusão. Inadmissível, porém, a condenação cumulativa por crime de dano comum (art. 163 do Código Penal) ou por crime de poluição (art. 15 da Lei n. 6.938/81), respectivamente: a dúplice condenação deflagraria odioso "*bis in idem*"

Em caso de morte, a pena é de seis a vinte anos de reclusão (pena mínima *superior* à do § 3º do art. 129 do Código Penal, que é de quatro anos — o que demonstra uma ligeira precedência axiológica da biossegurança em relação à integridade física individual, na concepção do legislador de 1995).

Quanto ao elemento subjetivo, tanto a forma básica quanto as qualificadas são *dolosas*, admitindo tanto o dolo *direto* quanto o indireto na modalidade *eventual* (não se imagina hipótese razoável de dolo alternativo, aqui). O resultado que agrava especialmente a pena, porém, deve ter sido causado *culposamente* (art. 19 do Código Penal), já que o Direito Penal da culpa, de alicerce constitucional, não se compraz com a responsabilidade penal objetiva. Se a causação do resultado foi *dolosa*, o agente não responderá pela forma qualificada, mas pela forma básica do inciso V em concurso formal com o delito material doloso configurado (lesões corporais graves ou gravíssimas, dano simples ou qualificado, delito de poluição ou algum dos crimes ambientais da Lei n. 9.605, aborto, homicídio). Dessume-se, então, que as figuras qualificadas do inciso V (assim como as do inciso II) do art. 13 são *preterdolosas* — dolo no antecedente, culpa no conseqüente.

39. Cfr., no mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado, *op. cit.*, p. 757.

O § 4º prevê crime de perigo *culposo*, na forma do art. 18, parágrafo único, "a contrario sensu" do Código Penal. Previsão "*sui generis*" pois os delitos culposos são em geral delitos *de dano* (vide art. 18, II, do C.P.: "*Diz-se o crime (...) culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*"). Ou, na lição de Damásio de Jesus:⁴⁰ "*Sem o resultado não há falar-se em crime culposo. Neste caso, ou a conduta inicial constitui infração em si mesma ou é um indiferente penal*" Mas, na espécie do art. 13, § 4º da Lei n. 8.974, a conduta não tem resultado naturalístico; há apenas lesão *jurídica*, por vulnerada a objetividade jurídica (biossegurança). E ainda assim há o delito, informado por *culpa* nas modalidades *imperícia* ou *negligência*. Inovou, pois, o legislador.

O § 5º introduz interessante *causa de aumento de pena* para o crime culposo do parágrafo anterior (o que é, também, pouco encontrado em Direito Penal), desde que a culpa se revele na modalidade *imperícia* ("*in verbis*": "*se o crime resultar da inobservância de norma técnica de profissão*"). De forma inédita, o legislador considerou mais censurável uma das modalidades de culpa "*stricto sensu*" — justamente a imperícia, que noutros países foi abolida como modalidade didática autônoma de culpa, restando absorvida pela negligência. Esse destaque reservado à imperícia poderá, em verdade, tornar-se sintomático nas searas do Direito tecnológico, diante da necessidade de que atuem, em tais setores, pessoas cada vez mais capacitadas e especializadas.

O § 6º do art. 13, finalmente, reporta-se ao procedimento penal cabível e à sua instauração. O Ministério Público da União ou dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e *criminal* por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em face do descumprimento da Lei n. 8.974/95. Equivocou-se o legislador em referir-se exclusivamente à persecução criminal nas hipóteses de dano, mormente num diploma em que os tipos penais são, por excelência, de perigo abstrato (ou seja, não há "dano" exceto nas formas qualificadas). Mas, a despeito da impropriedade, compreende-se que a legitimidade processual ativa seja sempre do Ministério Público, independentemente de representação ou requisição (portanto, os delitos do art. 13 desafiam ação penal pública *incondicionada*), tanto para os crimes de dano quanto para os crimes de perigo. Agirá "*in tese*" o Ministério Público Federal, e não o Estadual, quando forem interessadas a União (na figura da CTNBio), entidade

40. Damásio de Jesus, *op. cit.*, p. 257.

autárquica ou empresa pública federal, na condição de *assistentes* da acusação (art. 109, I, da Constituição Federal, c/c art. 268 do Código de Processo Penal); em ações penais públicas incondicionadas, a União e suas autarquias ou empresas públicas não podem assumir o papel de autoras, réis ou oponentes. Poderia agir o “*parquet*” federal, outrossim, quando os resultados virtuais ou efetivos do dano ambiental alcançassem o território de mais de um Estado-membro.⁴¹ No mais, remanesce a atribuição residual do Ministério Público Estadual. Em matéria penal, não se admite o litisconsórcio ativo entre Ministérios Públicos preconizado por Hugo Nigro Mazzilli para as ações civis públicas.⁴²

IV Conclusão.

Este trabalho colige, tão somente, considerações preliminares sobre o tema; não tem, por conseguinte, o propósito de ser exaustivo. Empresas atuantes no país — mormente transnacionais — insistirão em introduzir culturas transgênicas e com seu produto invadir o mercado consumidor interno (até como imposição da economia globalizada, que exige níveis crescentes de competitividade como garantia de sobrevivência às empresas subsidiadas de outrora); o Poder Judiciário, por seu turno, começa a resolver, ainda que incipientemente, litígios dessa ordem. Nesse passo, os debates sobre a transgênese tendem a se trasladar rapidamente do *mundo da técnica* — seara própria das engenharias genética e agrônômica — para o *mundo da ética* — nesse incluso o Direito. Sobrevindas, como decerto sobrevirão, novas elucubrações doutrinárias e decisões judiciais a respeito, e enriquecido sobremaneira o universo cognitivo dos operadores do Direito, o pensamento jurídico a respeito uniformizar-se-á e, paulatinamente, consolidar-se-á. Então, o jurista e o técnico poderão dialogar sem intermediários, buscando ambos, sob os auspícios da Bioética, soluções que

41. Acatamos e adaptamos, nesse particular, as razões de Hugo Nigro Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 7ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1995, p. 220): “*Pela gravidade que ultimamente a lesão a tais interesses [defesa do meio ambiente] tem assumido, já vimos sustentando que seria oportuno cogitar de conferir competência à justiça federal para apreciar e julgar as causas relativas ao meio ambiente quando os resultados do dano ecológico alcançarem o território de mais de um Estado-membro. Tal competência deveria compreender as ações civis ou penais, principais ou cautelares. No tocante às cautelares [e, acresça-se, às ações penais por crimes de perigo abstrato], a determinação de competência decorreria da fundada probabilidade de que os efeitos de um possível acidente ecológico viessem a atingir mais de um Estado-membro*”. Mazzilli compreende, todavia, que somente em face de lei infraconstitucional essa regra de competência poderia virar.

42. Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, pp. 266-273.

convenham à biossegurança e às exigências de mercado; ao Direito e à Economia; à coletividade, às instituições públicas e à empresa; à Justiça, à Política e à Tecnologia. A Ciência não pode vilipendiar os valores éticos da sociedade; mas tampouco podem os guardiões do interesse público, sob o pretexto eterno da prevenção, coarctar o evoluir da História. Agora, como antes, a virtude estará na contemporização.

São Paulo, dezembro de 1999.

Bibliografia.

1. *Livros, Teses, Jornais e Revistas.*

- ADAS, Melhem. *Panorama Geográfico do Brasil*, 2ª ed., S. Paulo, Ed. Moderna, 1989.
- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960.
- ÁLVARES, Walter Tolentino. *Introdução ao Direito da Energia Nuclear*, S. Paulo, Sugestões Literárias, 1975.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal Ecológico*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.
- FOLHA DE S. PAULO de 13.02.99.
- FOLHA DE S. PAULO de 22.04.99.
- FOLHA DE S. PAULO de 28.04.99.
- FRANCO, Alberto Silva. "*Genética Humana e Direito*" in *Revista Bioética*, 4 (1): 17-29, 1996.
- HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos — O breve século XX (1914-1991)*, 2ª ed., S. Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, v. 1, 15ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1991.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*, S. Paulo, Malheiros, 1994.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 2ª ed., S. Paulo, Atlas, 1993.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 7ª ed., S. Paulo,

Saraiva, 1995.

MORAND-DEVILLER, J. *Droit de l'environnement*, Paris, ESTEM, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 1, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968.

PESSINI, Léo, & BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (orgs.). *Fundamentos da Bioética*, S. Paulo, Paulus, 1996.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*, 3ª édition, Paris, Dalloz, 1996.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O Equilíbrio de um Pêndulo. Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legais*, tese apresentada ao Concurso de Professor Titular do Departamento de Medicina Forense e Criminologia da FDUSP S. Paulo, 1997.

VARELLA, Marcelo Dias, & BORGES, Roxana Cardoso B. (orgs.). *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

2. Normas.

Código Civil.

Código Penal.

Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 196/96 (*"Diretrizes e Normas Reguladoras de Pesquisas Envolvendo Seres Humanos"*).

Constituição Federal de 1988.

CTNBio. Instrução Normativa n. 08/97 (*"Instrução Governamental sobre Manipulação Genética e Clonagem em Seres Humanos"*).

CTNBio. Instrução Normativa n. 09/97 (*"Normas sobre Intervenção Genética em Seres Humanos"*).

Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992).

Decreto n. 1.520/95.

Lei de Introdução ao Código Civil.

Lei n. 6.938/81.

Lei n. 8.974/95.

Lei n. 9.605/98.

DIREITO INTERNACIONAL

A DETERMINAÇÃO DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Maristela Basso

Professora Doutora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O Direito aplicável na determinação do regime de bens, o critério para sua determinação, a evolução desse material no País são alguns dos itens observados pela Autora, que finaliza falando sobre o princípio da unidade do regime patrimonial e a *Lex Rei Sitae*, junto às conclusões pessoais.

Abstract:

The applicable Right in the determination of the regime of goods, the criterion for your determination, devolution of that material in the Country is some of the items observed by the Author, that concludes talking about the beginning of the unit of the patrimonial regime and the *Lex Rei Sitae*, close to the personal conclusions.

Unitermos: regime de bens de casal; *Lex Rei Sitae*.

1. O Direito Aplicável na Determinação do Regime de Bens

1.1 O Critério Para a Determinação do Regime de Bens do Casal

Em Direito Internacional Privado a categoria "regime de bens do casamento" tem um sentido preciso e, como disse Haroldo Valladão, "*abrange apenas o conjunto das disposições que regulam os bens pertencentes aos nubentes na ocasião do casamento ou que vierem a adquirir na constância da sociedade conjugal*"¹

Se fizermos um estudo de Direito Comparado, constataremos que o "regime de bens do casamento" é um dos aspectos do Direito de Família que mais se diferencia nos diversos sistemas legislativos, e isso remonta à sua própria história.

1. *In "Direito Internacional Privado"*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983, v. II, p. 81.

No começo do século XVI, o art. 220 dos "Costumes de Paris" previa que, na falta de pacto antenupcial, os cônjuges, após o casamento, ficavam sob o regime da comunhão, porém a doutrina dominante entendia que essa comunhão compreendia apenas os bens imóveis situados em território governado pelos "Costumes de Paris". Os bens situados fora, ficavam sujeitos ao "costume" da respectiva situação.²

Levantou-se, então, a discussão entre dois célebres juristas, cujos ensinamentos se tornaram universais: D'Argentré e Dumoulin.

D'Argentré, distinguindo bens móveis e imóveis, afirmava que, inexistindo pacto antenupcial, os bens imóveis dos cônjuges estariam submetidos ao direito do lugar da situação, e os bens móveis, ao direito vigente no lugar do domicílio conjugal.

Inconveniente era essa diversidade de regimes imposta ao casal preconizada por D'Argentré, razão pela qual Dumoulin, partindo da concepção de que os cônjuges tinham liberdade de escolher o regime de bens, concluiu que, quando não-gozavam dessa faculdade, se deveria presumir que resolveram regulá-lo pelo direito em vigor no lugar do domicílio conjugal.

Historicamente, essas duas posições abriram os debates que se seguiram sobre a "regra de solução de conflitos de leis na determinação do regime de bens do casamento"

Para D'Argentré o direito aplicável na determinação do "regime de bens" na falta de pacto antenupcial, era o "estatuto real" (territorial) ao passo que para Dumoulin não era o "estatuto real" nem o "estatuto pessoal" (nacionalidade ou domicílio), pois a própria vontade das partes é que deveria ter efeito extraterritorial.

Sobre essas diferentes posições, observou Amílcar de Castro que "a solução de Dumoulin tinha sobre a de D'Argentré a vantagem de manter a unidade do regime, mas se assentava em premissa falsa, porque não pode haver contrato tácito ... De tal sorte, as disposições facultativas permitem aos nubentes escolher um entre vários regimes de bens; e se os nubentes não se servem dessa faculdade, a disposição supletiva impõe ao casal determinado regime, haja, ou não, vontade expressa, ou tácita, em contrário"³

2. Vide Amílcar de Castro, "Direito Internacional Privado", Rio de Janeiro, Forense, 1956, v. II, pp. 90 e ss.

3. In ob. cit., pp. 91-92.

Daí por que as disposições legais são de três espécies: *imperativas*, *facultativas* e *supletivas*. No silêncio das partes, essas últimas funcionam sempre como imperativas frente à faculdade a elas conferida de se valer da disposição facultativa.

Modernamente, os doutrinadores também se dividem.

Story optou pela corrente "realista" de D'Argentré e estabeleceu que, existindo pacto antenupcial, dever-se-ia observar o que fosse pactuado, exceção feita aos imóveis em que haveria apenas um direito de ação, e, não existindo convenção, os móveis estariam sujeitos à lei do domicílio conjugal e os imóveis à lei de sua situação.⁴

Savigny, por outro lado, defendia a doutrina do domicílio e adotava a lei do domicílio do marido para o regime de bens como uma universalidade, independentemente do lugar do casamento ou da situação dos bens.⁵

Para Mancini o regime de bens do casamento poderia entrar nas relações de família ou nas obrigações, o que ensejou, por sua vez, inúmeros debates e divergências doutrinárias, entre seus seguidores, afinal resolvidos no primeiro sentido. A idéia central de Mancini, defensor do princípio da nacionalidade, era a de que o direito gira em torno das pessoas, e não das coisas, daí porque o Direito Positivo deve seguir a pessoa.⁶

Na tentativa de equacionar as divergências, a doutrina coletiva, do "Institut de Droit International" estudou o assunto em sua Sessão de Lausanne, de 5 de setembro de 1888, dedicada aos "conflitos de leis em matéria de casamento e divórcio" e concluiu que o "regime de bens do casal abrange todos os bens, móveis e imóveis que são regidos, à falta de convenção nupcial, pela lei do domicílio matrimonial" ou seja, do primeiro estabelecimento dos cônjuges.⁷

Hodiernamente, como observou Irineu Strenger, "*não se pode dizer que o problema esteja resolvido definitivamente, pelos juristas e tribunais. Existe grande divergência tanto na doutrina como na jurisprudência. Alguns autores ainda*

4. In "Commentaries on the conflict of laws" 1834.

5. In "Sistema di diritto romano attuale" 1849, v. 8, capítulo referente ao império das regras de Direito sobre as relações jurídicas.

6. Sobre a doutrina de Mancini, assim como de outros doutrinadores modernos, vide de Maristela Basso, "Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional - O Direito Internacional Privado à luz da jurisprudência", São Paulo, Saraiva, 1987, pp. 30-47.

7. Sobre essa Sessão do "Institut". vide comentários de Haroldo Valladão, *in ob. cit.*, v. cit., p. 87.

sustentam que tudo deve depender da lei do país onde o casamento foi celebrado, outros dão preferência à lei do lugar onde os bens estão situados, e outros, ainda, à lei pessoal, que deve reger as relações de família sob todos os pontos de vista, sem exclusão daquilo que concerne aos interesses patrimoniais dos cônjuges”⁸

1.2 A Evolução da Matéria no Brasil

O Direito brasileiro nunca contemplou expressamente dispositivo de Direito Internacional Privado para regular, especificamente, as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges,⁹ razão pela qual esse tema sempre ficou submetido à regra geral de Direito de Família.

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (vigência 1917), em seu art. 8, determinava a aplicação da lei nacional da pessoa para os assuntos pertinentes aos direitos pessoais e aos direitos de família. Esta era a sua redação: *“A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícita quanto a este a opção pela lei brasileira”*

Consagrou-se, portanto, em 1916-1917, por influência de Mancini, o “princípio da nacionalidade”

Contudo, a partir do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 atual Lei de Introdução ao Código Civil LICC, abandonou-se o “princípio da nacionalidade” e se consagrou o “princípio do domicílio” como regra para todas as questões relativas à pessoa e seus direitos de família, adaptando-se os indivíduos e os casais, social, econômica e juridicamente, ao solo escolhido para viver, conforme se lê do *caput* do art. 7:

“A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”

8. In *“Direito Internacional Privado”*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1996, p. 583.

9. Vide comentários de Oscar Tenório, in *“Direito Internacional Privado”*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 299.

Da análise desse dispositivo, decorrem duas hipóteses que devem ser consideradas e sobre as quais devemos refletir por alguns instantes:

1ª O regime matrimonial é estabelecido no Brasil para valer no Brasil, mas por qualquer de seus elementos (como, p.ex., o local de alguns bens imóveis do casal) gera efeitos em outra ordem jurídica;

2ª. O regime é estabelecido no estrangeiro e se pretende, por alguma razão (imaginemos que uma das partes seja brasileira, ou que o casal, ou um deles, possua imóveis no Brasil), que seja válido aqui.

A primeira hipótese, submete-se ao *caput* do art. 7º citado acima, e a segunda ao § 4º desse mesmo artigo, que dispõe: "*O regime de bens, legal ou convencional, obedece a lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal*"

O § 4º do art. 70, é claro ao determinar que quando os "nubentes" isto é, os "noivos" antes do casamento estiverem domiciliados em países diversos, regulará o regime de bens, legal ou convencional, a lei do primeiro domicílio conjugal, logo após o matrimônio.

Como regra de atribuição de efeitos a fatos mistos ou multinacionais (que geram efeitos em mais de um país ao mesmo tempo), as disposições do art. 7º são excelentes, não apenas porque estabelecem a "unidade do patrimônio" como porque, conforme demonstrado pelo professor Henri Bateman, da Universidade de Paris, "*a idéia dominante do assunto é a importância da adaptação do casal ao meio jurídico e econômico em que tem de viver*"¹⁰

Tem razão Bateman porque, como observou Amílcar de Castro, "*convém, no interesse do casal e de terceiros, que o regime legal, em falta de contrato escrito, seja o desse meio*"¹¹

É verdade que o *caput* do art. 7º refere-se à lei do país em que for domiciliada a pessoa como a competente para ditar as regras sobre os direitos pessoais e os direitos de família.

Correto é, portanto, submeter as questões de Direito de Família à lei do domicílio do casal (art. 7º *caput*), ou do primeiro domicílio conjugal (art. 7º § 4º) se quando a questão for apresentada tiverem domicílios internacionais diversos. Nesse sentido, sustenta Irineu Strenger que "*o casamento é, na verdade, uma das*

10. Citado por Amílcar de Castro, *in ob. cit.*, p. 93.

11. *In ob. cit.*, p. 93.

mais importantes instituições sociais. Ele não engendra somente relações pessoais entre os cônjuges, mas, como o seu fim é o de criar a família, faz nascer direitos e deveres que envolvem o presente e o futuro. As leis que regem o casamento e a família formam no seu conjunto um todo orgânico que não pode ser dividido. Desde logo, cada uma das relações que daí derivam não podem ser submetidas a regras legislativas diferentes, considerando-as como fato isolado e não conexo, sem destruir a unidade da concepção, segundo a qual cada legislador provê a organização da família" ¹²

O regime do patrimônio do casal e, conseqüentemente, da família, é questão fundamental em todos os sistemas legislativos — não apenas da *Civil Law* e da *Common Law*. Os legisladores, em todos os ordenamentos jurídicos, regulam esse "regime" de acordo com os princípios de ordem pública interna e internacional, assim como, em especial, em atenção aos princípios que decorrem da condição jurídica da mulher, de sua maior ou menor subordinação ao marido, e da proteção preventiva (maior ou menor) dos direitos de terceiros.

Como se vê, na tarefa de determinar o critério para o "regime de bens do casal" o legislador inspira-se, não apenas em fundamentos jurídicos, mas, sobretudo, em razões históricas, morais, econômicas e políticas. Por isso se explica que no direito muçulmano, p.ex., o sistema tradicional ainda seja o da separação: total e absoluta.

Assim como o Direito brasileiro consagra a regra da imutabilidade do regime, e princípio de ordem pública internacional, reconhecido expressamente no "Código de Direito Internacional Privado Para as Américas" (ou Código de Bustamante), incorporado ao sistema pátrio pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929, que "*não se pode celebrar ou modificar contratos nupciais na constância do matrimônio, ou alterar o regime de bens por mudanças de nacionalidade ou de domicílio posterior ao mesmo (art. 188)*"

Como se sabe, no Brasil, somente é possível a modificação do regime convencional dos bens na hipótese prevista no art. 7º § 5º da LICC: "*O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro*" (redação determinada pela

12. *In ob. cit.* p. 584.

Lei n. 6.515/77, que substituiu a expressão "universal" pela "parcial").

O regime de bens, portanto, é sempre imutável e fica subordinado ao Direito que a regra de conflito brasileira determinar que seja observado, isto é, a *lex domicilii*. Nesse sentido estão as decisões dos nossos tribunais, dentre as quais citamos, a título elucidativo, as que seguem:

"O domicílio é o elemento de conexão no Direito Internacional Privado brasileiro, para definir o estatuto pessoal nas relações advindas do casamento" (RJTJRS, 72:478-82);

"Casamento. Regime de bens. Prevalência do estabelecido na lei brasileira. Ato realizado nos Estados Unidos. Instrumento legalizado no Consulado Brasileiro. Primeira residência do casal no Rio de Janeiro. Aplicação do art. 7º § 4º da LJCC" (RJTJSP 572:78-80).

2. O Princípio da Unidade do Regime Patrimonial do Casal e a "Lex Rei Sitae"

Essa questão está diretamente relacionada ao valor que se atribui ao princípio da unidade do regime patrimonial em face da *lex rei sitae*, prevista no art. 8º da LICC.

Muitos equívocos são cometidos quando, na tentativa de encontrar solução para os casos de Direito Internacional Privado, esses dois princípios são confrontados. Esses equívocos geralmente acontecem porque a tendência do investigador é a de confundir o critério que deve determinar o regime patrimonial do casal (se comunhão universal, parcial ou separação total), submetido à lei do domicílio (art. 7º da LICC), com a regra prevista no referido art. 8º da LJCC, que se destina ao Direito das Coisas e não se confunde com os direitos de família, muito menos com o regime de bens do casal.

Expliquemos isso melhor.

O art. 8º da LICC assim dispõe:

"Para qualificar os bens e regular a relação a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados"

Vê-se, claramente, que o legislador faz a correta distinção entre "qualificação dos bens" e "relações a eles concernentes". Isto porque, como é sabido, não há relação jurídica entre a pessoa e a coisa. Essa relação é sempre de fato, haja vista que a relação protegida pelo direito é aquela que se estabelece (invariavelmente) entre pessoas. Quando, em Direito, importa o valor de coisa apropriável, se diz que o bem é "objeto" da relação jurídica.

Dessa forma, a regra geral do art. 8º da LJCC, citado acima, tem em vista os bens *ut singuli* (individualmente considerados). Em outras palavras, a qualificação dos bens é dada pela *lex rei sitae*, isto é, pelo direito do lugar onde se encontram situados.

Segundo Haroldo Valladão, o art. 8º da LJCC *"considera os bens 'ut singuli', e não os que compõem uma universalidade, quais o regime de bens do casamento ou a tutela e curatela, regidos pelo art. 7º da LICC, ou a sucessão, regulada pelo art. 10 da LICC"* *"E, portanto, a regra limita-se aos bens, objeto do Direito das Coisas, dos direitos reais, 'jura in re', e não abrange, p.ex., as questões sobre capacidade de fato (lei do domicílio, art. 7º da LICC), nem sobre a forma dos atos ('locus regit actum' nem sobre a substância e os efeitos dos atos, nem o lugar da constituição (art. 9º da LICC), ainda que tais questões se referem a bens, 'jura ad rem'"*¹³

Cabe, assim, à *lex rei sitae* qualificar (e classificar) os bens em móveis e imóveis, consumíveis e não-consumíveis, fungíveis e não-fungíveis, alienáveis e inalienáveis, principais e acessórios, públicos e privados, etc.

De acordo com o art. 8º da LICC, além de qualificar os bens, cabe à *lex rei sitae* regular a relação a eles concernentes, isto é, regular todos os direitos incluídos no Direito das Coisas, como, p.ex., a extinção da propriedade, da posse (os

13. *In ob. cit.*, v. cit., pp. 161-162.

direitos reais).

Como afirma Amílcar de Castro "a complexidade do assunto exige a máxima atenção porque 'a respeito de bens, em si mesmos considerados ou como objeto de relações jurídicas, vários direitos podem ser contemplados: o da situação para o 'ius in re'; o do lugar da constituição do contrato para o 'ius ad rem'; o do domicílio para a capacidade das partes; o do lugar do ato para a forma respectiva; o do domicílio do 'de cujus' para a sucessão; a do domicílio conjugal para o regime matrimonial"¹⁴

Não é difícil, assim, concluir que o art. 8º da LICC nada tem a ver com a determinação do regime de bens do casal, e que a *lex rei sitae* só se aplica à qualificação dos bens que possam estar envolvidos na partilha do patrimônio do casal, em caso de dissolução da sociedade conjugal, bem como regula a relação a eles concernentes.

Dessa forma, não se pode confundir as duas etapas abaixo relacionadas:

1ª O investigador deve buscar a lei aplicável à determinação do regime de bens do casal, que, por ser tema de Direito de Família, se submete ao art. 7º da LICC, ou seja, à lei do domicílio do casal;

2ª Uma vez determinada a lei aplicável ao regime de bens do casal, deve o investigador relacionar todo o patrimônio comum do casal, inclusive os bens imóveis que porventura existam e estejam situados no Exterior.

Agindo, assim, corretamente, dar-se-á conta o investigador de que os bens que estão no Exterior (qualificados e regulados pela lei da sua situação *lex rei sitae*), ainda que relacionados no patrimônio do casal, em ação que tramita no Brasil, somente poderão ser objeto de partilha no foro da respectiva situação, por força do art. 89 do CPC.

Entretanto, não se pode confundir a competência processual do juiz do local da situação do bem imóvel somente para processar a partilha, com a competência do juiz brasileiro de (1) conhecer da ação de dissolução da sociedade conjugal e decidir acerca do regime de bens do casal, o que deve ser feito à luz da lei do domicílio; (2) (re)conhecer, de acordo com o princípio da unidade e imutabilidade do regime de bens, a existência, no patrimônio comum do casal, de bens situados no Brasil e no Exterior; (3) mandar relacionar esses bens,

14. *In ob. cit.*, p. 149.

independentemente do lugar em que estejam; e (4) partilhar o patrimônio comum do casal, tendo presente que da universalidade dos bens aqui devem ser partilhados os imóveis situados no Brasil, pois aqueles situados no Exterior devem ser submetidos ao juiz do país de localização.

Se isso não for feito, uma das partes verá solapado seu direito, qual seja, de ver corretamente arrolado o patrimônio comum do casal.

Vale a pena rever o voto do desembargador Ney Almada:

"Com respaldo doutrinário, cabe salientar que os bens do estrangeiro situados em território brasileiro aqui serão objeto de inventário e partilha. Existente, todavia, em espaço alienígena, este simples fato acarreta a fixação da competência no foro da respectiva situação... Assim, menção dos bens sitos na Espanha deve ser feita no inventário processado no Brasil" (RT, 583: 88-9).

Outra passagem extremamente oportuna faz parte do relatório do desembargador Athos Gusmão Carneiro:

"Prevalência, para o juiz brasileiro, da lei material brasileira. Impende ao juiz brasileiro resguardar, na medida do possível, a eficácia da lei material brasileira; no caso concreto, a prevalência das normas relativas à comunhão universal de bens, postergada no inventário realizado no Uruguai. Direito da autora, anulada a renúncia, a haver seu quinhão nos bens deixados pelo progenitor do ex-marido, considerados tanto os bens quanto os bens situados no Brasil como no Uruguai; pagamento a ser feito com bens situados em nosso país" (RJTJRS, 91:245 e ss.).

3. Conclusões

À primeira vista, as questões de Direito Internacional Privado podem parecer difíceis porque suas soluções dependem de uma técnica com a qual não estamos acostumados no nosso dia a dia forense. Essa técnica depende, basicamente, de três momentos:

1º A qualificação do problema, o que deve ser feito pela matéria jurídica a que pertence a questão. No estudo presente temos um problema de regime de bens, problema qualificado como de Direito de Família;

2º Uma vez qualificada a matéria, deve-se buscar a norma de Direito Internacional Privado aplicável (arts. 7º 8º 9º 10, etc. da LICC ou outra fonte). No estudo presente, qualificada a matéria como sendo de Direito de Família, aplica-se o art. 7º da LICC;

3º Localizado o art. 7º da LICC, aplica-se o direito material (nacional ou estrangeiro) indicado pela norma.

Aplicando-se essa técnica (ou metodologia de solução), podemos concluir no estudo da determinação do regime matrimonial de bens em Direito Internacional Privado:

1º O regime patrimonial de bens, de acordo com o art. 7º da LICC, é o do domicílio do casal;

2º O regime de bens do casal está submetido, por razões de ordem pública interna e internacional, ao "princípio da unidade do regime patrimonial" mesmo em face da *lex rei sitae*;

3º A prevalência para o juízo brasileiro deve ser a de resguardar a eficácia e a aplicação da lei material aplicável (indicada pela norma de conflito) relativa à comunhão universal de bens, considerando tanto os bens imóveis situados no Brasil quanto no Exterior, se houver.

Esses são os critérios de solução à luz do Direito Internacional Privado brasileiro, cujas normas comandam a própria atividade jurisdicional do Estado, porque são normas de natureza cogente - de ordem pública, como lapidarmente observou o desembargador Donato João Sehnem do TJRS:

"Casamento de estrangeiros. Regime de bens. Direito interespaical. Ordem jurídica aplicável.

As normas de Direito Internacional Privado comandam, em realidade, a própria atividade jurisdicional do Estado. São normas da natureza cogente e enceram um profundo sentido de ordem pública"... "A natureza da lide demonstra, assim, a existência de um interesse público relevante, um direito indisponível, qual seja a definição da ordem pública aplicável" (RJTJRS, 72 :478:82).

São Paulo, março de 2000.

A LEI N. 9.474/97 E A DEFINIÇÃO AMPLIADA DE REFUGIADO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Guilherme Assis de Almeida
Aluno de Pós-Graduação em Filosofia do
Direito pela USP

Resumo:

O autor analisa de forma cronológica a evolução dos posicionamentos brasileiros dentro do Direito Internacional quanto à questão dos refugiados, passando pelo processo de definição do conceito do que viria a ser o status de refugiado para o Direito brasileiro e pela análise dos tratados e compromissos internacionais assumidos e ratificados pelo Governo brasileiro.

Abstract:

The author analyzes in a chronological way the evolution of the Brazilian positionings within the International Law related to the refugees' subject, going through the process of definition of the concept of the one that would come be the refugee's status for the Brazilian Law and by the analysis of the agreements and international commitments assumed and ratified by the Brazilian Government.

Unitermos: Direito Internacional, proteção internacional dos Direitos Humanos, contexto histórico-jurídico brasileiro.

I. Histórico da Lei n. 9.474/97

A partir de 22 de julho de 1997 o Brasil incorpora, definitivamente, ao seu ordenamento jurídico a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951. A Convenção de 1951 é um dos primeiros Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Mais precisamente, é o segundo. Visto que, o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos é a Convenção contra o Genocídio, de 1948.

A Lei brasileira n. 9.474/97 é a primeira lei do ordenamento jurídico brasileiro a implementar¹ um Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. A elaboração e entrada em vigor da Lei n. 9.474/97 é um verdadeiro marco na trajetória de comprometimento do Brasil com a temática dos refugiados. Esta trajetória inicia-se, em 1952, com o reconhecimento da Convenção sobre o Estatuto do Refugiado, de 1951, e culmina com a promulgação da Lei n. 9.474/97.

A seguir farei um sintético histórico do Direito Internacional dos refugiados, no Brasil, até sua definitiva incorporação ao Direito brasileiro, fato que se deu em 22 de julho de 1997

15 de julho de 1952: Brasil assina a Convenção sobre o Estatuto de Refugiado de 1951.

28 de janeiro de 1961: Decreto n. 50.215 promulga a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, no ordenamento jurídico brasileiro. É feita uma "reserva geográfica" ou seja, o Brasil só aceita refugiados vindos do continente europeu.

08 de agosto de 1972: Decreto n. 70.946 promulga o Protocolo de 1967 que passa a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

1977: Primeira missão do Alto Comissariado das Nações Unidas ACNUR no Brasil (esta missão instala-se na cidade do Rio de Janeiro). Nesta época, em plena ditadura militar, a atividade do ACNUR limita-se a reassentar, em um terceiro país de asilo, buscadores de asilo vindos de países da América do Sul: Chile, Argentina, Uruguai e Paraguai.

1. Importante precisar o exato significado do verbo implementar, neste contexto. Esclareça-se que o Brasil ratifica e promulga a Convenção de 1951, no ano de 1961. Todavia, a questão dos refugiados requer, principalmente, a realização de duas tarefas: 1. a elegibilidade dos casos individuais, e 2. a elaboração de políticas públicas que visem à integração local dos refugiados. Tais tarefas foram realizadas pelo ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) até a promulgação da Lei n. 9.474/97.

A partir desta lei, o Brasil: a. estabelece critérios próprios para a concessão do estatuto de refugiado; bem como, um "procedimento de elegibilidade"; b. cria, no âmbito da Administração Pública Federal, o Comitê Nacional para Refugiados (Conare) que é responsável pela elegibilidade dos *casos individuais* e pela elaboração de políticas públicas que facilitem a integração local.

É a primeira lei brasileira a criar uma estrutura na Administração Pública e um procedimento próprio para *implementar* um Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se do exercício do Direito Cosmopolítico, como definido por Kant.

1979-80: 150 (cento e cinquenta) vietnamitas são acolhidos. Não lhes é concedido o status de refugiado (por causa da reserva geográfica), mas um estatuto migratório alternativo lhes é dado.

1982: Presença do ACNUR enquanto organização internacional é oficialmente reconhecida pelo Governo brasileiro.

1986: Brasil acolhe 50 (cinquenta) famílias Bahai's, aproximadamente 200 (duzentas) pessoas, perseguidas no Irã, por razões religiosas. Por não poderem receber o status de refugiado (em razão da reserva geográfica), são reconhecidos como asilados.

1989: Escritório do ACNUR é transferido para Brasília. No final deste ano (1989), levanta-se a cláusula da reserva geográfica.

1992-1994: Brasil acolhe cerca de 1,2 mil angolanos que são obrigados a deixar seu país logo após o final das eleições. Apesar de não serem refugiados, de acordo com a definição clássica de 1951 (fundado temor de perseguição em razão de: raça, religião, nacionalidade, filiação a grupo social ou opinião política), o Governo brasileiro concede-lhes o status de refugiado, aplicando a Declaração de Cartagena que prevê a concessão do status de refugiado devido à "grave e generalizada violação de direitos humanos" (guerra civil em Angola).

Maio de 1996: projeto de lei que estabelece a incorporação da Convenção de 1951 ao Direito brasileiro é enviado ao Congresso Nacional juntamente com o Plano Nacional de Direitos Humanos.

22 de julho de 1997: A Lei n. 9.474 que implementa a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951 ao Direito brasileiro é sancionada e promulgada pelo presidente da República.

Depois da promulgação da Lei n. 9.474/97, existem algumas datas que merecem ser lembradas:

07 de setembro de 1998: Na festa comemorativa dos Direitos Humanos toma posse a Coordenadoria do Conare (Comitê Nacional para os Refugiados) que tinha como presidente a dra. Sandra Valle (Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça) a atual presidente é a dra. Elisabeth Sussekind e como coordenadora a sra. Nara Moreira da Silva. O Conare é o órgão do Governo brasileiro responsável pela elegibilidade dos "casos individuais" bem como da elaboração das políticas públicas para os refugiados. O Conare é formado por

representantes do: Ministério da Justiça (onde está sediado), Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Educação, Ministério do Trabalho, Ministério da Saúde, Departamento da Polícia Federal, Organização Não-Governamental ligada à temática dos Refugiados (atualmente a Cáritas Brasileira) e o ACNUR, como membro convidado, com voz, mas sem voto.

26 de maio de 1999: A reunião plenária do Conare aprova a resolução de n. 06 que regulamenta a emissão do protocolo para o solicitante de refúgio. O protocolo dá ao solicitante a autorização para a estadia provisória no país, até que seu pedido seja definitivamente julgado, e também lhe possibilita requerer a carteira de trabalho provisória que permite ao solicitante trabalhar, de forma regular, em território brasileiro. O presidente em exercício do Conare, Luiz Paulo Telles Barreto, apresenta proposta do Governo do Paraná de reassentar 10 (dez) famílias de pessoas afetadas pelo conflito na ex-Iugoslávia. A proposta foi aprovada por unanimidade.

10 de agosto de 1999: O ministro da Justiça José Carlos Dias e o representante regional do ACNUR, para o sul da América do Sul, Guilherme da Cunha assinam o acordo para o reassentamento de pessoas afetadas pelo conflito na ex-Iugoslávia. Durante a solenidade de assinatura deste acordo o ministro José Carlos Dias manifestou o interesse do governo brasileiro em assinar um novo acordo de reassentamento no qual os beneficiários seriam pessoas afetadas pelo conflito em Angola.

A assinatura deste acordo é um fato inédito e demonstra, mais uma vez, o grau de comprometimento do Governo brasileiro com a questão dos refugiados.

II. A definição ampliada de refugiado

A definição clássica de refugiado é a que consta na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Estabelece o seu art. 1º inciso A, § 2º:

"A. Para os fins da presente Convenção, o termo 'refugiado' aplicar-se-á a qualquer pessoa:

(2) Que, em conseqüência de acontecimentos ocorridos antes de 01 de janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões

políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

Por esta definição é refugiado aquele que, em virtude das razões acima elencadas, sofre, de forma individual, uma perseguição.

Diz-se que a pessoa sofre uma perseguição quando sua vida e/ou sua liberdade estão sendo ameaçadas. Caso as razões determinantes desta perseguição sejam: raça, religião, nacionalidade, filiação em determinado grupo social ou opinião política, a pessoa será considerada um refugiado, consoante a definição clássica.

Como já dito, anteriormente, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, é o segundo Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (o primeiro é a Convenção contra o Genocídio, de 1948). A definição, nela constante, visa responder à situação de unimaginável mobilidade humana provocada pela Segunda Guerra Mundial. À época, não se previa que o problema dos refugiados tornar-se-ia crônico. Tanto é que a Convenção de 1951 possui uma limitação temporal. Estabelece como data limite o dia 1º de janeiro de 1951. Ou seja, serão reconhecidos como refugiados aqueles que foram perseguidos em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. (Convenção de 1951, art. 1º. inciso A, § 2º).²

Afirma Diego López Garrido:

"El Convenio de Ginebra de 1951 estaba pensado para una situación posterior a la Segunda Guerra Mundial de división de nuestro continente. Se trataba de facilitar la venida a Europa occidental de quienes huían de Europa oriental. Personas con un bagaje cultural similar y también con unas similitudes étnicas obvias.

2. A limitação temporal estabelecida pela Convenção de 1951 foi superada pelo Protocolo de 1967.

Tal esquema estava pensado para tratar un tipo de peticionário de asilo que podia individualizarse y tratarse caso por caso, porque no era un asilo masivo" (El derecho de asilo, Editorial Trota, 1ª edição, 1991, p. 121).

A concepção ampliada de refugiado surgiu na Convenção da OUA (Organização da Unidade Africana), pela qual se regulam os aspectos específicos do problema dos refugiados na África, aprovada em 10 de setembro de 1969, entrando em vigor em 20 de junho de 1974. Estabelece a Convenção, no seu art. 1º, inciso 2:

"2. O termo 'refugiado' aplicar-se-á também a toda pessoa que, por causa de uma agressão exterior, uma ocupação ou uma dominação estrangeira, ou de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública em uma parte ou na totalidade de seu país de origem, ou do país de sua nacionalidade, está obrigada a abandonar sua residência habitual para buscar refúgio em outro lugar fora do seu país de origem ou do país de sua nacionalidade"

A palavra asilo significa *a-sylum*. *Sylum*, palavra grega, é violência, e o prefixo "A" é um prefixo negativo. Portanto asilo significa "não-violência"

A definição ampliada de refugiado coaduna-se pois, perfeitamente, com o significado original da palavra asilo. A idéia é oferecer à pessoa, vítima de uma violência, a possibilidade de encontrar uma proteção. Um lugar seguro para viver e gozar sua liberdade. Essencialmente, o "buscador de asilo"³ é sempre alguém que está fugindo de uma situação insuportável de violência. Seja pela definição clássica ou pela definição ampliada.

A definição clássica está focada nos acontecimentos pós-45 e é uma definição *numerus clausus*. Nas suas cinco razões de perseguição há espaço possível para interpretação, fora isto não.

Já a definição ampliada da Convenção da OUA busca descrever uma situação coletiva onde as pessoas individualmente estejam ameaçadas, sendo

3. No Direito Internacional dos refugiados existem dois termos genéricos para designar a pessoa que deixou sua terra natal em busca de asilo: *asylum seeker* e *refugee*. Traduzi *asylum seeker* como buscador de asilo. Este pode estar em duas situações: enquanto mero buscador, deixou seu país de origem e está num estrangeiro em busca de proteção, e como solicitante de refúgio, já iniciou o procedimento jurídico atinente à concessão do Estatuto de Refugiado. Refugiado é aquele a quem foi concedido o status de refugiado.

motivada pelos acontecimentos que têm lugar na África desde 1956.⁴ Deste modo, esta definição é dita ampliada, pois ela consegue açambarcar um número muito maior de possibilidades, nas quais o ser humano encontra-se vulnerável e necessitado de proteção.

No caso da definição ampliada, quando da análise do caso individual, dá-se uma importância maior à análise da situação política e institucional do país e sua relação com a situação individual do solicitante, procurando avaliar até que ponto a vida e a liberdade do solicitante encontram-se ameaçadas pela "grave e generalizada" violação dos Direitos Humanos. Veja o caso de Serra Leoa, um minúsculo país africano, vivendo uma sanguinária e brutal guerra civil (nos últimos três anos gerou 350 mil refugiados), qualquer habitante de seu território corre o risco de ser atingido pela violência ali imperante. Quanto à definição clássica da Convenção de 1951, a análise do caso individual é focada, inicialmente, no histórico do indivíduo e, num segundo momento, na relação deste histórico com a situação do país.

A definição ampliada de refugiado surge, no continente americano, na Declaração de Cartagena, de 1984. Esta declaração é o resultado de um colóquio em Cartagena de Índias, na Colômbia, realizado como reação à crise de refugiados da América Central, ocorrida no início dos anos 80.

Na terceira conclusão da Declaração de Cartagena estabelece-se:

Terceira. "Reiterar que, em vista da experiência tida em função da afluência massiva de refugiados na área centroamericana, faz-se necessário

4. 1956 - A guerra pela independência da Argélia provocou a maior onda de refugiados na história moderna da África, ocasionando a fuga de dezenas de milhares de pessoas para a Tunísia e para o Marrocos. O ACNUR interveio em 1957 e, cinco anos mais tarde, ajudou a repatriar 260 mil argelinos.

1958 Um milhão de habitantes da Guiné tiveram de se exilar depois que o país se independentizou da França, mas logo as tensões se exacerbaram com as antigas leis coloniais.

1960 - O movimento anticolonial espalhou-se pelo centro e sul da África, provocando a difusão de movimentos populares por toda a região.

1962 - O ACNUR abre o seu primeiro escritório em Burundi, em resposta à crise regional.

1966 Um êxodo começa quando a colônia africana de Portugal, Moçambique, começa a pressionar para obter sua independência, atitude que logo seguiram outras colônias portuguesas: Angola e Guiné-Bissau.

1969 Ao multiplicar-se o número de refugiados no continente, a Organização para Unidade Africana aprova a Convenção reguladora dos problemas dos refugiados africanos.

encarar a extensão do conceito de refugiado, tendo-se em conta, no pertinente, e dentro das características da situação existente na região, o precedente da Convenção da OUA (art. 1º, § 2º) e a doutrina utilizada nos informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Desse modo, a definição ou conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é aquela que além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”

O Brasil, apesar de não ter assinado a Declaração de Cartagena, aplica a definição ampliada desde 1989, ano em que é levantada a cláusula da reserva geográfica.

A Lei n. 9.474/97 expressa a definição ampliada no seu art. 1º inciso III:

“Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A definição clássica e a definição ampliada estão conjugadas na lei brasileira, o que a transforma numa das leis mais avançadas e generosas do continente americano em relação à temática do Direito Internacional dos refugiados. Na América do Sul, a Argentina, apesar de não ter previsão legal da definição ampliada de refugiado, a aplica em sua prática de elegibilidade. Já o Equador, apesar da previsão legal, não a aplica.

Saliente-se que dos 107 casos decididos até o momento pelo Conare (Comitê Nacional para Refugiados), 81 foram de acordo com a definição ampliada, o que demonstra a total incorporação desta prática no Direito brasileiro.

Serra Leoa, ex-Iugoslávia, Angola. Seres humanos destes países encontraram refúgio no Brasil em 1999. Isto transforma o Brasil num espaço de distinção humanitária no continente americano.

Necessário compreender que os refugiados não estão aqui por gosto, mas por precisão.

No Brasil encontram proteção, abrigo. Aqui podem gozar de um dos Direitos Humanos fundamentais: a liberdade. Não a liberdade de, mas a liberdade para viver com dignidade.

O homem, a mulher e a criança (infelizmente, mulheres e crianças são a grande maioria dos refugiados) quando deixam, forçosamente, sua terra natal, trazem com eles um sentimento terrível: o ressentimento.

Todavia, este é um sentimento relacionado não com o país que lhe concedeu asilo, mas com sua história passada, vivenciada na sua terra natal.

Muitas vezes, o refugiado não consegue se livrar deste sentimento inicial. Outros o superam e passam a nutrir pelo país que lhes concedeu proteção um sentimento de gratidão. Esta gratidão produz frutos, enriquece o país acolhedor. Como o jornalista paquistanês (refugiado no Brasil) que está escrevendo um livro em "urdu" (sua língua natal) sobre o Brasil. Título do livro: *Obrigado*.

Creio que o Brasil tem uma desconhecida vocação para acolher aquele que precisa de proteção.

Somos um país de formação multicultural, temos uma natural tolerância em relação ao estrangeiro.

Existem hoje 900 mil estrangeiros no Brasil e 1,5 milhão de brasileiros no Exterior.

Temos hoje no Brasil 2,5 mil refugiados de mais de quarenta nacionalidades. O número ainda é pequeno...

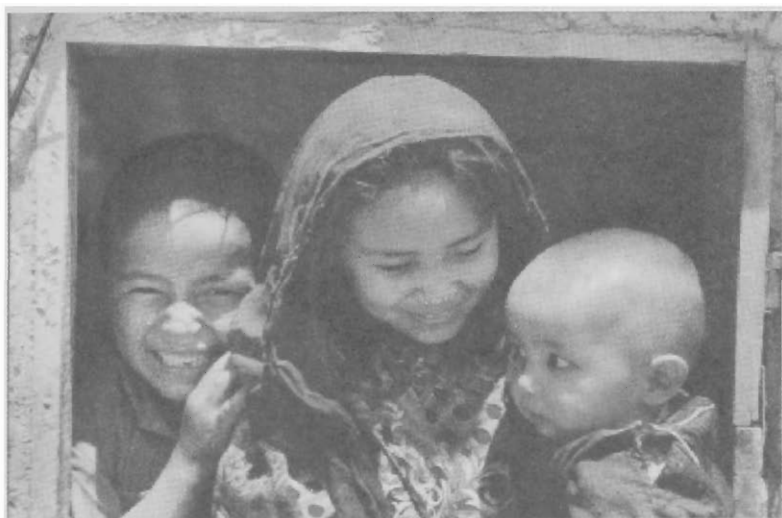
Essencialmente o "buscador de asilo" é um ser humano fugindo de uma violência, seja ela de que espécie for... Muitas vezes, apresenta-se só como pessoa humana, não é cidadão de nenhum Estado, não possui nenhuma espécie de documento. O país que lhe concede o estatuto de refugiado lhe dá uma primeira proteção. A proteção do Direito. Vinculando-o a uma nova ordem jurídica, resgatando sua cidadania perdida. Este é o primeiro passo na recuperação da dignidade humana.

O refúgio tem um "quê" de maternal, de feminino. Guarda, proteção, abrigo. Não um maternal castrador, mas protetivo na perspectiva da autonomia. Como algumas de nossas mulheres: Fernanda Montenegro, Virgínia Rodrigues, Ruth Cardoso, Nana Caymi, Nélide Piñon, Margarida Genevois... A lista é grande. Por que não nos abrimos para essa possibilidade? No mundo em processo de globalização, é preciso mostrar a nossa cara. De preferência, uma face humana e humanizadora. Isto é fundamental nesse novo equilíbrio de forças.

E afinal, não fui eu, mas o presidente Fernando Henrique, que, na data nacional comemorativa dos Direitos Humanos, criou a expressão: *globalização solidária*.

Oxalá, Brasil!

São Paulo, janeiro de 2000.



*Crianças de Kabul refugiadas no Afeganistão: o mundo se sensibiliza.
Foto: S. Salgado, in Helping Refugees.*

FILOSOFIA DO DIREITO

A JUSTIÇA CÓSMICA PLATÔNICA

Eduardo Carlos Bianca Bittar

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

Resumo:

Trata-se de investigar alguns aspectos pontuais da teoria platônica da Justiça, sobretudo aqueles ligados à cosmologia e à metafísica que perpassam o texto da *República*, em seu livro X, a partir do mito de Er (*República*, 525 a/ 621 d). Com este intuito é que se direcionam as pesquisas para a mística desta concepção acerca do justo e do injusto.

Abstract:

It is about a research of some prompt remarks of theory platonicienne of the justice, especially those attached to the cosmology and the metaphysics that cross the text of the *Republic* (*Republic*, 525 a/ 621 d), in his X book, from the myth of Er. It is with this intention that one directs research for the mystic of this conception on the just and the unjust.

Unitermos: Justiça; retribuição; bem comum; metafísica.

Sumário:

1. Delimitação das ambições de pesquisa; 2. A transcendência da Justiça; 3. O mito de Er; 4. A Justiça cósmica; Conclusões; Bibliografia

1. Delimitação das ambições de pesquisa

Quando se trata de investigar pontualmente a virtude da Justiça¹ na concepção teórica platônica, constata-se, desde o início, a imbricação do tema com

1. De pronto, deve-se dizer que a Justiça é uma virtude, e liga-se diretamente à virtude a idéia de conhecimento (só se erra por ignorância, no lema socrático), de modo que a virtude é algo ensinável. Mas, se todo conhecimento somente pode ser dito como tal se se detiver nas Essências, e não nas aparências, então, a Justiça que se ensina é acerca do que É e não do que parece ser; em meio ao dualismo (presente em Tales, Parmênides, Heráclito, Anaximenes, Anaximandro, Empédocles) mitológico e místico flagrante entre Bem (cuja causa é Deus e que existe como Idéia) e Mal (cuja causa é outra que não Deus e que inexistente como Idéia), a Justiça ensinável é algo que aponta para o Bem. Consulte-se a respeito destas impressões, Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 01-17 e 142-152.

pressupostos metafísicos.² Vislumbra-se que os entrelaçamentos temáticos são incontornáveis, pois, no estudo da questão, não se pode relegar a pergunta "o que é a Justiça?" ao derradeiro plano. Deve-se enfrentá-la, sem excusas, e, justamente por isto, esbarra-se na linha de uma fronteira que desloca o problema do simples tratamento da Justiça como uma questão humana, ética, política, jurídica... para radicá-la em solo metafísico.

Assim, discutir e enfrentar o problema da Justiça na teoria platônica pressupõe que se desloque a pesquisa no sentido da abordagem do fundamento último das práticas de poder, jurídicas e políticas. Em outras palavras, à procura de um fundamento para a Justiça, sua existência e sua natureza, neste retrocesso às causas últimas da dominação, da obediência... estão, na teoria platônica, pressupostos ligados à teoria do conhecimento, à teoria da alma, à teoria das Idéias, etc.³ Nesta especulação, portanto, não se poderá deixar de encaminhar a compreensão da Justiça como sendo parte Bem Absoluto, Idéia transcendente, eterna, imutável, não-sujeita à apreensão sensível e, portanto, não-sujeita à demonstração, nem mesmo por meio da dialética. A idéia do Bem que está a governar todo *kósmos noêtos* representa a grande prioridade do sistema de Idéias concebido por Platão.⁴ É neste intento, enfim, que se lançam as presentes considerações.

O empreendimento, que se resume na abordagem de apenas um aspecto das preocupações platônicas acerca da Justiça, não deve, em suas

2. O acompanhamento da semântica do termo *diké* (e seus correlatos *dikía*, *adikía*, *dikaiosýne*...), dentro do contexto cultural grego, permite dizer que, historicamente, houve uma gradativa dessacralização das questões ligadas à Justiça, que deixaram de estar tamanhamente dependentes da vontade dos deuses do Olimpo (Zeus, *Thémis*, *Diké* e outros deuses) para se fazerem questões humanas, e, portanto, serem tratadas dentro do diálogo sócio-humano como objeto de perquirições mais racionais e menos religiosas e/ou metafísicas. O processo de dessacralização (do séc. VIII ao séc. IV a. C.) dos significados de *diké*, de Homero a Aristóteles, coincide com a própria modificação cultural por que passou a sociedade grega (Bittar, A teoria aristotélica da Justiça, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 92, 1997, pp. 53-73). Mas, no meio deste processo, pode-se apontar Platão (sécs. IV-V a.C.) como uma exceção, pois reverte sua teoria no sentido da especulação metafísica, na tentativa de enfrentar o relativismo sofístico, incumbindo-a da tarefa de identificar a essência da Justiça, na seqüência das contribuições místicas órfico-pitagóricas.

3. De fato: "A ligação íntima entre as doutrinas platônicas da alma e da Justiça é óbvia, não apenas no fato de ele sempre apresentar uma em conjunção com a outra, especialmente na sua obra principal sobre a doutrina da alma, no *Fédon*, mas igualmente nas modificações pelas quais passa a doutrina da alma" (Kelsen, *O que é Justiça?*, 1998, p. 99).

4. "Donde mejor se ve cómo concebía él esta solución es en la *República*, pues toda la estructura de esta obra descansa sobre el criterio de que la idea del bien, el principio primario de todos los valores, ocupa un lugar predominante en el centro del cosmos" (Jaeger, *Paidéia*, 1949, III, p. 288).

pretensões, deixar de relacionar minimamente dados importantes e conceitos-chave que participem do interesse temático, assim como não deve deixar de recolher informações relevantes que estejam em conexão com o objetivo temático. Deste modo, com pretensões delimitadas, não se visa a traçar um panorama acerca do imenso problema da Justiça em Platão, mas, sim, fazer com que a questão pontual (Justiça cósmica), eleita como objeto desta investigação, seja atravessada por considerações que introduzem carências demonstrativas durante a abordagem do tema.⁵

É certo que, ao se mencionar a intenção de uma investigação sobre a Justiça em Platão, está-se a cercar uma temática tão-vasta quanto as próprias latitudes da obra do filósofo da Academia. Isto porque a preocupação com a Justiça aparece desde as obras de juventude até as de maturidade, perpassando, com relevantes flutuações e variações semânticas de uma obra a outra, todo o conjunto dos escritos exotéricos (*exoterikoi lógoi*) platônicos. Então, temáticas como o Estado Ideal, o governo do rei-filósofo (*philosophos*), a constituição (*politeía*), a melhor forma de se dar leis (*nómos*) aos homens, as classes sociais do Estado e as partes da alma (*psychê*), a função do legislador (*nomotétes*) para o Estado, o papel da equidade (*epiékheia*) ao lado da lei (*nómos*), as penas e a justificação de sua utilização pelo Estado, a Justiça como virtude (*aretê*), a Justiça como proporção (*analogía*), entre outras, seriam necessariamente trazidas para o seio da investigação, tornando-a complexa demais para que se tornasse viável.

Porém, não se trata de relegar estas temáticas, simplesmente desconsiderando-as. Trata-se, ao invés, de se abordar uma tópica (Justiça cósmica platônica), e de se apresentarem alguns comentários acerca da mesma, que absorve os demais debates laterais (Justiça e equidade, Justiça e democracia, Justiça no Estado...); o que se quer é ver a Justiça discutida sob o seu aspecto metafísico, que, na teoria platônica, significa o mesmo que a discussão acerca de essências (do que

5. As flutuações de significado do termo *dike* na história grega, literária e filosófica, são inúmeras. Mesclada às noções hierárquico-sociais à época de Homero, sedimentada como reclamo social na obra de Hesíodo, desenvolvida em várias de suas facetas nas mãos dos dramaturgos do séc. V a.C., enxertada na relatividade do discurso dos sofistas, a semântica histórica do termo *diké* trai qualquer tentativa de uniformização do conceito pesquisado (Cfr. Peters, *Termos filosóficos gregos: um léxico histórico*, 1983, pp. 53-55, verbete *dike*). Mesmo na obra de um determinado filósofo, como Platão, o termo sofre inúmeras variações, dos diálogos de juventude aos de maturidade (comparar *Apologia de Sócrates*, *Íon*, *Eutífron*, *Hípias Maior*, *Laques*, *Cármides*, onde a Justiça é tratada lateralmente, com *Protágoras*, *Górgias*, *República*, *Político*, *Leis*, onde a Justiça é tratada frontalmente). Por isso a investigação despretenhiosa deve se situar em aspectos pontuais e categóricos do problema, não devendo se alargar para toda a dimensão da obra do filósofo.

é), e não das aparências (do que pode ser, como pode não-ser).⁶ Assim, tragadas no essencialismo transcendente platônico, as demais temáticas que não são abordadas frontalmente, deslocam-se como aspectos indiretos da realização da Justiça na sociedade, numa determinada constituição (*politeía*), em sua materialidade funcional, o que só pode significar o cumprimento e a realização das regras metafísicas que governam o *kósmos*.

2. A transcendência da Justiça

A transcendência da Justiça não se deve ao fato de ser esta uma questão desinteressante aos homens. Pelo contrário, a sociedade carece de Justiça, o homem carece de Justiça; esbarra-se, inevitavelmente, quando da constituição de um Estado, na questão da Justiça. Mais que isto, toda organização política realiza justas ou injustas. A Justiça perpassa os ambientes humanos, as organizações, os agrupamentos, e confere sentido à organização constitucional de todo Estado; é-lhe mesmo espinha dorsal, senão sua própria *ratio essendi*. Assim é que se pode dizer que se trata de uma questão sobre a qual se depositam muitos interesses humanos, sociais e éticos, e Platão não nega isto em sua teoria.

Afirmar que toda Justiça residiria em solo transcendente seria o mesmo que negar a possibilidade de existência de uma Justiça palpável. Assim, entre o Justo Absoluto, inalcançável de imediato, e somente contemplável como Idéia, e o Injusto Absoluto, máxima manifestação da injustiça, existe uma outra categoria, a do justo empírico, humano, realizável.⁷

O que ocorre verdadeiramente é que o debate acerca do justo e do injusto platônicos, ao se abrir para pressupostos metafísicos, não se exaure nos estreitos limites dos acontecimentos humanos. As dificuldades humanas em definir o termo "justiça" em apresentar racionalmente os limites de sua prática social, em circunscrever seus traços de modo claro na legislação, entre outras, são exatamente os motivos que justificam a necessidade de superação do relativismo conceitual (Justiça como dado entre dados), assim como da contingência da Justiça legislada,

6. Essência e aparência parece ser o eixo binário que movimenta a argumentação platônica. A este respeito, o mito da caverna (*República*), com sua simbologia, é esclarecedor. Consulte-se o estudo aprofundado de Findlay, *La transcendencia de la caverna*, 1969.

7. Cf. Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 40-61.

no sentido de buscar-se o absolutismo conceitual (Justiça como imanência), assim como a permanência da Justiça como valor perene.

Nada disto, segundo Platão, pode ser conseguido sem a contemplação do que é definido como Real. E o ponto de partida para a constituição dos meandros desta discussão, acerca da Realidade e da Verdade, que aliás perpassa inúmeros diálogos platônicos, será o "mito de Er" apresentado, em meio a uma exposição de Sócrates a Glauco sobre arte e técnica, no final do livro X do diálogo *República* (525 a/ 621 d) de Platão.⁸

3. O mito de Er

A narrativa do mito, portanto, é um impositivo no *excursus* desta investigação. Neste sentido é que se dedica este espaço à apresentação do mito, que se refere à figura de Er, guerreiro originário da Panfília (Ásia Menor), que, morto em uma batalha, teve seu corpo posteriormente encontrado dentre outros cadáveres de guerreiros, mas na espantosa condição de cadáver são e íntegro. Uma vez encontrado, reconduzido à sua pátria e velado por doze dias (*dwdekataiōs*) (*Rep.*, 614 a), no último destes doze dias, recobrou a vida e contou aos circunstantes o que havia visto no Hades.

A partir de então advém seu relato pessoal, tudo narrado por Sócrates, baseado nas tradições populares a respeito, de como seria a vida no Além, contando que, ao deixar o corpo, sua alma foi para um lugar maravilhoso, uma grande pradaria, onde se aglomeravam inúmeras almas, e onde se avistavam quatro buracos, dois no solo e dois no céu. Os juízes, que ali se encontravam, avistavam os justos, e a estes recomendavam de seguir à direita e para o céu, por uma das aberturas (*toùs mèn dikaíous keleúein poreúesthai ten eis dexían te kai ánw dià toû ouranoû*) (*Rep.*, 614 c), e avistavam, da mesma forma, os injustos, e a estes recomendavam de seguir à esquerda e para baixo, por uma das aberturas (*toùs dè adikous tèn eis aristerán te kai kátw*) (*Rep.*, 614 c). Estes mesmos juízes, que selecionavam os justos dos

8. O fato de se abordar um mito não torna a pesquisa parte de uma panacéia figurativa; o mito é tão-significativo como método, em Platão, como o diálogo e a discussão dialética. De fato: "Por vezes, abandona a discussão dialética e exprime idéias de acesso difícil por meio do mito. Este encontrava-se na tradição, servia para embelezar a exposição e repousar o espírito com sua beleza poética, exprimindo o provável ou o possível, mas não o absolutamente certo. Pensa-se que só se empregava nas obras destinadas ao público, e não ao ensino" (Pereira, *Estudos de história da cultura clássica*, 7a. edição, 1 Volume, 1993, p. 478).

injustos, recomendaram a Er que não tomasse nenhuma das direções, mas que retornasse ao mundo e servisse de testemunha aos homens do que havia visto ali.

De uma das aberturas da terra, conta Er ter visto surgir almas sujas e empoeiradas, que contavam sofrimentos e dores, e, pelo contrário, de uma das aberturas do céu, almas puras, que contavam das maravilhas que haviam visto (*tàs d'au ek toû ouranoû eupatheías diegeîsthai kai théas amechánous tò kállos*) (*Rep.*, 615 a), todas vindas de uma longa viagem. Sócrates, em sua narrativa do relato de Er sobre o supraterrâneo, insiste em contar apenas o essencial a Gláuco, atribuindo ainda a Er outras informações acerca da vida no Além. Assim, as almas injustas pagavam, para cada injustiça cometida, dez vezes mais (*dekákis*); a duração de cada punição é de cem anos (vida humana); para cada boa ação, na mesma medida, a recompensa é decuplicada. A narrativa de Er sobre o sistema de punições e recompensas se baseia no testemunho de almas que, além de terem visto coisas feias e padecido coisas ruins, presenciaram grandes criminosos (parricidas, tiranos...) serem impedidos de deixar as entranhas da terra ao tentarem delas sair.

Logo em seguida a uma permanência de sete dias nesta pradaria, onde estes fatos narrados foram presenciados por Er, as almas dela se deslocaram por quatro dias, caminhando em direção a uma coluna luminosa, que se vertia em direção ao céu. Ali se avistavam *Lachésis* (passado), *Clotho* (presente) e *Atropos* (futuro), filhas da Necessidade, responsáveis pelo movimento dos arcos celestes. Apresentando-se, relata Er, diante de *Lachésis*, cada alma recebia sua sorte no porvir, e isto tendo-se em vista o reencontro próximo com um corpo carnal (*archè álles períodou thnetoû génous thanatephórou*) (*Rep.*, 617 d), mas tudo não por intervenção e responsabilidade da divindade, mas sim por sua própria liberdade de escolha (*aitía eloménu; Theòs anaitios*) (*Rep.*, 617 e; *Timeu*, 42 d); escolhendo os modelos de vida (*tà tw n bíwn paradeígmata*) (*Rep.*, 618 a), as almas o faziam com base em experiências e hábitos de vidas anteriores (*katà synétheian gàr toû protérou bíou tà pollà aireísthai*) (*Rep.*, 620 a), selecionando o que melhor lhes conviria num futuro próximo.

Neste sentido, tendo em vista a liberdade de escolha de cada alma, podiam ser escolhidas vidas animais ou humanas (*zwwn te gàr pántwn bíous kai è kai toùs anthrwpinous ápantas*) (*Rep.*, 618 a); após a escolha, cada alma recebia seu demônio, que lhes encaminharia nas dificuldades da vida (*ekeínen d'ekástw òn eíleto daímona*) (*Rep.*, 620 d). Isto feito, o demônio de cada alma se encarregava de conduzir a sua pupila diante de *Clotho* e, em seguida, de *Atropos*, tornando

irrevogável o destino por ela escolhido livremente, dentro de seu cabedal de responsabilidades e experiências anteriores.

Em seguida, todas as almas se apresentavam diante do trono da Necessidade, para, posteriormente, passarem pela grande planície do Léthes, onde, pela noite, beberiam da água do rio Amelete, responsável pelo esquecimento do que viram e vivenciaram. Feito este ritual, em meio à noite, após fortes estrondos e relâmpagos luminosos, cada alma é conduzida ao local onde renascerá. Er, por sua vez, não tendo bebido da água do rio Amelete (cuja água é responsável pelo esquecimento das vivências anteriores), e tendo recebido a orientação de retornar ao mundo para contar sua experiência no Além, recobrou sua consciência, tomando novamente posse de seu corpo que foi retirado de campo em meio aos andrajos de guerra, pôde, liberto do adormecimento que acomete todas as almas, trazer seus relatos sobre o que seria a responsabilidade de cada qual pelos seus atos e pelo próprio destino.

Conhecendo isto, afirma e garante Sócrates a Gláuco, pode-se ser feliz, bem como agradar os deuses, nesta terra e de imediato, e no Além, no descrito caminho de mil anos que se tem impreterivelmente de enfrentar (*kai en tē chiliétei poreía, èn dielelythamen, eû práttwmen*) (*Rep.*, 621 d).

4. A Justiça cósmica

Por meio deste mito, e deve-se grifar o fato de o mito representar para o discurso socrático-platônico um *modus procedendi* de debate de uma questão, Sócrates procura ilustrar a vivência da alma que é pouco palpável e a respeito da qual pouco se conhece: a vivência *post mortem*. O encerramento do texto da *República* com o mito parece transferir a carga e o peso da interpretação do mito ao leitor, isto porque, acredite ou não em sua realização, o leitor se vê impressionado por suas dimensões. Os ecos do mito, e as recomendações de Sócrates no sentido de que Gláuco se empenhe em ter sempre presente esta imagem em sua mente, ribombam no vazio do término de um dos mais marcantes textos platônicos.

E o que é importante reter são os reflexos destas considerações sobre a teoria platônica da Justiça. Da calibração entre o que é humano e o que é divino, Platão extrai suas considerações sobre o justo e o injusto. A admissão de uma Realidade (divina) para além da realidade (humana), importa, também, na admissão de que existe uma Justiça (divina) para além daquela conhecida e praticada pelos

homens. O que é inteligível, perfeito, absoluto e imutável, pode ser contemplado, e é do resultado desta atividade contemplativa que se devem extrair os princípios ideais para o governo da *politeia*, tarefa delegada ao filósofo.⁹

Platão está consciente, ao elaborar sua doutrina, do fato de que a Justiça (divina) é inalcançável, e, portanto, irrealizável como *práxis* social. A Justiça é inalcançável porque se trata de algo inefável. A Justiça Absoluta é um segredo divino,¹⁰ sendo, portanto, inexprimível do ponto de vista teórico.¹¹ Bem ao contrário do que ocorre na proposta de Aristóteles, que concede tratamento rigoroso, semântico e detalhado a cada espécie e subespécie nominada de Justiça (*dikaion nómimon, dikaion phýsikon...*),¹² nos diálogos de Platão dedicados à questão da Justiça, que não são poucos (comparar *Apologia de Sócrates, Íon, Eutífron, Hípias Maior, Laques, Cármides*, onde a Justiça é tratada lateralmente, com *Protágoras, Górgias, República, Político, Leis*, onde a Justiça é tratada frontalmente), queda a questão sem possibilidade de receber tratamento conceitual mais sólido ou uniforme.

Mas, mesmo estando a Idéia da Justiça distante dos olhos do comum dos homens, sua presença se faz sentir desde o momento presente na vida de cada indivíduo. Existe, para além da ineficaz e relativa Justiça humana (a mesma que condenou Sócrates à morte!), uma Justiça, infalível e absoluta, que governa o *kósmos*, e da qual não se pode furtar qualquer infrator. A Justiça não pode ser tratada unicamente do ponto de vista humano, terreno e transitório; a Justiça é questão metafísica, e possui raízes no Hades (além-vida), onde a doutrina da paga (pena pelo mal; recompensa pelo bem) vige como forma de Justiça Universal.

A cosmovisão platônica, que segue rigorosamente passos pitagóricos, permite a abertura da questão da Justiça a caminhos mais largos que aqueles tradicionalmente trilhados no sentido de se determinar seu conceito. O que a proposta platônica contém é uma redução dos efeitos racionais da investigação, e

9. Onde o filósofo platônico governa não são necessárias leis, pois sua vontade é a vontade do Estado; as leis somente aparecem como um paliativo, como uma alternativa viável para a falta de um verdadeiro homem sábio. Neste caso, as leis não devem e não podem ser desobedecidas em hipótese alguma, como se afirma no *Político*, 300 (Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 498-503).

10. Cf. Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 497-498.

11. Cf. *id. ibid.*, pp. 488-489.

12. Vide, a este respeito, Bittar, A teoria aristotélica da Justiça, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 92, São Paulo, 1997, pp. 53-73. Ademais, consulte-se o texto de Ferraz Júnior, *La noción aristotélica de justicia*, in *Atlántica*, Madrid, 1969, março-abril, III, pp. 166-194.

uma maximização dos aspectos metafísicos do tema.¹³ Neste sentido, toda alma que perpassa a sombra e a incógnita da morte, encontrará seu julgamento, que será feito de acordo com os impecáveis mandamentos da Justiça. A doutrina da paga no Além dos males causados a outrem, deuses e homens, possui caráter essencialmente órfico-pitagórico,¹⁴ e é o cerne da Justiça cósmica platônica.

Desta forma, combatendo o relativismo conceitual proposto pelos sofistas, encontra Platão a raiz do problema da Justiça não no *hic et nunc* das práticas jurídicas e políticas humanas. Em verdade, o que faz Platão, ao teorizar sobre a matéria, é integrar as responsabilidades humanas a um movimento valorativo mais amplo que aquele que preside a organização sócio-humana. A conduta e seu regramento possuem raízes no Além (Hades), de modo que o sucesso terreno (maioria dos tiranos, homens públicos, juízes...) e o insucesso terreno (Sócrates...) não podem representar critérios de mensurabilidade do caráter de um homem (se justo ou se injusto). No reino das aparências (mundo terreno, sensível), o que parece ser justo, em verdade, não o é, e o que parece ser injusto, em verdade, não o é. A inversão ético-valorativa operada por Platão¹⁵ faz com que todo o equilíbrio das relações humanas se baseie não em critérios palpáveis, acessíveis aos sentidos, passíveis de serem discutidos pela opinião (*dóxa*);¹⁶ o que há é que se cria uma expectativa de Justiça, somente realizável no Além, apesar de, por vezes, imediatizar-se na vida terrena.

Mais que tudo, nesta seqüência do raciocínio platônico, a Justiça como retribuição (paga pelos males causados a homens e a deuses) no Além é a doutrina

13. Assim, o que ocorre é que a noção de Justiça se funcionaliza, de modo a que seja feita parte de uma ordem de coisas muito maior; sua importância como máximo valor humano diminui à medida em que a investigação evolui em seus aspectos metafísicos e transcendentais. De fato, a Justiça participa do Bem, Idéia Maior que tudo ordena, e para o que tudo teleologicamente se direciona, ou seja, da Idéia que congrega todas as demais virtudes (Amizade, Coragem, Amor...). A própria paga no Além é somente meio para a realização do Bem Supremo, como se pode inferir do texto da *República*. A respeito, consulte-se Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 447-448.

14. Consulte-se, a respeito do misticismo platônico, Cornford, *Mysticism and science in the pythagorean tradition*, in *The pre-socratics: a collection of critical essays*, 1974, pp. 135-160.

15. "Platão não dá grandes garantias acerca do destino dos justos nesta vida – embora ele tenha a certeza de que os deuses os não-esquecerão (*Rep.* 613a-b; comparar *Leis X*, 899c-900b) –. mas é na vida futura que a Justiça recebe a sua recompensa suprema, tal como é descrito em termos ardentes no "Mito de Er" in *República X*" (Peters, *Termos filosóficos gregos*, 1983, p. 55, verbete *diké*).

16. O que é justo não pode ser objeto de *dóxa*, mas somente de *epistémé*, e esta não é senão o conhecimento por meio da dialética; a própria massa dos homens não está em acordo quanto ao que seja a Justiça. Vide, neste sentido, Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, p. 279.

da pedagogia do agora, pois atemoriza pela possibilidade da sanção. Seja no *Górgias*, seja nas *Leis*, seja na *República*, a retribuição aparece como a forma providencial de Justiça cósmica. Nas *Leis*, sobretudo, a ordem do mundo é dada pela Justiça retributiva (*Leis*, 903).¹⁷ Esta é infalível.¹⁸ O melhor à alma que se separa do corpo é nada dever a ninguém, pois aquele que algo dever, ainda que se esconda (*Leis*, 905), sob a Justiça encaminhada pela Providência Divina haverá de sucumbir. De fato, a retribuição é o modo de Justiça metafísica (*República*, 613), que ocorre desde o aqui e também no Além. A Justiça agrada a Deus,¹⁹ sendo que a injustiça o desagrada; mais que isto, a Justiça é causa de bem para aquele que a pratica, e causa de mal para aquele que a transgride.²⁰

Sobretudo o mito final da *República* (mito de Er) ilustra a doutrina da paga no Além, motivo pelo qual sua narração aparece como um imperativo na construção desta investigação. De acordo com o mito narrado por Sócrates a Gláuco, as almas despidas de quaisquer ornamentos, qualificações, títulos, referências, provas de grandeza... apresentam-se a um tribunal (divino), cuja função é julgar acerca do destino de cada qual no Além, de modo a que umas justas passem à direita de Deus (gozos), outras injustas passem à esquerda e para baixo de Deus (penas);²¹ as almas cumprem seus ciclos num longo período de provas, durante o qual permanecem indo e vindo entre duas realidades.

Toda alma que retorna de seu ciclo tem o direito de escolher, diante de três moiras, a sorte que deseja cursar, dentro de um vasto leque de opções, podendo optar por profissões e posições sociais as mais variadas, levando-se em conta as aptidões que já possui e que já adquiriu em vivências passadas; logo em seguida submete-se a alma a beber a água do rio Ameles para o esquecimento do que viu e

17. "Enquanto identifica justiça com retribuição, Platão não apenas assume a doutrina órfico-pitagórica, mas acita uma visão do povo grego que vem da Antiguidade" (Kelsen, *O que é Justiça?*, 1998, p. 99).

18. Cf. Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 325-327.

19. Cf. *id. ibid.*, p. 279.

20. O castigo corrige, emenda, ensina; é a única forma de correção do incorreto; também a intimidação metafísica (temeridade pelo futuro no Hades) é aliada da correção e educação das almas. Vide a este respeito, as considerações acerca da pedagogia penal de Platão no texto *A Ilusão da Justiça*, de H. Kelsen, 1995, pp. 305-310.

21. Está-se a utilizar da palavra Deus (*Théos*), no contexto dos estudos da *República*, mas, há que se ressaltar que a presença de Deus é muito mais sensível nas obras posteriores à *República*. Nestas Platão parece assumir todas as conseqüências diretas e indiretas do uso do termo Deus, como princípio e causa do existente, em sua reflexão. Esta é a opinião de Jaeger, *Op. cit.*, p. 289.

posterior renascimento.²² O próprio renascimento, momento de união do corpo com a alma, sendo que esta está presa como a um cárcere àquele, significa a Justiça em funcionamento, mecanismo que responsabiliza cada alma por sua conduta aqui e no Além.²³

A conclusão não é outra senão a de que não se pode ser justo ou injusto somente para esta vida, pois se a alma preexiste ao corpo, é porque também subsiste à vida carnal, de modo que ao justo caberá o melhor e ao injusto o pior. Aqui residem esporos da doutrina órfico-pitagórica e de um dualismo escatológico. Ao justo, a Ilha dos bem-aventurados, ao injusto, o Tártaro (*Górgias*, 447).²⁴ Neste sentido, o mecanismo é implacável, pois toda alma comparecerá diante de um tribunal, que sentenciará os acertos e os erros, determinando o fim de cada qual no Além.²⁵

Mas, neste quadrante de reflexões, ainda se encontra espaço para as considerações acerca da Justiça que é praticada entre os homens. Não-só a Justiça (Divina) está presente entre os homens, como também a Justiça (humana), uma vez que esta nada mais é que cópia da Justiça (Divina); instável e imperfeita, só pode ser algo que deriva do conhecimento instável e imperfeito que o homem possui da Verdade, da Realidade, do que É, de acordo com a teoria metafísica do conhecimento exposta no *Mênon* e no *Fedro*.²⁶ A existência da Justiça (Divina) não desmerece a existência da Justiça (humana). Pelo contrário, aquela é fundamento para a obediência desta; a ordem estatuída por uma constituição (*politeía*) deve ser seguida como preceito de valor divino, e isto pois seu fundamento reside na transcendência da própria Justiça Absoluta; esta obediência, mesmo às leis iníquas, deve ser irrestrita (*Críton*, 50), pois também Sócrates submeteu-se à sentença

22. Daí a idéia fundamental da doutrina platônica de que a concepção de Justiça é inata ao homem quando de seu nascimento, pois conheceu o que é o justo e o injusto no Além, disto tendo se esquecido transitoriamente, cabendo ao filósofo, por maiêutica, trazer à tona este conhecimento previamente adquirido, reavivando apenas o que já se conhece por experiências anteriores.

23. Cf. Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 315-323.

24. Esta mesma reflexão reaparece no começo e no fim da *República*.

25. Cf. Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 300-304.

26. Cf. *id. ibid.*, pp. 203-218.

condenatória que injustamente lhe fora imposta (*Apologia de Sócrates*).²⁷ Assim, as leis positivas vêm justificadas metafisicamente, e a legitimidade da organização criada por elas deriva desta ordem sobrenatural.²⁸ As leis transitórias que se inspiram nas regras da Justiça não de ser obedecidas sob qualquer condição.

A ordem política platônica se estrutura como uma necessidade para a realização da Justiça, um imperativo para o convívio social,²⁹ onde governados obedecem e governantes ordenam.³⁰ E, nesta ordem, onde uns obedecem e outros ordenam, deve haver uma cooperação entre as partes para que se realize a Justiça. A alma tripartite, cuja estrutura é dada pelo *Fédon*, é feita paradigma funcional para a explicação da estrutura do próprio Estado (*Rep.*, 368 e ss.), onde a razão deve imperar sobre a paixão, sob pena de o cocheiro não-conseguir corrigir o curso da alma desgarrada pelos instintos, como narrado no *Fedro*, 246. A divisão do trabalho é a regra de Justiça no Estado Ideal; três classes dividem-se em três atividades (política; defesa; economia), não podendo haver interferência de uma classe na atividade da outra (*Rep.*, 592); a interferência representa a injustiça.³¹ Isto, pois, cada classe corresponde a uma parte da alma, e a alma racional, aliada à epitimética, deve governar. Neste sentido, a Justiça na cidade é ordem; a desordem é sinônimo de injustiça.³² A Justiça é a saúde do corpo social, pois onde cada um cumpre o que lhe é dado fazer, o todo se beneficia desta complementaridade.

O Estado Ideal platônico descrito sistematicamente na *República* é apenas meio para a realização da Justiça.³³ Mas, de fato, este Estado não-existe na

27. Na teoria aristotélica da Justiça, o respeito à máxima Justiça, ou seja, à Justiça que regula a vida da comunidade (*dikaion nomimón*), chamada justiça total, é o respeito à própria comunidade. O desrespeito aos seus comandos só pode representar o desrespeito à ordem estatuída para o controle das condutas humanas.

28. Cf. Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 504-519.

29. Para que se perceba de mais perto as nuances que estão a governar o cosmo, a cidade e o homem, leia-se, obrigatoriamente, Rachel Gazolla de Andrade, *Platão: o cosmo, o homem e a cidade*, 1994, onde se encontrará excelente análise da teoria platônica.

30. Cf. Kelsen, *A ilusão da justiça*, 1995, pp. 238-241.

31. Cf. *id. ibid.*, p. 462.

32. "La Justicia, en efecto, la justicia en la ciudad, consiste simplemente en que cada una de las clases sociales que hemos dicho, o más concretamente los hombres a ellas pertenecientes, hagan lo que les corresponde: los guardianes, que gobiernen; los soldados, que combatan y los de la clase económicamente productiva, que produzcan" (Robledo, *Platón: los seis grandes temas de su filosofía*, 1993, p. 559).

33. Cf. Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 453-457.

Terra, e sim no Além, como modelo a se inspirar (*Rep.*, 592). Neste Estado, a Constituição (*politeía*) é apenas instrumento da Justiça, pois estabelece uma ordem jurídica. De qualquer forma, para Platão, o Estado Ideal deve ser liderado não por muitos (democracia), uma vez que a multidão não-sabe governar,³⁴ mas por um único (teocracia), o filósofo, o sábio, pois este contemplou a Verdade, e está apto a realizá-la socialmente. Aqui, poder e filosofia (platônica) se aliam.

Nas *Leis*,³⁵ diferentemente do que ocorre no movimento textual da *República*, o Estado aparece como uma realidade concreta, de modo que a tendência final do escrito, organizado por Filipe de Opunto, é a *paidéia*. Na *República*, o Estado, na verdade, é assumido apenas paradigmaticamente; a possibilidade de sua ocorrência é reduzida.³⁶ Do supramodelo paradigmático do Estado irrealizável para o Estado palpável, há um acréscimo de concretude considerável na teoria política platônica.

Conclusões

Antes de distanciar o metafísico do físico, Platão cuida de reafirmar a unidade teológica como causa daquilo que está submetido à corrupção e daquilo que não-está. Desta forma, é claro que a própria legislação, as práticas políticas, as formas, os regimes de Estado... encontram fundamento último na própria ordenação cósmica. Aquilo que é transcendente tudo perpassa, de modo que a metafísica desta concepção soma à noção de Justiça humana uma outra, a da Justiça Divina, que a tudo preside, que a tudo governa, uma vez que Deus é a medida de todas as coisas (*o de theos emin pántwn chremátwn métron àn eíe málista*).

Em *Leis*, 645 b, Deus figura como legislador e inspirador da legislação humana.³⁷ A própria questão que abre o debate do diálogo não é outra senão se Deus é ou-não legislador (624 a).³⁸ De fato, consta que, e nas *Leis* (715 e)

34. Cf. *id. ibid.*, p. 458.

35. Há que se concordar com aqueles que sustentam como argumento em favor da autenticidade das *Leis* o fato de este diálogo não-anular o Estado Ideal da *República*, e sim se adicionar àquela proposta feita com pinceladas mais idealistas (Robledo, *Platón: los seis grandes temas de su filosofía*, 1993, p. 589).

36. Cf. Jaeger, *Paidéia*, 1949, III, pp. 273-276.

37. pol in w de h para qewn tinoj h par anqrwpou tou gnontoj tauta l ogon parabousan.

38. A resposta do cretense é afirmativa, no sentido de que Zeus é responsável pela legislação (Qeoj, xene, Qeoj, wj ge to dikaiotaton ei pein).

isto é expresso, que Deus é o princípio, o meio e o fim de todas as coisas (*o mèn dè theós, wspan kai o palaiòs lógos, archén te kai teleutèn kai méssa tw n óntwn apántwn échwn*), ou, ainda nas *Leis* (716 c), que Deus é a medida de todas as coisas (*o dè theós emin pántwn chremátwn métron àn eie málista*), diferentemente do que acreditavam os sofistas, com destaque para Protágoras, para quem o homem era o princípio de todas as coisas, das que são porque são e das que não-são porque não-são.³⁹ Em poucas palavras, sobretudo nas obras de velhice, Deus aparece, na expressão de Jaeger, como o "pedagogo universal"⁴⁰

A doutrina platônica, não-obstante as diferenças pontuais que distanciam partes da obra, que dilaceram a busca de unidade do pensador, que dificultam o conhecimento de conjunto do filósofo e de suas preocupações, aparece como um pensamento coerente na medida em que dentro dela a *ratio essendi* do Estado não é outra senão a *paidéia*; onde Deus governa como pedagogo, e tudo se direciona teleologicamente para o Bem Absoluto, é certo que a educação tem de ser o fim das estruturas humanas e políticas. Assim, ao Estado é delegada esta função primordial de ensinar almas, e em sua atuação, em sua existência, em seu proceder estão presentes poderes para isto (seja para corrigir, seja para punir, seja para fazer expiar, seja para melhorar...); educação e Estado⁴¹ andam entrelaçados.⁴² Assim, também, a ética e a moral estão na base do justo e do injusto, assim como da própria política.

39. De fato: "Así concebido, el concepto de Dios se convierte en centro y fuente de toda legislación y ésta en su expresión directa y su realización terrenal. Dios se revela y actúa en el cosmos del Estado, como en el de la naturaleza" (Jaeger, *Paidéia*, 1949, III, p. 313).

40. Cf. Jaeger, *Paidéia*, 1949, III, pp. 314-315.

41. A solução medianeira dada por Aristóteles ao problema da educação é diferente daquela proposta por Platão nas *Leis*. A educação deve ser pública e privada, para Aristóteles (*Política; Ethica Nicomachea*); não-só pública, pois, a adesão voluntária à atitude ética depende do *animus* do agente, de maneira que apesar de uma legislação perfeita induzir à formação de homens perfeitos, isto praticamente jamais ocorrerá sem que os cidadãos se sintam voluntariamente compelidos ao dever. *Ethos* é resultante da inculcação da virtude na reiteração de ações do homem, pelo próprio homem, e não pela legislação ou a partir da legislação. O hábito virtuoso provém desde a mais tenra idade e deve estar acompanhado de *theoria* e *práxis*. Basta, pois, no tocante a estas questões, o que ficou dito. A respeito do problema da educação predominantemente pública em Platão, comenta-se: "En realidad, la creación de un sistema completo de educación elemental, considerado como la *paidéia* del pueblo y como base de la alta educación de que se había ocupado en sus obras anteriores, constituye una de las más audaces innovaciones de Platón, digna de este gran genio educativo" (Jaeger, *Paidéia*, III, 1949, p. 318).

42. E na base desta relação estaria o *éros* na movimentação do todo. A este respeito, vide Kelsen, *A Ilusão da Justiça*, 1995, pp. 245-266.

Bibliografia

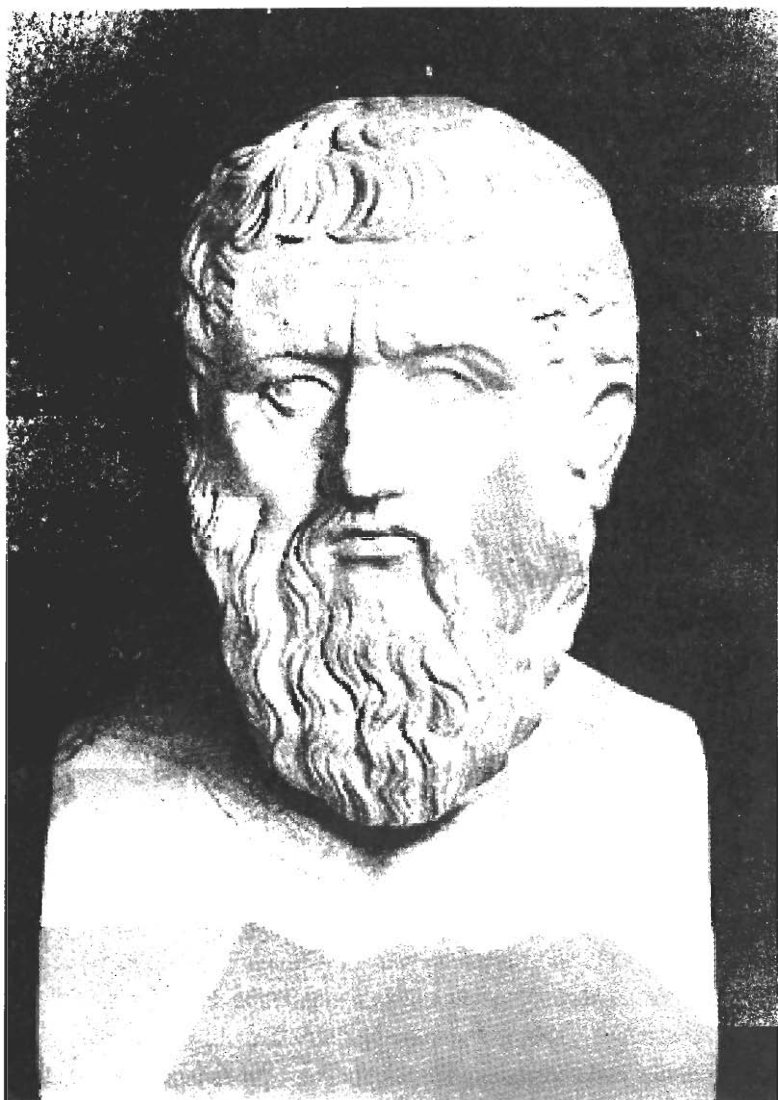
- ANDRADE, Rachel Gazolla de. *Platão: o cosmo, o homem e a cidade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, A teoria aristotélica da Justiça, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 92, São Paulo, 1997, pp. 53-73.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A Justiça em Aristóteles*. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
- CORNFORD, F.M. *Mysticism and science in the pythagorean tradition*, in *The pre-socratics: a collection of critical essays*, Anchor Press/ Doubleday, Garden City, Nova York, 1974, pp. 135-160.
- FERRARI, G. R.F. *Moral fecundity: a discussion of A. W. Price, Love and friendship in Plato and Aristotle*, in *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, v. IX, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 169-184.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *La noción aristotélica de Justicia*, in *Atlântica*, Madrid, 1969, março-abril, III, pp. 166-194.
- FINDLAY, J. N. *La transcendencia de la caverna*. Versión española de Jesús Díaz. Madrid: Gredos, 1969.
- GUTHRIE, W. K. C. *Los filósofos griegos: de Tales a Aristóteles*. 4ª edição. Trad. de Florentino M. Torner. México: Fondo de Cultura Económica, 1967.
- JAEGER, Werner. *Paidéia: los ideales de la cultura griega*, III. Versión española de Wenceslao Roces. México, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949.
- KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. de Sérgio Tellaroli. Martins Fontes: São Paulo, 1995.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça?: a Justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MAGALHÃES-VILHENA, Vasco de. *O problema de Sócrates: O Sócrates histórico e o Sócrates de Platão*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de história da cultura clássica*. 7ª edição. I volume (Cultura Grega). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- PETERS, F. E. *Termos filosóficos gregos: um léxico histórico*. 2ª edição. Trad. de Beatriz Rodrigues Barbosa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

PLATO. *Laws*, I-VI. Translated by R. G. Bury. Cambridge, London: Harvard University Press, 1994.

PLATON. *Protagoras. Euthydème. Gorgias. Menexène. Ménon. Cratyle.* Traduction, notices et notes par Émile Chambry. Paris: Garnier Frères; Flammarion, 1967.

PLATONE. *La repubblica.* A cura di Giuseppe Lozza. Milano: Arnoldo Modadori Editore, 1990.

ROBLEDO, Antonio Gómez. *Platón: los seis grandes temas de su filosofía.* México: Fondo de Cultura Económica, 1993.



Platão: a Justiça Cósmica

O SENTIDO JURÍDICO BRASILEIRO REFLEXÕES PARA UMA TEORIA POLÍTICA E JURÍDICA A PARTIR DE "O POVO BRASILEIRO" DE DARCY RIBEIRO

Alysson Leandro Mascaro

Pesquisador de Filosofia do Direito da USP

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie

Resumo:

A partir da obra de Darcy Ribeiro "*O Povo Brasileiro*" busca-se empreender uma reflexão jurídica que tenha por base a formação e o sentido do Brasil. Um pensamento e uma estruturação jurídica que atendam à formação e à situação brasileira devem ser feitos tendo por base a própria constituição do povo e do sentido brasileiro, sem as fórmulas tradicionais e inadequadamente aplicadas à realidade nacional.

Abstract:

Starting from Darcy Ribeiro work "*O Povo Brasileiro*" is looked for to undertake a juridical reflection that has for base the formation and the sense of Brazil. A thought and a juridical structuring that assist to the formation and the Brazilian situation they should be done tends for base the own constitution of the people and of the Brazilian sense, without the traditional formulas and inadequately applied to the national reality.

Unitermos: Darcy Ribeiro, obra; sentido jurídico brasileiro.

Se o balanço de quinhentos anos de Brasil serve de momento de reflexão, ela não pode ser feita sem a autenticidade que se exige de um povo que teima em ser feliz e justo e que historicamente construiu-se no eito de sofrimento e injustiça. No bojo de uma consciente e crítica perspectivação histórica brasileira, as questões de Direito e Justiça ainda hoje restam, em geral, maltratadas e, às vezes, conscientemente relegadas a plano inferior. Se pensarmos que quinhentos anos de Brasil são também quinhentos anos de injustiça, e quinhentos anos de invenção de Justiça de um povo, veremos o quanto ainda nos falta vasculhar, no interior de nós mesmos e de nosso povo, a fim de descobrirmos a vastidão e a amplitude do fenômeno jurídico em nossa experiência e em nossa formação, ao mesmo tempo em

que nos falta criar instrumentais jurídicos que podem nos formar. A construção de uma civilização brasileira digna e honrada somente será feita se também passar, por seu balanço, a reversão do quadro histórico de injustiça, o que se faz tendo o passado como dado existente para a transformação do futuro.

A academia e os intelectuais brasileiros, no entanto, historicamente se encontraram ligados aos poderes e regimes de ampla injustiça que nos formaram e que devem ser objeto de crítica. Salvo poucas exceções, a cultura nacional – e também em um certo sentido a cultura jurídica – foram constituídas no Brasil como verniz de refinamento educacional, sem autonomia nem vitalidade própria. Os padrões de pensamento europeu, ao seu turno, serviram de apoio à construção de uma certa ordem nacional, formando uma barreira ideológica contra a manifestação independente e autônoma do pensamento nacional, olvidando-se das questões nacionais em troca das metafísicas culturais externas. Tal sentido colonizador, e tal invasão do pensamento da metrópole nos intelectuais da colônia, resultaram num quadro em que não se vê, historicamente, na nacionalidade brasileira, a academia preocupada com seu povo, mas sim em se justificar aos poderes que, desde então, têm por sentido e orientação a exploração nacional. Este quadro, ainda até hoje, é gravemente reinante.

As tentativas de autonomia nacional, no entanto, sempre existiram e foram tentadas muito mais de maneira individual e isolada que propriamente de corpos de pesquisadores e estudiosos ou de universidades e instituições de ensino. Num certo sentido, diz-se sobre o pensamento brasileiro como se se tratasse do estudo que tem por objeto o próprio país. Isto, no entanto, nada representa em termos objetivos, pois que, na maior parte dos casos, os métodos e os encaminhamentos das reflexões tinham por instrumentais os externos, de tal modo que, mesmo em se tratando de estudar o Brasil, os olhares eram de estranhos. Isto nos explica também que não-basta termos filósofos brasileiros – nascidos ou moradores no Brasil – para que tenhamos filosofia brasileira, nem que basta termos juristas debruçados sobre as leis nacionais para que tenhamos um pensamento jurídico brasileiro. A bem dizer, não-bastam os pés plantados no país e a cabeça de subjugado, é preciso um banho de brasilidade, de experiência, de necessidades e carências de nossa gente, a fim de que comecemos a pensar a própria civilização brasileira, sob risco de, procedendo em contrário, não podermos nem tê-la como realidade, quanto mais como objeto de estudo. Urge, pois, depois de cinco séculos de nós mesmos, estudarmos e sermos nós mesmos.

O século XX viveu, principalmente em seu período intermédio, uma tentativa, em várias áreas, de construção de uma consciência nacional. No Direito, muito pouco se viu em tal direção, e as poucas tentativas jurídicas deram-se muito mais em demandas concretas – os primeiros pensadores brasileiros dos direitos sociais, por exemplo, ou aqueles que lutaram pelos direitos fundamentais em épocas de ditadura – que propriamente no plano epistemológico ou puramente intelectual. No campo das ciências sociais, no entanto, há um número maior de pensamentos que se pretenderam nacionais, alguns deles já cotejados em direção a uma aplicação jurídica, outros ainda necessitando de maiores reflexões concretas. Neste caso se insere a obra, dentre outros, de Darcy Ribeiro.

O Povo Brasileiro

O Povo Brasileiro,¹ obra de Darcy Ribeiro escrita em vésperas de sua morte, pretende inserir-se no grande quadro de "teorias" do Brasil, que em meados deste século conheceu autores do porte de Sérgio Buarque de Holanda ou Gilberto Freyre. *O Povo Brasileiro*, no entanto, aliando-se a este projeto geral de explicação do Brasil, parte da premissa de uma explicação *brasileira* para o fenômeno brasileiro, e uma explicação participativa, o que leva, nas próprias palavras de Darcy Ribeiro, a uma visão científica "*movida por razões éticas e um fundo patriotismo*". Na verdade, a originalidade do pensamento de Darcy Ribeiro é daí que ressalta. A análise antropológica da formação de "uma nova Roma" lavada em sangue negro e índio, é parte de um conjunto de constatações singulares de um pensamento que, ao contrário de uma perspectiva tradicional do historicismo marxista ou da antropologia europeia, congrega em sua reflexão o fator nacional, o modo de ser próprio do povo brasileiro, sem cair nos riscos próprios de um pensamento conservador de moldes nacionalistas ou patrióticos, de baixo grau de consistência científica. Mais que uma plena explicação do Brasil, talvez seja a obra de Darcy Ribeiro um sempre oportuno convite à reflexão, à compreensão e à prática da construção de caminhos brasileiros.

1. Ribeiro, Darcy. *O Povo Brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 1996.

O esforço para uma reflexão brasileira

Não se pode confundir, na motivação da obra de Darcy Ribeiro, o objeto de estudo com a sua metodologia. O povo brasileiro, a formação e o sentido do Brasil são objetos de estudo já há muito motivadores das mais diversas reflexões, tanto nacionais quanto internacionais, e talvez não seja em tal ponto que resida – embora nos dias atuais destaque-se pela escassez de estudos sérios sobre o Brasil – a originalidade da proposta de *O Povo Brasileiro*. A sua grande motivação, e a sua busca de diferenciação, na verdade, é a construção de uma nova perspectiva de análise. Não se trata, em hipótese alguma, de modificar as ênfases do objeto de estudo – a realidade brasileira sob a perspectiva econômica, estrutural ou social –, mas sim de aventurar-se a nova façanha, que é a de elaborar uma reflexão brasileira sobre o fenômeno brasileiro, sem os vícios da experiência intelectual européia, da qual se abeberaram os intelectuais e acadêmicos brasileiros durante longo período, e cujas constatações finais não parecem por justo adequadas à realidade brasileira. Na verdade, conceitos como o de liberalismo, burocracia e intervencionismo passam ao largo da expressão mais verdadeira da realidade do povo brasileiro, servindo apenas como elemento de diálogo com situações que, muito embora essencialmente ligadas às metrópoles e o que determinavam à realidade brasileira, não significavam necessariamente o fenômeno vivido na situação nacional.

Proceder a uma análise brasileira talvez seja, em primeiro momento, o grande esforço e o grande perigo da condução das reflexões da obra. Isto porque uma análise brasileira, que leve em conta a originalidade nacional, reveste-se de potenciais riscos de incompreensão ou de paixão irracionalizada. A constatação, feita logo na Introdução pelo autor, de uma “*uniformidade cultural e unidade nacional*” desprovida, certamente, de ranços próprios de uma mentalidade nacionalista imperial, encontra-se numa tênue situação explicativa, tendo em vista a tentadora opção ufanista envolvente em tais discursos. No entanto, apressa-se o autor (p. 23) a enfatizar uma certa frieza de análise da questão da unidade e da uniformidade do povo brasileiro, ao mostrar as causas, o custo e o processo de uniformização, subjulgadores e massacrantes das culturas populares, principalmente da indígena e da africana. Mesmo assim, ainda, há os resultados de tais processos, e furtar-se a considerá-los – ou até mesmo a valorá-los –, sob pretensas necessidades críticas, seria proceder à frieza dos métodos importados para a compreensão de uma

realidade própria. Assim procede o autor na tentativa de levantar os pilares de uma apreensão de fato brasileira do fenômeno brasileiro.

O processo civilizatório

Sob este nome Darcy Ribeiro escreveu uma de suas obras que pretendeu unir a outras de sua lavra, sob um título geral *Estudos de antropologia da civilização*. O desenvolvimento de *O Povo Brasileiro* segue também estas trilhas. Suas três primeiras seções são todas elas destinadas a refletir sobre este processo de formação nacional, o processo civilizatório brasileiro.

A constituição deste processo civilizatório se faz sobre as bases dos povos indígenas já estabelecidos no território que no século XVI passa a ser invadido, com alta dose de força e mesmo truculência, pelos invasores lusos. Os povos indígenas do litoral, fundamentalmente do tronco Tupi, constituíam, a essa época, uma população que beirava talvez um milhão de índios. Portugal, à época, tinha uma população de mesma quantidade. Os povos Tupi, nesta fase, superavam a condição paleolítica e procediam aos primeiros passos de uma revolução agrícola. Mudando sua rota, no entanto, deu-se fato novo que "*foi a introdução no seu mundo de um protagonista novo, o europeu (...) capaz de atuar destrutivamente de múltiplas formas*" com um conflito "*em todos os níveis, predominantemente no biótipo*" (p. 30). Os portugueses, aliados à Igreja e suas necessidades de roupagem evangelizadora, puseram-se em enfrentamento do mundo novo. O resultado desta oposição pode-se a ver nos versos de louvação escritos pelo próprio padre José de Anchieta, sobre os feitos de Mem de Sá contra os índios (p. 50):

Quem poderá contar os gestos heróicos do Chefe;
à frente dos soldados, na imensa mata;
Cento e sessenta as aldeias incendiadas;
Mil casas arruinadas pela chama devoradora;
Assolados os campos, com suas riquezas;
Passado tudo ao fio da espada.

Por *povos germinais* trata Darcy Ribeiro aqueles que, como os árabes em seu longo poderio medieval, a Roma antiga e outros povos como os ingleses posteriormente, plantaram-se, de maneira surpreendente, com energia expansiva, como os ibéricos na época do início deste processo civilizatório brasileiro, em terras novas. Resultados vão sendo produzidos neste processo. *Atuando com a ética do aventureiro, que improvisa a cada momento diante do desafio que tem de enfrentar, os iberos não produziram o que quiseram, mas o que resultou de sua ação, muitas vezes desenfreada*" (p. 70). Sobre o senhorio natural do cristão sobre o índio, "*tal é a força desta ideologia que ainda hoje impera, sobranceira. Faz a cabeça do senhorio classista convencido de que orienta e civiliza seus serviçais, forçando-os a superar sua preguiça inata para viverem vidas mais fecundas e mais lucrativas. Faz, também, a cabeça dos oprimidos, que aprendem a ver a ordem social como sagrada e seu papel nela prescrito de criaturas de Deus em provação, a caminho da vida eterna*" (p. 72).

Somando-se a este processo inicial, continua o processo civilizatório brasileiro quando, mais tarde, vêm se somar ao criatório de gente os negros africanos. A brutalidade da sua submissão, a passividade a qual foram impelidos, são marcas do moinho de gastar gente que vai constituindo a civilização brasileira. *A mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco a cicatriz de torturador impressa na alma e pronta a explodir na brutalidade racista e classista. Ela é que incandesce, ainda hoje, em tanta autoridade brasileira predisposta a torturar, seviciar e machucar os pobres que lhes caem às mãos*" (p. 120). Darcy Ribeiro chega a estimar "*que o Brasil, no seu fazimento, gastou cerca de 12 milhões de negros, desgastados como a principal força de trabalho de tudo o que se produziu aqui e de tudo que aqui se edificou. Ao fim do período colonial, constituía uma das maiores massas negras do mundo moderno*" (p. 221).

O resultado desta gestação, pode-se ver após três séculos, quando em 1850 "*o produto real do processo de colonização já era, naquela altura, a formação do povo brasileiro e sua incorporação a uma nacionalidade étnica e economicamente integrada*" (p. 159). A empresa Brasil, economicamente, formava-se por meio de quatro ordens de ação empresarial. A primeira delas, e a mais rentável, a empresa escravista. A segunda, a empresa comunitária jesuítica. A terceira, a produção de gêneros de subsistência e de criação de gado. A quarta delas, a da intermediação comercial e portuária entre o Brasil, a Europa e a África.

Ao processo civilizatório brasileiro, com o passar do tempo, vai se constituindo um grande fenômeno de urbanização e, imediatamente em seguida, uma grande deterioração urbana (p. 204), tudo somado, neste meio termo, à imigração em massa de outras populações, principalmente a européia. Ao contrário de países como a Argentina, em que o europeu imigrante constituiu-se em quatro quintos da população local, abolindo a cultura antiga e construindo a sua própria em terra alheia – transfigurando-os de povos novos a povos transplantados –, "*o Brasil nasce e cresce como povo novo, afirmando cada vez mais essa característica em sua configuração histórico-cultural*" (p. 243).

O povo que se constrói, neste processo civilizatório, está sendo feito sob um motor de originária anarquia, pretensamente ordenada sob os ditames da civilização européia e do caminho pretensamente certo da evangelização. *A contrapartida dialética da intencionalidade do projeto colonial é o caráter anárquico, selvagem e socialmente irresponsável da expansão dos núcleos brasileiros. Atuando sobre uma realidade diferente, que obrigava a buscar soluções próprias ajustadas à sua natureza e agindo longe das vontades oficiais, a ação do colono exerceu-se quase sempre improvisadamente e ao sabor das circunstâncias. Sendo imprevisível, ela crescia desgarrada até que, por reiteração, constituísse uma pauta de ação suscetível de ser regulada e copiada*" (p. 245).

Os brasis na história

Darcy Ribeiro devota a quarta unidade de sua obra à análise daquilo que denomina "ilhas-Brasil" cenários regionais que, na verdade, são expressão substancial do processo de formação da brasilidade, que apenas de maneira esquemática e esparsa consegue ser abrangido por meio de teorizações de planificação geral. A estas ilhas-Brasil, indicadas em *O Povo Brasileiro* "*como núcleos aglutinadores e aculturadores dos novos contingentes apesados na terra*" (p. 270), estendiam-se "*três redes aglutinadoras: a identidade étnica, (...) a estrutura socioeconômica colonial de caráter mercantil, e (...) uma nova tecnologia produtiva, que as ia tornando mais e mais complexas e dependentes de artigos importados. Sobre todas elas falava uma incipiente cultura erudita, principalmente religiosa, de padrão básico, que se ia difundindo*" (p. 271).

Destas ilhas-Brasil, comenta o próprio Darcy Ribeiro em suas sínteses: "*Elas são representadas pela cultura crioula, que se desenvolveu nas comunidades da faixa de terras frescas e férteis do Nordeste, tendo como instituição coordenadora fundamental o engenho açucareiro. Pela cultura caipira, da população das áreas de ocupação dos mamelucos paulistas, constituída, primeiro, através da atividade de preia dos índios para a venda, depois, da mineração do ouro e diamantes e, mais tarde, com as grandes fazendas de café e a industrialização. Pela cultura sertaneja, que se funde e difunde através dos currais de gado, desde o Nordeste árido até os cerrados do Centro-Oeste. Pela cultura cabocla das populações da Amazônia, engajadas na coleta de drogas da mata, principalmente nos serigais. Pela cultura gaúcha do pastoreio nas campinas do Sul e suas duas variantes, a matuta-açoriana (muito parecida com a caipira) e a gringo-caipira das áreas colonizadas por imigrantes, predominantemente alemães e italianos*" (p. 272).

O próprio Darcy Ribeiro resume tais ilhas-Brasil, elementos celulares deste grande processo de civilização brasileiro (p. 273): *É simplesmente espantoso que esses núcleos tão iguais e tão diferentes se tenham mantido aglutinados numa só nação. Durante o período colonial, cada um deles teve relação direta com a metrópole e o 'natural' é que, como ocorreu na América hispânica, tivessem alcançado a independência como comunidades autônomas. Mas a história é caprichosa, o 'natural' não ocorreu. Ocorreu o extraordinário, nos fizemos um povo-nação, englobando todas aquelas províncias ecológicas numa só entidade cívica e política*"

O Destino Nacional

Talvez resida, na última parte de *O Povo Brasileiro*, a sua maior grandeza, altivez, inspiração e originalidade. Nela, Darcy Ribeiro explicita o nervo condutor das análises situacionais, antropológicas e históricas sobre as quais se debruçou nas unidades antecedentes. Feito a princípio como "*uma feitoria escravista*" (p. 446), o Brasil construiu-se com enorme apoio na "*primazia do lucro sobre a necessidade*" Esta formação econômica de feitoria, que é extremamente lucrativa em termos empresariais aos grupos exploradores, vindos e interessados de fora, mantém, ao mesmo tempo, "*uma penúria generalizada da população local*"

O povo brasileiro, que se constitui neste processo novo de civilização, não mantém laços divergentes das origens que o formaram, não havendo etnia hegemônica ao ponto de romper a unidade étnica nacional. A separação do povo brasileiro, ainda, não é a da origem, mas sim a da estratificação de classes. "*Não há, nunca houve, aqui um povo livre, regendo seu destino na busca de sua própria prosperidade. O que houve e o que há é uma massa de trabalhadores explorada, humilhada e ofendida por uma minoria dominante, espantosamente eficaz na formulação e manutenção de seu próprio projeto de prosperidade, sempre pronta a esmagar qualquer ameaça de reforma da ordem social vigente*" (p. 452).

A perspectiva brasileira da realidade nacional, em Darcy Ribeiro, conduz à perspicaz, ao mesmo tempo em que lúcida, análise dos novos povos, em especial o americano, e a formação do processo civilizatório de cada qual. Ao passo que a América Andina, Mexicana e do Altiplano enfrentam o dilema de uma fusão entre duas civilizações milenares que devem se construir em outra nova, a América do Norte e a América Austral branca nada mais são, neste processo civilizatório, do que o transplante, para novas terras, do mesmo povo europeu e anglo-saxão para o caso dos da América do Norte. No Brasil, em seu povo e em sua formação, residem novas tarefas. Um povo em fazimento, que não se pode reger pelas regulações nem tampouco pela cartilha dos passos dos povos que já de outro modo se constituem, mas, sim, um povo novo, uma tarefa mais complexa que a de reprodução, que é, nas próprias palavras de Darcy Ribeiro, "*o desafio de reinventar o humano, criando um novo gênero de gentes, diferentes de quantas haja*"

"*Um povo em ser, impedido de sê-lo*" Ao mesmo tempo em que a análise de *O Povo Brasileiro*, desprovida da necessidade europeizante, academicista e intelectualista das constatações negadoras do pulsar da brasilidade para trocá-lo por padrões de racionalidade tecnicista desconhecidos, é um aprendizado intelectual que não se restringe ao confronto meramente informativo, mas sim é uma arma intelectual a ressoar nas estruturas mais dignas e nobres que movem o espírito humano, é também um canto de amor a um povo, a uma gente, à humanidade e sua beleza, e tais situações conduzem não só à frieza das constatações e das explicações, mas sim à grandeza do impulso, que se pode construir na realidade intelectual, na conscientização e na tomada de posição política em face da humanidade, de um povo e de suas necessidades, fundamentalmente a necessidade – ainda ora impedida – de ser.

A formação do Direito e o sentido jurídico do Brasil

Não nos é possível – quer pela consciência crítica quer pela ordem das coisas – tratar das questões de Direito e Justiça que nos envolvem sem termos por substrato o processo histórico que nos dá base. É por meio dele que o pensamento e a prática do Direito começam a nos conformar como um pulsar de dor e injustiça, de clamor de Direito, de Direito e Justiça enfim. Talvez no limiar de uma nova época, uma nova consciência jurídica desperte como proposta de uma situação jurídica nova.

As maiores injustiças de nosso povo, além das atrocidades judiciárias desde sempre havidas, são, fundamentalmente, as originárias, aquelas das estruturas basilares que nos formaram e que ainda hoje nos constituem. Ao observarmos que, nas palavras de Darcy Ribeiro, no início aqui se deu um “enfrentamento” de brancos contra índios nas terras destes, observamos o quanto ainda tapamos os olhos para a nossa realidade e construímos a história – e a história jurídica – dos poderes que reinam e vencem e não daqueles que conclamam Justiça. Os negros e seus martírios até hoje presentes são marcas que teimamos em desconsiderar, mas que batem à porta da estrutura própria da nacionalidade em busca de uma resolução. Por fim, ainda hoje nossa técnica e o melhor de nosso pensamento jurídico se voltam às questões mais sensíveis e caras de uma estruturação jurídica que atende às meras necessidades dos poderes econômicos e produtivos estabelecidos, na confluência das necessidades produtivas apátridas com os interesses dos poderes aqui estabelecidos, e mais uma vez constitui-se a história jurídica de exploração do povo brasileiro. No entanto, é hora de vencermos etapa também no mundo jurídico.

Trata-se, fundamentalmente, hoje, de conseguirmos obter a essência mais verdadeira de nossa brasilidade e de nossa estruturação justa nacional, sem os padrões de uma cultura importada nem os padrões dos interesses de poder estabelecidos, mas sim de uma constante reinvenção. O Direito, em quinhentos anos desta nossa história, serviu muito mais para a injustiça e para a compressão de gentes escravas em um território novo, mas nos deu também o impulso e o apelo para a formação de nossa consciência do justo. Como a história se faz também das estruturas mais profundas de uma gente, a alegria brasileira de sempre vir-a-ser nos torna ainda esperançosos e vitalizados para sermos um povo no mundo com a alegria da Justiça que não nos foi dada, mas construída. Daí o impulso conscientizador de *O Povo Brasileiro*, daí o seu brado, de conhecimento de si:

mesmo de um povo, mas fundamentalmente de amor e de presença deste mesmo povo e de sua gente, uma nova Roma, uma nova civilização. *"Mais alegre, porque mais sofrida. Melhor, porque incorpora em si mais humanidades. Mais generosa, porque aberta à convivência com todas as raças e todas as culturas e porque assentada na mais bela e luminosa província da Terra"*

DIREITO TRIBUTÁRIO

CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Hugo Brazioli Slivinskis

Ex-aluno da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo

Resumo:

O artigo principia com o conceito de sonegação fiscal e sua natureza jurídica, apresentando posteriormente o conceito, a evolução legislativa e o procedimento da representação fiscal, onde aborda inclusive a questão de o Ministério Público estar ou-não vinculado a ela para poder propor a denúncia.

A extinção da punibilidade pelo pagamento da exação antes do recebimento da denúncia é o tópico seguinte do artigo, que analisa a perspectiva legal do tributo ser ou-não considerado como pagamento para fins de extinção da punibilidade.

Abstract:

The article begins with the concept of tax evasion, as well as its juridic nature, presenting afterwards its legislative evolution and the procedure of the previous administrative fiscal inquest, addressing the question of whether the public attorney is restricted to it when bringing the formal charge before the court.

The extinction of liability to condemnation through payment of the excision before reception of the formal charge is the next topic of the article, which considers the legal perspective of this benefit, the moments when it may be invoked as well as the question of whether the stalled debt may be considered as a payment entailing the extinction of liability to condemnation.

Unitermos: sonegação fiscal; representação fiscal; extinção da punibilidade.

Sumário:**Sumário:**

1. Introdução; A. Conceito de sonegação fiscal e sua natureza jurídica; 2. Representação fiscal federal; A. Conceito; B. Evolução legislativa; C. Procedimento da representação fiscal; C1. Procedimento do Decreto n. 982/93; C2. Procedimento vigente; C3. Pré-requisito administrativo para a representação fiscal para fins penais; 3. Extinção da punibilidade; A. Perspectiva legal; B. Momentos para extinção da punibilidade; C. Parcelamento do débito; C1. Procedimento do parcelamento tributário federal; C2. Posições sobre o parcelamento e a extinção da punibilidade; 4. Síntese; 5. Bibliografia; Doutrina; Códigos e Leis; Jurisprudência.

1. Introdução

O presente estudo pretende observar alguns aspectos dos crimes de sonegação fiscal e seus assemelhados (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90) em relação à extinção da punibilidade.

Essas questões adquirem cada vez mais importância no mundo jurídico-financeiro de hoje, no qual, por exemplo, empresários acabam escolhendo adimplir a folha de funcionários ou os empréstimos bancários ao Fisco, postergando, desta forma, dolosamente, o recolhimento de tributos e contribuições sociais.

Pelas informações disponíveis nos sistemas e malhas da Secretaria da Receita Federal¹ e pelo constante trabalho dos auditores-fiscais do Tesouro Nacional, esse comportamento, não-raro, culmina em auto de infração.

Lavrado o auto de infração e imputada a multa agravada, ou exigida posteriormente em processo administrativo, o devedor estará na iminência de sofrer ação penal pela prática de crime contra a ordem tributária, pelo impulso do Executivo, ou antes do término do processo administrativo e sem a necessidade de haver multa agravada quando o membro do Ministério Público entenda presentes os elementos para propor a ação penal.

1. O estudo não-ultrapassa a seara dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Neste particular, o devedor poder-se-ia utilizar do instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento dos débitos dos tributos ou das contribuições e seus acessórios até o momento imediatamente anterior ao recebimento da denúncia.

A questão do pagamento dos débitos tributários como causa extintiva da punibilidade adquire mais ênfase quando conjugada com o parcelamento, à medida que existem divergências e jurisprudências quanto à extinção ou-não da punibilidade, do pagamento integral e do parcelamento.

Ou seja, esse estudo coloca algumas questões que devem ser consideradas no momento em que o contribuinte decide tornar-se dolosamente devedor perante o Fisco.

A. Conceito de sonegação fiscal e sua natureza jurídica

A Lei n. 8.137/90 não-conceituou legalmente o termo sonegação fiscal; no entanto tal omissão legislativa não-prejudicou a clareza de seus dispositivos legais, uma vez que a técnica legislativa utilizada foi a de definir os crimes contra a ordem tributária como aqueles em que há a supressão ou redução de tributo ou contribuição social ou qualquer acessório mediante condutas descritas taxativamente nos incisos I a V do art. 1º:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório mediante as seguintes condutas:

I omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda ou qualquer outro documento relativo a operação tributável;

IV elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda

de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza infração prevista no inciso V."

Tendo a lei conceituado de maneira genérica o que seja sonegação fiscal, da melhor doutrina dimanou o entendimento que *"sonegação fiscal é a ocultação dolosa, mediante fraude, astúcia ou habilidade do recolhimento de tributo devido ao poder público"*²

A inteligência dessa definição está em aclarar que os crimes de sonegação fiscal são crimes materiais de dolo específico, ou seja, para que a conduta do contribuinte seja típica é necessário que o ato praticado aperfeiçoe o fim especial de lesar o Erário através da supressão ou redução de tributo ou, ainda, contribuição ou seus acessórios mediante as condutas específicas descritas.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso de *habeas corpus*, mostrou-se consentâneo com o entendimento supra ao acordar, por unanimidade, que *"nos crimes contra a ordem tributária, definidos no art. 1º, incisos I e IV, da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a consumação ocorre com a prestação da declaração falsa ou uso do documento falso perante as autoridades fazendárias, com o resultado ou efeito de suprimir ou reduzir tributo"*³

O art. 2º da lei definiu quais as condutas assemelhadas aos crimes de sonegação fiscal:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

2. Legislação Penal Especial, Moraes e Smanio.

3. STJ, 6º T RHC n. 4.097/DF (9400342209), rel. min. Pedro Aciole, *Diário da Justiça*, 13 mar. 1995, p.5.316.

I fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre as rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se total ou parcialmente de pagamento de tributo;

II deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação que deveria recolher aos cofres públicos;

III exigir, pagar ou receber para si ou para o contribuinte beneficiário qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ao revés dos crimes de sonegação fiscal, os crimes assemelhados são crimes formais, não necessitando da produção de resultado, qual seja dano ao Erário, para consistirem conduta típica.

Em conformidade com o STJ, ao cotejar o inc. I do art. 2º com o inc. I do art. 1º são definidas no art. 2º "*condutas fraudulentas, visando ao não-pagamento do tributo ou pagamento a menor*" enquanto no artigo anterior o que se protege é "*a formação do crédito tributário*"⁴

4. STJ, 6º T RHC n. 5.123/SP (9500635836), rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro. *Diário da Justiça*, 17 mar. 97, p. 07.554.

Ou seja, por serem condutas fraudulentas, não exigindo o resultado do dano ao Erário, as condutas assemelhadas são mais facilmente tipificáveis do que os crimes de sonegação fiscal.

2. Representação fiscal federal

A. Conceito

A representação fiscal é uma peça dirigida ao Ministério Público Federal tendente a apurar os ilícitos praticados em detrimento da Fazenda Nacional ou que concorram ou contribuam para tal fim.

B. Evolução legislativa

No âmbito federal, até 11 de agosto de 1998, o início do trâmite, que culminava com a representação fiscal ao Ministério Público Federal, dava-se quando os auditores-fiscais do Tesouro Nacional, no exercício de suas atribuições, deparavam com os fatos que entendiam configurar os ilícitos mencionados nos incs. I a XXII do art. 1º do Decreto n. 982/93:

"Art. 1º Os auditores-fiscais do Tesouro Nacional, no exercício das atribuições de fiscalização, de lançamento ou de cobrança de tributos e contribuições devidos à Fazenda Nacional, representarão, perante o secretário da Receita Federal, com cópia para o titular da unidade administrativa em que tenham exercício e para o superintendente regional da Receita Federal, sempre que apurarem ilícitos que entendam configurar:

I apropriação indébita (art. 11 da Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964);

II - sonegação fiscal (art. 1º da Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965);

III crime contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990);

IV contrabando ou descaminho (art. 334 do Código Penal);

V falsificação de papéis públicos (art. 293 do Código Penal);

VI - petrechos de falsificação (art. 294 do Código Penal);

VII falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal);

VIII certidão ou atestado ideologicamente falso (art. 301 do Código Penal);

IX resistência (art. 329 do Código Penal);

X desobediência a ordem legal de funcionário público (art. 330 do Código Penal);

XI desacato (art. 331 do Código Penal);

XII - exploração de prestígio (art. 332 do Código Penal);

XIII corrupção ativa (art. 333 do Código Penal);

XIV comunicação falsa de crime (art. 340 do Código Penal);

XV auto-acusação falsa (art. 341 do Código Penal);

XVI falso testemunho e falsa perícia (art. 342 do Código Penal);

XVII coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal);

XVIII fraude processual (art. 347 do Código Penal);

XIX favorecimento pessoal (art. 348 do Código Penal);

XX favorecimento real (art. 349 do Código Penal);

XXI sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356 do Código Penal);

XXII qualquer outro crime praticado em detrimento da Fazenda Nacional ou que concorra ou contribua para a sua consumação.

(...)"

O Decreto n. 2.730/98 substituiu os incisos de I a XXII do Decreto supracitado por dois incisos, imprimindo maior propriedade à representação fiscal para fins penais ao diminuir seu elástico, a saber:

"I crime contra a ordem tributária tipificado nos arts. 1º ou 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990;

II crime de contrabando ou descaminho.

As demais condutas foram alocadas *lato sensu* nos incisos do art. 1º da Portaria n. 503/99, no entanto a representação de que trata esta norma é a representação para fins penais, e não a representação *fiscal* para fins penais, o que, de fato, aumentou a especificidade de ambas, à medida que possuem requisitos e elementos distintos a serem cumpridos, v. g., não se exigem mais para a representação penal as cópias das declarações de rendimentos dos últimos cinco anos das pessoas físicas e jurídicas responsáveis ou sob suspeita de envolvimento com o delito (inc. III e VII, art. 3º Decreto n. 982/93).

Assim, pode-se dizer do acerto do Decreto n. 2.730/98 e da Portaria n. 503 de 17.05.99 ao distinguirem a representação fiscal para fins penais e a representação para fins penais, tornando ambas mais eficientes.

C. Procedimento da representação fiscal

O Decreto n. 982/93, revogado expressamente pelo Decreto n. 2.730, de 11 de agosto de 1998, estipulava detalhadamente as normas do trâmite da representação fiscal para fins penais. O decreto em vigor estabeleceu que o "*secretário da Receita Federal disciplinará os procedimentos necessários para a execução*".⁵

A disciplina surgiu com a Portaria SRF n. 1.805, de 28 de agosto de 1998, que em seu art. 1º estabeleceu que os auditores-fiscais do Tesouro Nacional formalizarão a representação fiscal perante o delegado⁶ da unidade administrativa

5. Art. 3º

6. Inspetor ou Agente.

em que tenham tido exercício durante ação fiscal que culminou com lavratura de auto de infração de exigência de crédito tributário ou decorrente de apreensão de bens sujeitos a pena de perdimento, sempre que constatarem fatos que configurem em tese os delitos tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 ou crime de contrabando ou descaminho.

C1. Procedimento do Decreto n. 982/93

Na vigência desse decreto os auditores-fiscais do Tesouro Nacional representavam ao secretário da Receita Federal, enviando cópia ao delegado⁷ da unidade administrativa de seu exercício e ao superintendente regional da Receita Federal.

O secretário da Receita Federal, em cumprimento do art. 4º encaminhava os autos do processo administrativo ao procurador geral da República, que analisava valorativamente os elementos da representação, podendo enviá-la ao Ministério Público Federal, para que este, se entendesse cabível, propusesse a denúncia, ou remetê-la ao órgão da esfera executiva competente para complementar a instrução da representação fiscal, se vislumbrasse a necessidade de esclarecimentos, diligências ou documentos adicionais.

Neste particular, poder-se-ia dizer que a representação fiscal passava, antes de ser proposta a denúncia, por quatro juízos valorativos: do auditor-fiscal do Tesouro Nacional, do secretário da Receita Federal, do procurador geral da República e do membro do Ministério Público Federal.

C2. Procedimento vigente

O procedimento vigente regido pela Portaria n. 1805/98 inicia seu curso quando o auditor-fiscal do Tesouro Nacional constatar em tese as infrações tipificadas na Lei n. 8.137/90, na ocasião da lavratura de auto de infração decorrente da exigência de crédito tributário ou que resulte em apreensão de bens sujeitos ao perdimento (art. 1º *caput*).

7. Inspetor ou Agente.

Após a lavratura do auto de infração, a representação fiscal para fins penais é igualmente possível, só que caberá ao chefe da respectiva unidade administrativa, se não-impugnada a exigência, ou ao delegado de julgamento da Receita Federal competente para julgar o litígio, se impugnada a exigência (art. 2º incs. I e II).

A representação fiscal de toda a forma deverá ser apensada ao processo administrativo, a fim de ser o contribuinte cientificado e até legalmente impelido a saldar seu débito, já que a inexistência dele, como veremos, extingue a punibilidade do infrator.

Ao revés da norma anterior, o procedimento da representação para fins penais atualmente é mais célere, consistindo no encaminhamento direto ao Ministério Público.

A simplicidade do procedimento foi acertadamente adotada pelo secretário da Receita Federal, pois sendo a objetividade jurídica dos crimes de sonegação fiscal a proteção ao Erário, é conveniente que ela se dê o mais rápido possível.

A celeridade do encaminhamento da representação fiscal para fins penais não-denota absolutamente impropriedade de siso, já que está adstrita ao encerramento do processo administrativo, aliás, como já prescrevia o decreto anterior.

Desta forma, é correta a ilação de que a portaria aperfeiçoou o procedimento anterior, dotando-o de maior tecnicismo ao atender com mais celeridade à proteção ao Erário.

C3. Pré-requisito administrativo para a representação fiscal para fins penais

Até o momento, a única forma apresentada para o início da ação penal referente aos crimes de sonegação fiscal foi a representação elaborada pela autoridade administrativa ao Ministério Público, que está vinculada ao término do procedimento administrativo, *ex vi* do art. 83 da Lei n. 9.430/96:

Art. 83 A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após

proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no 'caput' do art. 34 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não-recebida a denúncia pelo juiz."

É pertinente observar que essa condição de procedibilidade atinge somente o Executivo, não estando o *parquet* a ela vinculado, já que os crimes de sonegação se incluem no rol dos crimes de ação penal pública incondicionada.

Ou seja, se o membro do Ministério Público entender presentes os elementos necessários para propor a ação penal poderá fazê-lo desde logo, não sendo preciso aguardar o término do processo administrativo. Essa questão já foi amplamente questionada nas vias judiciais, sendo hoje pacífica a não-subordinação, como se vê pela seguinte ementa, com votação unânime:

STJ, TP ADIn 1.571, rel. min. Neri da Silveira, Diário da Justiça, 25 set. 98, p. 00011.

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei n. 9430, de 27.12.1996, art. 83. 3. Arguição de inconstitucionalidade da norma impugnada por ofensa ao art. 129, I, da Constituição, ao condicionar a notitia criminis contra a ordem tributária 'a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário', do que resultaria limitar o exercício da função institucional do Ministério Público para promover a ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 4. Lei n. 8137/1990, arts. 1º e 2º. 5. Dispondo o art. 83 da Lei n. 9430/1996 sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, no caso, rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes

dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo notícia criminis, acerca de delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990. 6. Não cabe entender que a norma do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 coarcte a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. 7. O art. 83 da Lei n. 9.430/1996 não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público. 8. Relevância dos fundamentos do pedido não caracterizada, o que é bastante ao indeferimento da cautelar. 9.

Medida cautelar indeferida”⁸

Assim, *por já estar decidido*, é pacífica a questão de que o Ministério Público não está vinculado ao término do processo administrativo para propor a denúncia dos crimes de sonegação, podendo ser formados sem nenhum óbice grupos especiais para tal fim.

3. Extinção da punibilidade

A. Perspectiva legal

8. No mesmo sentido: STJ, 5ª T HC 6.338/RS (9700680479), rel. min. José Arnando da Fonseca, *Diário da Justiça*, 31 ago. 98, p. 00109, STF, 2º T - HC n. 75.723/SP, Rel. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, 06 fev. 98, p. 05, STJ, 6ª T HC n. 6.409/MA, rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 09 nov. 98, p. 0171 e STJ, 6ª T RHC n. 4.663/SP (9500289415), rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 21 set. 98, p. 00232.

A Lei n. 8.137/90, em seu art. 14, estipulava que o contribuinte ou funcionário público que promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, teria sua punibilidade extinta em relação aos crimes definidos nos arts. 1º a 3º da referida lei.

"Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

Com a vigência da Lei n. 8.383, de 30 de dezembro 1991, o art. 14 supracitado foi expressamente revogado pelo art. 98, sendo que obviamente essa alteração, por ser prejudicial ao sujeito, não-retroagiu.

Art. 98 Revogam-se o art. 44 da Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, o art. 2 da Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, o art. 5 do Decreto-Lei n. 1.060, de 21 de outubro de 1969, os arts. 13 e 14 da Lei n. 7.713, de 1988, os incisos III e IV e os §§ 1º e 2º do art. 7 e o art. 10 da Lei n. 8.023, de 1990, o inciso III e parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.134, de 27 de dezembro de 1990 e o art. 14 da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990' (grifo do autor)

Essa posição legislativa foi novamente alterada pelo art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro 1995, que restaurou a extinção da punibilidade, inclusive, devido à retroatividade da lei mais benéfica aos fatos praticados neste íterim legislativo.

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137/90 e na Lei n. 4.729/65, quando o agente promover o pagamento do tributo ou

contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

Com essa atitude legislativa, tornou-se claro que a objetividade jurídica da ação penal dos crimes de sonegação fiscal tem por interesse principal aumentar a coercitividade no recolhimento do tributo e somente secundariamente punir o infrator no âmbito penal.

No entanto, poderia ter sido adotada política legislativa diversa, que não-concedesse o favor da extinção da punibilidade, o que por certo levaria ao resultado de inibir a prática das condutas típicas dos crimes de sonegação fiscal. Política legislativa, sem dúvida, mais eficaz na proteção do Erário, se se considerar que somente uma parte das infrações fiscais ultrapassa a barreira do desconhecimento.

Em resumo, pode-se dizer que a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia vigorou de 27 (vinte e sete) de dezembro de 1990 até 30 (trinta) de dezembro de 1991, foi retroativa⁹ de 30 (trinta) de dezembro de 1991 a 26 (vinte e seis) de dezembro de 1995, data em que se tornou novamente incorporada a nosso ordenamento jurídico.

B. Momentos para extinção da punibilidade

O momento adequado para o pagamento do tributo ou contribuição social é anterior ao recebimento da denúncia, *ex vi* do art. 34 da Lei n. 9.249/95 (ou anteriormente com o art. 14 da Lei n. 8.137/90).

Neste particular, questionou-se se o pagamento do tributo posteriormente ao oferecimento da denúncia ensejaria o mesmo favor legal. O Judiciário manifestou-se negativamente em diversas oportunidades, pacificando a questão, como com as seguintes ementas.

STJ, 5ª T HC 5.632/SP (9700149412), rel. min.
Edcon Vidgal, *Diário da Justiça*, 01 set. 97 p. 40.851.

9. A retroatividade da lei restringiu-se àqueles casos em que o pagamento do tributo havia sido feito antes da denúncia, pois esse é o momento adequado para a extinção da punibilidade.

Ementa:

Penal. processual. retenção de contribuições previdenciárias. pagamento posterior ao recebimento da denúncia. extinção da punibilidade. impossibilidade. 'habeas corpus'. 1. inadmissível a extinção da punibilidade prevista na Lei n. 9.249/1995 se o pagamento atrasado das contribuições previdenciárias retidas ilegalmente for feito após o recebimento da denúncia. 2. pedido indeferido."

STJ, 3ª T MC 1190/SC (9800062858), rel. min. Felix Fischer, *Diário da Justiça*, 11 mai. 98, p. 0131.

Ementa:

"Penal e processual penal. medida cautelar criminal. condenação pelo delito previsto no art. 95, 'd' da Lei n. 8.212/91. medida provisória n. 1.571-7 de 24/10/97. parcelamento após o recebimento da denúncia. não há qualquer indicativo, no ordenamento jurídico, de que o parcelamento após o início da 'persecutio criminis in iudicio' seja causa de extinção da punibilidade. ausente, portanto, o indispensável 'fumus boni iuris', que pudesse ensejar o excepcional efeito suspensivo ao recurso especial interposto. medida cautelar indeferida."

Questão controvertida é a que diz respeito à extinção da punibilidade com o parcelamento do débito tributário, que será analisada no item seguinte.

C. Parcelamento do débito

O parcelamento de débitos para com a Fazenda Nacional é regulado basicamente pela Portaria-Conjunta n. 663/98 e pela Medida Provisória n. 1.770/99.

O art. 14 da Lei n. 8.137/90 estipulava que a extinção da punibilidade do contribuinte ou funcionário público ocorreria quando fosse promovido o pagamento do tributo ou contribuição social não recolhidos em virtude da prática de sonegação fiscal antes do recebimento da denúncia.

A redação, embora clara, gerou polêmica em torno do pagamento parcelado das referidas exações extinguirem ou-não a punibilidade.

Dentre as questões que se soergueram na doutrina e na jurisprudência, tornou-se pacífica a posição de que o parcelamento do débito, quando pago integralmente antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade. No entanto, posições contrastantes foram sustentadas quando o pagamento do parcelamento estava em curso no momento em que a denúncia era recebida ou quando era interrompido antes de a denúncia ser recebida.

Ou seja, era necessário solver se o simples deferimento do parcelamento pelo Fisco equivaleria ao pagamento referido no art. 14 da Lei n. 8.137/90, extinguindo a punibilidade do agente, ou se seria necessário o pagamento integral do parcelamento para tanto.

Antes de apresentar a solução dada a essas questões, é pertinente explicitar o procedimento do parcelamento de débitos federais dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

C1. Procedimento do parcelamento tributário federal

Como já foi colocado, as normas legais que disciplinam o procedimento do parcelamento são a Portaria-Conjunta n. 663/98 e a Medida Provisória n. 1.770/99.

A medida provisória estabelece que, ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento correspondente à primeira parcela de seu débito, calculada em virtude do montante devido e da quantidade de parcelas que pretende obter.¹⁰ Assim, se há um débito de R\$

10. Art. 11 da Medida Provisória n. 1.770/99.

1.000.000,00 (um milhão) e o número de parcelas pleiteado é de 25 (vinte e cinco), deverá ser recolhido aos cofres do Erário o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil).

Esse valor deverá ser recolhido mensalmente ao Fisco¹¹ até que o parcelamento seja deferido, sob pena de indeferimento.¹²

Concedido o parcelamento, o valor antecipado será deduzido da consolidação da dívida e, se houver divergência entre o número de parcelas pleiteadas e o de deferidas, haverá o recálculo do valor das parcelas.¹³

A rescisão do parcelamento ocorre com a falta de pagamento de duas prestações, sendo vedado o reparcelamento,¹⁴ ou quando o devedor não-formaliza dentro do prazo, se necessário, garantia fidejussória¹⁵ ou, se necessário, não a substitui ou complementa.¹⁶

Exposto o procedimento básico do parcelamento, pode-se concluir que ele somente modifica o direito de recebimento do Fisco do montante da dívida, não constituindo novação da relação jurídica, o que pode ser comprovado pelo fato de o parcelamento não-estar arrolado entre as causas extintivas da obrigação tributária.¹⁷

C2. Posições sobre o parcelamento e a extinção da punibilidade

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou que, se o parcelamento for iniciado antes do recebimento da denúncia e vier sendo cumprido regularmente até então, não há justa causa para a instauração da ação penal.¹⁸ A exemplo desse entendimento, pode-se citar a seguinte ementa:

11. Art. 11 da Medida Provisória n. 1.770/99 e art. 5º da Portaria n. 663/98.

12. Art. 6º da Portaria n. 663/98.

13. Art. 10 da Portaria n. 663/98.

14. Art. 13, par. ún. da Medida Provisória n. 1.770/99.

15. Art. 16, inc. II c/c art. 24, § 2º da Portaria n. 663/98.

16. Art. 16, inc. III c/c art. 25 da Portaria n. 663/98.

17. Art. 155 do Código Tributário Nacional.

18. STJ, 2ª T- HC n. 2.538-5/RS – rel. min. Jesus Costa Lima. *Diário da Justiça*, Seção I, 9 maio 1994 – Ementário n. 10/619.

STJ, 6ª T HC n. 6.409/MA, rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 09 nov. 98, p. 0171.

Ementa:

"A jurisprudência uniforme deste Tribunal tem proclamado o entendimento de que a concessão de pagamento parcelado de débito fiscal, deferido antes do oferecimento da denúncia, enseja a extinção da punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/95."

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça prolatou explicitamente o entendimento de que somente o parcelamento que está sendo corretamente adimplido tem o condão de extinguir a punibilidade, *in verbis*:

STJ, 5ª T RHC 6909/SP (9700740293), rel. min. José Dantas, *Diário da Justiça*, 02 mar. 98, p. 0123.

Ementa:

Extinção da punibilidade, ao dizer-se que, para esse efeito, o parcelamento do débito fiscal equivale ao pagamento, isso não se aplica no caso da inadimplência das prestações acordadas."

Em posição contrastante pronunciou-se o STF, entendendo que a comprovação regular do pagamento das primeiras parcelas tem o condão de extinguir a punibilidade, uma vez que, ao se referir a pagamento, o preceito legal não faz distinção de ser integral ou parcelado.

STF, inq. n. 763/DF, rel. min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 nov. 1994, p. 29.733.

Ementa:

o parcelamento do débito, com prova regular do pagamento das primeiras parcelas, equivale à real

promoção do pagamento, porque o próprio art. 14 não distingue se o promover é integral ou parcelado, bastando, pois tenha-se o ato concreto de pagar, e o parcelamento isso traduz, ainda que fracionado.

Data maxima venia ao entendimento do Supremo, a *ratio legis*, ao definir os crimes contra a ordem tributária, foi a de outorgar maiores garantias ao Erário para o recebimento do crédito tributário, assim não-parece sistematicamente correto admitir que o simples pagamento de algumas parcelas extinguiriam a punibilidade do devedor, que, em tese, já deveria ter recolhido a exação no prazo normal e teve todo o tempo da dilação probatória do processo administrativo para fazê-lo.

Posição teleologicamente acertada foi expressa pelo STJ, ao estabelecer que o parcelamento deverá ser interpretado como condição suspensiva da extinção da punibilidade. Neste mesmo sentido e considerando que o parcelamento, como já foi explicado, não constitui novação jurídica, mais sim simples postergação das condições de pagamento que não tem o condão de extinguir a punibilidade, o STJ teve o seguinte entendimento, expresso pela ementa abaixo:

STJ, 6ª T HC n. 7.231/DF. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, 17 fev. 99, p. 0166.

Ementa:

RHC processual penal sonegação fiscal parcelamento da dívida - extinção da punibilidade Lei n. 8.137, de 27/12/90. Lei n. 8.383, de 30/12/91 - extinção do crédito tributário (ctn, art. 156) a infração penal, como causa, gera relação jurídica entre o estado (sujeito ativo) e o agente (sujeito passivo). No crime tributário a sonegação fiscal atua como causa. O parcelamento do débito, quando permitido, repercute na relação jurídica, especificamente, no conteúdo, dado modificar o direito de recebimento do credor, em havendo parcelamento (acordo de vontades), enquanto

não vencido o prazo das prestações, o crédito não é exigível. o débito, pelo menos em parte, torna-se vincendo. o parcelamento não se confunde com a novação (esta implica substituição da relação jurídica, com mudança do devedor, do credor ou do objeto da prestação). o parcelamento, ao contrário, mantém a relação jurídica e repercute apenas nas condições do pagamento. o parcelamento não está arrolado entre as causas de extinção do crédito tributário (ctn, art. 156). impõe-se, também aqui, interpretação lógico-sistemática; invoquem-se, ademais, os princípios gerais das obrigações, o parcelamento não é causa extintiva da obrigação tributária, todavia, sendo honrado, implica pagamento, assim, obtido o parcelamento, na vigência e condições da Lei n. 8.137/90, mantém-se a relação jurídica constituída, não é afetada (decorrência do direito adquirido) pela Lei n. 8.383/91.

Em síntese, pode-se dizer que existem duas posições contrastantes: a do STJ, que entende que somente o pagamento integral do parcelamento extingue a punibilidade do agente, ficando neste ínterim suspensa a punibilidade do agente, e a do STF, que considera que o simples pagamento de algumas parcelas antes do recebimento da denúncia tem o efeito de extinguir a punibilidade do devedor.

Neste particular, acertadamente, manifesta-se a Portaria n. 1.805/98 ao preceituar que mesmo em caso de parcelamento a representação fiscal para fins penais será encaminhada ao Ministério Público Federal para que se promova a ação penal, adotando claramente a posição do STJ.

"Art. 3º (...)

II – (...)

§ 2º Parcelado o crédito tributário, serão anexadas, por cópia, à representação as peças do auto de infração comprobatórias do ilícito ou dos ilícitos nela descritos, bem como as peças relativas ao parcelamento, e, no

máximo em dez dias, será remetida pelos Delegados e Inspetores da Receita Federal ao órgão do Ministério Público competente para promover a ação penal."

4. Síntese

Ao explicitar alguns dos aspectos sobre a extinção da punibilidade em relação à prática de crimes de sonegação fiscal, pôde-se concluir que o conceito de sonegação fiscal foi definido implicitamente pela Lei n. 8.137/90, ao estabelecer quais são as condutas puníveis sob o título de crimes contra a ordem tributária, e, na esfera administrativa, a substituição do Decreto n. 982/93 pelo Decreto n. 2.730/98 aumentou a propriedade da representação fiscal para fins penais, ao diminuir seu elastério, sendo que o procedimento desta, a partir da edição da Portaria n. 1.805/98, pelo secretário da Receita Federal, se tornou mais célere e mais comprometido em atender à proteção do crédito tributário ao Erário.

Em relação à extinção da punibilidade pelo pagamento do débito pôde-se verificar que a *ratio legis* principal é aumentar o grau de coercibilidade no recolhimento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, pelo devedor e apenas secundariamente promover a ação penal.

No tocante ao parcelamento do débito como causa extintiva da punibilidade foi relevada a existência de posições jurisprudenciais divergentes, de um lado o STF, entendendo que o simples pagamento de algumas parcelas antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade, e do outro o STJ, com a posição de que somente o pagamento total das parcelas extingue a punibilidade do devedor, sendo que nesse ínterim ocorre a suspensão da punibilidade.

Em suma, foram observados alguns aspectos dos crimes de sonegação fiscal em relação à extinção da punibilidade, sem, de forma alguma, pretender esgotar a matéria.

São Paulo, junho de 1999.

5. Bibliografia.

Doutrina:

CORRÊA, Antonio (coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: RT, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 1999.

Códigos e Leis:

Código Tributário Nacional.

Jurisprudência:

STF 2º T HC n. 75.723/SP rel. min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, 06 fev. 98, p. 05.

STJ, 3ª T MC n. 1.190/SC (9800062858), rel. min. Felix Fischer, *Diário da Justiça*, 11 mai. 98, p. 0131.

STJ, 5ª T HC n. 5.632/SP (9700149412), rel. min. Edcon Vidgal, *Diário da Justiça*, 01 set. 97, p. 40.851.

STJ, 5ª T HC n. 6.338/RS (9700680479), rel. min. José Arnando da Fonseca, *Diário da Justiça*, 31 ago. 98, p. 00109.

STJ, 5ª T RHC n. 6.909/SP (9700740293), rel. min. José Dantas, *Diário da Justiça*, 02 mar. 98, p. 0123.

STJ, 6ª T HC n. 6.409/MA, rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 09 nov. 98, p. 0171.

STJ, 6ª T HC n. 6.409/MA, rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 09 nov. 98, p. 0171.

STJ, 6ª T HC n. 7.231/DF rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, 17 fev. 99, p. 0166.

STJ, 6ª T HC n. 7.231/DF. rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, 17 fev. 99, p. 0166.

STJ, 6ª T RESP 100005/CE (9600417644), rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 29 jun. 98, p. 0334.

STJ, 6ª T - RHC n. 4.663/SP (9500289415), rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 21 set. 98, p. 00232.

STJ, 6ª T RHC n. 4.663/SP (9500289415), rel. min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, 04 dez. 95, p. 42.138.

STJ, TP ADIn n. 1.571, rel. min. Neri da Silveira, *Diário da Justiça*, 25 set. 98, p. 00011.

*CONTRIBUIÇÃO ÀS
MEMÓRIAS ACADÊMICAS*

UMA ESTÓRIA PARA A HISTÓRIA

Goffredo Telles Junior

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Estávamos em 1977. Vivíamos o 13° *ano de chumbo*, em plena ditadura militar.

Havia em mim um sonho. Um sonho? O que em mim fervilhava era muito mais do que um sonho. Era um almejo ardente, um anelo dominante. Era uma idéia arrebatadora. Era um projeto: o projeto de uma proclamação desassombrada incontido desabafo de minha alma, reflexo da alma flagelada de meu País. Era uma conjectura: a conjectura de um manifesto revolucionário brado carismático por liberdade e pelo Estado de Direito.

Das Arcadas do Largo de São Francisco, do "Território Livre" da Academia de Direito de São Paulo, eu queria dirigir a todos os brasileiros minha mensagem de aniversário uma alocução veemente, que fosse uma *Proclamação de Princípios* de nossas convicções políticas.

Na Academia, éramos herdeiros de um patrimônio cultural, recebido de nossos maiores. Ao ensejo do Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil, eu ansiava por dar o testemunho para as gerações futuras de que os ideais de Liberdade e Justiça, apesar das vicissitudes daquela hora, viviam e atuavam, então como sempre, no espírito vigilante das Arcadas.

O manifesto, que então irrompia em mim, não teria a pretensão de enunciar novidade. Ele nada mais diria do que aquilo que, de uma ou outra maneira, vinha sendo ensinado, ano após ano, nos cursos normais das faculdades de Direito de meu País. Mas seria uma proclamação vibrante de nossa fidelidade aos princípios fundadores da ordem jurídica democrática. Seria a demonstração viva de nossa determinação de luta, contra a ditadura e pela volta do Estado de Direito.

Seria o manifesto de nossas convicções.

Nós estávamos convictos de que a fonte genuína da ordem pública não era a *Força*, mas o *Poder*. Para nossa consciência jurídica, o Poder *emana do povo*; era *produto da manifestação popular*. A Força era outra coisa. Era a imposição das

armas. A Força não deveria nunca ser mais do que *instrumento* a serviço do Poder. Nós denunciávamos como *ilegítimo* todo Governo fundado na Força. *Legítimo* somente o era o Governo que fosse órgão do Poder.

Para nós, *ilegítimo* era o Governo cheio de *Força* e vazio de *Poder*.

Reconhecíamos que o Chefe do Governo era o mais alto funcionário nos quadros administrativos da Nação. Mas negávamos que ele fosse o mais alto Poder de um País. Acima dele, reinava o Poder de uma idéia: reinava o Poder das convicções que inspiravam as linhas mestras da Política nacional. Reinava o senso grave da Ordem, que se achava definido na Constituição.

Proclamávamos a soberania da Constituição.

Sustentávamos que nenhum ato legislativo podia ser tido como lei superior à Constituição.

Uma lei só era *válida* se a sua elaboração obedecesse aos preceitos constitucionais, ou seja, às normas do processo legislativo. Ela só era válida se suas disposições não se opusessem ao pensamento da Constituição.

Observávamos que a Constituição também era uma lei. Mas era a Lei Magna. O que, antes de tudo, a distinguiu nitidamente das outras leis era que sua elaboração e seu mérito não se submetiam a disposições de nenhuma lei superior a ela. Aliás, não podíamos admitir como legítima lei nenhuma que lhe fosse superior.

Afirmávamos que a fonte legítima da Constituição era o Povo.

Sustentávamos, também, que só o Povo, por meio de seus representantes no Congresso Nacional, tinha competência para emendar a Constituição. Sustentávamos que as emendas na Constituição não se podiam fazer como se faziam as alterações na legislação ordinária. Na Constituição, as emendas precisavam ser apresentadas, processadas e aprovadas em conformidade com preceitos especiais, que a própria Constituição estabelecia, preceitos estes que tinham por fim conferir à Lei Magna do Povo uma estabilidade maior do que a das outras leis.

Considerávamos ilegítimas as emendas na Constituição que não fossem feitas pelo Parlamento, que não obedecessem, no encaminhamento, na votação e na promulgação, a todas as formalidades do rito que a própria Carta Magna prefixava, em disposições expressas.

Para nós, o exercício do Poder Constituinte, por autoridade que não fosse o Povo, configurava *usurpação de poder político*.

Se ao Poder Executivo fosse facultado reformar a Constituição, ou submetê-la a uma legislação discricionária, a Constituição perderia, precisamente, seu caráter *constitucional*, e passaria a ser um farrapo de papel.

No meu idealizado *Manifesto* eu proclamaria: "O Estado legítimo é o *Estado de Direito*, e o Estado de Direito é o *Estado Constitucional*"

Eu diria que o Estado de Direito é o Estado que se submete ao princípio de que *governos e governantes devem obediência à Constituição*.

Bem simples se nos afigurava este princípio, mas luminoso, porque se ergue, como barreira providencial, contra o arbítrio de vetustos e renitentes absolutismos. A ele as instituições políticas das Nações somente chegaram após um longo e acidentado percurso na História da Civilização. Sem exagero, poder-se-ia dizer que a consagração desse princípio representava uma das mais altas conquistas da cultura, na área da Política e da Ciência do Estado.

Eu lembraria, em meu *Manifesto*, que, nos países em que a cultura política já organizou o Estado de Direito, a insólita implantação do Estado de Fato ou de Exceção - do Estado em que o presidente da República volta a ser o monarca *lege solutus* - constituía um violento retrocesso no caminho da cultura. Uma vez reimplantado o Estado de Fato, a Força tornaria a governar, destronando o Poder. Então, bens supremos do espírito humano, somente alcançados após árdua caminhada da inteligência, em séculos de História, seriam simplesmente ignorados. Os valores mais altos da Justiça, os direitos mais sagrados dos homens, os processos mais elementares de defesa do que é de cada um, seriam vilipendiados, ridicularizados e até ignorados, como se nunca tivessem existido.

O que os Estados de Fato, Estados Policiais, Estados de Exceção, Sistemas de Força apregoavam era que havia Direitos que deviam ser suprimidos ou cerceados, para tornar possível a consecução dos ideais desses próprios Estados e Sistemas.

Em lugar dos *Direitos Humanos*, a que se refere a Declaração Universal das Nações Unidas, aprovada em 1948; em lugar do *habeas corpus*; em lugar do direito dos cidadãos de eleger seus governantes, esses Estados e Sistemas colocariam o que chamam de *Segurança Nacional e Desenvolvimento Econômico*.

Com as tenebrosas experiências dos Estados Totalitários europeus, nos quais o lema era, e sempre foi, *Segurança e Desenvolvimento*, aprendemos uma dura lição. Aprendemos definitivamente que, *fora do Estado de Direito*, o referido binômio pode não passar de uma cilada. *Fora do Estado de Direito*, a Segurança,

com seus órgãos de terror, é o caminho da tortura e do aviltamento humano; e o Desenvolvimento, com o malabarismo de seus cálculos, é a preparação para o descalabro econômico, para a miséria e a ruína.

No meu *Manifesto*, eu afirmaria que nós não nos deixaríamos seduzir pelo canto das sereias de quaisquer Estados de Fato. Não nos iludiríamos com a pregação da Segurança e do Desenvolvimento.

Eu afirmaria que o binômio *Segurança e Desenvolvimento* não tem o condão de transformar uma ditadura numa Democracia, um Estado de Fato num Estado de Direito.

Eu declararia *falsa* a vulgar afirmação de que o Estado de Direito e a Democracia são *a sobremesa do desenvolvimento econômico*." Eu lembraria que desenvolvimentos econômicos se fazem, às vezes, nas mais hediondas ditaduras.

Eu proclamaria que nenhum País deve esperar por seu desenvolvimento econômico, para depois implantar o Estado de Direito. Advertiria que os Sistemas, nos Estados de Fato, ficam permanentemente à espera de um maior desenvolvimento econômico, para nunca implantar o Estado de Direito.

O que nós sustentávamos nós, democratas era que o Estado de Direito é sempre *primeiro*, porque primeiro estavam os direitos e a segurança da pessoa humana. Nenhuma idéia de Segurança Nacional e de Desenvolvimento Econômico preponderava sobre a idéia de que *o Estado existe para servir o homem*.

Estávamos convictos de que a segurança dos direitos da pessoa humana era a primeira providência para garantir o verdadeiro desenvolvimento de uma Nação.

Nós queríamos segurança e desenvolvimento. Mas queríamos segurança e desenvolvimento *dentro* do Estado de Direito.

Em meio da treva cultural do Estado de Fato, eu diria em meu *Manifesto* que a chama acesa da consciência jurídica não cessava de reconhecer que não existiam, para Estado nenhum, ideais mais altos do que os da Liberdade e da Justiça.

No meu *Manifesto*, eu sustentaria que o Brasil dos ditadores não era o *nosso* Brasil. No Brasil dos ditadores, a sociedade civil estava banida da vida política da Nação. Pelos chefes do Sistema, a sociedade civil era tratada como se fosse um confuso conglomerado de ineptos, sem discernimento e sem critério, aventureiros e aproveitadores, incapazes para a vida pública, destituídos de senso moral e de idealismo cívico como se fosse uma desordenada multidão de ovelhas

negras, que precisava ser continuamente contida e sempre tangida pela inteligência soberana do sábio tutor da Nação.

No Brasil dos *anos de chumbo*, o Poder Executivo, por meio de atos arbitrários, declarou a incapacidade da sociedade civil, e decretara a sua interdição.

Pois eu queria proclamar, num claro *Manifesto*, a ilegitimidade de todo sistema político em que abismos se abrem entre a sociedade civil e o Governo.

Nós chamávamos de *ditadura* o regime em que o Governo está separado da sociedade civil. Ditadura era o regime em que a sociedade civil não elege seus Governantes e não participa do Governo. Ditadura era o regime em que o Governo governa sem o Povo. Ditadura era o regime em que o Poder não vem do Povo. Ditadura era o regime que castiga seus adversários pelo fato de serem adversários.

Ditadura era o regime que governa para nós, mas sem nós.

Eu diria no meu *Manifesto* que nós nos recusávamos, de uma vez por todas, a aceitar a falsificação dos conceitos. Para nós, a ditadura se chama *ditadura*, e a Democracia se chama *Democracia*.

Os governantes que davam o nome de Democracia à ditadura nunca nos enganaram e não nos enganarão. Nós sabíamos que eles estavam atirando, sobre os ombros do povo, um manto de irrisão.

*

Em abril de 1977, a Congregação dos Professores da Faculdade de Direito de Bauru me convidou para proferir, naquela Escola, uma aula sobre os *Direitos Humanos* e sobre a ordem jurídica numa Democracia. Atendendo ao solicitado, ali pronunciei, em 19 de abril, uma dissertação sobre "*O Legal e o Legítimo, no Direito do Brasil atual*". À luz desses dois conceitos, conduzi minha dissertação para a análise da representação política na obra legislativa, e para a crítica das aberrações da ditadura. Lembro-me de haver dito que "os Atos Institucionais eram o *pé-de-cabra* para o arrombamento das estruturas constitucionais da Nação"

Em princípios de maio, Maria Eugenia e eu recebemos, de surpresa, em nosso escritório, a encantadora visita de Samuel Wainer.

Eu o conhecia pessoalmente, desde meu tempo de deputado. Em verdade, eu o conhecia desde o tempo do Estado Novo, de Getúlio Vargas, ocasião em que ele criara, com o patrocínio do presidente, o grande jornal popular *Última*

Hora. De longe, acompanhei sua trajetória de jornalista. Eu o tinha como um dos maiores repórteres de toda a História do Brasil.

Em novembro de 1975, Wainer fundou o semanário *Aqui São Paulo*, a cuja consolidação ele vinha dedicando o melhor de seus dias. Foi em nome desse jornal que ele veio conversar conosco.

O que ele queria, fundamentalmente, era inteirar-se dos motivos verdadeiros, do autêntico sentido da sublevação dos estudantes em nossa terra. Ele queria certificar-se das idéias da mocidade, e da revolução institucional que os estudantes desejavam. Bem informado sobre a atuação da Academia do Largo de São Francisco, disse-me que ele desejava conhecer a minha interpretação dos fatos, e solicitou-me uma completa e sincera entrevista, sobre o momentoso assunto.

Duas vezes, Wainer voltou ao nosso escritório, e eu lhe concedi uma longa entrevista, que ele publicou, com grande destaque, em seu vibrante semanário, na edição do dia 18 de maio de 1977.

Por coincidência, nesse mesmo dia 18, a partir das dez horas da noite, a Polícia cercou a Cidade Universitária da USP o Largo de São Francisco e as áreas circunvizinhas da Pontifícia Universidade Católica. O objetivo dessa operação era impedir as manifestações programadas para o dia seguinte.

Estive no nosso Largo, ao fim da tarde. O *Centro Acadêmico XI de Agosto* havia planejado uma *Noite de Vigília*, na Faculdade de Direito, como preparação do *Dia Nacional de Protesto*. Lembro-me de meu desconsolo, ao encontrar fechadas as portas de minha Faculdade. A medida inusitada havia sido ordenada pelo diretor, de acordo com a advertência do Sr. Erasmo Dias, secretário da Segurança.

Em pleno Largo, diante do portão trancado, eu disse aos jornalistas: *"Quero deixar claro que sempre estarei ao lado daqueles que batalham pelo Estado de Direito. Eu gostaria de ver a volta de meu País à Democracia. Estou com os estudantes. O que os estudantes querem é o respeito à Constituição; é o predomínio da lei, do Direito e da Justiça. O que eles querem é simplesmente a ordem, mas a ordem no Estado de Direito. Para eles, os subversivos são, precisamente, aqueles que violam a Constituição"*

Os jornais do dia 19 publicaram as minhas declarações. Publicaram, igualmente, as palavras de Dom Paulo Evaristo Arns, pronunciadas logo após a missa em comemoração do Dia Mundial das Comunicações Sociais: *Acredito que todo brasileiro de bom senso*" disse o cardeal *"defenda os quatro pontos cardiais*

do movimento estudantil que são: libertação dos colegas e operários presos, fim das torturas e prisões arbitrárias, anistia geral e liberdades democráticas:

Sobre o aparato de guerra, exibido pelo Governo, naquela noite e no dia seguinte, para impedir as manifestações dos estudantes, vários deputados se pronunciaram com indignação.

Meu amigo Israel Dias Novaes, deputado da bancada oposicionista de São Paulo, disse: "*Causa espanto que o simples anúncio da concentração de estudantes alarme o Poder e o ponha em pé-de-guerra, com a mobilização de policiais militares, tanques e caminhões blindados*"

O deputado Aírton Soares afirmou: "*Os manifestantes universitários têm o direito de se reunir em praça pública, democrática e pacificamente, e de exibir faixas e cartazes que reproduzam os motivos de sua manifestação e as suas reivindicações*"

Odacyr Klein, deputado gaúcho, observou: "*Efetivamente, parece que o Governo não entende a Nação. Ele quer ser o dono da verdade. Na sua concepção, todos que a ele se oponham são inimigos do Brasil, elementos radicais da desordem*"

Naquela noite de 19 de maio, os senadores Paulo Brossard e Teotônio Vilela vieram à Faculdade, e ali pronunciaram luminosas conferências.

Reverendo as anotações de meu canhenho, recorro que repórteres do *Jornal do Brasil* estiveram no meu escritório várias vezes, nos dias subsequentes. Conservo em arquivo as entrevistas concedidas. E verifico que, instado pelos jornalistas, cheguei a lhes confessar, nessa ocasião, o sonho de meu *Manifesto à Nação*, em defesa das liberdades democráticas e do ideal de *convocação da Assembléia Nacional Constituinte*, para a *restauração do Estado de Direito* em meu País.

No dia 27 de maio, à noite, recebi, por telefone, uma notícia inesperada e grata. Fui informado de que o Conselho Seccional da OAB havia aprovado, na reunião da tarde, um voto de louvor aos professores Dalmo de Abreu Dallari, Miguel Reale Junior e a mim, "*por tudo que esses mestres têm feito em favor da livre manifestação do pensamento e da Democracia*"

O voto de apoio e solidariedade, declarado por meus colegas da Ordem quero dizê-lo agora, com franqueza calhou, de fato, naquela hora de riscos e insegurança. Fez-me grande bem, causou-me alegria, e muito penhorado fiquei pela manifestação.

Nesse mesmo dia 27 a Nação havia sofrido mais um golpe da ditadura. O ministro da Justiça, em Portaria publicada no *Diário Oficial*, submeteu toda a futura importação de livros e periódicos à *censura prévia* do Departamento da Polícia Federal. Somente poderiam entrar no Brasil decretava a Portaria aquelas obras que "não fossem ofensivas à moral e aos bons costumes, ou à ordem pública"

O absurdo, o surrealismo, o arbítrio dessa medida causaram indignação e revolta, em todos os meios intelectuais do País. *A Portaria fecha as janelas da dinâmica do conhecimento, que não tem fronteiras nacionais*" escreveu a professora Cremilda Medina, em longo artigo, no jornal *O Estado de S. Paulo*. Os jornais, o rádio, a TV todos os meios de comunicação, numa impressionante unanimidade, revelaram a inconformação e o protesto dos que eram responsáveis pela difusão da cultura no Brasil.

Manifestaram-se imediatamente contra o ato obsolecente e atrabiliário da ditadura os professores Antonio Candido e Octavio Ianni (da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas), Rui Aguiar da Silva Leme (da Faculdade de Economia), Cândido Procópio (do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento-CEBRAP), Sérgio Buarque de Holanda (da Faculdade de História) e muitos outros.

Os reitores da USP e da PUC - professores Orlando Paiva e Nadir Kfoury - envidaram esforços para livrar os professores, os Departamentos e os estudantes de suas Universidades dos rigores da Portaria. Obviamente, nada conseguiram.

O professor Antonio Cândido lançou a pergunta: "*Qual a qualificação desses elementos da polícia para discriminar as obras que podem e as que não podem ingressar no País?*"

A professora Nadir Kfoury afirmou: "*Em princípio, a censura parte do princípio da menoridade de um povo. (...) Não consigo imaginar como um censor possa ter mais discernimento que o cientista, o jurista, o poeta ou o artista*"

O professor Cândido Procópio disse que, no seu entender, "*aquela censura configurava, de forma flagrante, a tutela que o Estado queria exercer sobre uma sociedade considerada mentecapta, incapaz de se gerir, incapaz de optar por caminhos morais e intelectuais*"

*

Estávamos mergulhados nessa onda de desgosto, quando Maria Eugenia e eu fomos convidados para um almoço.

O bom telefonema do amigo Flavio Bierrenbach nos causou dois sentimentos: o primeiro, de satisfação; o segundo, de curiosidade. Pressentimos que algo se estava tramando. Flavio informou que ele falava, naquele momento, em nome de um grupo de colegas, mas se escusou, delicadamente, de revelar o motivo do almoço. Devo confessar que ficamos intrigados, com o tom de mistério que marcou o amável convite.

O almoço se realizou no restaurante do Círculo Italiano, no Edifício Itália, da Avenida São Luiz. Dela participaram cinco advogados: Flavio Bierrenbach, José Carlos Dias, Almino Affonso, Maria Eugenia e eu. A refeição transcorreu normalmente, como acontece nas reuniões de velhos amigos, colegas de profissão, que marcaram encontro, para matar saudades, em torno da mesa, ao meio dia.

Nada de novo, nada, nada se disse, nada que, de qualquer maneira, pudesse aplacar minha curiosidade até a hora da sobremesa, quando José Carlos Dias tomou um ar solene, pediu a atenção de todos, e declarou que ele e seus dois colegas, Flavio e Almino, ali estavam em missão.

Senti o coração bater no peito.

Disse José Carlos que um grupo de advogados filhos da Academia do Largo de São Francisco havia tomado a deliberação de deixar, num documento sacramentado, a expressão de seu repúdio ao regime de arbítrio e prepotência, que, durante quatorze anos, vinha infelicitando a Nação. Formados nas tradições das Arcadas, esses colegas queriam tornar impossível a suposição de que seu silêncio sobre a ditadura pudesse algum dia ser interpretado como conivência com o absolutismo. Ao ensejo do Sesquicentenário da Academia, o que queriam era proclamar, numa inequívoca *Mensagem aos brasileiros*, sua inabalável fidelidade aos ideais da Liberdade, da Democracia e do Estado de Direito. E, por intermédio da embaixada, que ali se encontrava, em torno daquela mesa, vinham solicitar que eu redigisse o documento.

Que emoção, meu Deus! Que enorme emoção se apossou de mim, ao ouvir essas palavras! Que emoção senti, ao tomar ciência de que os filhos da Academia ansiavam por um Manifesto de nossas convicções! Que sobressalto d'alma experimentei, ao receber a incumbência que acabava de me ser dada! Aquele pedido se casava, maravilhosamente, com o projeto que fervilhava em meu espírito. Isto, informei com calor, aos três amigos. E acrescentei que aquela obra, por nós idealizada, eu me comprometia a elaborar, com todas as veras de meu ser.

Flavio Bierrenbach nos comunicou que, embora não presentes ao almoço, também pertenciam à embaixada os colegas Ignácio Botelho de Mesquita, José Gregori e Cantidio Salvador Filardi. Nesse grupo, incluiu-se, dias depois, meu amigo de todos os tempos, André Franco Montoro. Ao saber do projeto, ele imediatamente se pôs em contato comigo, fazendo preciosas sugestões para o nosso *Manifesto*.

*

O MDB (Movimento Democrático Brasileiro), o grande Partido da oposição, realizava, naquela ocasião, um "Ciclo de Jornadas Democráticas". Deste certame, participei em 3 de junho, com uma conferência intitulada "*Restauração do Estado de Direito*". Lembro-me de haver dito, nesse pronunciamento: "*Glória nossa é ser chamado de subversivos e desordeiros, pois assim é que são apelidados os defensores da ordem constitucional e do Estado de Direito. Grande ironia era chamar de defensores da ordem precisamente aqueles que violam a Constituição*".

Em seu número de 6 de junho de 1977, a revista *Visão*, numa vasta reportagem, reproduziu algumas de minhas idéias sobre a situação política brasileira.

Naquele dia, precisamente, compareci no Centro de Atualização Cultural, a convite de sua diretora, a professora Maria Helena Gouveia, entidade onde a reportagem da *Visão* foi muito comentada, mas onde fiz uma exposição sobre outro assunto. Discorri sobre '*As molas do comportamento humano, à luz das últimas descobertas da Biologia*'.

No dia seguinte, gravei para a Rede Globo de Televisão uma entrevista sobre a almejada volta do Brasil ao Estado de Direito.

Em 8 de junho, uma grande alegria! Os bacharelados de minha Faculdade me elegeram *patrono* de sua turma. À turma, os estudantes deram o nome "*Senador Paulo Brossard*". Para paraninfo, escolheram o professor Modesto de Souza Barros Carvalhosa.

*

No dia 12 de junho de 1977, encontrei, surpreso, no *Folhetim*, caderno da *Folha de S. Paulo*, uma nota intitulada "*O cravo retribuído*". Estava assinada pela escritora Helena Silveira, a famosa cronista do jornal.

Rezava a nota:

"Certa feita, achava-me internada no hospital, aguardando uma intervenção cirúrgica. Não seria operação grave, mas de certa forma, eu estava

preocupada diante do incógnito. Apreensiva, eu aguardava a enfermeira para apagar as luzes e me ajudar a passar a noite, a fim de enfrentar o dia seguinte. Foi quando ouvi baterem à porta. Surgiu, então, na entrada do quarto, o Prof. Goffredo, com um cravo vermelho na mão. Sem palavra, estendeu-me a flor. Levou um dedo aos lábios, indicando que eu não devia falar. Depois, saiu, tão silencioso como quando chegou. Saiu para a noite, estando feita sua dádiva de vida e esperança.

Hoje, anos passados, leio na imprensa as palavras altivas de meu amigo, pronunciadas sob as históricas Arcadas. A mocidade está presa a seu verbo. Ele aponta para o amanhã, um amanhã muito mais vasto do que o meu amanhã particular daquela noite de hospital.

Então, ainda comovida, meu Professor, quero retribuir-lhe o cravo.

Estendo-o por cima desta página do Folhetim. Inflamado, rubro, o cravo é um incêndio na ponta de meus dedos. Tome-o Professor. Ele é seu"

*

O dia 15 de junho de 1977, foi, para os estudantes de todo o Brasil, o *Dia Nacional de Luto*" Já o descrevi em outro depoimento.

As brutais violências praticadas, nesse dia, contra os estudantes e contra o edifício da Academia produziram em mim um sentimento de horror e revolta, que eu não sabia mais conter. Escrevi ao diretor da Faculdade uma carta-denúncia, datada de 21 de junho, relatando fatos por mim testemunhados, rogando imediatas providências da Congregação. Assinaram-na comigo os professores Dalmo de Abreu Dallari, Fábio Konder Comparato, Ignácio Botelho de Mesquita e Antonio Roberto Sampaio Dória.

Em 27 de junho, o deputado Alencar Furtado, do MDB, pronunciou um discurso intrépido. De seu texto integral, tomei conhecimento pelo ótimo noticiário do *Jornal da Tarde*, do dia 1º de julho. "*Que a nossa fala inicia!*" disse o parlamentar "*seja uma homenagem aos companheiros que ficaram pelos caminhos da luta, injustiçados pelas cassações, pela suspensão de direitos, pela prisão ou pelo exílio. (...) É abominável o sistema em que a lei se torna instrumento do capricho dos dominadores. Nas autocracias, a lei existe para servir à força, e a força nem sempre existe para servir à lei. Desgraçadamente, acredita-se mais na força do que na lei. Mais no AI-5 do que no Poder Judiciário. (...) É insuportável, mais de uma década de arbítrio. O governo, fugindo da democracia, procura perpetuar-se no poder. (...) A legislação excepcional esbulhou o império da*

legalidade, elegendo o árbitro. O regime abastardou a lei, vulnerou a intangibilidade do Judiciário, quebrantou o Legislativo, e colocou os dirigentes acima da Constituição, que, por sua vez, foi submetida aos caprichos dos Atos Institucionais. (...) O terror tornou-se árbitro do sistema. (...) O que queremos é a inviolabilidade dos direitos da pessoa humana, para que não haja lares em pranto, filhos órfãos de pais vivos, quem sabe mortos, talvez; órfãos do talvez ou do quem sabe. Para que não haja esposas que enviúvem com maridos vivos, quem sabe mortos, talvez; viúvas do talvez ou do quem sabe. (...) Há uma angústia nacional. Há uma ânsia de voltar a ser o que realmente somos. A vontade popular não pode mais ser represada, nem a liberdade ser condicionada pelo poder. Preparemo-nos, portanto, para lutar pela abertura democrática. A Nação como está não pode prosseguir. Chegou a hora de nós nos encontrarmos novamente. Este é o instante da libertação. Façamos um esforço comum pela Democracia. Não há quem resista aos apelos do povo. Não há quem desatenda aos clamores da Nação. Basta! Está é a hora do encontro nacional numa Assembléia Nacional Constituinte'

*

Em 30 de junho, num ambiente carregado de apreensões, a Congregação dos professores de minha Faculdade se reuniu, para debater a legalidade e o mérito do *Pacote de Abril'* conjunto de decretos autocráticos, baixados pelo ditador.

Nessa ocasião, procedi à leitura da carta-denúncia, que eu havia enviado ao diretor da Faculdade. Incontinenti, a Congregação aprovou, unanimemente, uma declaração de *"repúdio às arbitrariedades da polícia, durante as concentrações estudantis"*

Depois... naquela mesma sessão, seguiu-se um longo e árduo debate, sobre as reformas constitucionais, decretadas pelo general presidente da República... Afinal, de tudo quanto ali se discutiu, o que realmente ficou foi a decisão, tomada por maioria de votos, de que *"a Congregação da Faculdade de Direito da USP não mais se reunirá para fixar posições ante fatos de caráter político"*

Lembro-me de que deixei, silenciosamente, a Sala da Congregação. Saí com o coração pesado. Fui ao Pátio, meu Pátio, meu jardim de pedra. Passeei lentamente por entre as Arcadas. Senti saudade, uma infinita saudade, do professor Braz Arruda. Acudiu-me à memória sua advertência sobre a missão histórica de nossa Academia. *"Não se esqueça!"* recomendou ele. De pé, diante do Monumento dos Heróis, soltei para o céu um urro de desabafo. Percebi que dois estudantes,

muito sérios, olhos esbugalhados, me fitavam. Pensaram, certamente, que o velho professor enlouquecera.

Mas, não. Eu não enlouquecera. Nessa mesma noite, atendi, depois do jantar, a diversos jornalistas. *O Estado de S. Paulo*, a *Folha de S. Paulo*, o *Jornal do Brasil*, todos, no dia seguinte, noticiaram minha carta e meu voto na Congregação. A *Folha* do dia 4 e o *Estado* do dia 6 voltaram ao mesmo assunto.

*

O que nós não sabíamos era que, naquele exato dia da Congregação 30 de junho de 1977 o general presidente da República cassara Alencar Furtado: cassara o mandato eletivo, e suspendera por dez anos os direitos políticos do líder da oposição no Brasil!

Ante a Nação estarrecida, o presidente chamou seus adversários de "*demagogos, hipócritas, irresponsáveis, perturbadores da ordem, pregoeiros da discórdia, arautos da intriga, vivandeiros impenitentes, eternos cassandras, derrotistas e subversivos*"

E, no dia 26 de julho, "considerando que as distorções das finalidades dos congressos e sessões públicas de que trata a Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971, resultaram em atos de contestação ao regime instituído pela Revolução de 31 de março de 1964; considerando que cabe ao presidente da República adotar as medidas necessárias à defesa da Revolução" o general presidente proibiu, pelo Ato Complementar n. 104, a promoção de congressos ou sessões públicas para a difusão dos programas de partidos, assim como a sua transmissão pelo rádio e televisão.

Então, o que vimos foi a reafirmação oficial de que toda contestação ao regime em vigor era definida como *crime* contra a ordem instituída. O que vimos, para nosso escândalo, foi que o general se promovera, definitivamente, a detentor do monopólio da ciência política e do civismo dos brasileiros.

*

Pois bem, nós queríamos proclamar nossa insurreição contra essa tutela, esse arbítrio.

Nós sabíamos que o que dá sentido ao desenvolvimento nacional, o que confere legitimidade às reformas sociais, o que dá autenticidade às renovações do Direito, são as livres manifestações do povo, nas urnas ou na praça pública, ou em seus órgãos de classe, nos diversos ambientes da vida.

Nós sustentávamos que quem devia planejar e propulsionar o desenvolvimento era o povo, ou os eleitos pelo povo o povo organizado, mas livre,

porque ele é que era a fonte do Poder; ele é que tinha competência, mais do que ninguém, para defender seus interesses e seus direitos.

Sustentávamos que uma Nação desenvolvida era uma Nação que podia manifestar, e fazer sentir, a sua vontade. Era uma Nação com organização popular, com sindicatos autônomos, com centros de debate, com partidos autênticos, com veículos de livre informação. Era uma Nação em que o povo escolhe seus dirigentes, e tem meios de introduzir sua vontade nas deliberações governamentais. Era uma Nação em que se acham abertos os amplos e francos canais de comunicação entre a sociedade civil e o Governo.

Não víamos que razões podiam existir para que comandantes das Forças Armadas continuassem a proferir ameaças contra civis, e a dizer, aos políticos e aos cidadãos em geral, como se deviam comportar. Não víamos o motivo pelo qual os militares, por mais ilustres que fossem, haveriam de ser considerados os melhores cidadãos do País. Que títulos ostentavam os militares para que pudessem ser tidos como a mais alta expressão da sabedoria política e do civismo? Além da força de suas armas, que possuíam eles para que lhes pudessem advir um Poder incontestável?

Aliás, durante os longos treze *anos de chumbo*, o que presenciamos no Brasil foi o suceder ininterrupto de violências inauditas, praticadas pelas autoridades, contra pessoas e direitos.

Vimos eminentíssimos brasileiros serem vítimas de sanções arbitrárias. Vimos cientistas eméritos serem banidos, discricionariamente, de nossa Terra. Vimos punições serem aplicadas sem audiência dos acusados. Vimos seqüestros, torturas, assassinatos, praticados nas masmorras dos chamados órgãos de segurança. Vimos brasileiros desaparecerem da face da Terra, sem deixar vestígio do que lhes teria acontecido. Vimos o povo despojado do direito de escolher seus governantes, e assistimos ao fracasso de interventores e governantes nomeados. Vimos leigos elaborar charadas, que receberam o augusto nome de *leis*. Vimos o descalabro a que conduziram sucessivos e mirabolantes projetos, produzidos nas clausuras tecnocráticas da ditadura. Vimos improvisações apressadas causarem mal-estar e ruína, nas áreas da economia nacional. Vimos a inflação galopante flagelar o trabalhador, e ser tratada pelo ministro da Fazenda como "*inflação pra xuxu*" Vimos a corrupção desbragada proliferar livremente. Vimos o voto judicioso da oposição no Congresso Nacional ser acusado de exercício da "*ditadura minoritária*" Vimos um churrilho de mentiras, usado para justificar uma inapta reforma do Poder

Judiciário. Vimos o Parlamento ser fechado, para permitir o enxerto atrabiliário de emendas na Constituição.

"*Basta!*" exclamou Alencar Furtado. *Basta!*, exclamávamos nós.

O que queríamos era *ordem*. O que queríamos era uma ordem que consagrasse o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembléia Nacional Constituinte; o direito de não ver ninguém jamais submetido a disposições de Atos do Poder Executivo, contrárias aos preceitos e ao espírito da Constituição; o direito de ter um Governo em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possam cumprir sua missão com independência, sem medo de represálias e castigos do Poder Executivo; o direito de ter um Poder Executivo limitado pelas normas da Constituição soberana; o direito de escolher, em pleitos democráticos, seus governantes e legisladores; o direito de ser eleito governante ou legislador, e o de ocupar cargos na administração pública; o direito de se fazer ouvir pelos Poderes Públicos, e de introduzir seu pensamento nas decisões do Governo; o direito à liberdade justa, que é o direito de fazer ou de não-fazer o que a lei não proíbe; o direito à igualdade perante a lei, que é o direito de cada um de receber o que a cada um pertence; o direito à intimidade e à inviolabilidade do domicílio; o direito à propriedade honesta e o de conservá-la; o direito de organizar livremente sindicatos de trabalhadores, para que estes possam lutar em defesa de seus interesses; o direito à presunção de inocência, dos que não forem declarados culpados, em processo regular; o direito de imediata e ampla defesa dos que forem acusados de ter praticado ato ilícito; o direito de não ser preso, fora dos casos previstos em lei; o direito de não ser mantido preso, em regime de incomunicabilidade, fora dos casos da lei; o direito de não ser condenado a nenhuma pena que a lei não haja cominado antes do delito; o direito de nunca ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; o direito de pedir a manifestação do Poder Judiciário, sempre que houver interesse legítimo de alguém; o direito irrestrito de impetrar *habeas corpus*; o direito de ter juízes e tribunais independentes, com prerrogativas que os tornem refratários a injunções de qualquer ordem; o direito de ter uma imprensa livre; o direito de fruir das obras de arte e cultura, sem cortes ou restrições; o direito de exprimir o pensamento, sem qualquer censura, ressalvadas as penas legalmente previstas, para os crimes de calúnia, difamação e injúria; o direito de resposta; o direito de reunião e associação.

Tais direitos são valores soberanos. São ideais que inspiram as ordenações jurídicas das nações verdadeiramente civilizadas. São princípios informadores do *Estado de Direito*.

Sim, o que queríamos era *ordem*. Mas a ordem que queríamos era a *ordem do Estado de Direito*.

A consciência jurídica do Brasil queria uma coisa só: *o Estado de Direito já*.

*

Foi numa noite de julho daquele ano de 1977. Foi numa ante-manhã de inverno. Era cedo, muito cedo, eu ainda não ouvira o relógio da sala bater as cinco horas. As pombas da alta-madrugada não haviam ainda chegado ao beiral de minha janela.

Silêncio no estúdio o grande silêncio fecundo, das horas que antecedem o nascer do dia.

Sentei-me à velha mesa, arredei livros, arredei papéis. Na minha frente, a folha branca, imaculada.

Senti o leve roçar da asa do Anjo na minha cabeça.

Peguei do lápis e, lentamente, escrevi no alto da página:

"Carta aos Brasileiros"

São Paulo, agosto de 1999.

A FOLHA DOBRADA DE GOFFREDO TELLES JUNIOR

Celso Lafer

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

"*A sede da alma está na memória*" dizia Santo Agostinho, numa frase que Hannah Arendt costumava citar. É com base nesta frase que começo dizendo que é a alma do Professor Goffredo que se revela nestas suas lembranças recolhidas em *A Folha Dobrada*, cujo lançamento estamos muito apropriadamente celebrando na sua companhia, aqui na Faculdade. Digo muito apropriadamente porque a Faculdade é a sua Casa (p. 400) e a sede mobilizadora do *perfazer* de sua vida e do seu destino, para valer-me de um verbo que, segundo a sua lição, exprime a lei do mundo (p. 638).

Na sua tese de livre-docência de *Introdução à Ciência do Direito* (1940), o Professor Goffredo, com a sua constante preocupação com o rigor e a clareza, observa que a palavra Direito designa três conceitos diversos. Designa uma determinada espécie de normas, as chamadas normas jurídicas (o Direito Objetivo). Designa, igualmente, uma determinada espécie de permissões, as chamadas permissões jurídicas (o Direito Subjetivo) e designa finalmente a qualidade do justo (p. 172).

Como professor de *Introdução*, o Professor Goffredo cuidou com todo empenho dos três conceitos mas sempre salientou para os seus alunos - entre os quais tenho a alegria de incluir-me a qualidade do justo. A sua lição recorrente, no correr dos anos, foi a lição do Direito como "*guia para a liberdade e a Justiça*" (p. 70) e, portanto, como escola de cidadania. Ele nos ensinou, assim, a importância de "*cultivar rosas em nosso pátio de pedra*" para socorrer-me de suas palavras sobre Spencer Vampré, seu antecessor na cátedra de *Introdução* e também, como ele, sábio guardião das *Memórias*, e portanto da alma da nossa Academia. Por isso ele foi e é não o professor de *Introdução* mas o mestre da *Iniciação ao Direito*.

A palavra iniciação é uma palavra carregada de sentido. Eu a emprego pensando no que dizia Políbio, quando apontou que em todo assunto a principal preocupação deve ser a de bem começar. Por esta razão, afirmava Políbio, o começo

não é apenas a metade do todo mas entranha-se no fim (Políbio, *História*, V. 32). É a hierarquia da Ética, da Justiça e da Liberdade a lição que o Professor Goffredo soube inserir e entranhar na sensibilidade das sucessivas gerações dos seus alunos.

Como conseguiu ele levar adiante esta tarefa de iniciação? Através de suas aulas aulas ideais nas quais sabia "acordar o aluno, ou seja, abrir-lhe os olhos para um assunto que merece a sua atenção" e "acender-lhe no espírito, acentelha do interesse" (p. 75). A boa aula, ensina o Professor Goffredo no capítulo V. requer "conhecimento do assunto, simplicidade de exposição e amor aos estudantes" (p. 76). O seu magistério reúne estas três virtudes e as suas aulas sempre foram "o sumo límpido da longa destilação de um pensamento" (p. 76). *Elas têm a beleza da obra-de-arte posto que associam a 'eloquência' desativada, provida do sal de uma emoção*" (p. 76). Daí a onda de calor humano que perpassa a sala de aula com a presença do Professor Goffredo. Daí a sua comunhão com os estudantes e o poder persuasivo da sua mensagem de compreensão e de entendimento entre os seres do mundo que têm como horizonte a ordem jurídica como disciplina da convivência e garantia de liberdade (p. 70). Este recado generoso e sincero de um homem de bem, que ama o Direito e nele vê a sua natureza informativa, instrutiva, conselheira e pedagógica (p. 76) os seus alunos sempre perceberam. Por isso, como ele diz sobre o feitio do seu relacionamento com o corpo discente da Faculdade, escrevendo sobre uma fase atormentada de sua vida, numa das mais belas passagens de *A Folha Dobrada*: "O respeito e o carinho com que me envolviam eram o manto com que me aqueciam" (p. 179).

A relação entre ordem e liberdade é o tema por excelência do percurso intelectual do Professor Goffredo. É a interrogação que o acompanha desde a sua juventude (p. 283). Ele vem meditando sobre esta relação no atento estudo dos grandes pensadores da Filosofia, do Direito, da Política e da Ciência. Ele vem confrontando as suas percepções e conclusões levando em conta a sua experiência de vida e a de sua família, a sua atividade profissional de advogado, a sua atuação política e parlamentar e o seu conhecimento do Brasil. *A Folha Dobrada* é, neste sentido, não apenas um livro de lembranças e memórias de uma vida rica e interessante, inserida no cenário político e cultural do nosso País dos anos 20 até nossos dias, mas um *Memorial* das razões do seu pensar e do seu agir, admiravelmente bem-escrito. Escrito por quem priva da intimidade das palavras e sabe, na linha de um estudo de Maupassant sobre Flaubert, que: "as palavras têm

alma. É preciso encontrar essa alma, que aparece em contato com outras palavras, e que estala e ilumina certos livros, com uma luz desconhecida" (p. 43).

Qual é, na História das idéias do Brasil, a família intelectual do Professor Goffredo? É, no meu entender, para valer-me da reflexão de Antonio Candido, a do *radicalismo*, ou seja, a do conjunto de idéias e atitudes que no País formam um contrapeso ao movimento conservador, porque é um modo progressista de reagir ao estímulo dos problemas sociais prementes, em oposição ao modo conservador. Gerado, como diz Antonio Candido, na classe média e nos setores esclarecidos das classes dominantes, como é o caso de Joaquim Nabuco, representa um fermento transformador. Este tem o potencial de ampliar o nível da consciência política do povo e de ser um agente do possível mais avançado (cf. Antonio Candido, *Radicalismos, Estudos Avançados* 4/8 jan./abril 1990, pp. 4-5).

Esta presença do povo na ação e na meditação do Professor Goffredo revela-se na sua preocupação constante com a representação política e nos modos de assegurar a permanente penetração e influência da vontade dos governados nas decisões dos governantes. O momento mais alto desta preocupação, no qual se associaram ação e reflexão, *virtù e fortuna* foi o da *Carta aos Brasileiros*, de 1977. lida no pátio das nossas Arcadas, que catalisou, no País, a consciência do imperativo da restauração do Estado de Direito e anunciou a inapelável erosão do regime autoritário implantado em 1964.

Nós somos, diria concluindo, uma Faculdade que tem tradição: tradição que é um fio condutor que nos liga ao passado para, no presente, entender o significado da mudança e, deste modo, preparar o futuro. Qual é, na nossa tradição e no nosso passado, o fio condutor - o elo representativo -, a que o Professor Goffredo dá continuidade? Penso que é José Bonifácio, o moço, grande figura da Faculdade no século XIX o único professor da nossa Academia que tem a sua presença assinalada por uma estátua que nos recebe com braços abertos na entrada do nosso prédio, das nossas Arcadas.

José Bonifácio, o moço, também pode ser qualificado como uma personalidade de cariz radical, na acepção de Antonio Candido, pois a idéia de participação popular - das "massas ativas da população"- foi uma constante do seu pensamento, como aponta Francisco de Assis Barbosa no estudo introdutório do seu perfil parlamentar de deputado e senador no Legislativo do Império (cf. José Bonifácio, o moço, *Discursos Parlamentares*, sel. e introd. de Francisco de Assis Barbosa, Brasília, Câmara dos Deputados, 1979, p. 21). Era, como relataram

Joaquim Serra e Joaquim Nabuco, um orador que arrebatava pela palavra associada à probidade do caráter (cf. Spencer Vampré, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, S. Paulo, Saraiva, 1924, v. II, pp. 20 e 24). Magnetizava os seus alunos na admiração e no êxtase com o sopro de sua inspiração, como disse Ruy Barbosa, dando um testemunho do que foi o seu magistério (Spencer Vampré, *op. cit.*, v. II p. 21). “Era amável e cavalheiro no trato com os alunos” como registra Almeida Nogueira em *Tradições e Reminiscências* (Segunda série S. Paulo, 1907, p. 178). Lidou com a sociedade do seu tempo, nas palavras de Ruy Barbosa, “pela eloquência na tribuna; pela mocidade, na cátedra; pela controvérsia, na imprensa; pela política, no parlamento” (cf. Spencer Vampré, *op. cit.*, v. II, p. 26). Assim também o Professor Goffredo vem lidando com a sociedade do nosso tempo com a luminosidade de sua presença, à qual *A Folha Dobrada* dá um acesso privilegiado.

São Paulo, setembro de 1999.

SAUDAÇÃO AO PROFESSOR GOFFREDO TELLES JUNIOR
POR OCASIÃO DO LANÇAMENTO DE SEU LIVRO
A FOLHA DOBRADA LEMBRANÇAS DE UM ESTUDANTE

Fábio Konder Comparato

Professor Titular do Departamento de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nos 172 anos de existência desta Faculdade, na seqüência ininterrupta de tantas gerações de docentes que aqui se sucederam, nenhum deles por certo amou-a mais entranhadamente do que o Professor que ora homenageamos. "*Desde o momento em que iniciei meu curso de Direito, e durante toda a minha vida*" diz ele em seu livro de memórias (p. 74), "*a Faculdade tem sido o prolongamento de minha casa*" "*Eu ainda era estudante, no terceiro ano do curso*" relembra em outra passagem (p. 400), "*quando pressenti que aquela Faculdade haveria de ser, perenemente, a minha Casa, minha Escola, minha eterna Academia. Adivinhei que dela eu não me separaria jamais*"

Em verdade, o Professor Goffredo não se separou jamais do coração daqueles que sempre constituíram a alma da Academia: os estudantes. São eles a sua finalidade única e a sua razão de ser. Nós outros, professores, existimos unicamente para servir os alunos. Não valemos senão pelo que podemos e sabemos oferecer de ciência e, sobretudo, de consciência aos nossos estudantes. Por isso, a prevaricação maior do docente consiste em servir-se de sua nobilíssima função em proveito próprio, no granjeio de vantagens pessoais ou, o que é bem pior, para incremento de seu patrimônio. A desmoralização definitiva dos sofistas, na Grécia clássica, proveio justamente dessa inversão ou perversão da atividade docente: eles se revelaram falsos filósofos, pois amavam mais o dinheiro e a fama, do que a autêntica sabedoria.

Sucede que Goffredo Telles Junior, muito mais do que um simples docente, tem sido, a vida toda, um notável educador. "*No fundo de mim, no segredo de mim mesmo*" confessa ele, "*eu nutria a esperança de formar gente, formar pessoas, dignas de sua humanidade, formar juristas, formar estadistas para o Brasil. Esta era minha aspiração, meu ideal secreto*" (p. 538).

Educador, disse eu, não simples docente. A etimologia, como sempre, nos revela o espírito da língua e da realidade vital que ela expressa.

O *doceo* latino, correspondente ao *didasko* grego, tinha originalmente o sentido de fazer repetir uma peça de teatro. O *doctor*, portanto, não passava de mero repetidor - denominação que entre nós, como se recorda, costumava dar-se até bem pouco tempo ao professor particular, encarregado de retomar em casa as lições da escola. O discípulo, nessa relação didática, era o que aprendia a repetir, sem qualquer inovação ou crítica. Aliás, o verbo grego cognato *dokeo*, *-ein* significa, justamente, crer ou confiar, ou seja, o exato contrário do aprendizado crítico. O *dogma* não é uma verdade demonstrada: é mera opinião.

Quanto ao verbo educar, o mesmo radical *duco* se encontra, na *lingua mater*, em dois étimos de sentido aproximado: *educare* e *educere*.

Ducere, na acepção primigênia, significava "puxar para si" de onde resultou o verbo conduzir. O *dux* era o condutor do gado, o que caminhava à sua testa. O ato de *conduzir*, que dizia respeito primitivamente a tropas de animais ou tropas militares, aplica-se hoje, de modo sinistro, ao comboio das massas populares. O moderno repetidor de dogmas ou lugares-comuns já não precisa recorrer à força das armas para conduzir o povo; basta-lhe deter o controle dos meios de comunicação social - a grande imprensa, o rádio, a televisão. As massas populares seguirão cegamente o caminho por onde forem comboiadas.

Ora, em *educare* e *educere*, o essencial está no prefixo *e* ou *ex*, indicativo de um movimento ou ação para fora. Educar é fazer abrir, induzir o amadurecimento, florescer ou desabrochar. O educador, ao contrário do condutor ou *condottiero*, não tange os educandos, não os impele passivamente, encerrados em si mesmos, para rumos que não divisaram e objetivos que não escolheram. A missão do educador consiste, ao contrário, em fazer com que os educandos se abram para o universo da vida humana, isto é, para o homem todo e para todos os homens.

Na qualidade de eminente educador, e não de mero docente-repetidor, Goffredo Telles Junior nunca se limitou, em suas preleções de *Introdução à Ciência do Direito*, a introduzir seus estudantes no mundo jurídico. As suas lições eram, sim, tal como o intróito da missa, uma abertura de espírito à vasta realidade da vida humana, em todas as suas dimensões. Ao final do curso, o oficiante podia assim, confiadamente, fazer de nós, seus fiéis estudantes, os missionários da Boa-Nova: os anunciadores de que a salvação da dignidade humana depende de cada um de nós. *Ite, missa est.*

O método pedagógico seguido foi muito menos a transmissão de conhecimentos, do que a infusão de paixões. "*On est ordinairement le maître de*

donner à ses enfants ses connaissances" lembrou Montesquieu (*O Espírito das Leis*, livro IV, cap. 5º); "*on l'est encore plus de leur donner ses passions"*

Ora, as paixões do Professor Goffredo não se deixavam saborear e digerir facilmente; não tinham aquela mediocridade de que fala Montaigne (*toutes passions qui se laissent gouter et digerer, ne sont que mediocres*). Graças ao estremecimento das vastas emoções, que sempre agitaram o coração do Mestre, nossas consciências foram educadas a conceber um santo horror à mediocridade à insignificância das instituições políticas, à *parvoice* dos governantes, à mesquinhez das práticas conservadoras. Acabamos por compreender assim, a nosso modo, a dura palavra do Evangelho: o Reino da Justiça e do Amor sofre continuamente a violência das paixões e só os apaixonados o arrebataam.

É verdade que para Platão o conjunto das paixões e sentimentos, de modo geral, formaria a parte inferior da alma. A parte superior seria constituída pela razão geométrica. Daí por que o filósofo prescrevia fossem os poetas sumariamente banidos da sua república. À semelhança dos que corrompem o Estado com falsas constituições, eles seriam responsáveis pela instalação de uma constituição corrompida na alma das pessoas (*República*, livro X, 602 - c, ss.).

Para o Professor Goffredo, essa visão de mundo sempre pareceu um grande equívoco. O coração não tem apenas razões que a razão desconhece, segundo a conhecida advertência de Pascal. As razões do coração humano, que são as justas paixões da alma, constituem o elemento seminal do Direito autêntico. E exatamente por isso, elas sobrepuseram-se no passado à razão de Estado, como devem hoje sobrepor-se à moderna razão de mercado.

No caso do Professor Goffredo, a rainha das paixões na esfera política, aquela que ele sempre procurou infundir nos estudantes como garantia permanente contra as seduções da moda intelectual, ou os venenos ocultos da propaganda ideológica, foi incontestavelmente o amor à Pátria. Um amor apaixonado, que nada tem a ver, escusa lembrá-lo, com o vulgar ufanismo, ou o nacionalismo politiquês. O amor à Pátria, para o Professor Goffredo, significa simplesmente o amor ao povo brasileiro, a apaixonada defesa de sua dignidade, do patrimônio material e espiritual que por direito lhe pertence.

Vários momentos de sua longa vida ilustram esse límpido patriotismo: o combate à tentativa de internacionalização da hiléia amazônica em 1949; a denúncia do saque oculto e sistemático de nossas areias monazíticas por navios norte-americanos, na mesma época; a defesa do monopólio estatal da exploração do

petróleo e do projeto de criação da Petrobrás, desde o final dos anos 40; a presidência da APPEs Associação Paulista dos Professores do Ensino Superior, em luta contra os ucasses do regime militar, em 1968 e 1969; enfim, o grito de guerra contra o Estado de arbítrio, em 1977, com a leitura pública, nestas Arcadas, da Carta aos Brasileiros.

Deus quis que o lançamento do livro de memórias do Professor Goffredo Telles Junior ocorresse nesta fase crepuscular da vida nacional, em que governantes indignos apandilham-se com os oligarcas de sempre para traficar com o patrimônio público e reconduzir o País à condição colonial. Oxalá essas *lembranças de um estudante* possam convencer a juventude das Arcadas a deixar definitivamente a folha dobrada e levantar-se firme e unida, mais uma vez, em defesa do povo brasileiro!

Arcadas, setembro de 1999.

XI DE AGOSTO

Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Titular do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tratando-se da comemoração do centésimo septuagésimo segundo ano da fundação dos cursos jurídicos, não podemos deixar de dar uma visão retrospectiva, que nos transporte àquele longínquo ano de 1827. O que acontecia então no mundo? Como estava o Brasil?

Todavia, a limitação desta exposição a somente essa época seria extremamente frustrante, especialmente aos alunos aqui presentes, porque a verdade é que "XI de Agosto" é frase que sofreu evolução semântica e, hoje, no Brasil inteiro, significa também o Centro Acadêmico. Parece-me, assim, adequado que, num segundo momento, nos remontemos ao final do século passado e começo deste – quando o Centro Acadêmico XI de Agosto foi fundado –, examinando o que também então se passava.

Finalmente, para os jovens de espírito, e para mim mesmo, seria motivo de decepção, tratar desta data tão importante, e no limiar do terceiro milênio, se permanecêssemos no passado, sem olhar em torno e procurar projetar o que desejamos para a Faculdade, no futuro.

Eis aí, pois, o esquema, ainda que sem unidade, em três etapas, do que pretendemos desenvolver: uma visão do tempo da fundação dos cursos jurídicos; um apanhado do que aqui se passava há cem anos, quando se fundou o Centro Acadêmico; e o que se pode prever e desejar para o futuro.

Pesquisando o ano de 1827, quando se vivia no *ethos* do liberalismo romântico, verificamos que não foi ele, na História Universal, um ano especialmente fecundo de grandes acontecimentos políticos – tomando sempre por critério, como é lógico, as conseqüências dos acontecimentos mundiais para a formação brasileira.

A Grécia tentava se libertar da Turquia – que, por isso, sofria pressão da França e da Inglaterra. Os russos, em guerra com os persas, tomaram Erivan, na

* Discurso proferido na Sala da Congregação por designação da Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 11 de agosto de 1999.

Armênia. O dey de Alger ofendeu ao cônsul da França, batendo-lhe no rosto com o leque – e isto acabaria por levar à colonização francesa da Argélia. Nada disso nos toca diretamente. Mais perto: o Peru se separava da Colômbia e, em Portugal, dava-se a oficialização do noivado de D. Maria II (em favor de quem D. Pedro I abdicara, após a morte de D. João VI, em 1826), com D. Miguel, que se torna regente (proclamar-se-ia rei, em 1828). Esses últimos fatos, como se sabe, influirão na futura abdicação (1831) do nosso primeiro imperador.

O ano de 1827. queremos crer, foi ano importante na literatura. Vitor Hugo, certamente um dos maiores escritores franceses, publicou "*Cromwell*" e seu famoso "*Prefácio*" que renovou o teatro mundial, abolindo o teatro clássico com sua regra das três unidades (lugar, tempo e ação). Heine publica o "*Livro dos Cantos*" ("*Buch der Lieder*"), que viria influenciar, muitos anos depois, um dos filhos diletos da Casa, Castro Alves. Manzoni publica a versão final de uma das mais importantes obras da literatura italiana, "*I Promessi Sposi*"

Até nas artes plásticas, suas manifestações, vistas a longo prazo, parecem mais importantes que os acontecimentos políticos: Ingres apresenta a "Apoteose de Homero" hoje no Louvre; Delacroix e Corot também se salientam.

Um incidente político, aparentemente menor, parece-nos, porém, muito significativo. É que começava, então, a tomar vulto a importância da imprensa na opinião pública e houve a primeira tentativa de censura estatal; a lei francesa, "*Loi de la justice et de l'amour*" estabelecia a censura prévia.¹ Afinal, apesar de inicialmente aprovada, a lei, por pressão popular, terminou rejeitada em 1827. Esses fatos da história francesa, de certa forma, se repetirão em São Paulo – sempre com algum atraso.

Aqui, pois, qual era a situação? O primeiro jornal que aparece entre nós, "*O Paulista*" bi-semanário, data de 1823, e era manuscrito! Era dirigido por Azevedo Marques, o "mestrinho"² Foi somente em 1827, ano da fundação dos cursos jurídicos, que apareceu o primeiro jornal impresso, em São Paulo: "*Farol Paulistano*" Também, somente então, tivemos a primeira tipografia – depois da Bahia, Rio, Maranhão, Ceará, Pará, Pernambuco!

Biblioteca pública, somente tivemos em 1825 – formada pelo presidente da Província de São Paulo com livros do bispo Dom Mateus e que

1. Cf. Michel Mourre, "*Dictionnaire Encyclopédique d'Histoire*", Paris, Bordes, 1978.

2. Aureliano Leite, "*História da Civilização Paulista*", São Paulo, Saraiva, 1954, p. 131.

passaria, depois, para a Faculdade de Direito,³ daí, os velhos livros religiosos, inclusive 12 bíblias, que até hoje se encontram na biblioteca da Faculdade.

O fato é que a Província de São Paulo não tinha sido favorecida pelo séc. XVIII; nossa população, em 1827, era pequena, por força da migração, no século anterior, para Minas Gerais. Segundo Saint Hilaire, a Província toda, incluindo, então, o Paraná, tinha 258.901 habitantes (sendo, mais ou menos 2/3 de pessoas livres, portanto, mais ou menos 173 mil livres). A cidade era atrasada, não tinha hotéis, as ruas eram sem calçamento, – e é de admirar que tivesse sido decidido haver cursos jurídicos em São Paulo. De 1772 a 1827. São Paulo enviou a Coimbra apenas 37 estudantes, enquanto Minas Gerais, 164.⁴ Especialmente os deputados baianos e mineiros – estes queriam S. João Del Rey – haviam se oposto a instalação dos cursos jurídicos em São Paulo. Diziam que o dialeto de São Paulo era o pior do Brasil;⁵ que São Paulo não tinha edifícios próprios para uma universidade, *"a cidade (é) tão pequena que nem os estudantes acharão casas para viver"* (Casimiro da Cunha).

Apesar disso, como se sabe, os cursos se instalaram e as aulas se iniciaram em 1º de março de 1828 (antes da nossa co-irmã de Olinda e Recife, cujos cursos somente começaram em abril). A partir daí, tem início a "virada" que levaria São Paulo a ter enorme importância no Brasil, já no final do século. Para finalizar esse período de liberalismo romântico, lembremos que, depois do jornal *"Farol Paulistano"* Líbero Badaró, em 1829, fundou o *"Observador Constitucional"* que, com críticas violentas ao governo central, viria a ser causa de seu assassinio. Pinto Júnior, cujo pai acudiu o ferido e é testemunha do tempo, escreveu:⁶ *"A notícia de que o dr. Badaró tinha sido assassinado correu como uma centelha elétrica e minutos depois um numeroso concurso de estudantes de Direito corria a chamar nosso prezado pai, o cirurgião-mor Joaquim Antonio Pinto, para que fosse prestar os socorros da ciência ao seu infeliz colega; nós o acompanhamos, e ao chegar à pequena casa térrea em que habitava a vítima, na rua S. José, – é hoje a rua Libero Badaró – dificilmente pudemos atravessar a onda de povo, que literalmente enchia*

3. Aureliano Leite, ob. cit., p. 133

4. Aureliano Leite, ob. cit., p. 136

5. Silva Lisboa, *apud* Almeida Nogueira, *"Tradições e Reminiscências"* 1ª série, s.c.p., São Paulo, 1908, p. 11.

6. *Apud* Almeida Nogueira, ob. cit., 5ª série, p. 9.

a rua. Badaró estava deitado sobre o leito, pálido, com essa palidez da morte que lhe estava próxima, a larga fronte banhada em um suor frio, o pulso letal, mas o rosto sereno e a palavra sonora" Depois, continua Almeida Nogueira: "Deu-se o óbito no dia seguinte, exatamente 24 horas depois do atentado. Refere a tradição que, no seu leito de morte, aludindo às conseqüências do atentado, Badaró dissera: 'Morre um liberal, mas não morre a liberdade'" São as palavras que estão em seu túmulo, no cemitério da Consolação. Os estudantes exigiram punição.

Passemos, porém, sem mais, ao final do século passado, segundo momento de nossa exposição.

De 1870 a 1889, tivemos, certamente, o melhor tempo da Faculdade; foi a época da campanha abolicionista, com união dos estudantes e professores, irmanados na nobre causa. Aureliano Leite cita, desse período, setenta grandes nomes do Império, que cursaram a Faculdade. Fiéis, porém, ao que prometemos de início, passaremos diretamente a cem atrás, 1899.

Na verdade, desde a proclamação da República, a mágica estava desfeita e o clima de união cívica entre estudantes e professores já não existia. Havia, depois de 1889, vários professores que continuaram monarquistas, ao contrário dos estudantes, quase todos republicanos. Alguns atritos ocorreram. Em 1890, o professor Justino de Andrade, em incontida explosão em favor da monarquia, indispôs-se com os alunos e acabou jubilado pelo Marechal Deodoro. Seu irmão e o professor Sá e Benevides, em solidariedade, requereram jubilação.

Em 1891, a Congregação da Faculdade, por sua vez, tomou posição radicalmente republicana e negou moção de pesar pela morte de D. Pedro II, ocorrida em hotel de Paris. Aureliano Leite, de quem estamos tirando esses dados, chama de "modesto hotel" mas o hotel era o *Hotel Bedford*, que existe até hoje, à *rue L'Arcade*, 17 e que está classificado como "*grand confort*" no atual Guia Michelin (equivale a "*top class*" em inglês, ou "*gran confort*" em italiano; é o segundo tipo de hotel do Guia Michelin, portanto, 4 estrelas). A proposta da moção de pesar fora feita por João Mendes de Almeida Jr. (cujo pai, Mendes de Almeida, o velho, também era monarquista). Todavia, no ano seguinte (1892) – vale acrescentar em prol da Congregação –, esse colegiado, demonstrando independência de espírito, deu parecer a favor da princesa Isabel e da princesa Leopoldina, sobre os bens dotais que o Governo Federal queria fazer reverter à nação (parecer dos profs. Barão de Ramalho, Mamede de Freitas e Oliveira Lima). Esse parecer consta da *Revista da Faculdade*, em seu primeiro número, que é de 1893.

No final do século, a situação paulista, em relação aos demais estados brasileiros, já havia mudado em 180 graus. É, então, que Silveira Martins, grande político gaúcho, tendo vindo a São Paulo para lançar um partido parlamentarista, apesar de bem recebido, tem a célebre frase que ilustra a situação de São Paulo: “*Os paulistas são ricos; não servem para a luta. Não querem arriscar suas comodidades*”

Estatisticamente, a população do Estado, em 1900, era de 2.282 mil pessoas – menos que a população de Paris mas muito mais que os 258.901, de 1827; a população decuplicara em setenta anos. Já então 66% da exportação nacional é paulista. Nesse ano (1900), a população do Estado é a 2ª do Brasil (a 1ª é de Minas Gerais e a 3ª, da Bahia); São Paulo é o Estado que tem maior orçamento. A população total brasileira, deveria ser mais ou menos de 15.000.000 pessoas⁷ (para eventual comparação com os tempos atuais, lembramos que a população europeia, nessa época, já era de 400 milhões de habitantes).

A razão da grande virada, durante o século XIX, a favor de São Paulo, no contexto brasileiro, está na imigração, quanto à população, e no café, quanto à riqueza. De 1827 a 1899, São Paulo recebeu 86.117 imigrantes portugueses, 578.308 italianos (de 1870 a 1899), 92.869 espanhóis, 17.676 austríacos e 38.316, outros (incluindo alemães), resultando num total de 813.286 imigrantes.⁸

Cumprir lembrar que, até essa data, não entraram japoneses no Estado, eis que estes somente vieram a partir de 1908. Vale dizer também que, a partir de 1900, diminuiu consideravelmente o número de ingressos de italianos (em 1902, na Itália, o decreto Prinetti, chegou a proibir a emigração para o Brasil.⁹ O Estado de São Paulo gastou muito com a imigração¹⁰ – ao contrário do que foi gasto com os negros, o que é uma injustiça histórica até hoje não reparada.¹¹ O Estado de São Paulo, até 1932, recebeu 2.624.136 imigrantes.

Na época de que estamos tratando – final do séc. XIX e começo deste –, tudo que é moderno já existe. É o início do século da eletricidade, por oposição ao

7. Cf. Hélio Vianna, “*História do Brasil*”. 5ª ed., São Paulo, Melhoramento, 1967, p. 153, que dá 14 milhões por ano no ano da Proclamação da República.

8. Alfredo Elis Jr., “*Populações Paulistas*”, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934, p. 69.

9. *Apud* Hélio Vianna, obra citada, p. 276.

10. Cf. Elis Jr., obra citada.

11. *Vide* nosso artigo no *Jornal da USP*, ano XV, n. 487.

século do vapor, o anterior. Outros pontos: já há metrô em Paris (desde 1898); a Copa Davis é disputada, pela primeira vez, em 1900; o box é reconhecido como esporte, em 1901; o primeiro submarino inglês é de 1901. Em 1906, Paris tem 2,7 milhões de habitantes; Londres 4,5 milhões; Nova Iorque, 4 milhões; Berlim, 2 milhões; Tóquio 1,9 milhões; Viena, 1,3 milhões.¹²

Em 1900, a mesma "vida moderna" também existe em São Paulo. O primeiro jogo público de futebol – esporte introduzido por Charles Miller, inglês mas nascido em São Paulo – deu-se em 1885, entre o "São Paulo Atlético" e o "São Paulo Railway". Em 1900, tivemos o primeiro bonde elétrico (Light). Há alguns automóveis, sendo o primeiro, de 1893, da família de Henrique Santos Dumont. O Clube Atlético Paulistano é de 1900.

Em 1898, matriculou-se a primeira mulher na Faculdade, Da. Maria Augusta Saraiva. Colou grau em 1902, quando um grande jornal, dando a informação, não reconheceu os novos tempos e escreveu: "*não desejar ver seu exemplo seguido por nossas noivas, irmãs ou filhas*"!¹³ Advogada criminalista, nesse mesmo ano, ela atuou no júri (chegou a fazer 50 anos de formada).

Quanto aos estudantes da Faculdade, é o seu grande momento. Os estudantes estão, então, muito ativos. Em 1901, por exemplo, houve choque entre estudantes e a Polícia, sendo ministro Epitácio Pessoa, de quem se fez o enterro simbólico. Em 1902, na colação de grau, o bacharelado Armando da Silva Prado discursa, chamando atenção para a questão social, o que teve grande repercussão. Finalmente, em 1903, o Centro Acadêmico é fundado, sendo seu primeiro presidente, Pedro de Sampaio Dória.

Pode-se dizer que, a partir daí, os estudantes do "XI" se tornam "nacionais". São procurados pelos mais importantes políticos do País. Em 1905, após encontro com Pinheiro Machado, lançam a candidatura de Campos Sales à presidência da República (seria para seu segundo mandato). O resto do país se une em torno do brado "*basta de São Paulo*" e é, então, lançada a candidatura de Afonso Pena (1905) – que, aliás, foi aluno da Casa e que teve apoio dos alunos mineiros da Faculdade. Campos Sales desistiu da candidatura e Afonso Pena, como se sabe, foi eleito (mandato de 1906 a 1909).

12. "*The Timetables of History*", 3ª ed., Nova Iorque, Simon & Schuster/Touchstone, 1991, ano de 1906, G.

13. Aureliano Leite, obra citada, p. 261.

Antes de passarmos aos tempos de hoje, lembremos somente um fato da Faculdade, de 1905. Pedro Lessa, professor sério e culto, causou "*inominável escândalo*" ao aprovar todos os alunos com distinção. Na verdade, queria com o gesto, protestar contra as condições de ensino. Esta circunstância seria um bom traço-de-união para os tempos de hoje, terceira etapa de nossa exposição. Outro, que preferimos aqui, seria a chamada "questão social" já que também ela vem daquele final de século (o jornal "O Socialista" em São Paulo, é de 1896¹⁴ e, em julho de 1903, ano da fundação do "XI" houve a primeira greve geral em São Paulo – greve de cocheiros e carroceiros). Ora, a questão social acabou levando a uma mudança de paradigma jurídico. Passemos, pois, a esse ponto e ao terceiro momento desta exposição.

"Paradigma" significa "*modelo*" "*exemplo*" "*padrão*" (Caldas Aulete). É especialmente "*tipo de declinação ou conjugação*"; por exemplo, o paradigma da primeira declinação, em latim, é *rosa (rosa, rosa, rosae, rosae, rosa, rosam)*; o da primeira conjugação é *laudare (laudo, laudas, laudat, laudamus, laudatis, laudant)*; etc. Aqui, porém, estamos querendo nos referir a "paradigma" como conceituado por Kuhn, em livro de 1977, *A Estrutura das Revoluções Científicas*. É tese de Kuhn que as revoluções científicas se processam por mudanças de paradigmas, isto é, de "*modelos de problemas e soluções para uma comunidade de operadores*". Nada mais adequado ao Direito, em que seus atores (juízes, advogados, promotores) passam, de geração em geração, o conhecimento quer de casos de conflitos quer do modo como esses casos foram, ou devem ser, resolvidos. A própria lei é expressão de um conflito e sua solução.

No campo do Direito, o paradigma do final do século era o liberalismo econômico, isto é, da lei (a lei "rígida"). O valor mais importante era o da segurança jurídica e, para obter esse *desideratum*, a lei deveria ser universal, geral – para todos as pessoas sem exclusão; abstrata – para todos os casos, sem distinguir "excepcionalidades"; precisa, – com *fattispecie*, ou hipótese, bem definida; inteira, – sem lacunas. O papel do juiz era de um autômato, "*la bouche de la loi*"; a sentença, um silogismo; etc.

A questão social acabou, porém, levando o direito ocidental a uma mudança de paradigma. Passou-se da lei, ao paradigma do Estado e do juiz. Os problemas jurídicos, a partir de então, progressivamente, passaram a ser

14. Aureliano Leite, p. 246.

solucionados pelo juiz, por preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, concretização de cláusulas gerais, como a de boa fé, – a ponto de se falar em “*fuga para as cláusulas gerais*” – e utilização de uma axiologia formal, em que avultam conceitos vagos como “*interesse público*” “*função social*” “*ordem pública*” É o tempo do Estado interventor e do Direito Público. Isto significa, historicamente, que, depois do direito civil, no tempo do liberalismo romântico, passou-se ao Direito Comercial, no tempo do liberalismo econômico e, daí, ao Direito Administrativo e Processual, nesse tempo do paradigma “moderno” (modernista).

Mas, e hoje? Hoje, vivemos os tempos do pós-moderno. O Estado não tem mais nem o monopólio da norma, como legislador, nem o da decisão, como juiz. Voltamos, com força, ao Direito Privado. A própria lei é negociada e, no lugar da sentença, há arbitragem. Há também muitas decisões de órgãos à margem do Poder Judiciário, como as da justiça desportiva, do Conselho Monetário, das Bolsas de Valores, do CADE e dos organismos profissionais (OAB, Conselhos de Medicina). Da fuga para o juiz (tempos modernistas), passamos à fuga do juiz (tempos pós-modernos).

Além disso, códigos longos e com muitos temas ficaram ultrapassados. Também os velhos conceitos da axiologia formal não mais satisfazem; a própria Constituição da República, por exemplo, abandonou o caráter vago de expressão “*função social*” Também uma cláusula geral, como a de boa-fé, tem, na doutrina, na jurisprudência e nas leis ou códigos realmente mais novos, seu conteúdo devidamente precisado – há procura de atendimento às expectativas criadas na outra parte, em correspondência com o investimento feito.

Na área mais ampla da intelectualidade em geral, a que o direito não pode ficar alheio, estamos também a notar mudança de paradigma. Conforme o neopragmatismo de Rorty, os conceitos são encarados como instrumentais; a mente não é um reflexo da natureza. Todo conceito lógico é “*making*” isto é, conceito feito pela mente, e não, “*finding*” isto é, encontrado. Portanto, o critério “falso/verdadeiro” deve ser colocado de lado; a exata correspondência com a realidade não existe, o conceito não é reprodução da realidade, e sim, algo, repetimos, feito pela mente para uso da própria mente. Logo, o critério falso/verdadeiro deve ser substituído, no campo lógico (não, no ético), pelo critério “mais útil/menos útil” Paralelamente, a antropologia, a paleotologia e a biologia já não permitem fazer separação radical entre o homem e o resto da natureza; as citadas ciências, no seu estágio atual, puseram abaixo a concepção rígida, refletida no

direito, do homem como único sujeito de Direito e tudo o mais – incluindo nossos primos, os macacos, – como objeto de direito. Aumentou enormemente a preocupação com a *vida*; assim, depois do Direito do Consumidor, é o Direito Ambiental que, agora, procura encontrar seu lugar no quadro das disciplinas jurídicas. A verdade é que muitas idéias do paradigma modernista, como a da "grande família humana" tal qual se expressa a "Declaração Universal dos Direitos Humanos" de 1948, ou a de "*pessoa humana como um absoluto*" estão a sofrer um forte abalo diante da concepção da vida, como movimento contínuo, que passa de um ser a outro, desde quatro bilhões de anos atrás. Sob essa perspectiva, não há razão para tanto orgulho humano: nós, como os outros seres vivos, estamos aí na condição de *meros suportes* para a vida – uma vida cósmica. Um radical diria: para a vida na terra, somos meio e não, fim. O *antropocentrismo modernista* está sendo derrotado pelo *biocentrismo pós-moderno* (é claro que, do ponto de vista religioso, a Graça pode nos tirar deste ciclo de vida imanente e nos colocar na vida transcendente; aí, de fato, seremos fim, e não meio, mas, sobre isto, neste momento e nesse local, não nos compete dissertar).

De um ponto de vista mais terra-a-terra, o que importa é dizer que a pós-modernidade está aí e para nós – funcionários, alunos e professores da Faculdade de Direito –, não vale a pena chorarmos pelo que acabou. É preferível reconhecermos a situação, e agirmos sobre ela, que fechar os olhos; *a defesa da vida* é uma boa causa. É uma oportunidade para voltarmos aos tempos áureos e nos unirmos. Ajudemos o parto de um mundo novo e entremos confiantes no terceiro milênio.

São Paulo, 11 de agosto de 1999.

ANO 2000 – 97 ANOS DO CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO

Gauthama Carlos Colagrande Fornaciari de Paula

Aluno do curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e membro do Conselho Editorial da Revista "O Onze de Agosto"

É ano 2000, último ano do século XX, e nele a mais antiga e notável entidade estudantil da América do Sul comemora 97 anos de uma existência brilhante, preenchida com os sonhos e ideais dos jovens aspirantes a bacharéis de São Paulo. Estes se organizaram sob a mesma bandeira em 1903, com o surgimento do Centro Acadêmico XI de Agosto. E é para contar alguns fatos marcantes desses 97 anos de história do XI de Agosto que se escreve o presente artigo.

Entre documentos antigos e publicações empoeiradas guardadas na estante reservada ao C.A. no Arquivo da Faculdade, foi possível encontrar registros valiosos da história acadêmica, cuja pesquisa foi útil para traçarmos um breve panorama histórico. Porém isso era pouco. Era preciso mais do que o simples contato com papéis: era preciso vivência.

Para tanto conversamos com Armando Marcondes Machado Jr., presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto em 1952, o qual durante 11 anos debruçou-se na feitura de uma obra em cinco volumes contendo a história do Centro Acadêmico, listando todos os presidentes e diretores, bem como os grupos que disputaram as eleições. Além disso, o autor presta uma homenagem a todas as turmas de formandos das Arcadas, colocando o nome deles, do paraninfo, e o discurso do orador. A obra foi publicada em sua versão completa em 16 de Agosto de 1999, em encontro na Faculdade de Direito, havendo alunos formados desde 1934, além de uma banda de música. A entrevista que ora publicamos foi resultado dessa conversa, a qual motivou a presença das 19 últimas palavras deste trabalho.

A última parte deste trabalho foi reservada para contar com mais detalhes como foi a fundação do XI há 97 anos, e expor um pouco da história mais recente.

Entrevista com Armando Marcondes Machado Jr.

Em que contexto surgiu o Centro Acadêmico XI de Agosto, e qual o papel que Pedro Dória teve na fundação do Centro Acadêmico?

Bom, durante um grande período (de 1870 à 1895), a frequência na Faculdade era livre. Foi obrigatório desde a fundação da Faculdade, depois tornou-se livre por força de um decreto imperial. Sendo livre, o aluno estudava em casa, e com isso não havia agrupamento de estudantes. No fim do século, como este sistema não podia dar certo mesmo, não havia convívio, decidiu-se extingui-lo. O contato com o professor era muito pequeno, o aluno vinha, requeria exame na matéria tal, fazia e ponto final. Era um estudante rico, estudava em casa, então não havia possibilidade de congregar os estudantes.

Quando se retomou a frequência obrigatória, obrigou o aluno a assistir à aula aqui, começando a existir uma participação do estudante. E aí aparece a figura do Pedro Dória, que sentiu a importância de reunir um grupo de estudantes. O Luís Pereira Campos Vergueiro que foi o segundo presidente, e o Macedo Soares que foi o terceiro, eles eram muito influentes e se juntaram. O grupo todo dizia que "*não, o presidente tem de ser o Pedro Dória, porque o Pedro Dória é que é o nosso líder aqui, muito tranqüilo*". Eu conheci o Pedro Dória, na época do cinquentenário do Centro. Ele veio, e inauguramos a sede do Centro, no livro tem até uma fotografia. Pedro Dória era uma figura que se destacava e foi para o interior de São Paulo. Ele era alagoano de nascimento, mas advogou a vida toda no interior de São Paulo, foi um excelente advogado, um homem que redigia muito bem. Ele tinha uma liderança natural junto aos colegas, e a presença dele consolidou e permitiu o surgimento do XI de Agosto. E depois, seus sucessores também eram figuras interessantes: Luís Pereira Campos Vergueiro (1904) e o Macedo Soares (1905). O César Lacerda de Vergueiro, o quinto presidente, esse foi uma figura muito destacada. Ele deu bases sólidas ao XI de Agosto, porque ele comprou ações da Companhia Paulista de Estradas de Ferro. Foi quando o XI começou a ter patrimônio.

Foi ele quem estabeleceu o patrimônio inalienável?

Justamente, fizeram o patrimônio inalienável com as ações da Companhia Paulista de Estradas de Ferro. Quem começou isso foi o presidente de 1907. César Lacerda de Vergueiro, que veio a ser senador por São Paulo, e foi uma

figura política de bastante destaque. Eu o conheci pessoalmente: um homem muito preocupado com o XI de Agosto. Todos os que assumiam o XI como presidente faziam campanha para a compra de ações. O Centro tinha bastantes ações. Depois, a Companhia Paulista foi privatizada e as ações tiveram de ser vendidas, e eu não sei o que aconteceu com esse dinheiro da venda das ações. Mas o XI de Agosto era acionista da Cia Paulista, a qual era a empresa mais importante do Estado de São Paulo. O XI ia às Assembléias da Companhia, era algo bem organizado. O Pedro Dória foi um elemento chave para consolidar o XI de Agosto. Foi a alma do XI nessa fase inicial. Uma curiosidade: foi a primeira vez que se colocou a iluminação para haver um evento, porque na Faculdade as aulas eram de manhã, não havia iluminação elétrica dentro do prédio. Iluminação elétrica no início do século era só na rua. Então, às pressas se fez uma iluminação para a solenidade que eles queriam fazer à noite. Então, os colonistas da época dizem pitorescamente o seguinte: "*se de nada serviu o XI de Agosto, pelo menos para iluminar a Faculdade serviu!*" Foi engraçado.

Ainda nessa fase inicial, existe no Arquivo da Faculdade muitos telegramas que o presidente do Centro Acadêmico enviava para o presidente da República, o qual respondia. Nota-se que desde cedo, a associação almejava influência com proporções. Qual foi o "impacto" do XI no país e no cotidiano paulistano nos primeiros anos?

Foi muito importante, porque os filhos das famílias mais importantes de São Paulo estudavam Direito. Filhos dos governadores, e de figuras da alta sociedade. São Paulo tinha uma participação muito grande na política, o Barão de Rio Branco estudou aqui. O estudante, filho dessas famílias ilustres, dava uma colaboração muito importante para a Faculdade. Eles eram da elite pensante, intelectuais, o pai dele era o ministro, o governador. Nesse contexto, o XI de Agosto tinha mesmo uma posição de destaque. Tanto é que, no Cerimonial do Palácio do Governo Estadual, o presidente do Centro Acadêmico tinha assento obrigatório na mesa principal. Se você verificar os arquivos, vai encontrar que, em 1911, houve um período que ocorreu uma duplicidade de comando. Irineu Forjaz foi eleito presidente, mas houve uma contestação, uma briga política, o grupo opositor era muito influente e entenderam que eles tinham ganho a eleição, e ficou uma coisa até engraçada, pois os dois se intitulavam presidente. Um que realmente foi eleito, e o outro que não se conformava. E o Governo do Estado precisou definir quem era,

pois quando havia uma solenidade, os dois compareciam! Foi preciso o Governo se posicionar oficialmente e dizer que o presidente do Centro e que participaria do cerimonial era Irineu Forjaz, o qual fora eleito. Ficou engraçado. O Centro tinha uma posição de primeira linha perante a política local. Você há de imaginar que São Paulo era uma cidade pequena e o estudante de Direito tinha uma posição evidentemente muito maior do que tem hoje. Era um acontecimento dentro da cidade. Todos falavam do moço que estudava Direito. Esse primeiro período de existência do Centro Acadêmico, digamos os 25 primeiros anos, foi de uma posição bastante destacada do XI de Agosto, pela própria razão dos estudantes serem de famílias ilustres.

Nos primeiros anos, como foi a atuação do estudante e que fato marca o caráter do XI como defensor da Democracia?

No Centro Acadêmico em sua fase primeira, e mesmo depois, o estudante teve muita participação na política externa, ele fez, por exemplo, a luta do voto secreto; o voto secreto começou no XI de Agosto, antes o voto era aberto. A grande luta do estudante era para que o voto fosse secreto. Então, a primeira diretoria em que houve o voto secreto foi a de 1925, depois é que veio o voto secreto em 1932, na votação geral do país, mas o Centro foi um pioneiro no voto secreto. A mulher estudante votava, aí fora não votava. Perceba que o Centro sempre foi um grupo de vanguarda. Talvez hoje, o Centro tenha perdido essa característica de estar à frente, tanto no meio estudantil, quanto no geral, tomando posição, apontando pontos em que o Governo está mais desatento.

Falemos das campanhas realizadas pelo XI de Agosto, qual foi a primeira de grande repercussão?

O XI de Agosto teve campanhas muito bonitas, como essa do voto secreto, mas a primeira foi em 1910, a Campanha Civilista, ocorrida quando o Rui Barbosa foi candidato à Presidência da República. O vice do Rui era o governador de São Paulo. O Rui era baiano, e o vice era o paulista Albuquerque Lins, que era advogado, mas não tinha estudado aqui. O general Hermes da Fonseca era o candidato do governo, e o vice dele era o Wenceslau Braz, que era o governador de Minas. Então os dois vices eram o governador de São Paulo e o governador de Minas. Apesar do Rui ter grande votação nas capitais, já que ele era um grande

orador, uma figura muito brilhante os alunos gostavam muito dele por ele ter estudado aqui, se identificava muito com o jovem, com o Direito, com essa mensagem bonita que o Direito leva como não podia deixar de ser, ele perdeu a eleição porque naquele tempo com a eleição à bico de pena o governo não perdia. Acabou perdendo e meteram na cabeça do Hermes da Fonseca que ele devia fazer uma intervenção em São Paulo pela petulância do governador de São Paulo ter feito chapa com o Rui, "*onde já se viu, um governador do Estado de São Paulo, que depende do Governo Federal, se une com o Rui, um opositor ao governo Central?*" Isso só não ocorreu porque os estudantes da Faculdade fizeram um tremendo dum movimento na rua e o Governo acabou ficando com medo, porque depois de uma campanha tão ardorosa que havia dado uma grande votação para o Rui, atingir a figura do governador de São Paulo, que era um advogado, que era uma sujeito que se identificava muito com o estudante e mexer com os companheiros do Rui seria uma coisa péssima para o presidente. A participação do estudante de Direito foi muito bonita e muito grande. Então esse era um episódio que amanhã deveria ser melhor trabalhado, eu não tive tempo de fazer um trabalho sobre isso porque é tanta coisa, a história da Faculdade se identifica tanto com a história de São Paulo, com a história do Brasil que não dá. A não ser que você pegue um tema específico. Só para complementar, a Campanha Civilista ocorreu exatamente quando Rui foi candidato pela primeira vez. O Rui depois foi candidato mais uma vez, porém com uma votação menor, contra Epitácio Pessoa. Detalhe, Rui Barbosa foi o único paraninfo sem ser professor até hoje, porque o paraninfo desde que a Faculdade existe foi um professor da Faculdade. Mas o Rui é uma exceção. Ele foi escolhido paraninfo não sendo professor, ele foi aluno. Ele não pôde vir porque estava doente, e o discurso dele, que é a famosa Oração aos Moços, foi lido pelo professor Reynaldo Porchat. Ele morava no Rio de Janeiro, e durante toda a sua vida advogou lá.

Em 1917, uma das grandes manifestações do Centro Acadêmico se deu com a criação da Liga Nacionalista. Esta teve por base a idéia lançada pelo poeta e jornalista Olavo Bilac e direcionada pelo professor Vergueiro Steidel, pela exaltação da nacionalidade, pelo serviço militar obrigatório, dada a instabilidade mundial. Além disso, a Liga Nacionalista demonstrava grande interesse numa reforma política, propondo o fim da fraude eleitoral. Como foi?

Nesse período, o Olavo Bilac esteve em São Paulo e a formação da Liga Nacionalista foi uma coisa muito importante, principalmente na Faculdade.

Redundou no fato de o XI de Agosto começar o voto secreto. E foi muito interessante. Quando foi instituído o voto secreto, pela primeira vez a oposição ganhou por três votos as eleições para o XI de Agosto! Isso aconteceu em 1925, sendo o presidente Affonso Martins Ribeiro.

O estudante votava com o voto aberto, porque o estudante mais pobre precisava, por exemplo, para ser nomeado delegado de polícia (era tudo nomeado naquele tempo!), então a chance dele era estar bem com os poderosos. Quando veio o voto secreto, a oposição ganhou, e foi uma coisa espetacular! Daí o voto secreto irradiou-se do Largo para fora, passando a vigorar na política externa com o Código Eleitoral de 1932.

E o jornal *O Estado de S. Paulo* teve grande participação com Júlio de Mesquita. Ele tem até uma cidade com o nome dele. Inclusive o Armando Sales, fundador da USP, era casado com uma filha do Júlio de Mesquita. É inegável essa luta da família Mesquita nesses episódios.

Vejamos a atuação do Centro Acadêmico em 1930. Os estudantes ligados ao Partido Democrático (sucessor da Liga Nacionalista e antecessor remoto da UDN) apoiaram a Revolução Tenentista que levou, em 1930, Getúlio Vargas ao poder. Porém, Getúlio não democratizou o país e a Faculdade organizou um movimento cívico que resultou na Revolução Constitucionalista de 1932. Como foi esse período?

Em 1932, o movimento de alistamento, tudo se fazia aqui na Faculdade. O pátio era o local de recepção dos anéis oferecidos pelas famílias, com o fim de financiar a campanha. Formaram-se batalhões específicos de vários estudantes, e os que morreram nós temos seus nomes no monumento ao soldado de 32 no pátio, acompanhados dos inesquecíveis versos de Tobias Barreto:

*Quando se sente bater
No peito heróica pancada
Deixa-se a folha dobrada
Enquanto se vai morrer!*

Mas essa participação de 32 pela Constituição, pela consciência democrática, permitiu que em 34 houvesse uma primeira abertura. Fizeram a Constituição. O estudante teve uma participação muito bonita. Foi uma participação

notável! Nós temos ali no pátio, no busto do Soldado Constitucionalista, os colegas que lutaram, e no meu livro eu transcrevo o trabalho de um desembargador, o qual narra a vida de um estudante que era estrangeiro, veio estudar na Faculdade e que foi combater em 32 por São Paulo, e morreu na Revolução.

Gostaria que o senhor comentasse o seguinte episódio ocorrido no Centro Acadêmico em 1938. Nesse ano, Getúlio Vargas estava vindo para São Paulo e era preciso que o Centro Acadêmico se posicionasse contra o presidente. Porém o presidente do Centro Acadêmico não se posicionava e na ocasião estava viajando. Então, raptaram o vice, e ficou sendo o presidente do XI o primeiro orador. Naquela época, a diretoria do XI era composta de membros de vários partidos pois, elegia-se nomes aos cargos...

Foi exatamente quando queriam dar a Getúlio o título de professor *Honoris Causa* pela Universidade de São Paulo. E houve um tremendo movimento dos estudantes contra. O Getúlio acabou declinando do título, porque ele não ia conseguir recebê-lo. Essa oposição a Getúlio vinha de 1932, dessa Constituição capenga que foi feita e que se alijava muito São Paulo. Que é uma coisa que foi até 45, quando ele foi deposto.

Fato de que nós não podemos nos esquecer foi o conflito dos estudantes com a polícia em julho de 1930, quando do assassinato de João Pessoa (companheiro de chapa da fracassada campanha de Vargas à presidência). Os estudantes promoveram uma passeata e a polícia reprimiu. Como o Largo era propriedade da União, o diretor convocou o exército, o qual chegou. A polícia e sua cavalaria recuou depois de uma batalha de muitos feridos e um soldado morto. Foi após esse episódio que o Centro Acadêmico, seguindo a proposta de Adriano Marrey, proclamou "*Território Livre*" o Largo de São Francisco.

Passados os anos da Ditadura do Estado Novo, a luta se deu então com a Campanha "O Petróleo é Nosso" Nessa época o senhor era o presidente do Centro Acadêmico, e percorreu várias cidades do interior de São Paulo, onde a delegação da São Francisco era recebida, com bandas e festejos...

A campanha foi maravilhosa. Na verdade a campanha começou antes. A luta pelo Petróleo começou em 1947. com Roberto Gusmão, que era o estudante presente no começo. Mas ela foi num crescendo, com o Roger Ferreira, em 1948, ela

teve uma participação grande. Em 52 nós trouxemos aqui vários militares para fazer conferências, inclusive o pai do Fernando Henrique, Leônidas Cardoso, que era um general. Nos jornais nossos de 1952 tem a conferência dele, tem fotografia, tudo sobre a conferência do Leônidas Cardoso, que era um ardoroso nacionalista, e que naquele tempo preconizava a criação da Petrobrás, para o Brasil ter o controle da situação, porque o petróleo estava na mão das "Sete Irmãs". Então, foi uma campanha maravilhosa, com a presença de militares, de grandes oradores, especialistas abordando o tema, senadores, jornalistas. No livro eu tenho todas as datas em que cada conferência ocorreu. O povo vinha aqui para os debates da Faculdade, e a gente ia para a rua para fazer os comícios, com os grandes oradores que a gente tinha, o Almino Afonso (foi vice-governador de São Paulo e senador), o José Gregori (atual secretário de Diretos Humanos do Governo Federal). Foi vibrante porque o povo vinha na Sala dos Estudantes, e nós íamos para as ruas com os trabalhadores, os sindicatos. Tudo isso culminou, em 1953, na lei que criou a Petrobrás. O Getúlio era contra a criação da Petrobrás, mas a pressão popular foi tão grande, que a própria União Democrática Nacional acabou votando pela criação da Petrobrás, e o Getúlio acabou aceitando a lei do início do monopólio estatal. Eu sou ardorosamente a favor do monopólio e acho que instituições como a Petrobrás não podem ser vendidas. Você pode privatizar uma fábrica de parafusos, mas a Petrobrás não!

Ainda mais depois de tanta luta para criá-la.

Puxa! Foi uma luta. E, hoje, a Petrobrás é uma das maiores especialistas do mundo na extração de Petróleo na plataforma continental, na Bacia de Campos, no estado do Rio. Também nessa época houve um fato muito importante: a eleição para prefeito de São Paulo, o qual era nomeado. Então, nós fizemos também grandes movimentos na rua e acabou vindo a eleição direta, pelo voto popular. O resultado foi que Jânio Quadros tornou-se o primeiro prefeito a ser eleito. Eu estava terminando o meu mandato quando ocorreu a eleição do Jânio. E isso foi no início de 1953, naquele tempo tomava posse em março, era tradição. Esse episódio da autonomia de São Paulo que foi um avanço muito grande, sofreu uma interrupção no período militar.

O Monteiro Lobato teve um papel preponderante nessa campanha "O Petróleo É Nosso" e fora membro do Centro Acadêmico em 1903 na comissão de redação. Como era o Monteiro Lobato nesses dois períodos?

O Monteiro Lobato foi da turma de 1904, aconteceu até um episódio interessante na formatura dele. Queriam que ele fosse orador da turma, mas ele era muito amigo do Edgar Jordão. Como ele era um rapaz muito destacado, lutou para que o Edgar Jordão fosse o orador. E o Edgar Jordão foi eleito o orador da turma, pela influência do Monteiro Lobato. E segundo consta, foi o Monteiro Lobato quem ajudou a escrever o discurso, deu uma "mãozinha" para o Edgar Jordão. E foi uma coisa inusitada porque o discurso – o qual eu transcrevo nessa edição de 5 volumes - é muito avançado para a época: era um discurso socialista. E era tradição da Faculdade submeter o discurso ao diretor da escola, aí ele põe um visto apreciando, mas o diretor não se preocupou. Bom, esse discurso deu a maior confusão! Ele atacava a Igreja, tem uma linha socialista muito avançada... o arcebispo Dom José Gaspar, que estava presente na solenidade, se retirou quando ele viu que atacava a Igreja, e com ele a maioria dos professores se retirou. E apenas um professor ficou e disse ao aluno: "*eu não concordo com o que você está dizendo, mas eu permaneço na reunião para você ter o direito de poder continuar*" Ou seja, se o professor sai, encerra-se a sessão. E ficando um professor ele poderia continuar o discurso. Então, o professor foi muito distinto. O Edgar Jordão continuou lendo o discurso, mas com 80% das pessoas fora. Foi uma confusão tremenda, e dizem que aí tinha o dedo do Monteiro Lobato, o qual depois fez campanha pelo petróleo, foi preso, o DOPS tem uma documentação sobre Monteiro Lobato. Quando aluno, foi brilhante, ganhou um concurso de contos.

Aliás, foi Pedro Dória quem lembrou o nome dele para fazer parte da primeira Diretoria do XI?

Exato, ele era uma pessoa de destaque no meio estudantil, redigia muito bem. E depois, teve uma participação muito grande, tanto é que o primeiro poço de petróleo do Brasil é chamado de Lobato, em homenagem a ele, na Bahia.

Na época da campanha o Sr. realizou muitas viagens com o pessoal do Centro Acadêmico, e vocês iam para a praça da cidade e colocavam uma réplica de uma torre de petróleo...

Sim, e aqui na frente da Faculdade ficava uma torre de petróleo, ficou vários anos, e se fazia muito comício. É uma pena que agora tenha uma tribuna no meio do Largo, e os alunos não façam nada. No livro, eu publico uma foto do Vicente Sampaio (presidente do XI em 53) discursando aqui na frente da Faculdade. O estudante contava com muito prestígio. O próprio Governo Federal, quando queria mexer com alguma coisa ligada ao estudante, solicitava a presença do presidente do XI de Agosto. Eu nunca fui porque o meu temperamento era mais retraído, e não queria ter contato com o Vargas, não era ligado à política do Vargas. Mas o Vicente fazia contatos, o Getúlio se preocupava demais com a posição do estudante de Direito de São Paulo. Ele tinha um temor, e precisava sentir se podia fazer isso, se podia fazer aquilo, então havia muito contato. Em 63 teve o contato com o João Goulart, foi um período muito brilhante, junto com o Orçalino Marçal (presidente do XI) que infelizmente faleceu. Ele disputou a eleição contra o Michel Temer (atual presidente da Câmara dos Deputados). Foi uma coisa linda, eu vim aqui para a Faculdade. O presidente da República veio aqui assistir à posse. Eu transcrevo no livro o discurso do Orçalino e o discurso do João Goulart de improviso. É uma pena a morte desse rapaz, esse moço não merecia morrer, um moço espetacular.

Ele morreu como?

Foi fazer uma operação, complicou e morreu na mesa de operação. Ele era filho de uma lavadeira, moço mulato e, por essa razão, o Jango sentiu que precisava prestigiar um jovem assim, que vinha de uma camada muito humilde, e que era presidente do XI de Agosto. O XI de Agosto, e o Jango sabia, por causa do Getúlio, dessa posição do estudante... então ele fez questão de vir. E veio junto com o Almino Afonso, que era ministro dele. Eu também exerci um cargo no Governo Federal, era presidente do IAPI, então eu vim. Só que eu não fiquei na mesa, eu preferi ficar sentado junto com os estudantes. Mas a participação dos estudantes em 64, esse movimento que depois redundou aí nessa desgraça que foi o período militar. João Miguel (presidente do XI em 64) esteve preso.

Além do Michel Temer, que outros nomes hoje famosos perderam a eleição para a Presidência do XI?

Ah, o André Franco Montoro, que foi governador de São Paulo, eleito em 1983, além de ter sido parlamentar a vida inteira, praticamente a única eleição que perdeu na vida dele foi a de presidente do Centro Acadêmico. Também o Dalmo Dallari professor da Faculdade e que participa de comissões da ONU disputou o XI, mas não conseguiu ganhar.

E o que o Sr. diz de 1954, da campanha pela renúncia do Getúlio Vargas e o posterior suicídio dele?

É, foi com o Vítor Fasano presidente. O Vítor Fasano era do Partido Libertador, porque em 1951, 52 e 53 foi o Partido Acadêmico Renovador que ganhou a eleição. Em 1954, nós perdemos a eleição.

Abrindo um parênteses, vale lembrar que naquela época havia uma disputa muito grande entre o Partido Acadêmico Libertador e o Partido Acadêmico Renovador, inclusive havia primárias...

As convenções do partido eram uma coisa fantástica! Cada partido fazia a sua convenção que, naquela época, nós chamávamos de prévia ou convenção, onde o partido tinha vários candidatos que disputavam a prévia. Era uma coisa acirradíssima... e o colega que ganhasse a convenção ia para a eleição final.

E quem votava nessas prévias?

Só os membros do partido votavam. O partido tinha uma ficha, e se eu tinha a ficha num partido, eu não tinha no outro, porque se ficava sabendo, e todo mundo sabia. Por isso só votava o integrante do partido. Nas prévias votavam alunos para "chuchu" porque a escola era dividida. Houve um período de prevalência do Renovador, depois do Libertador, com a diferenciação que o Renovador agrupava os comunistas e os grupos mais à esquerda. Às vezes, a gente tinha dificuldade de negociar com esses companheiros, que eram radicais. Seria hoje um PT, que tem aquele pessoal bem radical. Desse modo, a gente tinha uma conversação muito penosa às vezes, para manter agrupado, porque o estudante de esquerda é mais aguerrido, e acaba fazendo mais cisão. É mais belicoso. É diferente do conservador. Houve períodos fortes de crise do Renovador, por causa de agrupar esse monte esquerdizante.

Mas não que isso fosse um defeito, havia dissensão, daí se enriquecia o debate. Porém tinha de agüentar muita provocação...

Exato, não é um impedimento, e minha nossa... o que se fazia de pichação aí era terrível! Os comunistas eram um grupo pequeno, de umas 50 pessoas, mas que eram pessoas que votavam com um pacto. E com efeito, uma eleição final era muito importante ter o apoio desses companheiros, que eram mais radicais, mas se agrupavam sob o manto do Renovador. Os partidos acadêmicos foram, de 1922 a 1968, uma grande escola política.

Desses partidos, o Partido Acadêmico Renovador foi muito peculiar, por ter entre seus fundadores, em 1945, vários integrantes da Força Expedicionária Brasileira. O partido teve 24 anos de existência, elegendo doze presidentes. Modéstia a parte, foi o mais significativo agrupamento estudantil da história do Centro. E por falar em FEB, é importante lembrar que a II Guerra Mundial levou 25 estudantes de Direito, em 1943, a combaterem na Itália, sendo que um deles, Fernando Corrêa da Rocha, foi piloto da Força Aérea; todos os demais integraram a FEB. Estes heróis foram homenageados numa placa de bronze colocada no hall de entrada da Faculdade.

Voltando ao assunto anterior, o Libertador era mais voltado contra o Getúlio. Então, quando entrou o Vítor Fasano, em 54, como ele era do Libertador, ah, não deu outra, eles fincaram pé nesse negócio contra o Getúlio. A linha do Fasano foi fortemente contra o Getúlio. Tinha esse caráter antigetulista. Como o Vicente, no ano anterior, que era do Renovador, dialogava com o Governo Federal, porque era importante o presidente do Centro manter um diálogo com o presidente da República, seja ele um ditador ou democrata. O Getúlio era um presidente eleito naquele momento. E o contato era com um ministro do Getúlio, o qual estabelecia comunicação com os estudantes, de maneira que esse ano de 1954 foi um ano terrível, e o Renovador, por causa de uma dificuldade que o Vicente teve na sua Gestão, acabou tendo dois candidatos... virou uma situação complicada que não é conveniente eu abordar agora porque houve um episódio bastante triste. O Renovador perdeu a eleição devido a sua divisão, não porque o Libertador fosse forte. Mas o Renovador se dividiu e não houve possibilidade de acordo. E não foi um problema ligado aos comunistas não! Foi um outro tipo de problema, mas que separou o partido e eu já estava formado. Eu não tive participação nisso. E não houve jeito, a velha guarda do Renovador preferiu manter o nome de um candidato, e o outro grupo queria a substituição do candidato, e a velha guarda não concordou.

O partido tinha uma Comissão Diretora de quinze membros, eleitos por acadêmicos inscritos no partido e que se encerrava com a formatura. A velha guarda era o pessoal que estava no quarto e quinto ano, e que geralmente manobrava o partido, pois era o aluno mais experiente, e havia uma disputa muito grande para ser o presidente da Comissão Diretora, o qual dava as linhas e exercia influência sobre o presidente do Centro Acadêmico, dizendo "*olha é preciso fazer isso*"

Todos os temas e posições partidárias eram discutidos pela Comissão Diretora e as deliberações eram encaminhadas para os membros. Dali se extraíam as próximas etapas a serem seguidas. Então o pessoal da velha guarda tomou uma posição, acabou havendo o conflito e o Renovador perdeu a eleição.

Portanto, exemplificando, no caso do Fasano, que era do Libertador, votou-se aquele problema da luta contra o Getúlio, que era uma orientação do partido dele. E houve uma participação gigantesca do Centro Acadêmico nesse episódio. O Carlos Lacerda veio na Faculdade, e todos bradavam pela renúncia de Vargas.

Depois, 1955 foi um ano mais calmo, o Luiz Carlos Pereira Barreto, que é um caso interessante porque o pai dele tinha sido presidente do Centro em 1930, José Edgar Pereira Barreto, único caso de pai e filho presidentes. Foi na Gestão do Luiz Carlos que se conseguiu o terreno, com o seu contato com o Jânio. E nós tivemos no Centro a história de dois presidentes irmãos: César Lacerda de Vergueiro e o Firmo Vergueiro. Se o mandato do Luiz Carlos Pereira Barreto fosse maior, daria para construir o campo de futebol no terreno, foi feita até a maquete, no início. Mas depois não se continuou, porque aí o Renovador não ganhou em 1956, voltou o Libertador com o Paulo e não houve continuidade, acabou não se construindo o estádio.

O estádio seria construído na área do Campo do XI, na Av. 23 de Maio?

Isso, que inclusive foi doado no período em que o Jânio Quadros foi governador. O Jânio foi de uma secretaria do XI de Agosto na época em que o Ulisses Guimarães foi o 1º orador (1939), cujo discurso está transcrito no livro. Ulisses Guimarães foi um dos grandes parlamentares de época, e presidente da mesa na Assembléia Nacional Constituinte de 1988. Mas, prosseguindo, depois disso a coisa começou a ferver em 63 e 64.

De fato, no início da década de 60, o clima político nacional era bastante tenso e polarizado entre os opositores ao Governo Jango e os movimentos progressistas, dentre os quais o Centro Acadêmico XI de Agosto. Os estudantes do Largo tiveram um papel fundamental na busca de sustentação política ao governo, promovendo eventos públicos de apoio e incentivo às reformas, que encontravam visceral resistência dos setores conservadores da sociedade. Foi então que em 63 encheu-se o Salão Nobre para a posse da Gestão do XI, contando com a presença de João Goulart. A Faculdade se transformou num palco dos embates que cingiam o país. O Centro trazia para o Largo os ministros da Reforma Agrária e da Justiça, para o deleite de alguns estudantes e irritação de outros, que se opunham ao governo de esquerda.

Em 1964 tomava posse João Miguel, o qual, em 31 de Março, foi recebido por Jango e por Darcy Ribeiro (ministro da Casa Civil) em Brasília, a fim de obter recursos para promover um evento público pela paz em São Paulo, para superar a tensão que insinuava ruptura com a Democracia. Porém, não foi possível, pois as tropas e os tanques já ocupavam algumas capitais. De volta à capital, João Miguel foi levado aos porões do DOPS e sofreu pressão para renunciar ao XI. O Centro caiu na clandestinidade, e foi nomeado um interventor, que era o Anhaia Melo, o qual fora presidente do Centro Acadêmico em 1949. É uma contradição?

O Anhaia era uma figura muito distinta e creio que ele aceitou ser interventor para não haver o desprazer do Governo Federal acabar forçando a Faculdade a nomear um interventor de fora, um militar ou outra pessoa qualquer, o que seria terrível. Eu acho que foi uma maneira de evitar uma guerra, porque se entra um interventor que não fosse ligado à Faculdade, ao estudante, a coisa ia ser um escândalo. E o Anhaia aceitou isso penosamente, e não apresentou nenhuma hostilidade. Pelo contrário, foi um homem de modos cavalheirescos, o qual procurou num período muito difícil ir acomodando as coisas, para tentar salvar a independência do XI de Agosto, a qual estava muito comprometida e extremamente complicada. O João Miguel foi preso, teve o seu mandato interrompido...ficou um período muito ruim, aí que voltou com o Hélio em 1965.

Inclusive o Anhaia Melo foi conselheiro do Tribunal de Contas e professor da Faculdade...

E acho que por ele ter sido presidente do Centro, a presença dele no XI foi para evitar um mal maior. Para evitar uma figura estranha, pois aí ia dar um grande problema mesmo. Os estudantes não iriam aceitar, e o Anhaia era muito discreto, um homem do Direito, foi muito respeitoso. Naquela época o diálogo era muito difícil com a escola.

Foi a época do Alfredo Buzaid e do Gama e Silva... no tempo da resistência, em 1968, com a tomada da Faculdade, em que os alunos entraram por uma passagem subterrânea que liga o porão (onde fica o XI) até o pátio. E lá colocaram tijolos nos arcos de entrada da Faculdade, a qual virou foro de discussão sobre os rumos da Universidade Pública, reforma do ensino jurídico e democratização do país. Professores como Caio Prado Jr, Rocha Barros, Dalmo Dallari faziam conferências para os alunos...

Esse foi um episódio muito bonito, porque os estudantes ficaram quase um mês aqui dentro, entrincheirados, depois acabou sendo todo mundo preso. Eles ocuparam a Faculdade em junho de 1968 e em 18 de julho, 26 dias depois, a polícia invade a Faculdade e também o Centro, levando, toda a documentação. E a situação piorou em 13 de dezembro, quando foi publicado o AI-5.

Quais foram os prejuízos que o Centro Acadêmico teve nesse período?

Houve prejuízos materiais. Simplesmente levaram tudo, carregaram todo o arquivo que eu passei anos lutando para esses palhaços devolverem aquilo que era nosso. Estava no DOPS, e você não podia ver, e devolveram, mas devolveram uma porcaria de coisa. Queimaram tudo e só devolveram meia dúzia de papéis. Encheram um caminhão com as coisas do XI de Agosto. Tinham feito isso em 1943, levaram tudo em 1943 quando morreu gente, foi o ano da primeira invasão do Centro. Foi um movimento muito grande contra a ditadura Getulista, com estudantes fazendo passeatas, aí a polícia começou a atirar. Não matou nenhum estudante, mas mataram outras pessoas. O João Brasil Vita, que é vereador, tem até hoje uma bala no pulmão que não pôde ser extraída, que é dessa época. Ficaram feridos vários estudantes e o Magano foi eleito.

Octávio Bueno Magano?

Não, o Octávio Bueno Magano concorreu comigo, ele hoje é professor de Direito do Trabalho. O irmão dele mais velho, o Haroldo Bueno Magano, em 43, na passeata tomou um tiro na perna, e era candidato à presidente do Centro. E ele apareceu na Faculdade numa cadeira de rodas, todo enfaixado e ganhou a eleição por causa disso.

Virou um herói?

É, ele na realidade tinha sido atingido mesmo. Estava havendo uma passeata com os estudantes protestando contra o Getúlio, aí teve confronto com a polícia, o comando da polícia determinou que eles parassem. Aquela multidão de estudantes não parou, e aí começaram a atirar, morreram umas quatro pessoas, inclusive o Silva Teles, que era um estudante do Colégio, e uma senhora. No livro eu dou a relação dos mortos, sendo que dos estudantes, o Haroldo ficou com um tiro na perna, o Brasil Vita, que foi por seis ou sete vezes vereador, tomou um tiro no pulmão, só que a bala não foi extraída porque senão ele morreria. Ele tem a bala até hoje. O Brasil Vita estudou aqui e era membro do Partido Conservador.

Assim, a polícia invadiu o Centro e levou tudo, e depois voltou a levar em 68. Eu fico pê da vida, pois foram as duas vezes que levaram a documentação nossa e nunca devolveram. Perdemos todo um acervo histórico do Centro. Ficaram com os documentos como se fossem deles. Ficou tudo lá, ninguém podia ver, eu cansei de querer ir ver, não consegui e depois devolveram umas coisinhas. Em 68, após a tomada da Faculdade muitos estudantes morreram, foram para a clandestinidade, mas essa história eu não tive tempo de contar porque senão eu não terminaria a edição do livro, é uma coisa linda esse episódio, dá margens a um estudo vasto. Os estudantes foram para a clandestinidade, trocaram de nome, foram exilados.

Quais foram as características que o XI sempre preservou?

O fato de sempre haver eleição desde 1903, nas prévias, nas convenções, isso é um aprimoramento do processo democrático. É uma coisa que o Centro sempre fez e que vai aprimorando o estudante do amanhã, que vai ser um homem que leva consigo o respeito pelas minorias, o debate, a eleição, a

Democracia. Por isso que eu digo que o Centro é uma grande escola, aqui nunca se fez trapaça, quer dizer, acho que é um exercício de ética. Você disputa, compete com o colega que concorre com a gente, isso aquilo. Octávio Bueno Magano foi meu concorrente no XI de Agosto, e sempre foi meu amigo, ele tomou um rumo na vida e eu tomei outro, isso é uma coisa espetacular, porque o XI não prepara só o advogado, envolve o culto ao Direito, ao estudo, e à arte política, que eu acredito ser importante para um país como o Brasil.

Olhe para os homens públicos americanos, a maioria saiu daquelas grandes universidades, o Kennedy... saíram das grandes universidades que estudam Direito. Essas pessoas que hoje dominam o mundo são formadas pelas grandes universidades americanas, basicamente de Direito. Também na Inglaterra, na França, foram as universidades que formaram seus grandes homens públicos. A escola é isso, a nossa escola principalmente, que é a mais importante do Brasil, uma escola que deu onze presidentes da República, a de Recife deu dois presidentes da República. Perceba, com exceção dos militares, no Brasil a maioria dos presidentes são formados aqui ou em Recife. Um ou outro tiveram outra formação, caso do Juscelino que é médico, do Fernando Henrique que é sociólogo, mas a grande porcentagem ou é de escola militar ou de estudantes de Direito. E entendo que o Centro Acadêmico deva ter uma posição voltada para os problemas nacionais.

Na nossa época a televisão era incipiente e nós fazíamos conferências aqui na Faculdade e comício em praça pública. Hoje, talvez o processo seja diferente: é o debate na televisão, com estudantes bastante preparados para fazerem bonito. E importante é o estudante fazer um curso de oratória, ter bons conhecimentos para o diálogo. Antigamente a gente convidava o povão para vir aqui e enchia a Sala dos Estudantes! É fácil notar que a televisão faz um efeito muito maior, se você tiver um time de primeira grandeza debatendo, ou sendo entrevistado, pessoas gabaritadas, não importa se a classe conservadora se posicione contra, não interessa. O que interessa é que é preciso se preparar para tomar posição sobre os grandes temas nacionais. Hoje eu acho que o pessoal está despreparado, e precisava se aperfeiçoar mais.

A Faculdade teve uma tradição de oratória. Daqui saíram grandes oradores. Basta ver que certa vez houve um concurso de oratória aqui na Faculdade e o 1º colocado foi Waldir Troncoso Peres, advogado criminalista de nomeada, e em 2º lugar ficou o José Gregori.

Atualmente uma das maiores dificuldades do Centro Acadêmico é engajar politicamente os alunos, e fazer com que eles participem e colaborem mais com a atuação do C. A. Sempre foi assim?

Olha, sempre foi a minoria que mobilizou. Quando fui presidente do XI de Agosto, a Faculdade abria às oito horas da manhã, eu vinha antes todos os dias e sentava perto de um aluno, e ficava conversando com ele, para interessá-lo nos problemas. Era aluno que trabalhava e não queria perder tempo, depois veio o curso noturno. Eu vinha de manhã para assistir minhas aulas, depois vinha no curso noturno e também assistia às aulas mais para ficar com os alunos. Então, a liderança é que fazia esse trabalho de proselitismo, de conversar com o colega e interessá-lo, porque realmente há uma camada grande que não tem interesse.

E isso desde o início do Centro Acadêmico?

É, podemos afirmar que sempre foi assim. E acredito que é o estudante engajado é que tem dever de fazer esse contato com o colega e sair, e conversar, e participar... ir ampliando. E foram esses fatores que geraram esses partidos acadêmicos bem sintonizados, grandes. O Renovador tinha perto de mil associados. Como se fazia eleição de Comissão Diretora, prévias, você sempre tinha os processos eleitorais em andamento, e sempre ficava mobilizando os colegas que acabavam se interessando, participando. Na Campanha do petróleo, você mostrava para o colega que era importante ele estar lá. Então, ele ia uma vez, depois viajava um dia. Mas esse é um trabalho do líder, se não existir um líder os alunos não vão participar mesmo. Se o líder parar, a tendência é a acomodação. O mundo será sempre assim, é papel do líder fazer o contato com os colegas e jeitosamente ir mostrando, conversando a respeito dos temas, como na nossa época foi o petróleo. Esse é o lugar do líder. A Faculdade como um todo é mais estática mesmo. O estudante é basicamente um cidadão interessado em vencer profissionalmente, ganhar dinheiro. Você precisa de um líder estudantil, é que talvez no passado existisse mais líderes estudantis de nomeada. Eu tive colegas de grande condição. Creio no potencial dos estudantes e eles precisam treinar.

Naquela época havia mais treino, por exemplo, com a oratória?

O treino, o debate, a eleição, a eleição contínua, a eleição de uma Comissão Diretora, todo esse clima eleitoral que vai treinando o ser humano a

expressar-se, por exemplo, contra os desmandos da ditadura. O indivíduo se educa politicamente. Então, a participação, levar um colega para participar de um debate, até a ida na Vera Cruz, em São Bernardo, para participar como figurante nos filmes, era uma forma de congregação. Você levava os colegas lá para ver o ator trabalhar. Íamos também ao teatro. Você ia sair, ia tomar cerveja, quer dizer, isso é um clima que deixa o colega atualizado, porque o pior tipo é o cara amorfo. Penso que tudo é um conjunto, é um processo eleitoral acadêmico, aí surgem os temas. Nós tínhamos muito teatro dentro da Faculdade, a gente debatia as peças dos grandes dramaturgos modernos. A oratória, o processo eleitoral, a Comissão Diretora para congregar, por exemplo, se tem um colega que pensa diferente, não importa você vai e debate, forma o seu grupo...

Esse convívio faz depois dessa escola uma grande escola, faz formar grandes advogados, grandes poetas, oradores, políticos, isso é um celeiro. E para você manter esse celeiro, não pode acontecer o que acontece hoje... a Faculdade está começando a dormir. O conjunto se faz com uma tomada de medidas, como se fez aí a luta no passado pelo fim da violência policial, pelo voto, pela eleição, pela eleição em São Paulo, que não era eleição, o prefeito era nomeado, pelo petróleo, por isso, por aquilo, nós tivemos grandes campanhas em toda a história deste século. E o XI de Agosto sempre esteve na linha de frente desses episódios. Na do petróleo, por exemplo, ele foi muito linha de frente. Os principais generais brasileiros, os principais jornalistas, os principais políticos que defendiam um mesmo tema da importância de, naquela época, haver o monopólio estavam na Faculdade fazendo conferências. Ou estavam em praça pública fazendo discurso. Eu acho todo esse conjunto de fatores muito importantes.

E as campanhas eleitorais, como eram?

A gente pregava cartazes pela Faculdade e usava uma bandinha de música, chegava a ter três bandinhas de música dentro da Faculdade de cada partido. Que é um pretexto para você reunir as pessoas, é apenas para chamar a atenção da Faculdade. E no lançamento do meu livro no dia 09 de Agosto de 1999, tem uma bandinha de música e vem gente, de acordo com o cadastro dos convites, você tem desde alunos formados em 1934, o mais antigo é de 34, depois você tem de 35, 36, 37, ... é um pouquinho de cada turma até agora. É uma homenagem que presto às várias gerações, através de alguns colegas que você escolhe para entregar o livro. É uma maneira de rememorar todo esses episódios, do que foi a escola, e do que ela

não pode perder. Eu fico triste por ver esse materialismo muito acentuado, essa preocupação com o dinheiro, muito despropositada... a luta pela vida é uma constante em todos nós! E eu na idade que estou, estou com 75 anos e estou trabalhando ativamente. Isso é uma luta constante que você faz até morrer. Eu acho que não tem nada ver.

E sobre o Chico Elefante. Você fala dele no livro?

Eu falo dele aqui no livro... Chico Elefante foi uma figura interessantíssima, tomava conta do restaurante. Era uma pessoa queridíssima. Uma vez ele foi seqüestrado pelos estudantes numa brincadeira... eu depois posso te dar um monte de informação. Eu tive de escrever quatro, cinco linhas sobre cada um senão eu nunca iria terminar essa obra. Ele era desse tamanhinho, e tinha esse nome de Chico Elefante que era exatamente o contrário do que ele era. Ele era uma figura mirradinha. Chamava-se Francisco Ramos. Cuidou a vida toda do restaurante, depois ficou um tempo na secretaria do Centro. Aí, numa diretoria do Centro houve qualquer coisa, ele se aborreceu, e foi embora. Era funcionário do Centro... mas é dessas figuras incríveis que você não pode mexer, ninguém mexia com o Centro porque o Chico tomava conta de tudo, era muito engraçado. Ele era do meu tempo, baixotinho, magrinho. Há várias estórias sobre ele. Ele e outros Chicos ficaram muito queridos, como o Chico Emygdio que era o tesoureiro da Faculdade e foi uma figura muito querida dos estudantes, que fazia o que se chamava de mediana, ele saía com os estudantes para tomar chope. Tinha ainda o Chico Torres que era um que trabalhava no correio, era também muito engraçado, ele ficou quinze anos na Faculdade.

Agora, também tinha um Nelson Rodrigues do Largo. Era um poeta espetacular, poeta daqueles do tipo antigo, à lá Byron, trágico, bebia muito. O Chico Elefante começou como garçom na sede em que estava o prédio Martinelli, depois foi arrendatário do restaurante já na Rua Riachuelo e quando se aposentou ficou encarregado da aposentadoria administrativa. O Centro funcionou no prédio Martinelli na época da reforma da Faculdade, que foi até 34, porque não era possível ficar aqui, que foi quando a Faculdade tomou este formato que tem hoje. Então lá ele começou como garçom. Eu vim a conhecer o Chico aqui, porque daí o Centro voltou para cá.

Agora gostaria de ir para certas incoerências e que é até curioso sobre o Alfredo Buzaid, que foi membro do Centro Acadêmico nos anos 30, fazia parte da Comissão de Sindicância (incumbia-se de quem ia ou-não ser sócio do XI), e que depois em 68 foi o diretor da Faculdade que perseguiu estudantes, e o Gama e Silva (redator do AI-5) que foi paraninfo da turma em que o Almino Afonso foi o orador.

Bom, prefiro não falar nada, o Buzaid e o Gama e Silva são homens ligados à ditadura. Mas o Gama e Silva ficou chato depois, na época em que eu era estudante e ele foi paraninfo ele era livre docente e era legal. A postura dele era outra. Depois começaram a servir o governo da ditadura. O Buzaid era um homem de grande cultura, mas isso aí eu prefiro não falar porque é uma coisa muito triste. A postura deles foi triste.

A impressão que fica é a de que, embora eles tenham sido homens do Direito, não titubearam em servir ao Poder, e cometeram decisões contrárias à liberdade de pensamento do País.

Você veja no Tribunal de Nuremberg, aquele ministro da Justiça da Alemanha que foi condenado, ele era um homem do Direito de uma grande Universidade Alemã, mas foi servir ao Hitler, acabou que ele assinava o envio de gente para o campo de concentração e para as câmaras de gás. E em Nuremberg, até passou um filme retratando esse episódio, o julgamento é presidido por um juiz americano, que é fato real. E o tal ministro estava na condição de réu, e tentava se justificar dizendo que foram poucas as condenações que ele havia assinado. Porém o juiz disse "*bom, mas o senhor é um jurista, a primeira que o senhor fez já é motivo para a condenação.*" Um advogado brilhante, e um grande jurista acaba sendo ministro no Governo do Hitler, e passa a perseguir judeus, quer dizer, ele saiu da posição dele. Então, penso que um homem da Faculdade de Direito que vai seguir um governo de ditadura não pode aceitar um cargo desse. Você vê, várias pessoas não aceitaram ser ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique, ele havia convidado cinco pessoas, o quinto é que aceitou.

Mas o meu livro é um livro de amor. Uma vez me perguntaram porque eu não escrevia sobre o professor Reale, e eu falei "*não, meu livro é um livro de amor pela Faculdade, não é um livro para ficar falando de pessoas que tiveram tal ou qual atitude na sua vida. Isso não é o que eu me propus*" Eu me propus a um

livro que mostre a pujança de um Centro Acadêmico, o que pode fazer um estudante de Direito, bem direcionado para sua pátria, estar bem preparado para ser útil, aí falam "você pulou o episódio aí!" Eu pulei o episódio propositadamente, não quero abordar. Mas esses homens da ditadura, é importante os alunos do Centro Acadêmico estarem atentos a isso, e saberem que um homem do Direito não deve servir a este tipo de coisa.

Meu livro é um hino de amor à Faculdade, ao Centro Acadêmico em especial, uma pesquisa que eu levei onze anos.

O que significa para o senhor o Centro Acadêmico XI de Agosto?

Significa tudo, é a coisa mais importante da minha vida. Apesar de eu ter ocupado outros cargos no Governo, fui presidente nacional do IAPI, fui presidente da Empasa... o IAPI era o Instituto Nacional de Aposentadoria e Pensão, porque a previdência social era separada em institutos, eram seis institutos, o maior deles era o IAPI que era dos trabalhadores da indústria, no Governo João Goulart, que foi na minha opinião um grande Governo. O Almino foi o ministro, então você tinha a possibilidade de um governo que estava voltado para o povo, você tinha possibilidade e condição de fazer um trabalho gostoso com uma pessoa que está num cargo público, que gosta de fazer. Eu viajava por esse Brasil afora com o Almino, com essa preocupação. Então, é gostoso você estar num governo em que as coisas são vistas do mesmo jeito que você gosta, você trabalha sem ser pedante, besta, metido à intelectual, nada disso. O Jango era um cara prático, um sujeito voltado para o trabalhador, e a presença dele aqui na Faculdade em 1964 foi uma maravilha, foi uma integração do Governo com o estudante do XI de Agosto, nunca na história do XI de Agosto um presidente da República veio à posse de um presidente humilde do Centro, um mulato, filho de uma lavadeira, uma coisa que sempre me emocionou muito. O Janga fez questão de assistir à posse de um presidente do XI de Agosto. Então você veja a dimensão que existia para um Jango que era da família Vargas e que tem o sangue na política e que é advogado. O Getúlio e o Jango são advogados formados em Porto Alegre, e o Getúlio foi o orador da turma. A gente precisa também ver este contexto.

O Getúlio ficou muito marcado por São Paulo por causa desse problema da Revolução, de toda a luta de São Paulo. Mas ele era um homem voltado para o trabalhador, você veja que a Consolidação das Leis do Trabalho foi feita pelo Getúlio, e o ministro dele era um parente meu, Marcondes Filho, um homem do

Direito formado aqui na São Francisco. Um homem que trabalhou para o Vargas, mas cuja atuação foi voltada para o trabalhador, por isso que eu digo, não é condenável o fato de trabalhar com o ditador, é preciso analisar qual tipo de trabalho, sujeito está fazendo. Fazer um trabalho do Direito voltado para a legislação trabalhista a favor do trabalhador é uma coisa, agora você fazer um ato que despreze a natureza do ser humano é diferente. Por isso afirmo que um homem do Direito tem de ter uma postura digna. Mesmo trabalhando com o Getúlio, ele foi um homem estritamente do Direito do Trabalho, para a legislação trabalhista, sempre com essa preocupação.

De qualquer forma, a coisa de que mais me orgulho na vida é ter sido Presidente do XI de Agosto, e as campanhas que eu fiz, a luta pelo petróleo, conheci pessoas maravilhosas, extraordinárias, preocupadas com o Brasil, não preocupadas com o sucesso pessoal, com dinheiro, são figuras incríveis que você acaba conhecendo e vendo que há muita esperança. Agora, o pior é quando você vê o jovem amolecer, esse é um mal sinal. Que o velho amoleça você ainda aceita, mas o jovem não.

Qual a mensagem o Sr. deixa para as próximas gestões do XI? Praticamente o XI já vai completar 100 anos, em 2003.

Resumindo, o XI de Agosto precisa estar sempre preocupado com os problemas nacionais. Penso que ele tem sempre de transmitir uma mensagem aos jovens independentemente da escolaridade, seja dentro da UEE, dentro da UNE. O estudante de Direito tem uma obrigação, referente a sempre procurar liderar os movimentos, e ter uma postura muito correta. Porque ele é um estudante de Direito, sabe o que é o certo, mas deve aprender a ter uma postura avançada, pois no meio dos estudantes em geral é ele que deve abrir esse caminho.

O líder estudantil aqui dentro da Faculdade, esse tem uma missão muito nobre. É ele que está destacado, na liderança, e não importa se a grande maioria encontra-se acomodada, isso vai existir sempre. E a motivação do estudante tem de vir dele mesmo, ele tem de participar, tem que debater. Hoje temos um instrumental diferente, mas muito melhor, muito mais fácil até. O estudante de Direito é muito importante, não pode ficar enclausurado só nos problemas voltados para o ensino, que também é relevante. Mas ele tem uma missão.

E Roger Ferreira, o qual foi vereador, deputado federal, dizia que a coisa de que ele mais se orgulhava na vida era ter sido presidente do XI de Agosto.

Porque é aqui que você abre a sua cabeça, faz com que você participe. Considero o Roger como um dos grandes líderes que eu conheci na minha vida. Participar da diretoria do XI de Agosto, não só pelo fato de ser presidente, sendo um diretor do XI, tendo uma participação ativa na política acadêmica, isto é fundamental.

Essa atividade prepara o jovem para ter gestos que transformem o País. Mesmo que não seja na política. O país precisa demais dos bons estudantes de Direito. Para o estudante de Direito no século XXI eu almejava isso. Não queria morrer sem ver o XI de Agosto numa posição de destaque, mesmo que ele tenha um envolvimento com partido político, este tipo de envolvimento não tem importância, mas eu acho que ele tem de debater.

Eu fui estudante, filiei-me a partido político, porque desde garoto tinha as minhas convicções de esquerda. Mas isso não importa, tive grande amigos que divergiam de mim mas que deram grande contribuição porque eram estudiosos, tinham liderança, participavam dos debates, uns mais voltados para o teatro, outros mais para a oratória, esse conjunto de coisas, de participação do estudante que lidera este movimento, é que faz o perfil do XI de Agosto, que é para mim um perfil grandioso.

É por isso, sem querer ser muito repetitivo, só para enfatizar, que você compreende porque um presidente da República venha à posse de um presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto. Você um dia vai ver como é importante isto, porque o Jango demonstrava um profundo respeito pelo estudante da São Francisco. Ele sabia que São Paulo era um Estado pujante, onde havia uma Faculdade de nomeada, de primeira linha, com todos os seus defeitos, mas uma Faculdade no contexto universitário muito importante. Mas não tenha dúvida, é sempre um grupo menor de interessados dentro do pátio. Mas é esse grupo menor que dá o perfil. A minha esperança é que o XI de Agosto seja melhor do que no meu tempo!

Há 97 Anos... 1903: Ano de Fundação

"Art. 1.º Sob a denominação de Centro Acadêmico XI de Agosto, fica fundada uma associação de alunos matriculados na Faculdade de Direito de São Paulo.

Esse é o começo do primeiro estatuto do Centro Acadêmico XI de Agosto publicado a 19 de agosto de 1903, e que sintetiza a concretização do sonho e do esforço de alguns estudantes da época. Foi possível a formação do XI graças às

diversas reuniões envolvendo acadêmicos interessados em reunir todos os estudantes de Direito das Arcadas sob a mesma bandeira.

Não foi tarefa fácil, pois (como hoje) havia céticos e indiferentes à idéia, que duvidavam do sucesso de tal empreendimento e que afirmavam palavras de descrédito e desânimo pelo espírito associativo acadêmico. Mas aqueles convictos na idéia de criação do Centro não lhes deram ouvidos, e foi então que numa sessão em que estavam presentes grande parte dos alunos da Faculdade, num clima de cordialidade e entusiasmo, escolheu-se as pessoas incumbidas de elaborar os estatutos do Centro: Pedro Dória, Luiz Pereira de Campos Vergueiro e Macedo Soares.

Após três meses para redigir, discutir e aprovar os estatutos, convocou-se a reunião para se eleger a primeira diretoria da associação que devia representar todos os acadêmicos. A eleição da primeira diretoria, extremamente concorrida e que legitimou o entusiasmo geral, deu o seguinte resultado:

Presidente:	Pedro Dória
Vice-Presidente:	Marcello Francisco Silva
1º Secretário:	Fausto de Barros Camargo
2º Secretário:	Amadeu Gomes de Souza
1º Orador:	José de Paula Rodrigues Alves
2º Orador:	Pedro Soares de Sampaio Dória
Tesoureiro:	Fernando Pacheco Chaves
Procurador:	Eliezer Arouche de Toledo
Comissão de Redação:	
	Armando Rodrigues
	José Bento Monteiro Lobato
	Lino Moreira
	Paulo Galvão Sampaio
Comissão de Sindicância:	
	Guilherme Vallim Álvares Rubião
	Pio de Almeida Prado
	Polycarpo de Magalhães Viotti

Todos os eleitos tiveram quase unanimidade na votação. Os fundadores do XI de Agosto pensaram que a data 11 de agosto, que assinala a fundação dos Cursos Jurídicos brasileiros, devia ficar como um símbolo. O mesmo

nome foi dado à sua Revista, que ainda hoje se publica. E aguardaram o dia 11 de agosto para a instalação oficial da nova associação acadêmica.

A 11 de agosto de 1903, em uma sessão solene, a primeira que se fazia à noite na Academia, onde, então, não havia luz elétrica, instalou-se o Centro Acadêmico XI de Agosto. Para que se realizasse a sessão, foi necessário que se fizesse uma instalação provisória de luz elétrica.

A sessão inaugural foi presidida por Pedro Dória, sentado entre dois dos maiores vultos que têm iluminado a cátedra da Academia de São Paulo: Pedro Lessa e João Pereira Monteiro. Nessa sessão viam-se representantes de todas as autoridades constituídas do Estado, além das principais famílias paulistanas.

A gestão de Pedro Dória enfrentou dificuldades para consolidar o Centro. Por exemplo, era exigida uma mensalidade para tornar-se sócio: em regra o estudante tem horror a tal espécie de contribuição.

Pedro Dória não tinha perfil agressivo e arreatador; era calmo, ponderado, e aos poucos foi reunindo em torno do Centro a maioria dos seus colegas. E pôde, ao final de seu mandato, deixar o XI de Agosto como uma organização vitoriosa. Seus companheiros de diretoria também trabalharam com afinco, entre eles José de Paula Rodrigues Alves, o qual veio a ser embaixador do Brasil na Argentina, e Amadeu Gomes de Souza, posteriormente deputado estadual e presidente da Companhia Mogiana de Estradas de Ferro.

Cumpra aqui destacar a figura de um moço de excessiva modéstia, quase um desconhecido para os seus colegas: José Bento Monteiro Lobato, o autor de *Urupês*. Foi Pedro Dória quem lembrou o seu nome para a redação da *Revista O Onze de Agosto*, que se começou a editar nesse ano. Monteiro Lobato principiou, então, a sua carreira de escritor. Logo de início ficou conhecido e admirado pelos seus colegas de bancos acadêmicos. Era a revelação de um grande escritor.

No editorial que abre a edição n. 1 da *Revista O Onze de Agosto* estabeleceu-se os objetivos para o brilho da nova associação: "(...)E marcando, talvez, o início do ressurgimento completo do antigo esplendor da vida acadêmica, forma-se agora o Centro Acadêmico XI de Agosto, que, procurando formar verdadeiros combatentes para as lutas, em prol dos interesses da sociedade brasileira, busca, ao mesmo tempo, tornar mais amena a vida acadêmica, derruindo por completo as barreiras que parecem existir entre os estudantes dos diversos anos do curso jurídico, e fazendo de cada estudante, sem distinção de espécie alguma, o seguinte: um acadêmico.

No início a sede do Centro ficava à esquerda de quem entra para o pátio, onde veio a ser a Sala de Armas, do Tiro de Guerra da Faculdade. Depois a sede foi transferida para uma sala do centro da cidade. Ficava no andar superior do prédio onde se localizava o *Café Guarani*, que era, então, o ponto predileto de reunião dos estudantes.

Ocorreu ainda em 1903 um episódio memorável: a chegada de Santos Dumont¹ ao Brasil, com a realização de grande recepção no Rio de Janeiro, a então capital do País. O XI conseguiu do Governo da República um trem especial que transportou pela linha Central do Brasil, a qual liga São Paulo ao Rio, os estudantes de Direito que iriam fazer parte da recepção. Mais de 500 acadêmicos de São Paulo foram prestigiar Santos Dumont, o grande inventor e pai da aviação.

Como era de hábito, os estudantes mandavam telegramas para as estações de trem avisando sua chegada. Mas como também era hábito não pagar a conta de suas refeições, só encontraram estabelecimentos fechados durante a viagem. Assim, depois de estadia no Rio, os acadêmicos arquitetaram um plano: enviaram um telegrama a Taubaté avisando que Santos Dumont passaria pela cidade e que chegaria no trem no qual viajavam os 500 acadêmicos "mortos de fome" Taubaté, em poucas horas, transformou-se em outra cidade: as aulas foram suspensas, sinos tocando, políticos nervosos, oradores com discurso na mão, fartura de comida e de bebida. Ao som do Hino nacional, seguido de foguetes, Santos Dumont finalmente desceu na estação da cidade, carregado pelos prestativos alunos da Faculdade de Direito. Na verdade, o pai da aviação estava encarnado na figura do acadêmico Pedro Motta que, com o seu boné de casimira, seu bigodinho e com tudo o mais numa semelhança perfeita, representava aos olhos taubateanos a pessoa de Santos Dumont. Os são-franciscanos devoraram a comida e se embebedaram de champanha. E quando o trem já estava em marcha, um estudante delatou a farsa. Entretanto, ao invés de revolta, a cidade de Taubaté transformou a homenagem a Santos Dumont em uma verdadeira festa para os acadêmicos do Largo.

1. Em 1901, perante uma Comissão do Aero clube da França, Santos Dumont conseguiu elevar-se do solo e realizar o percurso de Saint-Cloud à Torre Eiffel, contorná-la e voltar ao ponto de partida, pilotando um balão alongado em forma de charuto com motor a petróleo, que havia idealizado. Com isso, assegurou a dirigibilidade dos balões e arrebatou o prêmio Deutsch de La Meurthe. (Microsoft, Enciclopédia Encarta 99).

Associados do XI que se tornaram governantes

Nestes 97 anos de vida, do quadro associativo do XI saíram personalidades que tomaram cargos expressivos, dentre os quais temos três presidentes da República, um presidente do Estado, sete governadores, três interventores estaduais, quatro vice-governadores e cinco prefeitos da Capital. São eles:

presidente da República:	José Linhares Nereo de Oliveira Ramos Jânio da Silva Quadros
presidente do Estado:	Júlio Prestes de Albuquerque
governadores:	Henrique Smith Bayma José Joaquim Cardoso de Mello Neto Jânio da Silva Quadros Carlos Alberto Alves de Carvalho Pinto Roberto Costa de Abreu Sodré José Maria Marin André Franco Montoro
interventores:	José Joaquim Cardoso de Mello Neto Sebastião Nogueira de Lima José Carlos de Macedo Soares
vice-governadores:	Manoel Gonçalves Ferreira Filho José Maria Marin Almino Monteiro Álvares Affonso Aloysio Nunes Ferreira Filho
prefeitos da Capital:	Goffredo Teixeira da Silva Telles Paulo Lauro Linneu Prestes Jânio da Silva Quadros William Salem

Aspectos do XI Hoje

Nos anos 70, a ditadura militar praticamente sufocou o Centro Acadêmico e sua capacidade de expressão, sendo a época da censura e do período em que o XI cai na clandestinidade. Foi na década de 80, com a campanha das Diretas Já em 1984, na fase de redemocratização do País, que o XI renova-se e é possível a publicação do Estatuto até hoje vigente, e que rege a estrutura de funções de cada um dos diretores do Centro.

A novidade é que a diretoria do XI passa a ser feita por chapa completa. Junto com a diretoria é eleito um conselho fiscal independente, com a função de fiscalizar as finanças e manter a transparência do caixa da entidade. Desde então, ocorrem algumas peculiaridades quanto à eleição do Centro Acadêmico. Antigamente, os presidentes eram predominantemente alunos do 5º ano. Hoje, os presidentes são do 3º e do 4º ano. Antes, os presidentes elegiam-se no quinto ano, pois se entendia que era melhor não estar na Faculdade sujeito a críticas sobre sua gestão, e voltar a ser um aluno "normal". Outro fato interessante é que as chapas, ao invés de ter uma estrutura moldada de acordo com o estatuto, preferem ter uma estrutura diferente. Por exemplo, na executiva as atribuições do presidente são distribuídas entre três coordenadores.

No final dos anos 80 e na década de 90, o XI manifestou-se durante fatos que mexeram o País. A Sala dos Estudantes tornou-se local público para que o povo pudesse apresentar e ter acesso aos projetos no período da Assembléia Nacional Constituinte. Em 1992, foi às ruas exigir o *impeachment* de Fernando Collor. Promoveu campanhas pela democratização dos meios de comunicação, pela ética na política, por "1964 Nunca Mais" pelo fim da Justiça Militar, pelo ensino público, gratuito e de qualidade, pela Reforma Agrária, pelo desarmamento contra a violência, pela consciência política, pelos Direitos Humanos.

É importante destacar a Campanha Sou da Paz, de repercussão em todo o país, nascida por iniciativa do Centro Acadêmico XI de Agosto em 1997 e que até hoje é um símbolo pela idéia de que ser dono de uma arma aumenta as chances de você ser morto. Destaque também para o Centro de Estudos em Direitos Humanos criado pelo Centro Acadêmico em 1998, do qual participaram políticos, estudantes de várias faculdades, membro de ONGs, que lutam pela defesa dos Direitos Humanos. O curso é ligado à cátedra da UNESCO para a paz e ao Instituto de Estudos Avançados da USP

Na questão do acesso à Justiça é necessário destacar o trabalho do Departamento Jurídico XI de Agosto, onde os alunos prestam Assistência Jurídica gratuita à população carente, há 81 anos. O DJ, como carinhosamente é chamado, foi fundado em 19 de setembro de 1919 com o nome de Assistência Judiciária Acadêmica, e idealizado por Alcyr Porchat (1º orador do XI em 1920).

Além disso, o Centro Acadêmico mantém um Cursinho preparatório para vestibular para aqueles que não têm condição de pagar altas mensalidades.

Ainda hoje existe a Casa do Estudante, na Avenida São João, a qual foi um dos notáveis empreendimentos do Centro Acadêmico. A sua construção foi financiada, em boa parte, com a arrecadação obtida nos famigerados Bailes da Américas, realizados anualmente em 12 de outubro. A Casa levou 11 anos para ser construída (1937 – 1948).

Outrossim, o XI possui departamentos específicos para tratar de diferentes questões. Há o de Imprensa, que cuida das publicações; o de Ensino, que trata das questões referentes à qualidade de ensino na sala de aula; Cidadania, que cuida das questões políticas; e Cultural o qual incumbe-se das festas, das Peruadas, dos ofícios do Pindura, de eventos culturais, etc.

Nos últimos cinco anos três grupos foram gestão do XI: Rasgando o Verbo (1995), Partido Acadêmico Autônomo (1996, 1997, 1998) e Grupo Ruptura (1999).

Podemos afirmar que a influência política do XI tenha enfraquecido recentemente devido à multiplicação de entidades e dos movimentos sociais. Por ele há quem sinta o compromisso e a latência dos ideais próprios do acadêmico. Embora os jovens sejam inexperientes, eles compensam isso com os sonhos de transformação da realidade, e a capacidade de enxergar novos horizontes com o brilho no olhar. Isso permeou a criação do Centro Acadêmico e continua a fascinar aqueles que dele participam.

Para encerrar, transcrevemos uma trova que até hoje se canta:

*Quem entra na São Francisco
Tem mais amor à verdade,
Pois leva sempre no peito
A chama da Liberdade!*

Bibliografia:

- MACHADO JR., Armando Marcondes. *Centro Acadêmico XI de Agosto – Faculdade de Direito de São Paulo (1903 – 1998)*, Ed. Pannartz (SP) 5 volumes, 1999.
- DULLES, John W. F. *A Faculdade de Direito de São Paulo e a Resistência Anti-Vargas*, Edusp, 1984.
- Discurso proferido por Armando Marcondes Jr. Ao receber o Prêmio XI de Agosto de 1996.
- NOGUEIRA, José Luiz de Almeida Nogueira. *A Academia de São Paulo - Tradições e Reminiscências*, Ed. Saraiva, 1977, 5 volumes.
- VAMPRÉ, Spencer. *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, Instituto Nacional do Livro, 2ª ed., 1977, 2 volumes.
- MALHEIROS, Lauro. *Rosas de Inverno*, 1987.
- VIEIRA, Cícero Augusto. *Casa do Estudante*, Coleção XI de Agosto, 1942.
- VIDIGAL, Geraldo. *O Aprendiz de Liberdade*, Ed. Saraiva, 1988.
- REZENDE, Carlos Penteado de. *Tradições Musicais da Faculdade de Direito de São Paulo*, Ed. Saraiva, 1954.
- GIOIELLI, Sidney. *Os Filhos Joviais de São Francisco*, 1992.
- MARTINS, Ana Luiza e BARBUY, Heloísa. *Arcadas: História da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco 1827-1997*.
- REALE, Ebe. *Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, A Velha e Sempre Nova Academia*, Ed. Saraiva, 1997.

Agradecimentos.

Agradeço a todos os que colaboraram direta ou indiretamente para a elaboração deste artigo: Antonio Augusto, do Serviço Técnico de Imprensa, Waldir e Marilene, do Arquivo da Faculdade, ao Centro Acadêmico XI de Agosto, e à Revista "O Onze de Agosto" Obrigado.

AO NOSSO QUERIDO RUBENS LIMONGI FRANÇA

Daisy Gogliano

Professora Doutora do Departamento de Direito Civil
da Universidade de São Paulo

Nesta Academia orgulhava-se Castro Alves de ouvir as preleções de um civilista nestas palavras: "O grande José Bonifácio!" Nós, não só ouvimos Rubens Limongi França, como o vivemos, o experimentamos, somos como Rubens Limongi França. Igualmente dizemos com orgulho: "*O grande Rubens Limongi França*"

Não vamos empregar o verbo no passado. Vamos empregá-lo no presente, pois o nosso mestre, o nosso mentor e amigo é atemporal. E quem nos dá esta lição de atemporalidade é o próprio Rubens Limongi França ao interpretar Castro Alves, dizendo: "*O gênio ao manifestar-se, o faz fora do tempo, na medida em que atemporal é a energia que o suscita*"

Típico dos heróis de inteligência superior, justamente por ser atemporal, sempre se congregam a gratidão e a afeição para com os amigos. É marcante o seu espírito de solidariedade, na ajuda a todos, o quanto pode. Sincero e acima de tudo sensível, preocupa-se em não ferir, não magoar. Ético, por excelência, para com os colegas não lhes retira a autoridade publicamente. Sempre um gesto, sempre uma palavra acolhedora nos momentos de contrição. Sempre aquele sorriso que tudo ilumina e tudo acalma.

Acredita no Amor sublime que reconhece ser raro, mas que sela as almas para sempre, como diz na sua alusão a Castro Alves.

Por ser artista, pintor, escultor e poeta, canta em seus versos "como é certeza que possuo alma" Falamos hoje de alma para alma, seladas, ao nosso grande Rubens Limongi França! Essa alma benevolente e sábia, que perdoa os arroubos da juventude, que nos embala e nos conduz na redenção do Cristo, no nosso trabalho, que não pode parar e jamais esmorecer, por maior a dor, por maior o desamparo, na grande responsabilidade de não decepcionar.

O exemplo de mestre e amigo estão nas palavras que descrevem os momentos de contrição vividos por Castro Alves: "*O único facho capaz de aclarar os caminhos, outra coisa não seria, senão a graça sobrenatural da fé*"

É a energia sagrada que faz de Rubens Limongi França um dos maiores civilistas desta Pátria e além dela é aquela fé no coração, do âmago da natureza das coisas, nessa Justeza, sempre perseguida. Títulos não lhe faltam: Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; decano dos doutores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor Catedrático "Honoris Causa" da Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima, Perú; Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas; Sócio Honorário do Instituto dos Advogados da Bahia; Professor da Escola de Magistratura de Pernambuco e acima de tudo nosso mentor, nosso amigo. Como jurista, palmo a palmo, no decorrer de suas obras, não descarta da sacralização do Direito, como "*ars boni et aequi*"

A sua obra é grandiosa. Fruto de esforço continuado, que resiste a todos os embates. É a própria expressão da fé e honestidade científica, tão forte quanto a sua fé religiosa. Fé esta que também se traduz nos oferecimentos e louvores a Deus, nas dedicatórias e prefácios de sua obra.

O que se admira em Rubens Limongi França, entre tantos dons, tocantes e marcantes, é a sua excepcional capacidade de trabalho, a sua mentalidade organizada, que faz do seu "Manual" obra conceitual e sistematizada, por primazia. O "Direito Intertemporal" é a própria História do Direito ali decantada. Onde o caos persiste, onde a ilusão tal qual a miragem do deserto faz supor uma verdade, Rubens Limongi França nos leva e conduz à simplicidade, à objetividade, à clareza, por fim à beleza do Direito, completamente desvelada daquilo que ele graciosamente chama de "pôt pourri" de coquetel de pseudociência do Direito, dos comentadores-leguleios, daqueles que pensam que o Direito se resume na lei.

Rubens Limongi França é autêntico. É o descobridor da ordem a que estão submetidos todos os fenômenos jurídicos. É frase sua: "*O Direito Civil é a base do fenômeno jurídico*"

A sua missão, forte e ao mesmo tempo dolorosa, firmada na convicção e na serenidade de quem está sempre a cumprir o seu dever, revela a altura, o cimo a que atingiu o pensamento jurídico brasileiro, pois faz Escola. O ápice foi a atingido com a mais extensa enciclopédia jurídica do mundo, a "Enciclopédia Saraiva do Direito" nas suas palavras, "a síntese do pensamento jurídico nacional" com a plêiade de juristas que se empenham em legar à Ciência do Direito ingente trabalho, em mão comum. Aquilo que Rubens Limongi França denomina: "A epopéia das Letras Jurídicas Nacionais" no agradecimento pujante e caloroso que faz a todos os

colaboradores e participantes, "por mercê de Deus, Nosso Senhor, e pela grandeza de saber e de alma de todos...

Nos oferece em sua obra os instrumentos próprios, notadamente da Teoria Geral do Direito Civil, base e fundamento de tudo. As suas lições são límpidas e cristalinas, luzentes à luz do sol.

O Direito Natural em Rubens Limongi França assume particular importância. É o Direito Natural clássico, despido do racionalismo abstrato, eidético e extremado do jusnaturalismo. É aquele justo de Aristóteles e "do inigualável Cícero" "por natureza e por lei" como pilar sobre o qual se pode edificar uma Ciência Jurídica. No seu entender o Direito deve estar sempre a serviço do homem. O Direito deve comungar com todas as ciências. Diz: "A prata da casa é muito boa" quando se refere aos "turistas" do Direito que buscam doutrina alienígena, sem base e sem fundamento.

Como o professor, critica a mesmice falada em aula, nas expressões: 'como diz o v. aresto; como diz o v. acórdão' ante a total incapacidade de pensar, daqueles que não sabem cobrir as lacunas do Direito. Jamais permitiu opiniões iniciadas como "eu acho" Contudentes são as críticas àqueles que parafraseam a lei; àqueles desligados da história e de nossas tradições mais sagradas que não podem ser descuradas. Sempre a bem da verdade histórica.

O que se admira é a radiosa criatividade do seu espírito fecundo, sempre em alerta constante - isso é viver.

Se aos olhos do mundo tais expressões porventura induzem vaidade, outra coisa não são do que a sua firme convicção daquilo que é, daquilo que efetivamente pode, germe de sua autoconfiança e da sua coragem.

Pode-se dizer: imprime a sua "griffe" Essa "griffe" Limogiana, que se faz sentir nos seus discípulos na metodologia da pesquisa científica.

Nas suas mãos galgamos cordilheiras, buscando o cimo para uma indispensável visão universal. Nas suas mãos, descemos ao abissal, como escafandristas do Direito, na historiografia, descendo às origens mais profundas, no âmago das Instituições, onde o passado se faz presente, iluminando o devir. Nas suas mãos sofremos angústias, dentro das próprias contingências humanas, sem qualquer revestimento ou capa que ilude, camufla e seduz.

Não vamos como Camões pedir licença "se lá no assento etéreo onde subistes, memória desta vida se consente... Ser eterno não é repousar no assento etéreo, não é repousar na eternidade. Ser eterno é viver em outrem e ser com outrem.

É perdurar na memória do outro em poesia. A eternidade de Rubens Limongi França está nesse mundo que ele mesmo criou e abriu, nessa ampla possibilidade. Nessa clareira, nessa abertura imensa do seu ser, em benefício da Pátria e do Direito.

Vive em nós "uno corpore" Em nossa irrestrita admiração e veneração, em nossa profunda gratidão.

O nosso grande Rubens Limongi França!

Ouçamos Castro Alves:

Entra! O verso é uma pousada

Aos reis que perdidos vão

A estrofe - é a púrpura extrema

Último trono - é o poema

Último asilo - a canção.

São Paulo, novembro de 1999.

BREVÍSSIMAS NOTAS PÓSTUMAS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR DOUTOR R. LIMONGI FRANÇA

*Flávio Marcondes Velloso**

O insigne mestre Rubens Limongi França nasce em Guaratinguetá aos 15 de outubro de 1927. Era, pois, no Dia do Professor e talvez, não por mera coincidência, já predestinado a ser um dos grandes vultos das Arcadas...

De labuta incansável, o professor Limongi França vem a receber, dentre tantas e inúmeras láureas acadêmicas, intelectuais e honoríficas, conquistadas sem exceção por seu invulgar brilho e merecimento, a de titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde ensina a centenas e mais centenas daqueles que carregariam o privilégio e a marca de suas lições, dentre esses, v. g., o ministro, até recentemente presidente do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, seu afilhado.

Conferencista nacional e internacional, professor honorário das melhores universidades européias e americanas, das escolas superiores de magistratura e de advocacia, membro titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, medalha Ruy Barbosa conferida pelo presidente da República, medalha Comenius pela Academia Cristã de Letras, medalha Anchieta pela Municipalidade de São Paulo, medalha de Ouro do Mérito Jurídico Civil pelo Instituto para a Divulgação do Direito Civil, sócio de honra do Instituto dos Advogados, do Instituto de Direito de Autor e fundador do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

Referência clássica, universal e segura do melhor Direito e da melhor doutrina, na qualidade incomum de professor e autor de obra profunda e vasta, com mais de três centenas de livros publicados, todos de incontestável reconhecimento, sem descuidar, contudo, das horas dedicadas à poesia, às letras e à espiritualidade como, por exemplo, os seus escritos que vão de Castro Alves à cromoterapia e à cura pelas mãos...

* Flávio Marcondes Velloso, autor de "*Ensaio Jurídico. Temas Inéditos*" e de "*Tribunal Internacional de Justiça. Caminho para uma nova comunidade*", esse último, a ser lançado na Feira de Frankfurt, Alemanha, exatamente na semana do aniversário de nascimento do professor e a ele dedicado.

No campo jurídico, a sua incomparável *Enciclopédia do Direito*, a maior edição brasileira de todos os tempos, com 78 volumes, dá-lhe a fama justa, para além dos seus conhecidos atributos e virtudes, de "executivo do Direito" por seus pares que nela colaboraram, como é o caso do professor Goffredo da Silva Telles Junior, o qual publica presentemente a sua *Folha Dobrada*, em que presta, às páginas 900 e 901, a sua consideração ao labor do grande Limongi França, confessando ter dele transformado em quadro uma sua missiva, para tomar sempre dela inspiração...

É bem de mencionar ainda as suas consagradas *Instituições de Direito Civil* onde consegue o feito de versar, com a propriedade, o rigor e o domínio de sua cultura, todo o Direito Civil em um só volume, em pouco mais de mil páginas. Mas a sua genialidade transborda e cria também nas artes, sendo de suas cores mais de cem telas e de suas talhas mais de trinta esculturas, várias retratando a sua gente, as suas origens nas terras do presidente-conselheiro Francisco de Paula Rodrigues Alves e do frei Antônio de Sant'Anna Galvão, nascido Antônio Galvão de França, como a festejada pintura de "O Sapateiro"...

De sua "joie de vivre" como humanista e alma sensível deixa, de vários casamentos, a sua incomensurável e ainda maior riqueza na forma de Ana Isabel, Ana Cristina, Antônio de Sant'Anna, Ana Carlota, Vicente de Paula, Ana Juditte, Carlos Otávio, filhos, e Caio Augusto, Ana Alice, Manoel, João Mário, Pedro, Maria Júlia e Eduardo, netos, os quais, à beira de seu túmulo, em fala unissona e geral confessam naquele momento experimentar e descobrir "mais uma vez a força da sua presença, o significado do seu jeito intenso, assertivo e batalhador de ser em tantas atividades e expressões" externando-lhe perene gratidão...

E aqui rogamos vênias para consignar a nossa, com declarada admiração e profundo respeito ao dileto mestre e amigo professor doutor Rubens Limongi França que, aos 18 de setembro do presente ano, de maneira inesperada, segue, livre, para a frente e para o alto, de encontro ao Mestre dos mestres, perante a Divina e Eterna Obra do Pai. Como alguém disse alhures, "il a bien mérité la patrie"... Soube, como poucos o sabem, elevar o nome de sua cidade natal, de sua Faculdade e de seu país.

Primavera de 1999.



Professor Doutor Rubens Limongi França

LEGADO MULTIDISCIPLINAR DE FRANCISCO CLEMENTINO DE SAN TIAGO DANTAS

Fábio Maria De-Mattia
Professor Titular do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A escolha do legado jurídico de San Tiago Dantas para tema de aula inaugural deste ano letivo no curso noturno se justifica para os acadêmicos de Direito familiarizarem-se com a importância da vida e obra de um dos brasileiros mais proeminentes deste século.

Por outro lado, esta Academia, que ele conheceu e respeitou, não poderia se manter silente quando da passagem do trigésimo ano de seu passamento. Seguindo o exemplo de outras instituições nacionais como a Escola de Advocacia da Seção do Estado do Rio de Janeiro da OAB que, em outubro de 1994, dedicou uma sessão solene para evocar sua fulgurante passagem pelo mundo do Direito e pela vida pública, prestamos, nesta Revista, nossas homenagens a este ilustre professor.

A justificativa completa-se dado o cinquentenário da aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito, ministrada por San Tiago Dantas, sob o título "A educação jurídica e a crise brasileira" que, até hoje, é um referencial quando se discute o currículo no ensino do Direito.

Inicialmente abordaremos aspectos biográficos de San Tiago Dantas e o desdobramento de suas atividades como professor, advogado, empresário, consultor influente de governos e em seguida sua passagem marcante e histórica pela vida política e administrativa no exercício dos cargos de deputado federal, ministro de Estado das Relações Exteriores e da Fazenda, com desempenho comprovado, passados mais de trinta anos, de quem atuou visualizando décadas além de seu tempo e, finalmente, nos deteremos na sua importante e diversificada produção jurídica quer em decorrência da atividade no magistério quer como monografista, parecerista, autor de artigos jurídicos e como causídico.

* Esta homenagem foi realizada em aula inaugural ministrada, em 1995, no curso noturno da Faculdade de Direito, relativa ao trigésimo ano da morte de Francisco Clementino de San Tiago Dantas. A Comissão de Publicação entendeu publicá-la, neste fascículo, no ano comemorativo dos 500 Anos do País, lembrando, nas palavras do Autor, o grande mestre jurídico.

Pode ser inserido na categoria rarissimamente alcançada de jurisconsulto.

Trata-se de um dos vultos mais eminentes do Brasil no campo da cultura, dotado de uma das inteligências mais agudas e objetivas de nosso tempo. Foi considerado, por muitos, a figura mais importante de sua geração.

Quem comprova sua condição de *primus inter pares*? São os luminares mais representativos de nossa cultura, enumerando alguns deles: Afonso Arinos de Mello Franco, Alceu Amoroso Lima, Augusto Frederico Schmidt, Gilson Amado, José Honório Rodrigues, Marcílio Marques Moreira, Otávio de Faria, Plínio Salgado e Roberto de Oliveira Campos.

Humanista versado em literatura, história, filosofia, sociologia e nas artes em geral; jurisconsulto, cuja presença se faz sentir na atualização e renovação do Direito Civil pátrio, no dizer de Arnaldo Wald; mestre de Direito, lúcido e atualizadíssimo; orador fluente, límpido e persuasivo; primoroso homem de letras; diplomata e estadista; parlamentar que nos faz lembrar pela sua contribuição intelectual e como formulador de soluções, os grandes de Minas: David Campista, Carlos Peixoto, Pandiá Calógeras; financista professor de Economia Política na Faculdade de Arquitetura e na Escola Superior de Guerra.

Era um polimorfo sem superficialidades, luminoso sem eclipses, acadêmico e, contudo, operacional, capaz de rigor da ciência e da singeleza das artes, como foi analisado detidamente.

San Tiago Dantas ingressa na Faculdade de Direito aos dezesseis anos, quando já se familiarizara com autores da envergadura de Goethe, Kant, Nietzsche, Bergson, Rimbaud e Baudelaire.

Encontrando entre seus colegas um grupo de grande valor intelectual, organiza com eles o "Caju" Centro de Estudos Jurídicos e Sociais, entidade política de idéias e de cultura que exerceu profunda influência em sua geração.

Quais eram os seus colegas do Caju? Álvaro Penafiel, Américo Jacobina Lacombe, Antonio Galloti, Aroldo de Azevedo, Gilson Amado, Hélio Viana, Otávio de Faria, Plínio Doyle, Thiers Martins Moreira, Vicente Constantino Chermont de Miranda e Vinicius de Moraes.

Segundo o escritor Otávio de Faria: "*Não havia entre os seus membros a mais leve discrepância sobre dois pontos: a lúcida rejeição de qualquer ideologia de base marxista e a mais absoluta admiração pela inteligência de San Tiago Dantas*"

Aos dezenove anos ei-lo brindando nossas letras com um trabalho sobre Joaquim Nabuco. A respeito dele, diz Plínio Salgado: *Percebi pela forma, estilo e maneira de tratar a matéria, que êle, como Nabuco, filiava-se à corrente estilística e à de pensamento de Renan e dos racionalistas franceses do século passado. Realmente, Joaquim Nabuco foi, entre nós, aquele que exprimiu o sentido linear, o equilíbrio perfeito do estilo literário e, até mesmo, de atitude pessoal daquele grupo francês que era, na ocasião, a pura expressão do espírito filosófico*"

Afonso Arinos de Mello Franco situa a atuação literária de San Tiago Dantas: *e como ele, Jorge Amado, Schmidt e Hamilton Nogueira, entre outros, foram, para mim, a revelação de que a literatura brasileira deixava de ser, somente estética e se transformava em espelho de crítica social de afirmação ideológica: de esquerda, de direita ou reformista cristã*" (Prefácio a '*Dom Quixote, um apólogo da Alma Ocidental*' 2ª ed., Rio, Editora Tempo Brasileiro, 1964, p. XIII).

É evidente que, nesta época, não poderia ter escapado ao espírito de San Tiago Dantas a convivência com Proust. A admiração pela obra do escritor russo o leva à constituição da Sociedade dos Amigos de Proust.

Quando já se preparava para nos deixar, quis visitar os lugares que aparecem na obra de um dos seus autores preferidos. Esta viagem nos é relatada, magistralmente, pelo ministro Marcílio Marques Moreira, amigo dileto do mestre, colaborador e presença constante nos últimos anos que relata e reflete: "*Quer visitar Illiers, o Combray da infância de Proust. Diante da igreja do vilarejo, entre romântica e gótica, da casa de tia Léonie e de Françoise, no Jardim 'du côte de chez Swann', era o reencontro do tempo perdido. Lembrado do adiantado da hora, responde ser esta a última oportunidade de conhecer, diretamente, o que só conhecia, embora tão de perto, através da leitura de um dos seus autores preferidos. Pergunta pelas aubépines, mas já haviam murchado. Em vida não teria a oportunidade de ver as aubépines florir, como, também, não lhe seria dado ver desabrochar muitas outras flores, que cultivara com tanto zelo. A irremediabilidade do Tempo foi um tema constante de reflexão. Era o que o fascinava em Bergson e Proust, ambos voltados para o mistério do fluir do Tempo, e também em Baudelaire, cujos versos sabia de cor. 'O douleur, o douleur, le temps mange la vie'*"

Antes de se bacharelar em Direito, colaborou no jornal "A Razão" onde deixou importante contribuição. Foi um dos fundadores e redatores.

Ingressou na Faculdade Nacional de Direito da então Universidade do Brasil, em 1928, concluindo o curso em 1932.

No relato de Alberto Venâncio Filho o professor San Tiago Dantas "*entre os mestres guardou lembranças muito nítidas de Abelardo Lobo, Afonso Celso, Virgílio de Sá Pereira e Lacerda de Almeida*" ("*San Tiago Dantas e o Ensino Jurídico*" em "*San Tiago Dantas Um Seminário na Universidade de Brasília*" Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 50).

Lecionou na que viria a ser a Faculdade de Arquitetura da Universidade do Brasil, na época Escola Nacional de Belas Artes, segundo depoimento de Américo Jacobina Lacombe *onde, quase adolescente e recém-formado, ocupou, pela porta larga do concurso, a cadeira de Legislação de Construções*. Inicia-se, também, no magistério de Economia Política e Finanças. O interesse pelos temas econômicos revela-se já quando estudante, como comprova no artigo publicado sobre "A situação do comércio mundial da prata"

Em 1939 é aprovado em concurso para professor catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Brasil sucedendo na cátedra a Virgílio de Sá Pereira. Em 1940 passa a ensinar na Escola de Estado Maior do Exército como professor e conferencista de Economia Política. Em 1941 assume a direção da Faculdade Nacional de Filosofia, permanecendo até 1945 sendo, de fato, o organizador da referida instituição.

Fundada a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro assume a regência da cadeira de Direito Romano. Em 1946 leciona em Faculdade de Direito da Universidade de Paris. Em 1951 foi conselheiro da Delegação Brasileira à Quarta Reunião de Consulta dos Chanceleres americanos, em Washington, EUA.

A partir de 1952 torna-se membro do Comitê Permanente de Arbitragem de Haia. Em 1953 atua como chefe de Delegação Brasileira na 3ª Reunião da Comissão Interamericana de Jurisconsultos, realizada em Buenos Aires, Argentina. Em 1955 é eleito presidente na reunião da Comissão Interamericana de Jurisconsultos, o que se estendeu até 1958.

É eleito deputado federal pelo Estado de Minas Gerais, em 1958, e reeleito, em 1962, pelo PTB - Partido Trabalhista Brasileiro. Em 1960 cria o projeto que resultou na Lei n. 3.752 de 14 de março, criando o Estado da Guanabara. Em 22 de agosto de 1961 é nomeado pelo presidente Jânio Quadros para exercer as funções de embaixador junto à Organização das Nações Unidas - ONU não tendo assumido o posto. Com o advento do regime parlamentarista assume, em setembro de 1961, o Ministério das Relações Exteriores.

Em janeiro de 1962 chefia a Delegação Brasileira na 8ª Reunião de Consulta dos ministros das Relações Exteriores, em Punta del Este, Uruguai e no mesmo semestre participa da Conferência de Desarmamento, em Genebra, Suíça, quando seu desempenho teve grande repercussão; quanto à segunda, sua atuação ensejou manchetes nos principais jornais europeus.

Deixa o Ministério das Relações Exteriores em 25 de junho de 1962, para se candidatar à reeleição como deputado federal obtendo êxito.

Em julho de 1962 é indicado pelo presidente João Goulart para o exercício das funções de primeiro-ministro mas não consegue ter seu nome aprovado pelo Congresso Nacional.

Dias atrás expus ponto de vista sobre a tragédia nacional que foi a rejeição de seu nome para o exercício das funções de primeiro-ministro a um dos mais eminentes cientistas políticos e sociólogos do País e estávamos plenamente sintonizados de que foi a grande oportunidade para a instauração do regime parlamentar de Governo, mas a recusa foi o início do processo de deterioração política, econômica e social que se encerrou com a quebra da ordem institucional em março de 1964.

A desaprovação de sua indicação resultou de episódio gerado pela incompetência política tanto da direita quanto da esquerda.

O próprio presidente da República convocou um deputado federal, seu correligionário e licenciado para exercer uma das mais importantes embaixadas na Europa, com o intuito de que regressasse ao País para auxiliar nas articulações políticas para a aprovação do primeiro-ministro indicado, mas, alguns dias depois de intensa atividade política, o deputado-embaixador é chamado ao Palácio para ouvir do presidente que cessasse qualquer articulação. Portanto, traído nas suas bases político-partidárias.

Preocupado com a sinalização da quebra constitucional e decidido a levar a frente o projeto de governo que combatesse a inflação e executasse reformas, nos faz lembrar o que hoje se pretende proceder no País. Assume, em janeiro de 1963, o cargo de ministro da Fazenda para exercê-lo por pouco mais de cinco meses, revelando-se o competente estudioso e professor de Economia Política e Ciência das Finanças, assuntos que ensinara na Faculdade de Arquitetura da então Universidade do Brasil e na Escola Superior de Guerra.

Obtém êxito internacional com sua Missão San Tiago Dantas aos EUA. É recebido pelo presidente John Kennedy para entrevista que excedeu o

horário protocolar, o que foi objeto de comentários pela imprensa internacional.

Regressa com a saúde abalada e encontra partidários do que cognominou a esquerda negativa desestabilizando o Governo, o que o convence, com alguns ministros, a optar pela demissão.

De junho de 1963 a 1º de abril de 1964 foi o grande articulador de seu último projeto político: unir as forças responsáveis e lúcidas da Nação em torno de um pacto nacional que salvasse o Governo daquilo que o esperava: a deposição.

O ministro Marcílio Marques Moreira, seu importante colaborador, amigo, presença constante em seus últimos anos, descreveu de maneira precisa e sábia o que significava a figura de San Tiago Dantas para o País: *"Como em tantas lutas em que se empenhou, San Tiago não veria, entretanto, florir a árvore, tenra e nobre, que então cultivava. Homem do futuro, importava-lhe mais plantar uma semente do que uma flor. A esse desprendimento que soube destilar de forma cada vez mais pura à medida que pressentia a hora de despedir-se de seu percurso terreno San Tiago aliava espantosa familiaridade com a complexa tessitura em que se entrelaçavam moral e direito, política e economia, sociedade e cultura, ciência e tecnologia; passado, presente e futuro; política interna e realidade mundial. Era a invulgar capacidade de que dispunha San Tiago para pensar e agir, para antever e advertir, para formular e sugerir, com grandeza e presciência, que lhe conferia a verdadeira dimensão de estadista"* (*"San Tiago Dantas, O Estadista"* em *"San Tiago Dantas Um seminário na Universidade de Brasília"* Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 47).

Após a tentativa de apresentar aos acadêmicos uma visão da vida construtiva e diversificada de San Tiago Dantas, passemos à análise de seu legado jurídico.

Começemos por alguns aspectos de sua produção científica a respeito do ensino, em particular do Direito.

Alguns de seus mais importantes trabalhos vinculados à vida acadêmica, ao ensino do Direito, estão reunidos em livro sob o título *"Palavras de um Professor"* (1ª ed., Rio, Forense, 1975), título escolhido pelo próprio mestre.

O historiador Américo Jacobina Lacombe, amigo por toda a vida do mestre San Tiago Dantas, na orelha do livro esclarece: *"Esta coleção é, assim, um pequeno espelho da ação magistral de San Tiago Dantas. O seu título, por ele mesmo escolhido, indica o rumo de uma carreira desviada de seu curso pela vocação política em que se consumiu na derradeira fase da curta e luminosa*

trajetória"

O volume inicia-se com o discurso proferido a 30 de agosto de 1940, ao tomar posse na cátedra de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil.

Analisa o Direito Civil como *"o campo das aquisições lentas, das transformações aluvionais. Lidando com grandezas microscópicas, penetrando nos alvéolos sociais, analisando e perquirindo os tecidos, decompondo as células, o trabalho do civilista não atinge a forma geral, mas atinge a substância, fixa os detalhes da sociedade"* (ob. cit., p. 18). Focaliza: *"Nele se hão de reunir e combinar dois elementos sem os quais será falseado o seu trabalho; o espírito conservador do sistema e a docilidade às normas jurídicas. O espírito conservador é talvez a essência do espírito civilístico, e se exprime naquela tendência que os jurisconsultos romanos levaram à perfeição, de ligar o novo ao antigo, de conquistar para o moderno os brasões do passado, só reconhecendo no sistema uma alteração, quando os seus quadros são inflexíveis à recepção do fato novo. O segundo elemento a docilidade às normas é o que dá vida e autenticidade ao trabalho do jurista, e impede que o seu ensinamento recaia sobre um sistema hipotético, diferente na verdade do que rege as relações humanas na vida real"* (ob. cit., p. 19).

O espírito aberto ao progresso do Direito o leva à reflexão sobre a "Renovação do Direito" por ocasião do cinquentenário da Faculdade de Direito da então Universidade do Brasil. Em 1945 dirige-se aos novos bacharéis abordando "Novos Rumos do Direito" Em 1957, dirigindo-se aos novos bacharéis, enfrenta o tema "Em defesa do Direito" Em aula proferida no curso sobre humanismo, organizado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 1948, discorre sobre "Humanismo e Direito"

Ao assumir a diretoria da Faculdade Nacional de Filosofia da então Universidade do Brasil, em 1941, discursa sobre "Os Estudos filosóficos e a sua significação no mundo moderno"

Um quarto de século após, profere a aula inaugural na mesma Faculdade que instalara e dirigira e, na antevéspera de 31 de março de 1964, versa o tema da "Reforma Universitária" no quadro das transformações institucionais, de que necessita o País para substituir suas antigas estruturas por outras, capazes de atender às aspirações da nova sociedade. Enfoca a reforma universitária analisando o quadro nacional. Aponta dez diretrizes que, explica, *"são esses os princípios, ou antes os traços característicos, que podem, a meu ver situar, nos dias de hoje, uma*

reforma universitária na linha da transformação social, que se vem cumprindo em nosso País, sem liderança cultural definida, com enorme vitalidade, mas com retardamentos desnecessários e desperdícios evitáveis' ("Palavras de um Professor" p. 198).

Apontava, igualmente, nesta aula inaugural, para uma preocupação que foi objeto de suas últimas manifestações: o risco do neosubdesenvolvimento: "*O risco do neosubdesenvolvimento ainda é maior do que o do subdesenvolvimento, de que ainda não logramos sair. O distanciamento relativo entre os povos detentores da ciência e da tecnologia modernas e os povos não detentores pode relegar estes últimos à condição de uma subumanidade*"

Este tema foi objeto, no mesmo mês, de palestra na Associação Comercial de São Paulo que, acredito, tenha sido sua última visita a São Paulo.

O trabalho mais significativo deste aspecto na preocupação de San Tiago Dantas com a nossa atividade universitária reside num tema que, continuamente, é um desafio e que se intitula "A educação jurídica e a crise brasileira" que foi objeto da aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito, em 1955. Neste trabalho apresenta um esboço de reforma do curso e dos currículos.

A importância deste estudo motivou uma dissertação de mestrado sob o título "Introdução ao idealismo jurídico" (Uma releitura da aula magna de San Tiago Dantas: A Educação Jurídica e a Crise Brasileira), do professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Edmundo Lima De Arruda Junior (Julex Livros, Campinas, 1ª ed., 1988).

"A Educação Jurídica e a Crise Brasileira" se compõe dos seguintes capítulos: "*Sociedade e Cultura; Progresso, Decadência e Cultura; Classe Dirigente e Cultura; Decadência Cultural e Secessão Política; A crise da Sociedade brasileira e a universidade; A Cultura Jurídica e a Crise Social; Restauração da Cultura Jurídica pela Educação; A didática tradicional e a nova didática; 'Text System versus case system'; Conseqüência da nova didática; Críticas ao ensino casuístico; Formação geral versus formação especializada; Técnica de currículo flexível; Os currículos especializados; O velho criticismo; Vivificações da educação Jurídica; Resumo e Conclusão*"

Em seguida apresenta esboço de reforma quando prevê quatro especializações: a. Direito Penal; b. Direito Administrativo; c. Direito Comercial e d. Economia e Ciências Sociais.

Ao cuidar das cadeiras na parte dedicada ao esboço de Reforma, na seção III desta parte de seu trabalho, sob o número 4 propõe: "*Os professores de disciplinas que se ensinam em mais de um ano lecionarão em cada série rotativamente, de modo que a mesma turma de alunos conserve, para cada disciplina, ao longo do curso, o mesmo professor*" ("*Palavras de um Professor*" ob. cit., p. 101).

A proposta prevê na seção I sob o número 3: "*Cada um dos currículos, embora desenvolvendo predominantemente o estudo de uma especialidade, contém as disciplinas necessárias à formação jurídica total, e confere diploma de bacharel em Direito, com idêntica capacitação*" ("*Palavras de um Professor*" 1ª ed., Rio, Forense, p. 97).

O item IV do "Esboço de Reforma" prevê, no número 1: "*O ensino das disciplinas será ministrado em aulas de preleção e sessões de trabalho, realizadas na própria Faculdade, ou em cursos externos, realizados em outras escolas superiores, quando a disciplina não foi lecionada em cadeira da Faculdade*" (ob. cit., p. 102).

Já o número 3 prevê: "*As sessões de trabalho constarão de estudos, investigações, debates, análise de casos forenses ou de problemas e exercícios escolares, com a participação ativa dos alunos e a assistência ou orientação do professor, e terão a duração máxima de três horas, não se podendo realizar mais de uma sessão num só dia*" (ob. cit., p. 102).

Quanto à atuação de San Tiago Dantas na Escola Superior de Guerra noticia o ministro Marcílio Marques Moreira: "*Outrossim, muitas de suas conferências que pronunciou entre 1951 e 1962, na Escola Superior de Guerra, versaram sobre política exterior, inclusive duas proferidas, em 1953, e que haveriam de alcançar grande influência no pensamento da própria Escola, em que analisou o Poder Nacional do ângulo da técnica das relações exteriores do Estado e em relação aos objetivos permanentes e às grandes aspirações nacionais*" ("*San Tiago Dantas Um Seminário na Universidade de Brasília*" Editora da Universidade de Brasília, 1985, p. 45).

Ainda quanto à ligação de San Tiago Dantas com a Universidade cabe transcrever o relato, de Américo Jacobina Lacombe, a respeito do discurso proferido na Universidade de Cracóvia, Polônia, ao receber, em 1962, o título de doutor *honoris causa*: "*proferido em francês, quase de improviso, e cujos ecos ainda pude recolher, quando ali passei meses depois. Suas graves palavras levou-as o vento.*

Mas guardou-as como um encantamento a lembrança de professores que me transmitiram ainda a vibração do espanto com o que viram elevar-se a tão grandes altitudes"

Passemos agora à análise da produção científica de San Tiago Dantas constituída de monografia de concurso, volume de pareceres, textos sobre Política Exterior e Relações Internacionais, coletânea primorosa e fundamental sobre alguns dos grandes vultos do Direito nacional, pareceres não-publicados em livro e memoriais.

O professor Francisco Clementino De San Tiago Dantas é autor de obra dedicada ao estudo do conflito de vizinhança que pode ser qualificada como o momento alto alcançado no estudo da matéria. A avaliação é concretizada tendo presente a bibliografia internacional.

Trata-se de trabalho elaborado para a conquista da cátedra de Direito Civil na então Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, hoje Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Pode-se afirmar que aquele concurso marca uma fase de transição no Direito Civil brasileiro: sua monografia é um ponto de referência para uma tese estruturada cientificamente, afastada do modelo de trabalho meramente exegético como ocorria no Brasil e ainda muitas vezes no Exterior.

Ousaria afirmar ser a bibliografia de Direito Civil nacional texto-modelo do civilista que já pensava e escrevia tendo convicção de que as fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado não mais existiam de modo a não se inserir as disciplinas de um ou outro ramo do Direito em compartimentos estanques.

Basta citar que na primeira parte da monografia encontramos três capítulos: um dedicado ao conflito de vizinhança em seus lineamentos gerais, o segundo dedicado ao estudo das normas administrativas sobre a vizinhança industrial e o terceiro ao exame do conflito de vizinhança no Direito Privado.

A segunda parte da monografia, também constituída por três capítulos, desenvolve o estudo dos atos emulativos e o abuso do direito em um capítulo; o seguinte concerne às teorias sobre a vizinhança quando se detém em dois aspectos centrais antes de prosseguir: o fundamento da responsabilidade e a lesão do direito.

Na terceira parte sistematiza as teorias sobre a vizinhança tendo como ponto central o critério da tolerabilidade e intolerabilidade das imissões, o que o leva a traçar os lineamentos das teorias da imissão corpórea, do uso normal e da necessidade.

San Tiago Dantas convence ser imperioso de se gizar um critério doutrinário, o que faz optando por critério de necessidade, atendendo simultaneamente a dois princípios: a necessidade geral de cada proprietário e a necessidade geral do povo numa visão onde o público e o privado não poderiam estar dissociados.

A leitura de um texto escrito há quase sessenta anos impressiona pelo distanciamento em relação a outros trabalhos. Nessa época a construção doutrinária deixava a desejar pela opção por uma das correntes em voga, mas todas insuficientes pela sua limitação como também pela falta de operacionalidade.

Após optar por um misto da teoria do uso normal, cuja elaboração mais moderna vinha de Ihering, e o critério da necessidade de Bonfante, San Tiago Dantas conclui que se impunha conceber novo critério doutrinário.

San Tiago Dantas assentou as linhas definitivas das formas de composição do conflito de vizinhanças, contribuição invocada pelos autores de estudos sobre a matéria e pela jurisprudência. Baseiam-se nas lições do mestre: Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Arnaldo Wald, Maria Helena Diniz, Marco Aurélio Silva Viana, entre outros.

Em capítulo dedicado aos deveres e direitos de vizinhança cuida com relevante contribuição de: a relação de vizinhança como relação jurídica, dever jurídico e direito subjetivo de vizinhança: análise do art. 554 do Código Civil.

A qualificação dos deveres de vizinhança como relações jurídicas e situações jurídicas *propter rem* e a natureza real dos direitos de vizinhança foram objeto das reflexões do grande mestre.

Examina a indenização nos direitos de vizinhança, e a dupla origem destes: a coexistência dos direitos e a supremacia do interesse público. Além disso, dedica-se, também, a análise dos princípios gerais do tema.

Finaliza o importante trabalho estruturando o critério sistemático de composição do conflito entre vizinhos, quando defende a necessidade de um duplo critério de composição do conflito de vizinhança, calcado na destinação do imóvel.

Nesta linha de construção defende a aplicação do princípio da coexistência dos direitos, abordando o tradicional critério da normalidade e também a aplicação do princípio da supremacia do interesse público com a aplicação do critério da necessidade.

O saudoso mestre, no item 137 da clássica monografia, tendo presente o art. 554 do Código Civil, concebe os três modos através dos quais o juiz pode

compor um conflito dessa espécie:

"1º Verificando que os incômodos são normais, e que não o seria privar o interferente da livre prática dos atos reclamados, o juiz mandará tolerar os incômodos, atuando o direito de vizinhança, gratuitamente concedido a todos os proprietários, de terem as suas imissões toleradas pelos proprietários dos prédios vizinhos;

2º Verificando, porém, que os incômodos são excessivos por ser anormal o uso da propriedade que lhes dá origem, o juiz indagará se a supremacia do interesse público legitima este uso excepcional; se legitima, e se a ofensa à saúde, segurança ou sossego não é de molde a inutilizar o imóvel prejudicado, o juiz manterá os incômodos inevitáveis e, pela expropriação que assim inflige ao proprietário incomodado, ordenará que se lhe faça cabal indenização (direito oneroso de vizinhança);

3º Se, porém, o interesse público não legitima o uso excepcional, é de 'mau uso' que se trata, e o juiz mandará cessar" (Francisco Clementino De San Tiago Dantas, "*O conflito de vizinhança e sua composição*" 2ª ed., texto definitivo, de acordo com observações e notas deixadas pelo autor, Rio, Forense, 1972, pp. 280 e 281).

Na lição de Arnaldo Wald vigora em nosso País a conciliação formulada por San Tiago Dantas, a qual além do uso normal, admite o uso anormal socialmente necessário ("*Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Coisas*" 2ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Sugestões Literárias SA, 1970, pp. 178 e 179).

San Tiago Dantas focaliza a adoção do critério do uso normal em nosso Direito nos seguintes termos: "Dentre os vários critérios suscitados para dar conteúdo definitivo ao 'mau uso' de que fala o Código, nenhum logrou maior sucesso na jurisprudência que o do 'uso normal' (...). Esse critério, seja qual for o seu valor teórico, tem sobretudo por si dois argumentos práticos, que sempre o recomendarão à confiança dos juizes" (ob. cit., p. 315).

E indica: "O primeiro é a larguíssima parte que nele se faz às sugestões da equidade (...). O segundo é a liberdade que o critério em causa deixa ao magistrado, de fazer a Justiça do caso, sem perder de vista a tutela de certos interesses comuns e as razões da utilidade social. Assim, a normalidade se decide sempre por aproximação, e quem julga desta é o critério íntimo do juiz" (ob. cit., p. 316).

San Tiago Dantas, sem procurar fundir as teorias de Ihering e

Bonfante, em verdade, ao elaborar suas regras de composição de conflito, leva ambas em consideração.

Estaria ele concordando com as idéias preconizadas por ambas as teorias? Ou procurou atualizar a de Ihering com as críticas de Bonfante? Na verdade, não se manifesta sobre o problema, apenas nos cabe formular deduções.

Talvez se possa concluir que a teoria do uso normal na composição dos conflitos de vizinhança, como se apresenta em nossa jurisprudência, é a formulação resultante do pensamento jurídico de San Tiago Dantas, que a racionalizou ao inserir os princípios da coexistência dos direitos e da supremacia do interesse público.

Ensina San Tiago Dantas que o magistrado, diante do conflito submetido ao seu julgamento, tem três soluções para, eventualmente, oferecer às partes: 1º mandar tolerar as interferências verificadas; 2º. mandá-las cessar; 3º. mandá-las tolerar, obrigando, porém, o proprietário interferente a pagar ao interferido uma indenização.

A contribuição de San Tiago Dantas pela sua importância se faz sentir na jurisprudência nacional, onde se tornou uma constante a referência ao critério por ele formulado constituído de regras para solucionar o conflito. Não-bastava apenas saber se o uso era normal ou anormal, ou como interpretar as expressões do art. 554 do Código Civil dentro deste contexto. Era necessário formular regras que resolvessem, dentro do critério da equidade, os conflitos de vizinhança.

A monografia ora examinada de San Tiago Dantas representa um fortalecimento da prevalecente teoria do uso normal, comprovando que não interessa o estudo acadêmico de teorias sem ter em vista sua praticidade, a sabedoria no resolver os problemas que as invocam. Estas exigências encontram seu melhor campo de trabalho justamente na teoria do uso normal.

A importância de "*O conflito de vizinhança e sua composição*" comprova-se atualmente quando se verifica na notável monografia sobre "Uso Nocivo da Propriedade" de autoria de Vilson Rodrigues Alves (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992), existir num exame rápido pelo menos quarenta citações.

A idéia de se atualizar a monografia "*O conflito de vizinhança e sua composição*" foi do notável professor titular Rubens Limongi França que lera o trabalho na preparação do concurso para obter o título de livre docente e que sugeriu obtermos a autorização para tal intento. No segundo semestre de 1963 apresentamos

ao mestre San Tiago Dantas a proposta, que foi aceita de pronto, pois seria executada pelo professor Limongi França com minha colaboração de recém-formado.

Em janeiro de 1964 iniciamos a execução do trabalho, sabedores que tínhamos de ser rápidos pois o estado de saúde do mestre se deteriorava e desejávamos entregar-lhe o trabalho a tempo. Em abril de 1964 foi-lhe entregue o "esboço para a atualização da obra" trabalho elaborado pelo professor Rubens Limongi França que recebeu total aprovação e, na oportunidade, foi relatado o estágio dos trabalhos. A entrega dos originais da atualização ocorreu a 15 de agosto de 1964. Com o falecimento do professor San Tiago Dantas, a viúva autorizou e se encarregou de cuidar da publicação da obra, atualizada pelo professor Thiers Martins Moreira e, anos após, com o seu falecimento, o dr. Plínio Doyle assumiu tal intento. Em 1972, a 2ª edição veio a lume. É de Justiça lembrar o empenho e dedicação do saudoso Antonio Gontijo De Carvalho no sentido de que a decisão de San Tiago Dantas fosse respeitada e cumprida. Coube-lhe, por decisão familiar e dos amigos próximos à família, prefaciá-la a segunda edição.

Em abril de 1964 o saudoso professor, por ocasião da elaboração das notas para a sua ainda hoje obra clássica, porém sempre atual, recomendou-me livro que sabia importante mas que não pudera consultar e forneceu-me de memória o nome do autor: Paul Leyat e da obra: *La responsabilité dans les rapports de voisinage* (Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936).

Após obter exemplar no Exterior cheguei a preparar duas notas para a reedição de "*O conflito de vizinhança e sua composição*" contudo as mesmas não foram inseridas.

Há trabalho escrito na década de quarenta, quando foi publicado na *Revista Forense* e, em 1953, inserido em "problemas de Direito Positivo" que, pela importância da temática, comprova que San Tiago Dantas acompanhava, atualizado, os assuntos jurídicos focalizados pelos especialistas do primeiro mundo.

Trata-se de "Evolução contemporânea do direito contratual" certamente, até quinze anos, atrás um texto moderno. Apresenta-se como de citação obrigatória para quem tem cuidado da matéria entre nós, como tenho comprovado.

Aborda tipos de normas até então não-correntes entre nós; ali assinala o mestre: "*Outras normas, menos numerosas, parecem, entretanto, pôr em xeque, de maneira mais direta, as concepções básicas da doutrina dos contratos. São elas, sobretudo, as que não se limitam a fixar total ou parcialmente o conteúdo dos*

contratos, mas chegam a criar a obrigação de contratar, atingindo assim o princípio da autonomia, não-só na sua primeira manifestação, que é a liberdade contratual, mas também na segunda, que é a liberdade de contrair ou não uma obrigação. As leis que obrigam a vender, aplicáveis em regra a produtores e fornecedores de gêneros alimentícios ou de matérias-primas; as que obrigam a produzir, aplicáveis a indústrias, cujos estabelecimentos são solicitados pelo Poder Público a aceitar e executar determinadas encomendas; as que obrigam a comprar, aplicáveis sobretudo nas subscrições compulsórias de empréstimos públicos, dão lugar a contratos coativos, em que a autonomia da vontade se reduz a um simples ato de obediência, para evitar a imposição de sanções legais" (p. 22).

E conclui: "O exame das características e problemas do direito dos contratos, no momento atual, conduz às seguintes conclusões: 1) a multiplicação das formas de contratos, na prática contemporânea dos negócios, prova a vitalidade do princípio da autonomia da vontade, malgrado as múltiplas manifestações do interesse público, que se traduzem em limitações e regras coercitivas; 2) o princípio da obrigatoriedade das convenções de direito público e privado deve sofrer as restrições necessárias para que as obrigações tornadas excessivamente onerosas em consequência de atos governamentais ou de modificações sociais consideráveis e inesperadas sofram uma revisão a pedido da parte interessada, dentro de limites estabelecidos em lei; 3) é desejável que um sistema de sanções eficazes seja estabelecido para dar uma força obrigatória mais efetiva aos contratos concluídos entre empresas pertencentes ou controladas pelo Estado, ou com organismos internacionais" (ob. cit., p. 33).

Consta que a introdução de noção de empresa pública no Direito brasileiro se deve a San Tiago Dantas, na qualidade de conselheiro do presidente Getúlio Vargas.

San Tiago Dantas pôde marcar sua presença também como conhecedor de Direito de Autor. Parecer versando sobre "divulgação clandestina de obra literária pela radiofonia" inserido em "problemas de Direito Positivo" mas datando de uma década antes, é um marco significativo de um texto de Direito de Autor que se afastou do que se escrevia, entre nós, distante em algumas décadas do estágio da literatura especializada na Itália e em França, naquele principalmente.

Cuida da adaptação do texto *Floradas da Serra* de Dinah Silveira de Queiroz, para irradiação na forma de peça teatral por uma das rádio-emissoras de São Paulo, sem autorização e aparecendo como sendo original de outrem. Tratava-se

de plágio que ensejou ação cível contra a emissora, o autor do plágio e o radiofonizador.

San Tiago Dantas escolhe justamente para paradigma da solução dada ao caso concreto o jusautoralista reconhecido como o maior especialista italiano da primeira metade do século: Piola Caselli.

Mas a dificuldade centrou-se em como estipular a indenização. San Tiago Dantas, com criatividade, porque não-invoca nenhum autor ou precedente jurisprudencial, concebe um critério.

Tal solução consistiu no seguinte: aplicar a regra do hoje revogado art. 669 do Código Civil, que o mestre utiliza através da seguinte construção: *Devemos, então, pensar no critério sugerido pelo art. 669 do Código Civil, onde a indenização, em vez de ser baseada no ganho do violador, é calculada sobre o prejuízo do proprietário lesado. Ora, este vinha, no caso em exame, divulgando sua obra através de livros postos à venda, e foi a esta venda que a rádio-emissora fez ilegítima concorrência, lançando ao público, em irradiações sucessivas, o inteiro teor daquele romance. Não falseamos, antes transpomos harmoniosamente a vontade da lei, se equiparamos essa irradiação a uma edição clandestina, derramada em certa área do País. Cada recepção integral da peça Eterna Esperança correspondeu a um exemplar clandestino da obra plagiada posta em circulação. Notemos que a lei manda apreender ou indenizar cada exemplar editado, e não cada exemplar lido. Daí decorre que não importa averiguar quantos aparelhos receptores efetivamente captaram a irradiação da peça, é fácil precisar, dada a área de penetração da emissora o número de aparelhos existentes nessa área. Notemos ainda que a lei manda satisfazer o proprietário com a entrega dos exemplares apreendidos ou do valor da edição, calculado ao preço dos exemplares genuínos. Equiparando a irradiação a uma edição clandestina, não podemos ter a esperança de apreendê-la, mas, se sabemos quantas audições foram possíveis, e se conhecemos o valor de mercado de cada exemplar genuíno, podemos com facilidade alcançar o valor pelo qual a 'edição radiofônica' será indenizada" (pp. 415 e 416).*

E conclui seu parecer tão-criativo: *"Também não impressiona a consideração do vulto atribuído à 'edição radiofônica, estimada em tantos exemplares quanto os aparelhos receptores existentes na área de penetração da emissora. A divulgação pelo rádio também excede imensamente a divulgação do livro. E, portanto, o dano sofrido pelo autor com a radiodifusão de sua obra é incomparavelmente maior que o resultante da derrama de exemplares clandestinos.*

Se é verdade que um livro serve a vários leitores, também é certo que um aparelho receptor proporciona a irradiação a vários ouvintes simultaneamente. E, assim, em tudo vai coincidindo o paralelo entre a edição e a irradiação'

Ainda: "*Pode ser, porém objetado que o fato de irradiarem simultaneamente várias estações, torna praticamente fictícia aquela possibilidade de ser ouvido o mesmo programa por todos os aparelhos ao alcance da emissora em questão. Nesse caso, apenas teríamos de procurar nos dados estatísticos existentes ou de confiar ao prudente arbítrio do juiz a fixação de um coeficiente adequado para por ele estimarmos a participação daquela emissora no que poderíamos denominar o mercado da radiodifusão*" (ob. cit., p. 416).

San Tiago Dantas é um exemplo do jurista interdisciplinar como o que ainda temos hoje na figura do jurisconsulto e filósofo Miguel Reale.

Basta a análise dos temas desenvolvidos em vários setores do Direito como o comprova a leitura de "problemas de Direito Positivo"

O estudo sobre "Igualdade perante a lei e due process of law" é freqüentemente citado em trabalhos sobre o assunto e consta de "problemas de Direito Positivo" (pp. 35 a 64).

Neste livro há um ensaio sobre "Terras Devolutas na Faixa de Fronteiras Direito de quem as adquiriu do Estado à expedição de título definitivo pela União" (pp. 108 a 126), tema clássico de Direito Agrário de natureza publicista.

Em "problemas de direito positivo" encontramos estudos de Direito Administrativo, Direito Econômico, Teoria Geral do Direito, Direito Internacional Privado, Direito Civil, Direito Comercial e Direito Processual.

Entre os últimos trabalhos forenses publicados podem ser indicados: 1. "*Regime legal de separação*" 1951; 2. "*Homologação de Sentença Arbitral*" 1952; 3. "*Honorários por serviços prestados em Juízo Arbitral*" 1954; 4. "*Criação de município por Lei Estadual*" 1954; 5. "*Em defesa da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*" 1954; 6. "*Desempate de indicações em concurso de catedrático*" 1955; 7. "*Renovação de aluguel por arbitramento*" 1958; entre outros.

Tive conhecimento que o mestre San Tiago Dantas manteve relações profissionais com o jurisconsulto e professor Tullio Ascarelli que, como professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, exerceu influência junto aos estudiosos de Direito, entre eles alguns futuros professores desta Academia, inclusive comercialistas e tributaristas.

Ouvira tal informação de meu professor de Direito Romano, Thomas Marky, que por razões profissionais conhecera San Tiago Dantas em assunto a que estava ligado o grande jurista Tullio Ascarelli.

Com efeito há parecer em processo de que San Tiago Dantas e seu caro colega e amigo Plinio Doyle foram os advogados.

Trata-se de demanda referente à homologação de sentença arbitral, sendo certo que, por ocasião da apresentação de memorial por parte dos clientes do professor San Tiago Dantas, a peça advocatícia fez-se acompanhar de parecer do mestre italiano como se lê na publicação do referido memorial, datado de 1952.

A doutrina dos direitos da personalidade foi estudada e divulgada entre nós por Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Rubens Limongi França há mais de três décadas, porém, San Tiago Dantas, em seu programa de Direito Civil, em parte geral, no capítulo XIV intitulado *A Personalidade*, de 1942, dedica ao assunto nove páginas, onde examina alguns de seus tipos inclusive referindo-se aos direitos de autor. Desenvolve a matéria tratando-a em subtítulos como a dogmática dos direitos da personalidade, características dos direitos da personalidade, sanção civil e classificação dos direitos da personalidade, o que comprova incontestavelmente seu pioneirismo ("Programa de Direito Civil Parte Geral" 2ª tiragem, Rio, Editora Rio 1979, pp. 191 a 200).

Refere-se ao direito à imagem sustentando que a lesão "*jamais convesça, o direito de reclamar não mais prescreve. Será sempre possível reclamar-se a reintegração do direito, bastando para isso que perdure o estado lesivo*" (ob. cit., p. 195).

Em referida obra, na p. 262, usa a expressão negócio ao asseverar: "*Não há dúvida de que é fato jurídico, pois que todos os atos lícitos o são, mas não é um negócio no sentido preciso da expressão, em que a vontade é a grande causa eficiente (...)*"

No volume dedicado ao Direito das Coisas "Programa de Direito Civil III" dedica o capítulo XXVI a *Propriedade dos bens imateriais*, distinguindo os direitos de autor de caráter patrimonial dos de caráter não-patrimonial.

Aborda o aspecto histórico ressaltando que "*na Alemanha, só no século XIX veio a ser conhecido o direito de autor*" (Rio, Editora Rio, 1979, pp. 304 a 307) e desenvolve a natureza jurídica de direitos da personalidade para o Direito de Autor com fundamento nas idéias de Gierke e a natureza de direito patrimonial de autor na visão de Kohler admitindo, contudo, os direitos de natureza patrimonial

(pp. 310, 311 e 312).

É necessário apontar que os três volumes do *Programa de Direito Civil* resultam de apostilas obtidas de notas taquigráficas das aulas ministradas entre 1940 e 1945. A reunião em forma de livro documenta a anterioridade cronológica em relação aos cursos editados posteriormente.

É útil relembra a falta de manuais ou cursos de Direito Civil, o que levou o editor Saraiva a publicar, em 1934, as *"Instituições de Direito Civil"* de Roberto de Ruggiero, em três volumes, reproduzindo a tradução portuguesa do Visconde Ary dos Santos.

Na atividade como internacionalista deve ser citado o parecer datado de 20 de setembro de 1944 sobre "Responsabilidade dos negociadores de tratados" concernente a atuação do ministro das Relações Exteriores do Equador por ter assinado o Protocolo do Rio de Janeiro que veio a pôr termo à questão secular de limites entre o Peru e o Equador. O texto está publicado no Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n. 3, janeiro-junho de 1946, pp. 160-164.

Há outros importantes pareceres elaborados como membro da Comissão Interamericana de Jurisconsultos, da Organização dos Estados Americanos, OEA.

A atuação como ministro das Relações Exteriores está documentada no livro *Política Externa Independente* publicado em 1962, pela Editora Civilização Brasileira S.A. No prefácio San Tiago Dantas esclarece: *A política exterior independente, que encontrei iniciada no Itamarati e procurei desenvolver e sistematizar, não foi concebida como doutrina ou projetada como plano antes de ser vertida para a realidade. Os fatos precederam as idéias. As atitudes, depois de assumidas em face de situações concretas que se deparam à Chancelaria, patentearam uma coerência interna, que permitiu a sua unificação em torno de um pensamento central de governo"* (p. 5).

Os lineamentos da política exterior do Brasil constam do discurso proferido pelo chanceler San Tiago Dantas na VIII Reunião de ministros das Relações Exteriores, realizada a 24 de janeiro de 1962, publicado na *Revista Brasileira da Política Internacional* (ano V. março de 1962, n. 17 pp. 117 a 127).

San Tiago Dantas contribuiu com grande talento para que as novas gerações pudessem reverenciar a obra de grandes juristas, o que concretizou no livro *Figuras do Direito* (Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora 1962). Trata-se de estudos produzidos até o advento da atividade parlamentar.

A respeito desta a Câmara dos Deputados editou volume com seus principais trabalhos e discursos parlamentares, os quais impressionavam porque quando não foi escrito, mas taquígrafado, nada havia a retocar.

Os estudos que o compõem "Figuras de Direito" são: "*Cairu Protagonista de sua Época*" "*Rui Barbosa e a Renovação da Sociedade*" "*Rui Barbosa e o Código Civil*" "*Ciência e Consciência Um Estudo sobre Clóvis Bevilacqua*" "*Lacerda de Almeida Arcaísmo e Modernismo*" "*Judicatura e Personalidade - Saudação a Narcélio de Queiroz*" "*Um Republicano Centenário de Lúcio de Mendonça*" "*Francisco Campos Logos e Pragma*" "*Pires e Albuquerque e o Ministério Público*" e "*Um Mestre Autêntico Matos Peixoto*"

Foi um amigo dileto do mestre San Tiago Dantas, o professor Marcílio Marques Moreira, quem sintetizou a função renovadora que o grande intelectual atribuía ao Direito: "*Não foi por acaso, que seu maior pendor profissional se inclinou pelo Direito Civil, campo por excelência dos progressos aluvionais, e não dos saltos revolucionários. Sua postura sempre foi a de um reformista que via na inovação, vigorosa mas gradual, a melhor garantia para a segurança das instituições e compreendia que a solução negociada dentro da processualística legal era a mais firme garantia para viabilizar as reformas de base que considerava indispensáveis*" ("*De Maquiavel a San Tiago*" Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 80).

Ainda: '*Professor de um novo humanismo pedagógico, em que cada indivíduo é visto como protagonista de sua época, como veículo de soluções comuns reclamadas pela coletividade, soluções em que se harmonizam o permanente e o circunstancial, a essência e a existência*' (ob. cit., p. 81).

Augusto Frederico Schmidt assim o analisou: "*preparou-se, também, Dantas, longamente, para a conquista do poder. Desde a adolescência estudou, afiou a espada, utilizou a poderosa máquina de compreender de que era dotado; ... San Tiago nasceu para classificar e clarificar as coisas, distingui-las, nomeá-las, retirá-las da obscuridade, fazê-las acessíveis ao entendimento sem, no entanto, vulgarizá-las conservando-lhes a elegância necessária graças a uma formulação correta, simples*" (em Prefácio a "Dom Quixote Um apólogo da alma ocidental" de San Tiago Dantas, 2ª ed., revista, Rio, Tempo Brasileiro, 1964).

Afonso Arinos de Melo Franco: "*O intelectualismo de San Tiago, fosse ele literário, jurídico ou político, não era artificial, mas instrumental. Certos espíritos captam o real pelo sensível, intuitivamente; outros, fortes mas rombudos,*

devastam a realidade quando supõem apresá-la pela força; finalmente alguns, e, entre estes, conspícuamente, o de San Tiago, só são capazes de penetrar a realidade com o agudo estilete do raciocínio. Não que ele, San Tiago, fosse insensível. Ao contrário, sensível era, e muito. Mas, nele, a sensibilidade só funcionava no campo afetivo; nunca influía na conduta, cuja pauta só era marcada pelas notas da inteligência. Verifiquei, aos poucos, que isto lhe era inerente e, pois, nada tinha de artificial" (em Prefácio a "Dom Quixote Um apólogo da alma ocidental" ob. cit., p. XVIII).

Direito agrário

"Pode-se suceder que a relação de equilíbrio entre os problemas e os meios de controle se rompa por uma perda dos controles tecnológicos ou por uma perda dos controles ético-sociais. No primeiro caso, a sociedade sucumbe pela incapacidade de sua classe dirigente de conservar, de adquirir ou de inventar as técnicas reclamadas por problemas do meio físico, como o das secas e deserto, o das endemias e epidemias, ou reclamadas por problemas do meio físico, como o das terras cansadas, o da diminuição da fertilidade, o das secas e desertos (...)" ("Palavras de um Professor" 1ª ed., Rio, Forense, 1975, p. 76).

No estudo "Humanismo e Direito" aula proferida no curso sobre tal tema organizado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 1948, após se referir a Juízo de valor, a elementos metajurídicos, a diferenciação de tratamento que pode ocorrer nas "*normas jurídicas que determinam os deveres e direitos dos indivíduos, que limitam ou protegem sua atividade, muitas vezes se introduzem distinções e diferenciações, que criam para certas classes ou gêneros de indivíduos um tratamento mais rigoroso ou mais benéfico que o dos demais*" ("Palavras de um Professor" ob. cit., p. 125), após indagar de onde provém o critério diferenciador e indicar o princípio da proporcionalidade aponta que outras vezes "*a diferenciação deriva de uma razão metajurídica*"

E explica o porquê: *Não é para corrigir através de uma dosagem de proteção jurídica a desigualdade natural, que o legislador introduz dissimetras, mas pelo fato de dar diferente valor aos indivíduos, ou porque nos pertençam e outros não pertençam ao grupo nacional" o que por outras razões que indica como "exemplo corrente, verificado a cada passo nas legislações democráticas, as formas concedidas a nacionais, como o usucapião pro-labore (...)" (ob. cit., pp. 125 e 126).*

Para encerrar: senhores acadêmicos, falar-vos de San Tiago Dantas tem o objetivo não apenas de vos ilustrar a respeito de legado jurídico de tão-rica personalidade, mas, também, vos dar uma opção para um modelo que, em verdade, cada um de nós, sempre, deve ter e tem.

São Paulo, dezembro de 1995.
Recomposta pelo Serviço Técnico de
Imprensa, com autorização do Autor, em
junho de 2000.



Professor Doutor Francisco Clementino de San Tiago Dantas



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).