

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

13-42

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

1954

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

Bibl. Central - F.D.U.S.P.
Recebido: 21/01/82

N3-6

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. ANTÔNIO CHAVES

VICE-DIRETOR

PROFESSORA DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. ANTÔNIO CHAVES

Professores Membros:

DR. MIGUEL REALE
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR
DR. SÍLVIO RODRIGUES
DR. OSCAR BARRETO FILHO
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR
DR. CELSO NEVES
DR. IRINEU STRENGER
DR. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLÓVIS BEVILACQUA (1859-1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1889-1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA
MIGUEL SEABRA FAGUNDES

PROFESSORES EMÉRITOS

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
REINALDO PORCHAT (1868-1957)
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)
CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1945)
ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
ALVINO FERREIRA LIMA (1888-1975)
VICENTE RÃO (1962-1978)
JORGE AMERICANO (1891-1969)
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892-1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
NICOLAU NAZO (1895-1974)
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897-1977)
NOÉ AZEVEDO (1896-1972)
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS
BASILEU GARCIA
ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR
SYLVIO MARCONDES MACHADO

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. MIGUEL REALE, de Filosofia do Direito
DR. GOFFREDO TELLES JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DR. ALFREDO BUZAID, de Direito Processual Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, de Direito Civil
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR, de Medicina Forense
DR. SÍLVIO RODRIGUES, de Direito Civil
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA, de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA, de Direito Tributário
DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Civil
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL, de Direito Internacional Público
DR. ANACLETO DE OLIVEIRA FÁRIA, de Instituições de Direito
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, de Direito Civil
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL, de Direito Penal
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de Direito Constitucional
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA, de Direito Penal
DR. CELSO NEVES, de Direito Processual Civil
DR. IRINEU STRENGER, de Direito Internacional Privado
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, de Direito Financeiro
DR. DALMO DE ABREU DALLARI, de Teoria do Estado
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA, de Legislação Tributária
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, de Direito Processual Civil
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES, de Direito do Trabalho
DR. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, de Direito Penal
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, de Direito Econômico
DR. MAURO BRANDÃO LOPES, de Direito Comercial
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO, de Direito do Trabalho
DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito

PROFESSORES ADJUNTOS

Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito

DR. RENATO CIRELL CZERNA

Departamento de Medicina Forense

DR. ODON RAMOS MARANHÃO

Departamento de Direito Civil

DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA
DR. PAULO CARNEIRO MAIA
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO

Departamento de Direito Econômico e Financeiro

DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA
DR. WALTER BARBOSA CORREA

Departamento de Direito Comercial

DR. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES
DR. MODESTO MASCUZA BARROS CARVALHOSA

Departamento de Direito Processual

DR. TOMAS FRANCISCO MADUREIRA PARA FILHO
DR. MOACYR LOBO DA COSTA
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER
DR. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO
DR. ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Departamento de Direito do Estado

DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR
DR. JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO

Departamento de Direito Internacional

DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

Departamento de Direito do Trabalho

DR. OCTÁVIO BUENO MAGANO

Departamento de Direito Penal

DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ

LIVRES DOCENTES

DR. JORGE IGNÁCIO PENTEADO DA SILVA TELLES, de Teoria do Estado
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR, de Direito Processual Civil
DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, de Direito Processual Civil
DR. YUSSEF SAID CAHALI, de Direito Civil
DR. WALTER MORAES, de Direito Civil
DR. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, de Direito Penal
DR. MIGUEL REALE JÚNIOR, de Direito Penal
DR. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. WALDIRIO BULGARELLI, de Direito Comercial
DR. NELSON ABRÃO, de Direito Comercial
DR. ALVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. FÁBIO MARIA DE MATTIA, de Direito Civil
DR. JOÃO GRANDINO RODAS, de Direito Internacional Privado
DR. ALCIDES JORGE COSTA, de Direito Tributário
DR. CELSO LAFER, de Direito Internacional Público
DR. EROS ROBERTO GRAU, de Direito Econômico
DR. FÁBIO NUSDEO, de Direito Econômico
DR. CASSIO MESQUITA BARROS JÚNIOR, de Direito do Trabalho
DR. WAGNER D. GIGLIO, de Direito do Trabalho
DR. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, de Filosofia do Direito
DR. VICENTE GRECO FILHO, de Direito Processual Civil
DR. PEDRO PAES FILHO, de Direito Civil

Secretário

BEL. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXXIV

1979

(Janeiro-Dezembro)

EM COMEMORAÇÃO DO JUBILEU DE CATEDRA
DO PROFESSOR

DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR

Comissão de Redação:

Professor Dr. Miguel Reale

Professor Dr. Antônio Chaves

Professor Dr. José Cretella Júnior

Redator Secretário:

Bel. em Direito e Jornalismo: Maria Angélica Rebello

ESTE FASCÍCULO DA
“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”
FOI MANDADO PUBLICAR PELA
CONGREGAÇÃO DOS PROFESSORES,
EM COMEMORAÇÃO DO
JUBILEU DE CÁTEDRA DO PROFESSOR
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR.

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

A "REVISTA" EM NOVA FASE

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

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

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

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

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

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

1. Os textos devem ser objetivos e divididos em tópicos pertinentes, com os respectivos títulos, e subordinados a um sumário inicial;
2. Não poderão exceder de 20 páginas;
3. As referências bibliográficas não poderão exceder de cinco, compreendendo apenas as fundamentais: as citações meramente incidentes serão indicadas no próprio contexto;
4. Terão que ser evitadas ao máximo as notas de rodapé, procurando-se inserir a referência no próprio texto;
5. Os artigos terão que ser enviados no original, devidamente assinados, ou mediante xerox, não se aceitando cópias em carbono;
6. Não serão publicados trabalhos em língua estrangeira de autores nacionais.

Com a entrega dos textos em desacordo com essas normas, entende-se anuir o autor às necessárias adaptações pela Redação, o que, no entanto, acarretará maior demora na publicação.

A Comissão

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

Em seu septuagésimo quarto volume.

Fundada em 1893, é publicada em um ou mais fascículos anuais e distribuída em permuta com REVISTAS DE DIREITO, internacionais, do mesmo nível científico e editorial, em português, francês, inglês, alemão, castelhano e italiano.

Pode, também, ser adquirida nas Livrarias indicadas abaixo a Cr\$ 200,00 os fascículos anteriores a 1975 e Cr\$ 500,00 os posteriores, mais porte de correio. Para o exterior, a US\$ 5,00 os anteriores a 1975 e US\$ 15,00 os posteriores, mais porte de correio.

Endereço correto para permuta:

“*Revista da Faculdade de Direito*”
01005 — Largo de São Francisco, n.º 95, térreo — Tel.: 239-3083
01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição no Brasil:

Livraria e Papelaria Saraiva, S.A.
01003 — Rua José Bonifácio, n.º 203 — Tels.: 32-0046, 32-0619,
32-5104 e 33-6921
01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição internacional:

Livraria Internacional — Publicações Científicas e Técnicas
01008 — Rua Líbero Badaró, n.º 92 — 7.º and. — Tel.: 32-1225
Caixa Postal 1405
01000 — São Paulo — *Brasil*

Goffredo Telles Junior em seu Jubileu de Cátedra.

A Redação

Completa 25 anos de exercício na cátedra de Introdução à Ciência do Direito, o insigne professor doutor Goffredo da Silva Telles Junior.

Após sua posse, prossegue numa ininterrupta série de publicações jurídicas, conferências, discursos, aulas curriculares e extracurriculares; compõe numerosas Comissões Julgadoras de concursos, em todos os graus docentes e em várias especialidades, em São Paulo, no interior e em outros Estados. Participa da Administração pública, da Direção da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, do Conselho Universitário da USP, de Congressos e Debates; dedica-se com pertinência e extremo de cuidado à execução de programas docentes, administrativos e políticos.

Com visão de jurista filósofo, penetra no âmago dos problemas, propondo soluções, geralmente aceitas e aplicadas, pois cada aula, artigo ou livro, cada documento redigido, cada atitude política ou administrativa é aprofundado pela meditação e estudo contínuos, razão de suas inovações doutrinárias e liderança pessoal.

Desde o início da carreira, propugna a causa pública, da Justiça e do Ensino, como ideais de sua vida de professor de Direito. Por isso, jamais alheiou-se comodamente das crises em qualquer campo. Expõe aberta e destemidamente suas proposições, proclamando, sempre, os direitos do homem em bases democráticas, enfrentando, inclusive, ideologias governamentais opostas.

Daí sua extraordinária popularidade. Os jovens encontraram, sempre, no Professor Goffredo Telles Júnior o patrono certo, admirado e querido.

Sua vida está de tal forma ligada aos movimentos universitários e políticos da época que o registro dos fatos aqui, embora resumidos, além de constituir-se em homenagem aos 25 anos de cátedra de Sua Excelência, é contribuição para a história da Academia e para a história política do Brasil.

Notas Biográficas

Goffredo da Silva Telles Junior nasceu na cidade de São Paulo, em 16 de maio de 1915. É filho de Goffredo Teixeira da Silva Telles, bacharel formado por esta Faculdade (Turma de 1910), poeta, membro da Academia Paulista de Letras, fazendeiro, Prefeito de São Paulo no ano da Revolução Constitucionalista de 1932, Presidente do Conselho Administrativo do Estado, de 1937 a 1945 e Presidente da Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito. Sua mãe é a Sra. Carolina Penteado da Silva Telles.

Foi seu avô paterno o Professor Augusto Carlos da Silva Telles, engenheiro, lente catedrático da Escola Politécnica de São Paulo. Sua avó paterna foi a Sra. Eugenia Teixeira Leite da Silva Telles, filha dos Barões de Vassouras.

Foi seu avô materno o Sr. Ignacio Leite Penteado, fazendeiro e comissário de café em Santos. Foi sua avó materna a Sra. Olivia Guedes Penteado, filha dos Barões de Pirapitingui, dama que desempenhou papel relevante no desenvolvimento das artes no Brasil.

Casou-se, em primeiras núpcias, com Elza Xavier da Silva Telles, de quem teve um filho, chamado Goffredo, ambos falecidos.

Em segunda núpcias, casou-se com a escritora Lygia Fagundes Telles, de quem tem um filho, que também recebeu o nome de Goffredo.

Em setembro de 1967, casou-se com Maria Eugenia Raposo da Silva Telles, advogada militante, com quem tem uma filha, chamada Olivia.

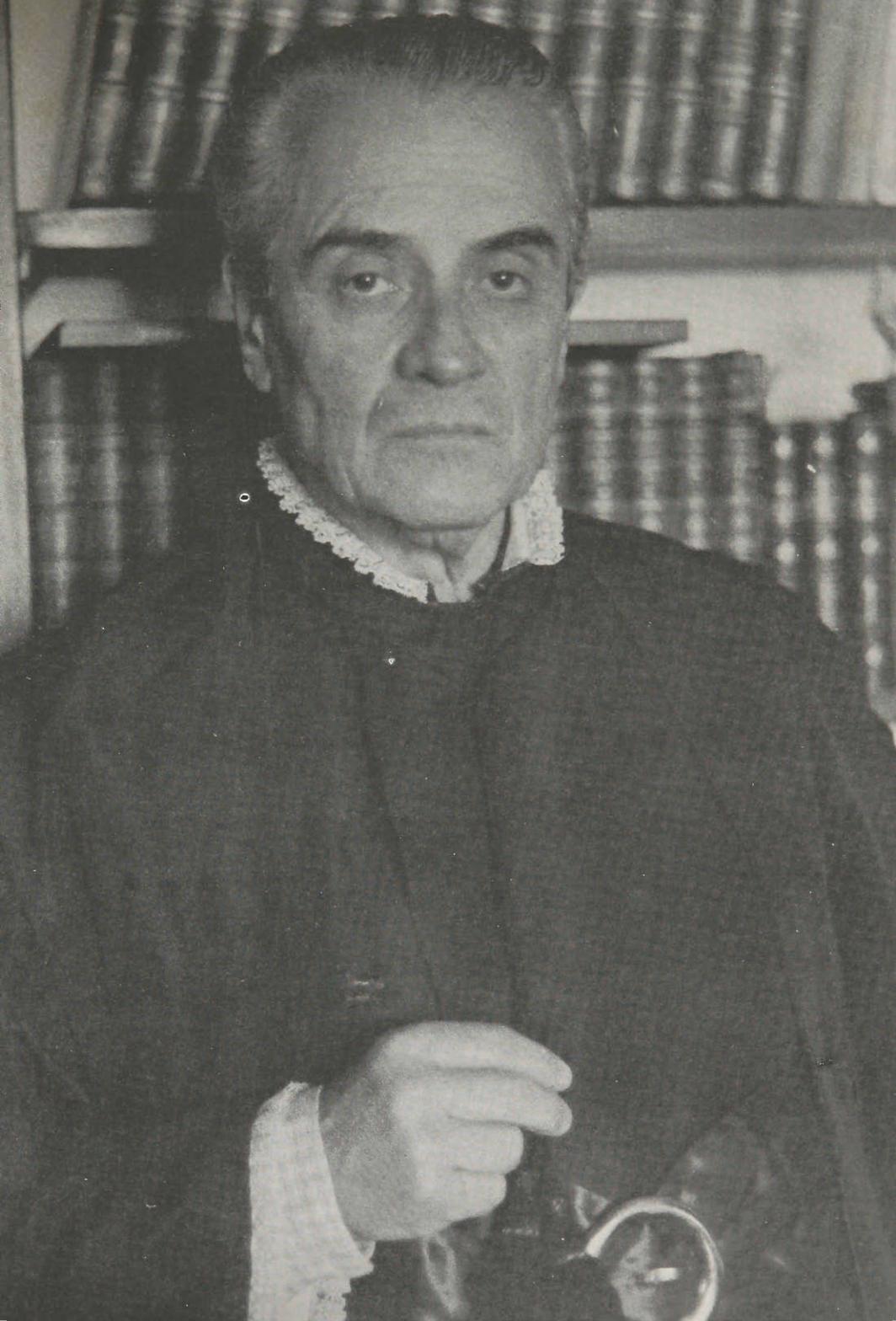
Fez suas primeiras letras no “*Cours Hattmer*” de Paris. Em São Paulo, fez o curso primário e o primeiro ginásial no Liceu Franco Brasileiro (atual Ginásio Pasteur); e os outros quatro anos, no Ginásio São Bento.

Ainda Ginásiano, foi soldado voluntário de São Paulo, na Revolução Constitucionalista de 1932.

Em 1933, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, Largo de São Francisco.

No ano de 1934, inscreveu-se na Ordem dos Advogados do Brasil, como solicitador acadêmico.

Foi um dos fundadores da Associação Alvares de Azevedo, que lançou a revista *Arcadia*, famoso centro de debates, dentro da Faculdade.



Pertenceu à Academia de Letras da Faculdade de Direito.

Formou-se na Turma de 1937, colando grau em janeiro de 1938. Tinha, nessa ocasião, 22 anos de idade.

Já havia iniciado sua vida política, mas, com a implantação do Estado Novo, interrompeu-a e dedicou-se à advocacia e aos estudos de Filosofia e de Direito.

Destacou-se como advogado de defesa no Tribunal do Júri de São Paulo.

O Livre Docente

O Professor Goffredo da Silva Telles começou a preparar-se para a carreira docente desde o 3.º ano do curso jurídico, isto é, desde 1935. Portanto ao terminá-lo, em 1937, já delinear a seu caminho: tornar-se professor da Academia de São Francisco. E, dois anos após, submeteu-se a concurso para a cátedra de Direito Judiciário Penal.

Embora tivesse alcançado aprovação nas provas do concurso, não logrou aprovação final, por ter-lhe faltado nota suficiente de títulos, fato normal, tratando-se, na época, de um jovem de 24 anos. Saiu vencedor o Professor Canuto Mendes de Almeida, recentemente aposentado.

Nessa época, publicou seu primeiro livro, *Justiça e Júri no Estado Moderno*. Escrito numa fase histórica de extrema gravidade, em pleno apogeu do Nazismo, esse livro tem a virtude de revelar, de maneira inequívoca, o pensamento político de seu autor, em franca oposição a todas as formas totalitárias de Estado.

Não venceu seu primeiro concurso, mas saiu dele com experiência e preparo, que lhe valeram um contrato para as funções de Professor de Lógica do Colégio Universitário, no Curso Pré-Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Começou a lecionar em 6 de abril de 1940. Sua carreira de Professor da USP, dentro da Faculdade de Direito, teve início nesse dia.

Lecionou Lógica até 1944, quando foi extinto o Colégio Universitário.

Ainda no ano de 1940, inscreveu-se para o concurso à Livre Docência de Introdução à Ciência do Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O Catedrático da disciplina era o Professor Spencer Vampré. Com a tese *A Definição do Direito*, foi aprovado e recebeu o título em 3 de abril de 1941, aos 25 anos de idade.

Iniciou então a atividade de Professor de Direito, que se desenvolveu intensamente, durante 39 anos, sem descurar a pesquisa e estudo de várias matérias, como Filosofia, Direito Penal e Processual Penal, Direito do Estado, Direito Internacional Público e outras, adquirindo, mais e mais, profunda e diferenciada cultura filosófico-jurídica.

Em setembro de 1941, pronunciou conferência sobre *O Júri no Brasil Moderno*, no Instituto de Estudos Brasileiros, do Rio de Janeiro.

Representou, em julho de 1942, a classe dos advogados no 1.º Congresso Nacional do Ministério Público.

A Revista da Faculdade de Direito de 1942, publicou seu artigo "*Concepção sintética do Direito*", que é um apanhado do pensamento do Professor Spencer Vampré.

Em maio de 1943, foi admitido como membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo.

A contar do princípio do ano de 1944, regeu em diversos períodos, nos impedimentos do Professor Spencer Vampré, a Cadeira de que era Livre Docente. Substituiu também, frequentemente, outros Professores da Faculdade de Direito. Em consequência, teve oportunidade de dar aulas sobre pontos de quase todas as disciplinas do Curso Jurídico.

Em 1944, regeu a Cadeira de Direito Internacional Público, por convocação do Catedrático, Professor Brás de Souza Arruda. Lecionou História Geral no Colégio do Estado.

Em outubro, desse mesmo ano, foi nomeado Conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado. Nessa qualidade, mais tarde, em 1956, então já catedrático, redigiu o Regimento Interno do Conselho Penitenciário de São Paulo, que serviu de modelo para os Conselhos Penitenciários de muitos outros Estados.

Em 1945 e 1946, lecionou Direito Internacional Público e História das Doutrinas Políticas, na Faculdade de Ciências Econômicas, anexa à Escola de Comércio Álvares Penteado, no Largo de São Francisco.

Nessa época, foi eleito Deputado Federal Constituinte e ausentou-se da Faculdade para cumprir o mandato de Deputado, até 1950.

Em novembro de 1949, por motivo da passagem do primeiro centenário do nascimento de Ruy Barbosa, proferiu, pela

Rádio Tupi e Rádio Tamoio do Rio de Janeiro, uma alocução sobre a personalidade de Ruy.

Nesse ano, publicou o *Tratado da Conseqüência*, que é um curso de Lógica Formal.

Terminado seu mandato, em 1950, recusou-se a pleitear nova eleição, e voltou para a Faculdade de Direito.

A convite do Centro Acadêmico XI de Agosto, ministrou, na Faculdade, durante o segundo semestre de 1952, um curso livre de extensão cultural, sobre a *Gênese da Norma Jurídica*.

Em 1951, pronunciou na Faculdade de Direito, sobre *O Divórcio*, uma aula pública, que teve excepcional repercussão.

No encerramento do ano letivo de 1952, seus alunos primeiros-graduados lhe ofertaram uma placa de prata, em sinal de homenagem e agradecimento.

Em setembro de 1953, na Sociedade de Criminologia e Ciência Penitenciária, pronunciou conferência sobre o *Processo de Reajustamento da Pena*, na qual mostrou a necessidade da criação de uma Ação Especial Pública, a ser movida durante a execução da pena, para o fim de individualizá-la.

Ao fim deste ano letivo, foi alvo de expressiva homenagem de seus alunos do 1.º Ano, que lhe ofertaram um brinde de prata, com a efígie da Justiça.

O Catedrático

Desde 1.º de março de 1951, vinha regendo, ininterruptamente, a cadeira de Introdução à Ciência do Direito, da qual o Professor Spencer Vampré estava afastado por motivos de saúde.

Em outubro de 1953, apresentando monografia em dois volumes, intitulada *A Criação do Direito*, inscreveu-se entre os candidatos ao concurso para a conquista da cátedra de que era Livre Docente. Seus concorrentes foram os bacharéis Alberto Moniz da Rocha Barros, Bertho Antônio Condé, João Rodrigues de Meréje e Luiz Silveira Mello. A Comissão examinadora ficou constituída pelos Professores Doutores José Carlos de Ataliba Nogueira e Cândido Motta Filho, da Faculdade de Direito de São Paulo; Arnaldo Medeiros da Fonseca e Hélio Bastos Tornaghi, da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, e Darcy Azambuja, da Faculdade de Direito da Universidade de Porto Alegre. As provas realizaram-se entre 5 e 14 de junho de 1954. Foi aprovado com distinção,

em primeiro lugar. O bacharel Alberto Moniz da Rocha Barros conquistou a Livre Docência.

Tomou posse de sua cadeira na data evocativa de 11 de agosto de 1954, em sessão solene, realizada no Salão Nobre da Faculdade de Direito, perante a Congregação e grande assistência, estando presentes os juristas estrangeiros que participavam, em São Paulo, do Congresso Internacional de Direito Social. Foi saudado pelo Professor Dr. Braz de Souza Arruda, então Diretor da Faculdade, e pelo Professor Dr. José Soares de Mello. Agradecendo, pronunciou, sem ler, um discurso sobre Spencer Vampré e sobre a missão do professor.

Como catedrático, continua a intensa e constante atividade iniciada na Livre Docência, exercendo ao mesmo tempo as múltiplas funções docentes, políticas e administrativas. Além das aulas curriculares nos diversos graus universitários, ministra aulas de abertura ou de encerramento de cursos universitários, cursos de extensão ou especiais, seminários, conferências, palestras, entrevistas em São Paulo, no interior e em outros Estados. Publica livros, ensaios, artigos, monografias e discursos pronunciados nas universidades paulistas ou de outros Estados. Participa da Administração da Faculdade de Direito, do Conselho Universitário; do Conselho Penitenciário do Estado e da Secretaria da Educação da Prefeitura. Participa constantemente de bancas examinadoras de concursos em vários graus docentes, de Congressos de Direito e de Debates. Tudo isto sem descurar seus estudos e pesquisas, que jamais abandonou.

Além de lecionar Introdução à Ciência do Direito no curso de bacharelado, regeu, no antigo curso de Especialização, a nível de pós-graduação, a cadeira de História das Doutrinas Políticas, por designação unânime da Congregação. No mesmo curso, lecionou Sociologia Jurídica e Método das Ciências Políticas.

Por força do Art. 100 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, foi declarado estável no cargo de Professor do Curso de Especialização, cujas funções vinha exercendo, como Professor Catedrático contratado, desde 1961.

Em 22 de outubro de 1969, entrou em Regime de Dedicção Integral à Docência e à Pesquisa. Observe-se que a adoção oficial desse regime representou, simplesmente, a passagem de um estado de fato para um estado de direito, porque, em verdade, já havia quase vinte anos que o Professor Goffredo dedicava à docência e à pesquisa, mais de cinquenta horas semanais.

Em 1955 fundou e fez funcionar, na Faculdade de Direito, um Seminário de Ética e Ciências Humanas, onde se realizaram cursos intensivos de Filosofia da História, de Ética e de Teoria do Estado.

Mais tarde, esse seminário transformou-se no Seminário de Introdução à Ciência do Direito, que passou a funcionar no período da tarde, e que perdura, com sucesso, até a presente data.

Ainda em 1955, sob os auspícios da Sociedade Brasileira de Criminologia e Ciência Penitenciária, pronunciou uma conferência sobre o *Problema da Prostituição*.

No número de 1956, a Revista da Faculdade de Direito publicou um artigo seu, intitulado *Conhece-te a ti mesmo*.

No fim do ano, foi eleito patrono da turma de bachalands de 1956.

Foi paraninfo da turma de 1957 dos Aspirantes a Oficiais da Reserva (C.P.O.R.), sendo patrono o Senhor Presidente da República, Marechal Eurico Gaspar Dutra.

Em novembro, participou do Congresso Nacional de Filosofia, realizado em São Paulo, tendo apresentado dois trabalhos: *O MOI e o JE* e *Nota à margem da Dialética do Conhecimento*, ambos publicados nos Anais do Congresso e em separatas.

Em maio de 1960 pronunciou conferência intitulada *Reflexões sobre a ordem e a desordem*, no Palácio da Justiça, na Sala do Conselho Superior da Magistratura, a título de preparação para a Páscoa da Família Forense.

Aos 10 de junho, pronunciou conferência na Casa de Portugal, sobre a *Atualidade de Camões*. Esta conferência lhe valeu a comenda da "Ordem do Mérito Infante Dom Henrique".

No dia da Independência, proferiu uma alocução, *O Sete de Setembro e o Destino Nacional*, na Associação dos Cavaleiros de São Paulo e no Ateneu Paulista de História.

Ainda em setembro de 1960, pronunciou uma conferência sobre *O Infante D. Henrique e a mensagem histórica de Portugal*, no auditório da Biblioteca Municipal, sob os auspícios da Secretaria de Educação e Cultura da Municipalidade.

Em dezembro, no Real Gabinete Português de Leitura, do Rio de Janeiro, repetiu essa conferência recebendo nessa ocasião, o Diploma de Sócio Honorário do referido Gabinete.

Em abril de 1966, repetiu, na Sala do Estudante da Faculdade de Direito, sua conferência sobre *O Processo de Reajustamento da Pena*.

A 27 de maio, no Tribunal de Alçada, pronunciou uma conferência subordinada ao tema *Reflexões sobre a Inteligência Humana*, em preparação para a Páscoa da Família Forense do Brasil.

Ainda em 1961, deu a lume a sua *Dissertação sobre o Universo*, publicada na "Revista da Faculdade de Direito" de 1960.

No encerramento deste ano letivo, seus alunos o homenagearam, com a oferta de uma estatueta da Justiça.

Ao fim do ano seguinte, em novembro de 1962, seus alunos tornaram a homenageá-lo, oferecendo-lhe uma placa de prata.

Em 1964, pronunciou, sem ler, em nome da Congregação dos Professores da Faculdade, no Salão Nobre, dois discursos famosos, ambos de homenagem póstuma: o primeiro, ao Professor Braz de Souza Arruda; e o segundo, ao Professor Spencer Vampré.

Foi paraninfo dos bacharelados de 1964, Turma Spencer Vampré, da Faculdade de Direito da USP.

Durante o ano de 1965, publicou dois livros, um em cada uma de suas especialidades: sobre Filosofia, o primeiro tomo da *Filosofia do Direito*; sobre Teoria do Estado, *A Democracia e o Brasil*. O segundo tomo da *Filosofia do Direito* foi publicado em 1967.

Em março de 1968, falou em nome da Assembléia Universitária da Universidade de São Paulo, saudando o Professor Ernst Heinitz, da Universidade Livre de Berlim, na solenidade em que o título de Doutor Honoris Causa foi conferido ao eminente jurisconsulto alemão.

A "Revista de Direito Público" de São Paulo, em seu Volume 4, relativo a abril e junho de 1968, publicou seu trabalho sobre "*Discriminação constitucional das fontes de receita tributária*".

Durante o ano de 1968, pronunciou diversas conferências, entre as quais se destacam as seguintes: "*A Cultura e os Tempos Novos*", na Associação de Estudos Clássicos do Brasil; "*A Sublevação do Mundo e o Pássaro Azul*", na Academia Paulista de Letras; "*Evolução e Revolução*", no Centro Acadêmico 22 de Agosto, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica; "*Direito, Desenvolvimento e Reforma Universitária*", na Faculdade de Direito de Presidente Prudente, a convite do Diretório Acadêmico Castro Alves.

Em junho de 1969, pronunciou, na Faculdade de Direito de Guarulhos, uma conferência sobre o Processo de Individua-

lização e Reajustamento da Pena, na qual voltou a demonstrar a necessidade da criação de uma Ação Especial Pública, a ser movida durante a execução da pena, para o fim de individualizá-la.

Em Sessão Magna, realizada a 11 de agosto de 1969, pronunciou a Aula Inaugural da Faculdade de Direito de Itú.

No fascículo 80 da "Revista Brasileira de Filosofia", relativo ao último trimestre de 1970, publicou um artigo inovador, "*O Direito Quântico*".

Por ofício de 5 de março de 1971, o Diretor do Instituto de Física da USP, Prof. José Goldenberg, o convidou a pronunciar conferência sobre o Direito Quântico, em um dos seminários do referido Instituto.

Em setembro de 1971, publicou seu livro "*O Direito Quântico*", pela Editora Max Limonad. A edição de dois mil volumes se esgotou em poucos dias. Em fins do mesmo mês, a editora lançou a 2.^a edição

Em novembro, pronunciou conferência na Faculdade de Direito de São José dos Campos, abrindo o ciclo "Brasil-Jurídico, 1971", sobre o tema "*Fundamento, evolução e involução das ordenações sociais*", tendo sido alvo de expressiva homenagem.

Em maio, ingressou na Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência.

Por carta de 19 de maio de 1972, assinada pelo Prof. Simão Mathias, Secretário Geral dessa Sociedade, foi convidado para integrar o Conselho Editorial da revista "Ciência e Cultura", órgão da mesma Sociedade.

Em julho de 1972, foi eleito Membro Titular da Academia Paulista de Direito.

Em 12 de outubro, a Congregação o elegeu para membro da Comissão de Ensino da Faculdade de Direito, da qual ficou Presidente.

Sob o patrocínio da Academia Paulista de Direito, deu um curso intensivo de 5 dias sobre *A Lógica do Jurista*, em fevereiro de 1973. Em abril desse mesmo ano, no ciclo de conferências sobre o Estudo do Direito, promovido pela mesma Academia, proferiu conferência sobre o *Curso de Pós-Graduação*, assunto muito cuidado pelo professor, desde 1968, que chegou a elaborar normas práticas para seu funcionamento, transformadas em portaria em 1973.

Em 25 de março, também na Academia Paulista de Direito, pronunciou conferência sobre o tema “*Violência e responsabilidade, à luz da ciência de nossos dias*”.

Em 9 de maio de 1973, no Instituto Brasileiro de Filosofia, proferiu conferência intitulada “*As lições da Biologia sobre a liberdade humana*”.

Em setembro, publicou novo artigo sobre “*O Direito Quântico*”, na Revista da Faculdade de Direito, Vol. LXVIII (1.º fascículo, Ano 1973).

Em 28 de março de 1975, 6.ª Feira da Paixão, proferiu, pela Rádio Jovem Pan, uma alocução de cinquenta minutos, sobre as duas questões seguintes: “*Existem seres vivos em outros planetas?*”, “*Como explicar o milagre, dentro da ordem cósmica?*”.

Na Universidade Mackenzie, deu uma aula sobre a *Nova Lógica na Interpretação do Direito Civil*, em curso de extensão promovido pela Academia de Letras daquela Universidade, em 1976.

A convite dos coordenadores dos cursos de Problemas Brasileiros ministrados a nível de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1974, 1975 e 1976, abordou temas jurídico-filosóficos e políticos, como os seguintes: *O Legal e o Legítimo no Processo Legislativo Brasileiro*, *O Fundamento Genético e Celular do Comportamento dos Seres em Geral e do Homem em Particular e Roteiros da Democracia no Brasil*.

No ITA, em outubro de 1974 inaugurou o curso com o tema: *Moral, Ordem e Civismo, Segundo as Últimas Descobertas da Biologia*.

Na Escola de Comunicação e Artes da USP, em 1976, repetiu o tema *O Legal e o Legítimo no Processo Legislativo Brasileiro*.

Em 1976, no curso de Extensão de Introdução ao Estudo do Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferiu a aula de encerramento sobre o tema *Desenvolvimento da Política Brasileira no Século XX*.

No Seminário sobre o Pensamento Jurídico e o Ensino do Direito no Brasil, em agosto de 1975, promovido na Faculdade de Direito de Minas Gerais e pelo Conselho de Extensão Cultural da Mesma Universidade, proferiu conferência sobre a *Influência da Teoria Liberal Democrática e de outras*

Teorias no Direito Constitucional Brasileiro e uma sugestão Realista para o Futuro.

Em outubro de 1976 participou do painel de debates sobre os Problemas Carcerários de São Paulo, organizado pelo Diretório Acadêmico 22 de Agosto, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Em 16 de abril de 1976, 6.^a Feira da Paixão, proferiu, pela Jovem Pan, uma alocução de sessenta minutos, sobre a seguinte questão: “*Para onde caminha a humanidade?*”.

Em agosto, deu uma aula sobre a “*Nova lógica na interpretação do Direito Civil*”, num curso de extensão, promovido pela Academia de Letras da Universidade Mackenzie.

Em novembro, no Salão Nobre da Faculdade de Direito, perante grande assistência, fez uma dissertação sobre “*A nova lógica na interpretação do contrato de trabalho*”, em Curso Interdepartamental, organizado pelo Departamento do Direito do Trabalho.

No correr do último trimestre de 1976, entregou à Saraiva S.A., Livreiros Editores, seus originais sobre os verbetes *Absoluto*, *Autoridade*, *Autorização*, *Autorizante* e *Autorizar*, num total de 92 páginas datilografadas, para a Enciclopédia Saraiva do Direito.

Os bacharelados de 1977 o elegeram Patrono da Turma e, na festa de formatura, em 8 de dezembro, prestaram-lhe homenagem especial, ofertando-lhe uma placa de prata comemorativa.

Na Revista da Faculdade de Direito, Vol. LXXII, 1.^o fascículo do ano de 1977, publicou longo artigo, intitulado “*Revisão dos conceitos de autoridade, autorização, permissão, Direito Subjetivo e Norma Jurídica*”.

Durante o ano de 1978, sua colaboração para a Enciclopédia Saraiva do Direito foi grande. Entregou à editora seus originais sobre os verbetes *Coação*, *Coatividade*, *Direito Subjetivo*, *Norma Jurídica* e *Lei (Teoria da Lei)*, num total de 111 páginas datilografadas. Sobre seu trabalho sobre o Direito Subjetivo, o Coordenador da Enciclopédia, Professor Limongi França, disse, em carta, que aquela colaboração era “o melhor texto sobre o assunto, até hoje escrito”.

Em agosto de 1978, a convite do coordenador do Curso de Problemas Brasileiros, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, proferiu duas palestras sobre o tema *Política Moderna Brasileira: 1930 a 1964*.

Na XXI Semana de Estudos Jurídicos Dr. Milton Duarte Segurado, em outubro de 1978, proferiu conferência na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas sobre *Liberdades Democráticas*, tendo sido homenageado, na ocasião, com placa de prata.

Desde 1956 até hoje, além dos estudos, aulas, conferências, entrevistas, congressos, debates, S. Excelência é constantemente convidado para compor bancas examinadoras, não somente em Faculdades de São Paulo, mas nas de outros Estados tais como Minas Gerais, Amazonas, Bahia. São concursos em todos os graus docentes, de várias disciplinas como Filosofia do Direito, Introdução à Ciência do Direito, Direito Penal, Direito Internacional Privado, Teoria Geral do Estado, o que dimensiona a cultura do Professor Goffredo Telles Junior.

Seus incontáveis examinandos são, hoje, quase todos, ilustres universitários ou políticos espalhados pelo Brasil a fora.

Os bacharelados de 1978, da Faculdade de Direito da USP, deram seu nome à turma desse ano.

Na data evocativa de 11 de agosto de 1979, celebrou seu *Jubileu de Cátedra*.

Ao chegar ao 25.^o aniversário de Catedrático, em 1979, o Prof. Goffredo completou 39 anos e 4 meses de docência na Universidade de São Paulo e na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

O Administrador

A operosidade, cultura e dinamismo do Professor Goffredo Telles Junior levaram-no a participar da Administração da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em vários setores.

Em dezembro de 1957, foi eleito pela Congregação para o antigo Conselho Técnico-Administrativo da Faculdade de Direito, tendo tomado posse em 21 de janeiro de 1958, no qual permaneceu dez anos. Em julho de 1966, foi eleito Vice-Diretor, exercendo a Diretoria em duas ocasiões, durante os anos de 1967 e 1968.

Três fatos principais marcaram sua passagem pela Diretoria da Faculdade. O primeiro foi a adoção de novas medidas no concurso de habilitação de 1968 (Exames Vestibulares), em razão das quais tal Concurso foi considerado "o mais perfeito havido até aqui" (Carta do Centro Acadêmico XI de Agosto ao Diretor)

O segundo foi a profunda e irreversível campanha moralizadora, levada a cabo em todos os setores da Secretaria da Faculdade. O terceiro, finalmente, foi a manutenção da mais completa ordem na Faculdade de Direito, com perfeito entendimento entre os alunos e a Diretoria, durante todos os meses de sua gestão, época que se caracterizou, em outras Faculdades da Universidade de São Paulo, pela violenta sublevação dos estudantes.

Enfronhado, pois, nos problemas universitários, propugnou a reforma universitária para a USP, tendo feito parte da Comissão de Estudos para sua implantação na Faculdade de Direito, o que se deu oficialmente aos 30 de agosto de 1971.

Em 25 de março de 1969 foi eleito por unanimidade Presidente da Associação Paulista dos Professores do Ensino Superior (APPEs), entidade criada por inspiração do Professor Alberto Moniz da Rocha Barros, e que congregava professores de todo o Estado de São Paulo. Essa entidade tinha por fim o aperfeiçoamento do ensino superior, o relacionamento construtivo entre os estudantes e professores, e a defesa dos interesses morais e materiais do professorado superior.

Exonerou-se da Vice-Diretoria da Faculdade de Direito em maio de 1969, e desligou-se da Comissão de Pós-Graduação.

Indicado pela Congregação, passou a integrar o Conselho Universitário da USP, como representante da Faculdade de Direito.

Em 1970, após a Reforma Universitária e com a criação dos Departamentos, foi eleito Chefe do Conselho Departamental do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo.

Consagrou-se a seu Departamento. Elaborou o projeto de Regimento dos Seminários e o projeto de Regulamento dos Cursos de mestrado e doutorado.

Manteve em funcionamento, com freqüência obrigatória e comprovada eficiência o Seminário vespertino de Introdução à Ciência do Direito.

Com a reforma universitária, o antigo Conselho Técnico Administrativo transformou-se em Conselho Interdepartamental, congregando os Chefes dos diversos departamentos, do qual o Professor Goffredo também fez parte, desde setembro de 1971 até agosto de 1973.

Em 1970, elaborou o projeto de regulamento dos Cursos de Mestrado e Doutorado, que constituiriam a Pós-Graduação dos Cursos Jurídicos.

Em outubro de 1971, a Congregação dos Professores reconduziu-o, por aclamação, à Comissão de Pós-Graduação. E nessa qualidade, apresentou um rol de normas práticas para o funcionamento dos cursos de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, convertido em portaria algum tempo depois.

Eleito, em 1972, presidente da Comissão e Coordenador dos Cursos, organizou com rigor, em maio de 1973, os cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito.

Ainda em 1972, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão de Serviços à Comunidade (CEPE), órgão do Conselho Universitário, elegeu o infatigável professor membro da Câmara de Pós-Graduação. Foi eleito, naquele mesmo ano, membro da Comissão de Legislação e Recursos, cargo para o qual foi reeleito nos dois anos subseqüentes, com maioria absoluta de votos.

Em 1973, entregou ao Reitor da USP seu parecer sobre as formas de ingresso na carreira docente da Universidade e sobre a situação funcional dos Professores Livre-Docentes e Assistentes Contratados.

Além da intensa participação na Administração da Faculdade de Direito e outros órgãos universitários, anteriormente referidos, Goffredo Telles Junior participou também da Administração Pública.

Em outubro de 1944, foi nomeado Conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado e, em 1955, redigiu seu Regimento Interno que serviu de modelo para Conselhos Penitenciários de outros Estados. Permaneceu nesse Conselho durante trinta anos.

Tendo sido nomeado Secretário da Educação e Cultura da Prefeitura de São Paulo, em 12 de abril de 1957, teve oportunidade de representar o Governo do Município de São Paulo nas solenidades do centenário da cidade de Caruarú, em Pernambuco, em maio daquele ano.

Na ocasião, em Recife, pronunciou conferência na Faculdade de Direito, expondo novamente suas idéias sobre a Representação Nacional e a Democracia, o que se repetiu em outras conferências proferidas, em junho, na cidade de Ribeirão Preto e em setembro em Jundiáí, ainda como Secretário da Educação.

À frente da Secretaria da Educação do Município de São Paulo, S. Excelência lutou contra a extinção do Ensino Primário Municipal, e em julho apresentou ao Prefeito de São Paulo plano para a melhoria desse ensino.

Além disso, incrementou a vida artística musical da cidade, promovendo um grande Concurso Internacional de Piano, em agosto. No mesmo mês, realizou a célebre Semana Vila Lobos que constou de concertos e conferências. Após vencer resistências de toda ordem, trouxe a São Paulo o célebre compositor russo Aram Khachaturian, que regeu alguns concertos nesta cidade.

Ao mesmo tempo em que exercia o cargo de Secretário da Educação, continuava suas atividades docentes, tendo sido, inclusive, nomeado membro do Conselho Técnico Administrativo da Faculdade, tomando posse do cargo em 21 de janeiro de 1958.

Não recusou sequer o convite da turma de 1957 dos Aspirantes da Reserva (CPOR), para seu paraninfo, sendo patrono o Senhor Presidente da República, Marechal Eurico Gaspar Dutra. E nem o convite dos formandos de 1957 do Ginásio Perdizes, tendo sido homenageado com placa de prata.

Sobrecarregado, porém, de afazeres universitários, Sua Excelência optou pelos primeiros e pelos estudos. Exonerou-se da Secretaria da Educação para dedicar-se com mais afinco à elaboração de suas teorias sobre o conhecimento humano, a liberdade e a democracia, temas de livros futuros.

O Político

Goffredo Telles Junior iniciou sua vida política ainda estudante. Durante todo seu curso na tradicional Academia, participou ativamente da política nacional e estadual. Empenhou-se em campanhas memoráveis, na defesa de um ideário definido. Combateu, com igual intensidade, o comunismo, o fascismo e o liberalismo burguês. Lutou em nome de princípios espiritualistas, nacionalistas, anticapitalistas. Preconizou novas formas de representação popular, levado pelo pensamento de uma democracia para o Brasil.

Com dezoito anos de idade, ainda estudante, foi eleito, em 1934, suplente de deputado à Assembléia Constituinte do Estado de São Paulo. Pertencia, nesse tempo, à ala antifascista da Ação Integralista Brasileira.

Quando ainda cursava o último ano da Faculdade, o Parlamento Nacional e as Assembléias Legislativas Estaduais foram fechadas, por ato do Presidente da República. Um decreto extinguiu todos os partidos políticos. E Getúlio Vargas implantou no País o chamado Estado Novo.

Nessa conjuntura, interrompeu sua atividade política para dedicar-se à profissão e aos estudos de Filosofia e de Direito. Mas, em dezembro de 1945, foi eleito Deputado Federal Constituinte. Obteve em número de sufrágios a 2.^a votação do País.

Na Assembléia Constituinte Nacional e na Câmara dos Deputados, manteve-se em atividade constante. Foi o primeiro deputado a dar resposta frontal aos discursos da bancada comunista. Lutou contra o fechamento do Partido Comunista. Combateu e obteve a retirada da emenda totalitária n.º 3.159, que deturparia por completo o sentido democrático da Constituição. Batalhou pela implantação de um sistema racional de discriminação de rendas, tendo escrito, sobre o assunto, um longo trabalho intitulado *O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas*, que figura nos Anais da Constituinte e que saiu publicado em separata. Defendeu ardorosamente a causa municipalista. Tratou demoradamente dos problemas nacionais do algodão, do fio de seda, da brucelose. Combateu, com veemência, o primitivo tratado sobre o Instituto Internacional da Hiléia Amazônica, que depois foi alterado e arquivado. Alertou a opinião pública sobre os abusos que estavam sendo praticados com os minérios preciosos e as areias monazíticas do Brasil. Apresentou projeto mandando incorporar os abonos aos salários dos trabalhadores. Apresentou um substitutivo, com longa justificação, ao projeto que reorganizava a Polícia Militar.

Terminado seu mandato em 1950, recusou-se a pleitear nova eleição e voltou para a Faculdade de Direito; mas não deixou de manifestar em todas as oportunidades sua vocação política, expondo abertamente, através de artigos, entrevistas ou conferências, o conceito de verdadeira democracia e demais idéias políticas, amadurecidas, então, pela experiência, meditação e estudo.

Em 1955, publicou no jornal "O Estado de São Paulo", três longos artigos sobre o tema *Resistência Violenta aos Governos Injustos*. Este trabalho foi reproduzido em muitas revistas especializadas no País, e, também na *Revista da Faculdade de Direito*, de 1955, da qual foram tiradas separatas.

Em 9 de agosto de 1955, pronunciou conferência sobre *Cultura e Revolução*, na Sala do Estudante, a convite do Centro Acadêmico XI de Agosto, durante a Semana da Tradição, e na qual reprovou os “golpes de Estado”, praticados somente para substituir homens por homens, e convocou a mocidade para a Renovação Ideológica de que o Brasil necessitava, isto é, para um grande movimento de Ressurreição Nacional, em nome de uma cultura política atualizada.

Em 1956 proferiu a Aula Magna de abertura dos cursos na Faculdade de Direito, versando o tema *As Fontes do Direito e a Representação Política*. Nessa oportunidade, propôs, diante da Congregação da Faculdade e de grande assistência, processos novos para tornar verdadeira a representação nacional e dar autenticidade ao regime democrático. As idéias expostas foram consubstanciadas no seu trabalho *Lineamentos de uma Constituição Realista para o Brasil*, publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, em 1959, e em separatas.

Quando Secretário da Educação do Município de São Paulo, nas solenidades do centenário da cidade de Caruaru, em Pernambuco, representou o Governo Municipal de São Paulo e proferiu conferência na Faculdade de Direito do Recife expondo suas idéias sobre a Representação Nacional e Democracia. Ainda Secretário da Educação de São Paulo pronunciou conferência em Ribeirão Preto, em junho de 1956, e em setembro de 1957, na cidade de Jundiá, abordando o mesmo tema.

Desligado da Secretaria da Educação, em 1959, proferiu nova conferência no Fórum Roberto Simonsen, em que delineou as bases de uma Democracia Autêntica para o Brasil. Em outubro desse mesmo ano, “A Gazeta” publicou longa entrevista sua, sobre a necessidade de mudanças no regime constitucional brasileiro e, finalmente, em 1959, elabora e publica no volume LIV — f. II desta Revista, o seu Projeto de Constituição, sob o título *Lineamentos de Uma Constituição Realista para o Brasil*. Esse mesmo tema foi exposto mais tarde, em janeiro de 1963, no Congresso para a Definição das Reformas de Base, realizado em São Paulo.

Nesse mesmo ano, em agosto, na sessão solene organizada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, diante de uma assistência que superlotou o Salão Nobre da Faculdade, tornou a expor o tema, que despertava sempre grande entusiasmo político entre estudantes e o povo.

Promovida pelo Centro Acadêmico João Mendes Júnior do Instituto Mackenzie, pronunciou conferência em 6 de maio de 1960, sobre *Os Mitos da Constituição e as Bases de Uma Democracia Autêntica*; e, em setembro, aborda novamente tema político na Associação dos Cavaleiros de São Paulo e no Ateneu Paulista de História, proferindo conferência sobre *O Sete de Setembro e o Destino Nacional*.

Em 1965, publica o livro *A Democracia e o Brasil*.

Em março de 1966, sugeriu que o Instituto dos Advogados de São Paulo apresentasse, ao Governo Federal (Presidente Castelo Branco), um projeto de Constituição para o Brasil. Em 6 de maio o Instituto realizou reunião plena, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e constituiu, para elaborar o projeto mencionado, uma Comissão de especialistas, da qual foi designado Coordenador. Após longo trabalho, a Comissão, em fins de setembro, apresentou ao Plenário do Instituto, um Projeto de Constituição, que foi aprovado e, depois, encaminhado ao Governo da República.

Em 21 e 28 de agosto e em 4 de setembro, publicou, no *O Estado de São Paulo*, uma série de artigos, sob o título geral: *Por uma Nova Constituição*.

Durante o ano de 1968, então Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pronunciou diversas conferências e como não podia deixar de ser, todas eivadas de idéias filosóficas e políticas. Uma delas, proferida no Centro Acadêmico 22 de Agosto da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, versou o tema *Evolução e Revolução*. Tendo sido, então, taxado de subversivo fez um pronunciamento solene na Congregação dos Professores da Faculdade, em 13 de fevereiro de 1969, no qual, mais uma vez, definiu suas convicções filosóficas e políticas. Logo após, em março, pronunciou na Faculdade de Direito de Bragança Paulista uma conferência intitulada *O Poder Legislativo*. De abril a junho, publicou na Folha de São Paulo uma série de 12 artigos sobre o Poder Legislativo e outros problemas Constitucionais.

Em 1970, quando já se exonerara da Vice-Diretoria da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentou, a pedido de amigos nas Forças Armadas, em setembro de 1970, ao Presidente da República, General Emílio Garrastazu Médici, um longo trabalho sobre um novo sistema de representação nacional.

No *Diário de São Paulo* de 26 de novembro e de 3 e 10 de dezembro, publicou três artigos, sob o título *Um Poder*

Legislativo Autêntico, nos quais expôs as idéias contidas no trabalho entregue ao Presidente da República.

Em 26 de agosto de 1975, proferiu, em Belo Horizonte, uma conferência sobre *A Influência da Teoria Liberal Democrática e de outras Teorias no Direito Constitucional Brasileiro, e uma Sugestão Realista para o Futuro*, no Seminário sobre *O Pensamento Jurídico e o Ensino do Direito no Brasil*, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais e pelo Conselho de Extensão Cultural da mesma Universidade.

Em dezembro de 1976 ministrou duas aulas em cursos diferentes sobre Política. A 1.^a a convite do coordenador do Curso de Problemas Brasileiros, na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sobre os *Roteiros da Democracia no Brasil*; a 2.^a no Curso de Extensão de Introdução ao Estudo de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para encerramento, discorreu sobre o *Desenvolvimento da Política Brasileira no Século XX*.

De 1976 a 1977, preparava-se a Faculdade para as comemorações do sesquicentenário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, congraçando no mesmo entusiasmo cívico e cultural professores, alunos, funcionários da FADUSP e juristas de todo o Brasil. Sucediam-se os festejos, concertos, exposições, documentários, palestras, conferências e o Professor Goffredo fazia parte da Comissão Organizadora.

Na noite de 28 de abril, perante grande concentração de estudantes e do povo, no Largo de São Francisco, diante da Faculdade de Direito, proferiu, da Tribuna Livre, veemente discurso de repulsa aos Atos Institucionais da Revolução de 1964 e às emendas à Constituição, e de conclamação para a imediata instauração do Estado de Direito no Brasil.

No dia seguinte, abordou o mesmo tema, numa conferência proferida na Faculdade de Direito de Bauru, sobre *O Legal e o Legítimo, no Direito de Nossos Dias*.

Nesse mês de abril, o *Jornal do Brasil*, edições de 22, 23 e 24, publicou entrevistas suas sobre a necessidade de se extinguir o regime de exceção e de instaurar-se a democracia no Brasil. E a 11 de maio, o semanário de Samuel Wainer, *Aqui São Paulo*, publicou longa entrevista sua, sobre *O que os Estudantes Querem*, e sobre o despertar da consciência nacional para a Democracia.

Influenciado pelas constantes manifestações do Professor a respeito da democracia e incitações para implantá-la no Brasil,

foi procurá-lo, em princípios de maio, um grupo de advogados e políticos, todos seus antigos alunos. Expuseram-lhe o propósito de comemorar a passagem do centésimo quinquagésimo aniversário da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, a se verificar em 11 de agosto, com o lançamento de um documento solene, que fosse uma vibrante Proclamação de Princípios, em sinal de repúdio pelo regime reinante. Pediram-lhe que elaborasse tal documento.

Informado sobre o documento a ser redigido, O Jornal do Brasil de 24 de maio entrevista o Professor, que salienta o papel da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nos grandes movimentos políticos do Brasil.

O conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, expressou “voto de homenagem” ao Professor Goffredo Telles Junior e outros “Por tudo que têm feito em favor da livre manifestação do pensamento e da Democracia”.

No dia 1.º de junho de 1977 dirigiu carta ao Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, formulando seu repúdio às violências perpetradas contra estudantes e contra o prédio da Faculdade pelos “agentes da desordem oficial”.

Não se omitindo comodamente diante das crises estudantis ou políticas, Sua Excelência concede entrevista à “Visão” na qual condena as constantes violações da Constituição, denuncia os efeitos corruptores do chamado Estado de Exceção, e mostra o anseio nacional pelo Estado de Direito. No mesmo dia, fala no Centro de Atualização Cultural sobre a história e o espírito da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. No dia seguinte fala para a Rede Globo de Televisão sobre a volta do Brasil ao Estado de Direito. A 30 de julho, na sessão da Congregação dos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, lê seu voto sobre a situação política do País, demonstrando que a Constituição do Brasil e o “pacote” das emendas de abril eram ilegais, inconstitucionais e ilegítimas.

Durante o mês de julho, elaborou o célebre documento solicitado em maio, cujo lançamento é anunciado pelo “Jornal da Tarde”, como um manifesto de Professores de Direito sobre a situação nacional.

O Jornal do Brasil, de 2 de agosto, anuncia que o manifesto dos juristas estava concluído; que o autor lhe dera o nome de “*Carta aos Brasileiros*” e recebera cerca de cem assinaturas de vultos eminentes das letras jurídicas nacionais.

Publicou a seguir entrevista com o autor, revelando, em síntese, as linhas mestras do documento.

Nos dias seguintes, o noticiário dos jornais de todo o País, sobre a *Carta aos Brasileiros* foi abundante. Numerosas entrevistas foram dadas à imprensa e outros órgãos de divulgação.

Antes mesmo de ser lançada, a Carta aos Brasileiros foi objeto de discursos no Parlamento Nacional e comparada com o “Manifesto dos Mineiros”.

Finalmente, a 8 de agosto de 1977, às 8 e meia da noite, no pátio das Arcadas, no interior da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, frente ao monumento dedicado aos estudantes mortos em 1932, na luta pela constitucionalização do País, e perante uma multidão emocionada, Professor Goffredo leu a *Carta aos Brasileiros*.

No dia seguinte e subseqüentes, o documento de 14 páginas datilografadas foi publicado na íntegra, com grande destaque por toda imprensa nacional. Teve extraordinária repercussão em todo o País. Alcançou manchetes de primeira página nos melhores jornais do mundo e foi traduzido para numerosos idiomas, em sua divulgação no exterior.

A “*Carta aos Brasileiros*” foi transcrita nos Anais do Parlamento Nacional, das Assembléias Legislativas de diversos Estados e de numerosas Câmaras Municipais. Recebeu a adesão de várias Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação dos Advogados de São Paulo e de muitas entidades representativas. Obteve a aprovação de vultos expoentes da intelectualidade nacional. Uma imensa multidão de brasileiros lhe deu apoio incondicional.

Em setembro de 1977, o prof. Goffredo Telles Junior proferiu uma conferência de mais de duas horas, na sede da Comissão Nacional de Energia Nuclear, no Rio de Janeiro, sobre os acordos do Brasil com a Alemanha, a respeito da instalação de usinas nucleares no Brasil.

Em 8 de outubro de 1977, publicou, no “Jornal do Brasil”, do Rio de Janeiro, o artigo “*Um só gesto*”, que é uma rigorosa demonstração da ilegalidade, inconstitucionalidade e ilegitimidade da Constituição de 1969 e das leis de exceção do regime vigente, e que termina com um vigoroso apelo, dirigido ao Presidente da República, para que ele tenha a coragem de executar o gesto de implantação do Estado de Direito no Brasil.

O “Jornal de Brasília” do dia 26 de outubro publicou entrevista sua, de página inteira, sobre a situação política do

Brasil e sobre a “*Carta aos Brasileiros*”; e, em 3 de novembro, transcreveu o artigo *Um só Gesto*.

Em novembro de 1977, os trezentos professores e pesquisadores dos vários países reunidos no 7.º Encontro da Associação de Estudos Latino-Americanos (LASA), realizado na cidade de Houston, no Texas, Estados Unidos da América, aprovaram por unanimidade, uma resolução de apoio, solidariedade e saudação aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que acabavam de pedir a volta ao Estado de Direito, e aos que, no Brasil, vinham lutando, corajosamente, contra as violações dos Direitos Humanos, da liberdade de expressão e de associação.

Em 1.º de fevereiro de 1978, na sessão solene comemorativa do 35.º aniversário de fundação da Associação dos Advogados de São Paulo, pronunciou palestra sobre os conceitos de *autoridade* e de *abuso de autoridade*.

Em 13 de fevereiro, a Diretoria da Associação dos Advogados de São Paulo deliberou constituir uma Comissão Especial de sete juristas, “para análise da Constituição Brasileira, tendo em vista sua alteração, bem como da Legislação Complementar”. O Prof. Goffredo foi incluído nessa Comissão.

Em princípios de março, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o designou para Relator da tese “*O Estado de Sítio e as outras salvaguardas*”, a ser apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

No mês de abril, a Associação dos Advogados de São Paulo começou a distribuir um estudo sobre a Constituição do Brasil, de mais de cem páginas, elaborado pela já mencionada Comissão Especial dos sete juristas.

No dia 15 de abril de 1978, na solenidade comemorativa do 41.º aniversário da fundação do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado de São Paulo, proferiu, na qualidade de orador da noite, uma conferência sobre o tema “*Imprensa e Liberdade Democrática*”.

Teve atuação destacada na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, de 7 a 12 de maio de 1978. Sua tese “*O estado de sítio e as outras salvaguardas*” foi aprovada por aclamação. Mais de uma vez, também, nas suas intervenções por ocasião dos debates de outras teses, foi aplaudido de pé. Sua tese se acha publicada nos Anais da Conferência.

Em 17 de agosto de 1978, seu nome foi apresentado, em documento assinado por numerosos parlamentares, à direção

do MDB (Movimento Democrático Brasileiro), para ser candidato desse Partido a Vice-Presidente da República, na chapa encabeçada pelo General Euler Bentes Monteiro.

Na noite de 23 de agosto, durante a Convenção Nacional do MDB, retirou sua candidatura à Vice-Presidência da República, em favor do Senador Paulo Brossard.

Bibliografia

Quase toda, a obra de Goffredo Telles Junior versa Direito Político e Constitucional, Filosofia e Filosofia do Direito. Seus trabalhos exprimem sempre a incontestável inspiração democrática, alicerçada no estudo e pesquisa dos princípios científicos que legitimam Constituições e Leis.

Publica-se a seguir a bibliografia de Goffredo Telles Júnior.

1. Livros

O Direito Quântico, Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica, 5.^a ed., revista e aumentada, ed. Max Limonad, São Paulo, 1980 (1.^a ed. em 1971, Max Limonad).

A Criação do Direito, 2 v., São Paulo, 1953.

Filosofia do Direito, 2 v., ed. Max Limonad, São Paulo, 1965.

Tratado da Consequência, Curso de Lógica Formal, 5.^a ed., José Bushatsky, São Paulo, 1980.

A Democracia e o Brasil, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1965.

Justiça e Juri no Estado Moderno, São Paulo, 1938.

A Definição do Direito, São Paulo, 1941.

2. Ensaaios

O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas, Assembléia Nacional Constituinte, Anais, também publicado em plaquetas, ed. Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1946.

O Estado de Sítio e as outras Salvaguardas, tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, maio de 1978, Curitiba, publicada nos Anais da Conferência.

Resistência Violenta aos Governos Injustos, na "Revista da Faculdade de Direito", ano I, de 1955, também publicado em plaquetas.

Lineamentos de uma Constituição Realista para o Brasil, na "Revista da Faculdade de Direito", ano LIV, fascículo II, de 1959, também publicado em plaquetas.

Lineamentos de uma Democracia Autêntica para o Brasil, na "Revista da Faculdade de Direito", ano LVIII, de 1963, também publicado em plaquetas.

Que são, afinal, os Direitos Humanos?, na "Revista do Advogado", n. 3, dezembro de 1980, órgão da Associação dos Advogados de São Paulo.

Revisão dos Conceitos de Autoridade, Autorização, Permissão, Direito Subjetivo e Norma Jurídica, na "Revista da Faculdade de Direito", v. LXXII, 1.º fascículo, de 1977, também publicado em plaquetas.

A Reforma da Universidade, Instituto Brasileiro de Estudos Políticos, São Paulo, também publicado em plaquetas, 1968.

Dissertação sobre o Universo, na Revista da Faculdade de Direito, ano LV, 1960, também publicado em plaquetas.

A Reforma da Universidade, Instituto Brasileiro de Estudos Políticos, São Paulo, também publicado em plaquetas, 1968.

Dissertação sobre o Universo, na Revista da Faculdade de Direito, ano LV, 1960, também publicado em plaquetas.

Nota à Margem da "Dialética do Conhecimento", tese apresentada ao III Congresso Nacional de Filosofia, Anais, São Paulo, 1959, também publicado em plaquetas.

O MOI e o JE, tese apresentada ao III Congresso Nacional de Filosofia, São Paulo, 1959, Anais, também publicado em plaquetas.

Spencer Vampré, Edições da Academia Paulista de Letras, 1964 (plaqueta).

História Natural do Direito, para o volume "Estudios", em homenagem a Luiz Recaséns Siches, a ser editado pela Universidade Autônoma do México.

3. Trabalhos para a Enciclopédia Saraiva do Direito (verbetes).

Norma jurídica (37 páginas).

Lei (Teoria da lei) (7 páginas).

Direito Subjetivo (39 páginas).

Coação — Coatividade (28 páginas).

Autoridade — Autorização — Autorizar (37 páginas).

Autorizante (26 páginas).

Autorizamento (3 páginas).

Absoluto (26 páginas).

4. Cadernos de Estudo

Oito cadernos para o curso de Introdução ao Estudo do Direito, edição mimeografada, publicados pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, 1980.

5. Pronunciamentos

Carta aos Brasileiros, Proclamação de Princípios, ao ensejo do Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil, São Paulo, 1977, publicada pela imprensa nacional e estrangeira, e na "Revista da Faculdade de Direito", v. LXXII, 2.º fascículo, de 1977.

Pronunciamento, Proclamação de Princípios, feito na Congregação dos Professores da Faculdade de Direito, publicado na "Revista" dessa Faculdade, ano LXIII, de 1968.

6. Artigos Principais

Revisão dos Conceitos de Autoridade, Autorização, Permissão, Direito Subjetivo e Norma Jurídica, "Revista da Faculdade de Direito", USP, v. LXXII, 1.º f., 1977.

- Que são, afinal, os Direitos Humanos?*, Revista do Advogado, n.º 3, dez. 1980, órgão da Associação dos Advogados de São Paulo.
- Resistência Violenta aos Governos Injustos*, I, II e III, O Estado de S. Paulo, 29 e 30 de junho e 6 de julho de 1955.
- O Direito Quântico*, Revista Brasileira de Filosofia, 4.º trimestre de 1970.
- O Direito Quântico* (novo artigo com o mesmo título do anterior), Revista da Faculdade de Direito, USP, v. LXVIII, 1.º f., 1973.
- Discriminação Constitucional das Fontes de Receita Tributária*, Revista de Direito Público, V. 4, 1968, São Paulo.
- Por uma nova Constituição*, I, II e III, O Estado de S. Paulo, 21 e 28 de agosto e 4 de setembro de 1966.
- Um Poder Legislativo Autêntico*, Revista de Direito Público, V. 14, 1970.
- Um Poder Legislativo Autêntico, I, II e III*, Diário de S. Paulo, 26 de novembro, 3 e 10 de dezembro de 1970.
- O Poder Legislativo: Definição da Democracia*, Folha de S. Paulo, 29.04.1969.
- O Poder Legislativo: Abismo entre Povo e Parlamento*, Folha de S. Paulo, 06.05.1969.
- O Poder Legislativo: Instituições Representativas*, Folha de S. Paulo, 13.05.1969.
- O Poder Legislativo: O Departamento Legislativo*, Folha de S. Paulo, 20.05.1969.
- O Poder Legislativo: Câmara dos Deputados ou Assembléia Nacional*, Folha de S. Paulo, 27.05.1969.
- Falsificação do Brasil*, Folha de S. Paulo, 03.06.1969.
- Mito e Medo*, Folha de S. Paulo, 10.06.1969.
- A eleição do Presidente da República*, Folha de S. Paulo, 19.06.1969.
- Formação de Legisladores*, Folha de S. Paulo, 24.06.1969.
- Escola de Legisladores*, Folha de S. Paulo, 28.06.1969.
- Em Síntese*, Folha de S. Paulo, 08.06.1969.
- A Doutrina da Segurança Nacional*, O Estado de S. Paulo, 12.11.1978.
- Depoimento sobre as Reformas Constitucionais feitas pelo Governo*, O Estado de S. Paulo, 21.09.1978.
- Um Só Gesto*, Jornal do Brasil, 08.10.1977; Jornal de Brasília, 03.11.1977.
- Reforma da Universidade*, I e II, Folha de S. Paulo, 3 e 6 de junho de 1968.
- A Carreira Docente na USP*, O Estado de S. Paulo, 21.10.1973; Revista Brasileira de Filosofia, f. 92, v. 23, 1974.
- Preleção sobre o Justo*, Justitia, órgão do Ministério Público de São Paulo, v. 50, 1965.
- Preleção sobre o Valor*, Justitia, v. 53, 1966.
- Ruy Barbosa, o Sonhador da República*, Letras e Artes, suplemento dominical do jornal A Manhã, Rio de Janeiro, 12.11.1949.
- Spencer Vampré*, Revista da Faculdade de Direito, USP, 1965.
- Concepção Sintética do Direito* (apanhado do pensamento de Spencer Vampré), Revista da Faculdade de Direito, USP, v. XXXVII, 1942.

7. Entrevistas Principais

- A Gazeta, 30.10.59, sobre a reforma constitucional.
- A Gazeta, 30.04.68, sobre a reforma da Universidade.
- Diário de S. Paulo, 05.05.68, sobre a reforma da Universidade.
- Diário da Noite, 06.05.68, sobre a reforma da Universidade.
- Jornal do Brasil, 15.02.76, sobre um discurso do General Rodrigo Otávio, na reabertura dos trabalhos do Superior Tribunal Eleitoral.
- Jornal do Brasil, 10.03.76, sobre o Poder Moderador.
- Folha de S. Paulo, 11.08.76, sobre a data de 11 de agosto.
- O Estado de S. Paulo, 11.08.76, sobre o mesmo assunto.
- Jornal da Tarde, 03.03.77, sobre a prova de *redação* nos exames vestibulares.
- Jornal do Brasil, 22, 23 e 24 de abril de 1977, sobre os regimes de exceção e a Democracia.
- Aqui, São Paulo (semanário), 11.05.77, sobre "O que os estudantes querem".
- Visão (revista), 06.06.77, sobre o Estado de Exceção e o Estado de Direito.
- Visão, 01.08.77, sobre o idealismo revolucionário da Academia do Largo de São Francisco.
- Jornal do Brasil, 02.08.77, sobre as linhas mestras da "Carta aos Brasileiros".
- Folha de S. Paulo, 07.08.77, sobre antecedentes, elaboração e sentido da "Carta aos Brasileiros".
- Folha de S. Paulo, 11.08.77, sobre o papel da Faculdade de Direito nos grandes acontecimentos da História Brasileira.
- O Globo, 30.09.77, sobre uma entrevista do Ministro Nascimento e Silva, da Previdência Social, a respeito da incorporação da democracia social à democracia política.
- Jornal de Brasília, 26.10.77, sobre a "Carta aos Brasileiros" e a situação política do Brasil.
- Cinco de Março, jornal de Goiânia, 19.12.77, sobre a situação política nacional.
- Jornal do Brasil, 01.03.78, sobre a revisão da Constituição pela Comissão Especial da Associação dos Advogados de São Paulo.
- Folha de S. Paulo, 02.03.78, sobre o mesmo assunto.
- O Globo, 19.03.78, sobre as salvaguardas propostas pelo Governo.
- Folha de S. Paulo, 02.04.78, sobre as propostas constitucionais, apresentadas pela Associação dos Advogados de São Paulo.
- O Globo, 03.04.78, sobre o mesmo assunto.
- Folha de S. Paulo, 06.05.78, sobre as reformas preconizadas pelo Governo.
- Isto é (revista), 17.05.78, sobre a "Carta aos Brasileiros" e sobre a natureza do moderno Estado de Direito ou Estado de Justiça.
- O Globo, 17.06.78, sobre as medidas preconizadas pelo Governo: Conselho Constitucional, estado de emergência e medidas de emergência
- Jornal da Tarde, 26.06.78, sobre o mesmo assunto e a necessária convocação da Constituinte
- O Globo, 27.06.78, sobre o mesmo assunto.
- Última Hora, 11.08.78, sobre a missão política da Faculdade de Direito.

Isto é (revista), 16.08.78, sobre o significado histórico da “Carta aos Brasileiros”.

Jornal do Brasil, 11.09.78, sobre as reformas preconizadas pelo Governo e sugestões.

O Estado de S. Paulo, 21.09.78, sobre o mesmo assunto.

O Globo, 30.09.78, sobre a inconstitucionalidade do decreto antigreve (Dec. Lei n. 1.632).

Jornal do Brasil, 01.10.78, sobre o mesmo assunto.

O Globo, 07.10.78, sobre o Colégio Eleitoral do Presidente da República.

O Globo, 29.11.78, sobre a nova Lei de Segurança Nacional.

8. Trabalhos Parlamentares

Na Assembléia Nacional Constituinte de 1946 e na Câmara dos Deputados (1946 a 1950) — Discursos principais:

Discursos principais:

Resposta a Luiz Carlos Prestes

Contra a Emenda Totalitária n.º 3.159 e pela Democracia.

Por um Sistema Racional de Discriminação de Rendas.

Em Defesa dos Municípios Brasileiros.

O Problema do Algodão.

O Problema do Fio de Seda.

O Problema da Brucelose.

Contra o Instituto Internacional da Hiléia Amazônica.

Em Defesa dos Minérios e das Areias Monazíticas do Brasil.

Pela Incorporação dos Abonos aos Salários dos Trabalhadores.

A Polícia Militar (apresentação de um substitutivo, com longa justificação, ao Projeto que reorganizava a Polícia Militar).

O Pensamento Jurídico-Filosófico do Professor Goffredo Telles Junior.

Aloysio Ferraz Pereira

Professor Livre Docente de Filosofia do Direito
da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

O pensamento jurídico-filosófico do professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR, tal como se apresenta em sua obra escrita e como ele o tem exposto em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, revela, ao longo de quarenta anos, inegável unidade, que se estende sobre algumas tendências permanentes. Estas constantes não se mostram desde logo ao leitor superficial e ao ouvinte distraído. Dissimulam-nas o variado caráter de seus escritos e a diversidade das direções em que essas mesmas tendências o têm conduzido em seu esforço de atualização e aprofundamento. Mas a unidade se patenteia e as invariantes terminam por se manifestar claramente, de tal modo subtendem o seu pensamento, que segue por pesquisas e por métodos só em aparência divergentes. Ainda mais: essas características só se desvelam através da leitura atenta e do exame crítico de todos os trabalhos do autor. É o que tentaremos resumir aqui, com apoio em suas obras fundamentais.

Descortinemos antes, e de pronto, aquelas constantes, esperando que o lineamento unificante surja ao fim naturalmente, como corolário do exame sucinto que se fará das obras que contêm o essencial da reflexão jurídico-filosófica do mestre paulista.

As tendências constantes são, a nosso ver, as seguintes:

1. Fidelidade, que ainda é a da maioria da intelectualidade brasileira, à formação filosófica tradicional, nas linhas do humanismo europeu e cristão.
2. Primordialidade da aporia da liberdade, a qual aparece como termo referencial, indispensável à colocação da problemática da justiça e do direito.
3. Persistência do interesse pela investigação das ciências experimentais.
4. Reconhecimento da ordem institucional e jurídica como dado primitivo e realidade irreduzível.

Na apreciação dos caracteres gerais da atividade do professor GOFFREDO TELLES JUNIOR, é interessante ainda assinalar alguns aspectos peculiares. Desde o início dessa atividade percebe-se que se está diante de uma experiência moral e intelectual autêntica, em que se empenha toda uma personalidade. Estamos em presença de alguém que vive e procura viver aqueles mistérios e problemas chamados universais, porque são de todos, do homem comum, de ontem e de hoje, do rico e do pobre, mais do pobre que do rico. São esses os seus problemas, que seriam triviais se não fossem essenciais, isto é, se não deitassem raízes na existência. São os problemas que mais se omitem e escamoteiam, mas que nunca cessam de pulsar no coração nem de desafiar a inteligência.

Outro aspecto de sua atividade que merece menção é atinente ao estilo em que se exprime. Deve-se constatar, antes de tudo, como fato hoje raro, que o professor GOFFREDO TELLES JUNIOR possui estilo bem pessoal e próprio, vale dizer, que o seu modo de ser individual se manifesta distintamente no que fala e escreve. Seu estilo é sóbrio, solene e claro. A sobriedade é obtida em frases curtas onde se sente o pensamento contido, tenso, subjugado. A solenidade não é retórica ou buscada, mas lhe é natural, refletindo, por certo, comportamento que tem a guiá-lo um modelo humano de grandeza. A clareza é própria do docente, mais preocupado em transmitir o que aprendeu e meditou nos livros e na vida do que estadear originalidade e erudição. Disto resulta a parcimônia de citações (com exceção de *A Criação do Direito*, onde eram indispensáveis) e a escassez de referências bibliográficas, ao arrepio de nossa cultura dependente e contra a corrente moderna dos hábitos universitários. O aparelho crítico, em nosso tempo, serve freqüentemente para acobertar a esterilidade da produção intelectual e dissimular o óbvio sob a cortina dos ouropéis europeus (inclusive americanos)... Não há em suas obras aquela fluência popular e a estereotipia atualizada do jornalismo, nem os cacoetes do arrazoado forense ou os padrões impessoais do relatório comercial e burocrático, que são todos, em geral, característicos de nossos livros de filosofia e ciências humanas.

Poder-se-ia, quem sabe, dizer que faltam ao nosso autor o sal do ceticismo e o acre sabor da ironia. É que nele prevalecem o sentimento da seriedade do trabalho intelectual e o senso de responsabilidade social. Daí o papel que sempre exerceu na vida universitária e política de seu Estado natal e fora dele. Daí

também a insubstituível função mediadora e moderadora que lhe reconhecem os estudantes.

Nota distintiva de sua concepção da filosofia do direito, que de resto permanece subentendida: pelo menos em seus trabalhos escritos ele vê o direito a partir da filosofia. Noutros termos: a disciplina que pratica não é *jurídica*, pois é certo que a verdadeira *filosofia* não se deixa adjetivar, restringindo-se. A filosofia nunca é *jurídica*, como não é *social* ou *política* ou *científica*. . Ela é só a reflexão ou a preocupação enquanto se volta ou se demora sobre este ou aquele aspecto da existência. Mas que prossegue aberta a todas as manifestações da realidade.

Como objeto deste rápido estudo, teremos em mira apenas as obras que se ocuparam mais particularmente dos temas que se tem convencionado reunir sob o rótulo de *filosofia do direito*, mas que também caem sob o exame da teoria geral e da introdução ao direito. São três essas obras, referidas na ordem de sua publicação: 1. *A Criação do Direito*, 2. *Filosofia do Direito* e 3. *O Direito Quântico*¹.

I. A procura do fundamento.

A Criação do Direito tem por fim determinar a gênese e a essência da norma jurídica, buscando, antes, fundar a liberdade. É o registro de uma aventura, como um descobrimento dos *conquistadores*. É uma espécie de diário de viagem do espírito que, para acertar contas com os enigmas do mundo e da liberdade fez um cruzeiro pela história da filosofia e da ciência social. Mas não partiu a esmo; escolheu as terras que percorreria: teorias, sistemas, livros, autores. . .

Esta obra tem três partes, etapas da mesma rota: 1.^a — *O Problema da Liberdade*; 2.^a — *Posição e Oposição das Escolas*; 3.^a — *A Criação da Ordem Humana*, com o seguinte subtítulo: *Esboço de uma Teoria Natural do Direito*. A primeira contém o ponto de partida do escritor, o desafio que o pôs em movimento: *Termos em que se coloca o problema*. Vejamos, em suas palavras, alguns acicates dessa aporia: “De todos os fenômenos do Universo, o que mais nos deve maravilhar é o da liberdade humana. Quando, no espaço e no tempo, desde o primeiro princípio até o último fim, e desde o ínfimo até o máximo dos seres, tudo se acha ordenado e dirigido, de um

1. *A Criação do Direito*, 2 vs., São Paulo, 1953; *Filosofia do Direito*, 2 vs. São Paulo, 1965; e *O Direito Quântico*, São Paulo, 1.^a ed., 1971, 5.^a ed. 1980. Neste trabalho a sigla CD indica o primeiro livro, FD o segundo e DQ o último.

modo inflexível e fixo, invariável e eterno, haverá realmente lugar para o que os homens denominam sua liberdade? No campo da Filosofia do Direito, essa é a questão que transcende todas as demais. Se a liberdade do homem realmente existe, nada, nas sociedades humanas, sobrelevará em importância o direito, que seria a disciplina da liberdade. Mas se esta não existe, o direito passa a ser uma fantasia vã”.²

Filósofo, o jovem professor GOFFREDO TELLES JR. não teme renovar e repetir aquelas perenes perguntas: “Afinal, que é o homem dentro do Universo?... Mas, que é o mundo?”³. Buscando respostas a essas questões e a outras semelhantes, o autor explora a história do pensamento filosófico e jurídico segundo um plano dialético, sem por isso promover a dialética a processo universal do ser e do *logos*, como demasiado frequentemente se tem feito desde HEGEL. A sua opção pela *démarche* dialética é tributária de ARISTÓTELES e descendência: é um modo de por em relevo e de melhor examinar as opiniões que assim se opõem e contrastam. Não é a dialética absolutista que se converte numa forma de prodígio e de magia, abarcando, em seu processo inexorável ou *divino*, tanto o movimento da razão lógica como o determinismo da natureza.

O nosso filósofo, na tela da primeira parte deste livro, destinada a provar a existência da liberdade, desenha-nos o desdobrar-se das idéias no tempo historiográfico, repartindo-as em dois monismos distintos, opostos por suas características: o materialista e o espiritualista. Exemplifica o primeiro com TOBIAS BARRETO, que de fato tão bem resume as correntes materialistas do seu século, com algum ingrediente metafísico a mais. Tipifica, por outro lado, o monismo espiritualista na solitária figura de ESPINOSA, de cuja obra consegue extrair síntese suficiente ao objeto da sua pesquisa, que é, mais precisamente, a determinação da existência e da possibilidade da liberdade. TOBIAS e ESPINOSA, cada qual em sua medida própria, soçobram nas contradições do seu monismo. Anterior às incongruências internas de uma e outra doutrina, aquém da contrariedade que as opõe como congêrie (TOBIAS) e sistema (ESPINOSA), o dualismo de DESCARTES é também conduzido, em seguida, a seus limites e insuficiência. A crítica a LEIBNIZ e MALEBRANCHE vai levar-nos ainda a resultados negativos, por não satisfazerem à coerência teórica ou prática.

2. CD, pp. 9-10.

3. CD, p. 12.

O desenvolvimento do resumo e da crítica daquelas filosofias, examinadas na *Criação do Direito*, pode ter suas conclusões ilustradas sucintamente mediante passagens do próprio texto. Eis como o professor paulista apanha TOBIAS BARRETO em contradição: “No Universo, há uma só lei, que é a lei da natureza; mas além desta lei, outra existe, que é a lei do direito, feita para torcer e ajeitar a natureza...”³. Em favor de TOBIAS, contudo, poder-se-ia talvez dizer que a chave da sua coerência estaria no princípio ou lei da evolução, constituindo a *cultura* (de que o direito é parte) uma forma de *transformação* da própria *natureza*. Concluindo sobre ESPINOSA, o autor endossa DEL VECCHIO⁴: “Não é difícil dar-se conta de que, havendo Spinoza identificado o direito natural com o poder e a necessidade física, tal identificação equivale à pura e simples negação daquele pretendido Direito. A total supressão dos valores jurídicos, a ausência de todo critério e de toda regra de comportamento é a consequência da redução do ser humano ao conceito da necessidade universal”

Embora não se tenha comprometido com uma ou outra direção monista, que terminaria no impasse da matéria ou do espírito isolados, a pesquisa de DESCARTES foi impotente para encontrar a ponte exigida pelos abismos que cavou entre o corpo e a alma, o conhecimento e a vontade, a física e a moral. Todavia, se o dualismo lhe permitiu preservar, em princípio, a liberdade como “poder positivo de se determinar”⁵, DESCARTES não conseguiu desatar o nó górdio do seu sistema, constituído pela relação entre as substâncias espiritual e material, e, em consequência, entre a alma e o corpo. A liberdade, que é só do espírito, reduz-se assim à ineficácia por sua incapacidade de agir sobre a matéria, isto é, de modificar o processo natural necessário. E a *Criação do Direito*⁶ conclui em cima de um texto cartesiano: “Não me informo, agora, sobre se os anjos e os pensamentos dos homens têm a força de mover os corpos; é uma questão que reservo para o tratado que espero fazer a respeito do homem”. Mas a antropologia de DESCARTES não trouxe a esperada solução do problema crucial. Ora, essa mesma dificuldade, acrescentamos, tinha de se projetar sobre o plano social, onde, *ad instar* do composto humano, o estado jurídico aparece como espécie de união entre corpo e alma, ou

4. CD, p. 19.

5. CD, p. 45.

6. CD, p. 56.

melhor, entre a sociedade civil e a justiça⁷. Esta virtude participaria da essência do espírito e da liberdade, enquanto o social seguiria sujeito à necessidade das leis naturais.

Como se pode ver na seqüência da exposição do livro que examinamos, as doutrinas do *paralelismo* de ESPINOSA, da *harmonia preestabelecida* de LEIBNIZ e do *ocasionalismo* de MALEBRANCHE não passam de engenhosas mas frustradas tentativas de encontrar solução para o problema, cujos dados e dificuldades se tornaram claros na sua oposição a DESCARTES.

Dir-se-á, a esta altura, que o Dr. GOFFREDO TELLES JUNIOR poderia ter acompanhado esses ilustres filósofos, por seus meandros e intimidades, com mais paciência e simpatia, até saturar-se passivamente do seu pensamento, como fazem os bons historiadores, que “à força de comer castanhas, em castanhas se transformam”... Mas o nosso professor não está a fim de fazer só história. Se as idéias historizadas são a matéria de sua reflexão (como queria LÉON BRUNSCHVICG), esta se exerce com inflexível crítica. Ele não se detém nas idéias dos outros senão o tempo de sopeá-las, para sentir em que medida o ajudam a investigar e penetrar a realidade e seus problemas. Afinal, nada melhor, para testar as intuições próprias, do que esfregá-las nas teorias alheias. E nada melhor, para conhecer as verdades descobertas por outrem, do que rastreá-las com o faro do seu interesse, que exprime o temperamento e a vocação. Ninguém procura a verdade das coisas sem tê-la antes, de alguma forma, pressentido. Quando se caminha ao encontro de uma solução satisfatória, isto é, original, tem-se que percorrer, e até destruir, muitas respostas e propostas.

Foi assim que o nosso professor enfrentou o seu KANT, ainda na primeira parte da *Criação do Direito*, no mesmo estado de entusiasmo e de crítica. Como antes, emprega seu costumeiro método, que consiste em dar a volta a toda uma filosofia, fazendo o balanço de suas grandes articulações (teorias do conhecimento, do ser, ética, etc.), para afinal fazer convergir as diversas perspectivas sobre o mesmo ponto visado: o fundamento da liberdade e do direito. De modo que a teoria jurídico-política vem a aparecer como resultante dos pressupostos gerais, dos primeiros princípios, ou então, explicar-se, muito naturalmente, pelo lugar que ocupa no conjunto e as relações que mantém com as demais partes de um sistema.

7. CD, p. 59.

Não me propus aqui resenhar os livros do Professor GOFFREDO TELLES JR., resumindo os autores e correntes que constituem objeto do seu estudo. Meu objeto é o seu pensar *pensado* e o seu pensar *pensando*: idéias, originalidade, métodos, procura, intenções. .

Depois de compendiar rigorosa e vigorosamente a *Crítica da razão pura*, eis o professor a tirar dela os princípios formais da antropologia e da ética do filósofo regismontano, retomando por fim, na segunda parte do livro, a concepção kantiana da liberdade e do direito. Não o satisfaz, porém, o formalismo da *razão prática*, como não o convencera o intelectualismo e o hipotético da *razão pura*. Reconhecendo embora que o grande mérito de KANT está em ter *demonstrado*, de modo *universalmente válido*, que a experiência é condição da ciência ⁸, rejeita a consequência, que ele daí deduziu, ou seja, que “a existência da alma não pode ser demonstrada por experiência” ⁹. Ora, se o direito é disciplina da liberdade, esta é atributo da alma. Mas se a alma não pode ser conhecida na experiência, onde apenas se manifestam *fenômenos*, é forçoso concluir que a liberdade, fundamento do direito, participa, como o espírito, da natureza do *númeno*. Escapando pois ao alcance da ciência, “a liberdade e o direito pertencem mais à esfera da crença e da religião”. ¹⁰ Mas o ânimo perquiridor do mestre brasileiro, apoiado confiantemente no mais íntimo *sentimento*, abre seu próprio caminho para dizer com modéstia: “Mas, ousou perguntar, quem se convenceu de que a existência da alma não pode ser demonstrada por experiência?” ¹¹. Então, como que olhando em torno o horizonte, parece divisar na forma coeva do intuiçãoismo uma esperança de saída: “A obra de Henri Bergson nos servirá de roteiro.” ¹²

O encontro do Dr. GOFFREDO TELLES JR. com a filosofia de BERGSON estava, digamos assim, prefigurado no temperamento do escritor brasileiro, no qual descobrimos, com efeito, duas tendências convergentes: uma para o sentimento da ciência, outra para a ciência do sentimento. Querem provas dessa dupla inclinação? Ei-las, ainda na *Criação do Direito*. Representação da primeira tendência: “Na verdade, tudo é prodígio e maravilha — seja o movimento dos electrons dentro do átomo,

8. Cf. PIERRE MESNARD, *Essai sur la morale de Descartes*, Paris, 1936, p. 226.

9. CD, p. 103.

10. CD, p. 105.

11. CD, p. 104.

12. CD, p. 105.

seja a rota das estrelas nos espaços celestes, seja a liberdade do Homem sobre a Terra”¹³. Ilustração da segunda: “Petra-zycki (. .) demonstrou que o direito autêntico é uma expressão do amor. O certo é que o direito, como o amor, tem a sua fonte originária no coração dos homens”¹⁴. Como em BERGSON, há nessas frases, se não um lirismo, pelo menos a subjetivação ou humanização de conceitos científicos, ao mesmo tempo que a verificação do papel da intuição no conhecimento científico do direito.

Com efeito, depois da filosofia neo-escolástica, BERGSON foi decerto fonte decisiva do pensamento do Professor GOFFREDO TELLES JR.. Ficou-lhe daquela indelével revestimento básico, à semelhança da camada de argamassa do afresco, sobre a qual, depois, o pintor lança e deixa embeberem-se as tintas que o seu talento escolhe. Sentem-se, ao longo destes escritos, o cuidado e o tempo que o mestre dedicou aos estudos, quer propedêuticos, quer substanciais, da tradição escolástica renovada. Esta influência formadora efetuou-se através do aprendizado da linguagem filosófica, da técnica lógico-formal e da arte de pensar, bem como da assimilação das noções e conteúdos que compõem o cerne dessa escolástica, que se poderia qualificar (sem conotação valorativa) de *perennis*. O seu *Tratado da Conseqüência* documenta esse labor, como um honesto exercício didático.

Em BERGSON o professor de São Paulo viu pois um filósofo que seguia adiante dele mas na mesma direção; que tinha acumulado a prestigiosa ciência do tempo, sem dela cair cativo; que acrescentava ao corpo, no processo mecânico, o *suplemento de alma* de que o homem carecia para preservar e fundar a liberdade. Ao mesmo tempo, reconhecia no bergsonismo a vindicação do ser enquanto vida, contra o absolutismo da razão enquanto forma (abstrata). Sobre o mural escolástico, sobre as linhas da ciência e as cambiantes dos sistemas, é ver então o nosso autor espalhar os fortes tons do *impulso vital*: duração, consciência, intuição, liberdade, criação.

O que, no pensador da *Evolution créatrice* atrai o autor da *Criação do Direito* não é a sedução do estilo ou a tentação do indeterminado, mas a evidência de que o mestre do Collège de France conseguia provar experimentalmente, contra a metafísica abstrata e o cientismo materialista: 1. a irredutibilidade

13. CD, p. 138.

14. CD, p. 606.

do espírito à atividade física; 2. a existência da liberdade acima da causalidade material¹⁵. Mas, outro aspecto dessa filosofia, capital para a compreensão do pensamento que estudamos, deve ter confirmado o professor em sua convicção: a legitimidade da vida interior, a autenticidade reveladora da *consciência íntima do tempo*. De fato, é nessa experiência espontânea do *eu*, do próprio ser entregue à duração, que ele confessa identificar a liberdade: “Dentro de mim, sempre senti, provindo de regiões ignotas, mas dominando todo meu ser, como a se manifestar em cada uma das células de meu corpo, a seiva quente de uma liberdade sempre viva. Quem haverá que não experimente esse mesmo sentimento”^{15A}

Parece que aí tocamos a rocha firme do pensamento (ia escrevendo: do *sentimento*...) do professor GOFFREDO TELLES JR.

Nas páginas que precedem não buscamos descobrir ou estabelecer as *premissas* do autor em exame. Apenas procuramos acompanhar o movimento do seu espírito no curso da pesquisa decisiva de sua carreira, tal como ficou registrada na *Criação do Direito*. A essa etapa de seu desenvolvimento cultural pode-se bem denominar *orientação*, no sentido que KANT deu ao termo (no opúsculo de 1786: *Que significa: orientar-se no pensamento?*) É um amplo “tour d’horizon”, em que se exploram problemas e soluções possíveis, a fim de, reconhecido o terreno e determinados os pontos de referência, partir no rumo de seu próprio objetivo.

Assim, ao cabo dessa *primeira parte*, já está o nosso jovem professor de posse de alguns critérios teóricos para prosseguir no trabalho crítico que a existência lhe impunha, no esforço de provar a liberdade e definir a origem e a essência da norma jurídica. Esta *segunda parte*, a que dá o título de *Posição e Oposição das Escolas*, divide nos seguintes capítulos: I. *Contratualismo e Historicismo*; II. *O Direito Metafísico*; III. *O Direito Sociológico*; IV. *O Direito Psicológico*; e V. *O Direito Institucional*. Cada um desses títulos abrange uma variedade de doutrinas, que o autor trata dialeticamente, opondo-as para melhor discutí-las e rebatê-las, sempre em função das questões que interessam aos fins da investigação empreendida. Através dessa crítica, por vezes áspera, oferecem-se ao leitor as condições *ótimas* para o conhecimento dos problemas estudados e das

15. CD, p. 137; e a reiteração à p. 525.

15A. CD, p. 115.

linhas dominantes de cada teoria, assim postas energicamente em relevo.

Note-se que o livro revela, em sua maior extensão, a observância da regra de ouro da pedagogia universitária, que reside em estudar diretamente os grandes autores na sua própria obra. Tal norma só é precedida e só se subordina, hierarquicamente, àquele preceito que E. HUSSERL formulou nestes termos: “ir às coisas mesmas”. Claro está que a evidência desses princípios desde sempre repousou na natureza do homem.

A *segunda parte*, pois, passa em revista certo número de doutrinas, procurando as soluções que propuseram ao problema da gênese e da natureza do direito. A *terceira* e última parte registra o esforço do autor de dar, mesmo que seja em esboço, solução própria e geral ao problema que se pôs. Cumpre verificar, ao fim, se o conseguiu.

A análise que deparamos do pensamento de ROUSSEAU mostra bem a intimidade do professor GOFFREDO TELLES JR. com a obra do revolucionário genebrino, desde suas audaciosas teorias, sua maneira personalíssima de filosofar, até alguns pormenores anedóticos de seu caráter. Contudo, o racionalismo de ROUSSEAU, ao lado do de KANT, como também os exageros do contratualismo artificial são segura e firmemente denunciados pelo professor paulista, à medida mesma em que os vai expondo. Esta refutação é feita, em geral, em nome da realidade histórica e social. Ele se vale, freqüentemente, dos acertos de determinada doutrina para descobrir os defeitos da oposta, de modo que os erros se anulam no confronto e, às vezes, fica um resíduo comum de verdades. É o que faz, por exemplo, na comparação dialética de ROUSSEAU e os racionalistas, de um lado, com a escola histórica e a doutrina da contra-revolução, de outro. Cumpre anotar logo a plena consciência que tem o mestre do caráter apriorístico e irreal da chamada *escola do direito natural*, essa espécie de jusnaturalismo “sem natureza” ou desnaturado, que se situa como antípoda da teoria aristotélica e tomasiana do direito natural.

O auge porém da contundência crítica da *Criação* é atingido na análise do que apropriadamente chamou de *direito metafísico*, onde penetra o âmago do logicismo neokantiano. Sem poupar STAMMLER, junta-se a LEGAZ Y LACAMBRA para demolir o sistema lógico-lingüístico do normativismo formal da escola de Viena. Sua refutação de HANS KELSEN seria feroz se não assentasse, com lógica férrea, sobre a natureza das coisas. Sua dialética disseca e dilacera, golpe sobre golpe, as articula-

ções essenciais dos textos kelsenianos. A parte conclusiva deste capítulo é fundamental à compreensão, em profundidade, do pensamento do Dr. GOFFREDO TELLES JR. no seu conjunto. Sejam-nos permitidos, a seguir, alguns destaques. Resumindo o positivismo jurídico, a propósito de KELSEN: “Segundo eles (os positivistas), as causas, os fins, a razão de ser do direito não constituem problemas jurídicos. Os conceitos doutrinários de justiça, as concepções ideológicas da sociedade e do Estado, nada disto entra na esfera de competência dos juristas. Para o jurista, o direito é a norma positiva, seja ela qual for, contanto que haja sido promulgada em conformidade com o que estatui norma positiva anterior. Direito e natureza, direito e vida passam a ser, portanto, duas realidades paralelas, que jamais se encontram. Mas, em consequência, o direito se transforma num estranho castelo-fantasma, erguido no espaço, sem alicerces na realidade da existência humana”¹⁶

Prosegue: “E, desde logo, ressalta que desconhecer o fim do direito é impedir sua criação. Será necessário repetir que o fim é causa? Que arquiteto serei eu, se minhas obras são erguidas sem consideração do fim para que se destinam? (...) Ora, não é humano agir para nada”¹⁷

O movimento da argumentação, alcançando seu termo, lança finalmente, entre os escombros do *positivismo racional*, a fundação ontológica do direito sobre o desfundamento (*Abgrund*) do ser. E o faz do seguinte modo: “Esta doutrina, como também o racionalismo, permite que se atribua o conceito do direito ao justo e ao injusto, à verdade e ao erro. Nada mais é preciso acrescentar para que fique patenteado que racionalismo e positivismo constituem, em suma, duas construções cerebrinas, sem contato com o mundo do *ser* — como se o *dever ser* e o direito não existissem, em última análise, para o *ser*; como se o *ser*, não nas suas aparências circunstanciais, mas em sua realidade profunda, autêntica e natural, não encerrasse a razão última do *dever ser* e do direito”¹⁸.

Tenho certeza de que um representante do pensamento existencial, situado na confluência do direito natural aristotélico-tomasiano com a filosofia heideggeriana do ser, subscreveria serenamente essa tomada de posição.

16. CD, p. 243.

17. CD, pp. 243-244.

18. CD, p. 244.

O terceiro capítulo da segunda parte, intitulado *O Direito Sociológico*, obedece a um plano nítido em três etapas. Na primeira, surpreendentemente, o autor retorna a BERGSON para, agora, apreender-lhe o essencial. Esta nova e densa imagem permite ver como esboço a abordagem que do filósofo francês já deixara na parte inicial do livro. Também, mais uma vez se nota o método pendular de oposição.

A precedente crítica ao racionalismo e ao positivismo tinha estendido, negativamente, um espaço de desolação no panorama das idéias. Era preciso pois juntar dados, idéias, intuições, observações, que permitissem encontrar perspectivas concretas, a fim de preparar uma construção mais sólida da teoria do direito. A esse projeto subentendido BERGSON é chamado a dar o alicerce de uma nova metafísica de vida e liberdade (primeira etapa). “Pobre e superficial metafísica será aquela que se limitar a um esquema preconcebido do ser! Segundo Bergson, a metafísica verdadeiramente profunda seria a que seguisse as ondulações do real. Não abarcaria, de um só golpe, a totalidade das cousas; mas de cada uma daria uma explicação que a ela se adaptasse exatamente, exclusivamente. Não começaria por definir ou descrever a unidade sistemática do Universo: quem sabe se o mundo é efetivamente uma unidade? Somente a experiência o poderá dizer, e a unidade, se existe, aparecerá no fim da pesquisa, como um resultado; impossível colocá-la no começo, como um princípio” (...) “Será necessário renunciar a envolver num só princípio *a priori* a ciência universal. Mas, com isto, a Metafísica deixará de ser uma vã dialética e, dignificada, se tornará a experiência integral”¹⁹.

Esse trecho confirma algumas de nossas observações anteriores. Aí estão também opções que, sem destacar o autor de suas origens tendenciais, nem desviá-lo de sua evolução cultural anterior — como a escolástica e a história das idéias — vão determinar o sentido diversificado de suas pesquisas futuras e a realização de seu projeto existencial e filosófico. Vejamos. Retém a metafísica; pois, como poderia dispensá-la quando sempre reconheceu no homem a conaturalidade de seus problemas ontológicos? Mas é uma nova metafísica a que lhe sugere BERGSON, sem pressupostos *a priori*, estabelecidos logicamente, segundo a marcha regressiva do método transcendental, à maneira dos kantianos. Ao contrário destes, que abandonam o ser no limbo do *númeno*, ou o reduzem a “um esquema preconcebido”, o autor identifica na metafísica bergsoniana uma onto-

19. CD, p. 292-293.

logia do ser em movimento, insubmisso a todo sistema e ao esforço de totalização abstrata e conceitual. Nem por isso uma tal ontologia do devir pode abrir mão de *explicar*, o mais completamente possível, cada um dos objetos da ciência e dos aspectos do real. De igual modo, não se abre mão de conquistar a unidade de uma visão do mundo, como resultado possível do esforço das ciências e da atividade humana, em todas as suas formas, em particular as intuitivas. Assim, é papel da metafísica, entendida como ontologia do devir, unificar o conhecimento e a vida numa só *experiência integral*²⁰. Acrescente-se que essa atitude filosófico-científica implica em permanente abertura sobre a realidade e um perpétuo renovar-se do trabalho investigativo. A ciência, como a vida, perfazendo regularmente seus momentos e ciclos, prossegue porém perpetuamente inacabada.

A partir da sedimentação dessa nova postura que, sem deixar de ser una e pessoal, é essencialmente flexível e dinâmica, vai o nosso filósofo fazer o balanço da sociologia, em sua pretensão à objetividade e neutralidade científicas, sempre com vistas à fundamentação do direito. Sua atenção se volta, em seguida (no mesmo capítulo da *Criação*), para a sociologia geral na obra de E. DURKHEIM, e para a visão sociológica do direito de LÉON DUGUIT, que marca, sem dúvida, virada decisiva do pensamento jurídico neste século. Como de costume, o autor faz emergirem, do variado conjunto das principais obras de DURKHEIM, as linhas estruturais de uma concepção da sociedade e do direito extremamente matizada. A este resultado chega DURKHEIM quer pela incorporação das aquisições da experiência científica, sobretudo etnográfica, do tempo, quer pela grande coerência, que deriva do método racional próprio do espírito jesuítico-cartesiano da universidade francesa. Essa vasta obra — em que se enclavinham a profusão dos fatos e o rigor de um raciocínio veemente — ainda que perfeitamente assimilada pelo Professor GOFFREDO TELLES JR., não o convence de sua suficiência para a compreensão da sociedade e do homem. Parece-lhe que o essencial escapara às análises do sociólogo francês. Com efeito, ao termo de seu estudo, ousa esta brusca sùmula: “Segundo Durkheim, o que explica a consciência coletiva é a associação das consciências individuais; e o que explica as consciências individuais é o conjunto das propriedades da consciência coletiva. Com isto, evidentemente, nada ficou explicado”²¹

20. CD, p. 293.

21. CD, p. 339.

O capítulo III termina com o estudo de DUGUIT, que se prolonga por mais de sessenta páginas de síntese e crítica. É mais uma oportunidade para o Dr. GOFFREDO TELLES JR., com textos de DUGUIT à mão, demonstrar à luz dos princípios que lhe vimos apurar na crítica precedente, a insuficiência da ciência social positiva para a determinação da natureza e fundamento do jurídico. De fato, justificando, no início de seu *Tratado de Direito Constitucional*, a tarefa que se propunha, de livrar o pensamento jurídico do entulho de prejuízos metafísicos, que obscureciam a realidade do direito, escreve DUGUIT: “Eliminar tudo que não seja fato verdadeiramente verificado (...), eis a condição indispensável para determinar praticamente e positivamente o domínio do direito. Esse é o esforço que eu tento”²².

Contudo, a exposição mesma que é feita das idéias de DUGUIT, em sua evolução, revela que esse programa de trabalho, embora tão fecundo de resultados e inovações, não bastou, por si só, a alcançar a meta que visava. O jurista-sociólogo francês, em seu afã de determinar o domínio do jurídico, teve que modificar, em sucessivas etapas, a rigidez de seus pressupostos científicos positivistas. A *Criação do Direito* mostra-nos como o próprio DUGUIT foi forçado, no movimento lógico de suas investigações e após as críticas que suscitou, a flexibilizar seu método e acolher noções provindas de quadrantes filosóficos estranhos ao horizonte de suas primeiras obras. Assim, por exemplo, às noções de solidariedade, de situação jurídica objetiva, à tríade de normas econômicas, morais e jurídicas, etc., outras se vêm acrescentar, como a de fim (que se acentua), a diáde de leis normativas e leis construtivas, etc., mas sobretudo a de sentimento de justiça.

É curioso notar como a crítica breve que o Professor GOFFREDO TELLES JR. faz a DUGUIT²³ é reveladora de seus próprios pressupostos e motivação. Evidencia-se em primeiro lugar que, àquela altura da vida, a questão que domina suas preocupações é a da existência da alma ou do espírito, de que a liberdade lhe aparece como atributo. Segundo ele²⁴, há uma idéia poderosa “que inspira, anima e caracteriza” as concepções de DUGUIT, que “fascinou e conduziu, irresistivelmente, o seu espírito”. “É a idéia de que o homem não é um ser essencialmente diferente das outras substâncias da natureza; a idéia de

22. CD, pp. 339-340.

23. CD, pp. 387-404.

24. CD, pp. 387-388.

que o homem está para o seu direito, como todas as cousas estão para as leis da ordem física. O mestre (Duguit) afasta de suas cogitações precisamente os elementos que distinguiriam os homens dos demais seres. Considera anticientíficas as afirmações sobre a existência da liberdade da alma. Para ele, a nota específica do homem é a consciência. No fundo de seu pensamento, Duguit é monista”.

Em seguida, o autor, constatando o caráter objetivista da concepção do direito do publicista francês, acrescenta que “a negação do direito subjetivo constitui o primeiro princípio fundamental da doutrina de Duguit”²⁵. Afirma ainda que, segundo este, “a liberdade é um conceito metafísico”, pois a sua preocupação é construir um sistema que exclua a liberdade. Assinala que, para DUGUIT, ato jurídico é o movimento voluntário do corpo, praticado com a intenção ou o fim de provocar determinado efeito de direito. “Ora, o poder de praticar esse movimento é que, tradicionalmente, se chama direito subjetivo”²⁶. E o que precisamente DUGUIT nega é que esse movimento natural seja, em si e por si mesmo, o direito subjetivo. É, ao contrário, tão-somente o direito objetivo que pode conferir ou ligar um efeito jurídico a um movimento corporal produzido pela vontade²⁷.

Parece-nos que da reflexão sobre essas análises, que DUGUIT nos fez, das relações entre as faculdades físicas ou psíquicas do homem com o direito objetivo (legislado, costumeiro etc.), haveria de surgir mais tarde no espírito do nosso professor, depois de tomar conhecimento das idéias de PETRAZICKI²⁸, a concepção que veio a formular com clareza, ultimamente, sobre *direito subjetivo, autorização, permissão* etc.²⁹.

A *Criação do Direito* procura mostrar, a seguir, como a visão puramente objetiva e sociológica de DUGUIT, fundada na solidariedade, teria exibido sua insuficiência na explicação do fenômeno do direito e da liberdade. Por isso teria ele recorrido ao *sentimento* de justiça, que o Professor GOFFREDO TELLES JR. caracteriza, na doutrina estudada, como forma ou modalidade do sentimento do *eu*³⁰, o que o leva a colocar DUGUIT ao lado

25. CD, p. 389.

26. CD, p. 391.

27. Idem, ibidem.

28. CD, Capítulo IV, da 2.^a parte.

29. Cf. GOFFREDO TELLES JR. in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. LXXII, 1.^o f., São Paulo, 1977.

30. CD, p. 401.

de ROUSSEAU³¹. E daí conclui: “Objetivista extremado na primeira edição de seu Tratado, surge na segunda e na terceira edição com uma doutrina mista de objetivismo e subjetivismo. Quem nos diz que, se ele tivesse vivido o bastante para lançar uma quarta edição, não teria ele restabelecido a unidade de sua obra, em bases preponderantemente subjetivistas?”³¹ Como é impossível comprovar essa conjectura, passa à assertiva que se lhe segue: “O grande jurista quisera erguer um sistema de direito desligado de qualquer afirmação sobre a liberdade. Para afastar o problema da liberdade, negou o direito subjetivo, e fez do direito um conjunto de normas objetivas”³².

A afirmação de DUGUIT, segundo a qual a existência da alma e da liberdade nunca foi demonstrada, suscita espanto e escândalo nas últimas linhas desse capítulo. Mas de onde o Dr. GOFFREDO TELLES JR. espera que haja de vir um dia a demonstração definitiva de que a liberdade não é “quimera” ou “conceito metafísico”? Conforme uma das constantes de seu pensamento, por nós relevada de início, ele pensa que se deve nutrir a esperança de que a comprovação da liberdade caberá à ciência experimental e exata, mas não à filosofia só ou a outra experiência humana. “Quem nos prova que a ciência, evoluindo, não nos revele, amanhã, a realidade experimental da alma e da liberdade?”³⁴

É a ocasião também de deixar anotada aqui, repontando no estudo sobre DUGUIT, a tendência do autor paulista a considerar a justiça predominantemente sob seu aspecto subjetivo. Esta inclinação faz parte, sem dúvida, de um pendor geral que o conduz a uma concepção, digamos assim, subjetivista do direito subjetivo, em contraste com o primado que confere, em textos de significação conexa, ao direito objetivo. Este fato (que registramos de passagem, para reapanhá-lo mais adiante), é prenhe de tensões; parece de conseqüência e poderá ser edificante para o estudioso da teoria geral do direito. Disto cuidaremos na continuação deste trabalho, ao apreciar o pensamento do autor no conjunto das obras que examinaremos.

(continua)

31. CD, pp. 401-402.

32. CD, p. 403.

33. CD, *ibidem*.

34. CD, p. 404.

O Legado de Hobbes à Filosofia do Direito e do Estado.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito,
da Universidade de São Paulo.

Vale a pena, de início, salientar que o filósofo inglês pertence àquela nobre família de pensadores para os quais, como é o caso exemplar de PLATÃO e de HEGEL, a experiência jurídica não constitui objeto de meditação marginal ou episódica, mas se insere, ao contrário, no cerne de seu pensamento filosófico, representando um de seus momentos essenciais.

É esse, penso eu, um dos primeiros pontos a assinalar na atividade jusfilosófica de HOBBS, pois é sabido que a sua preocupação pela problemática social era de tal ordem que, tendo planejado a elaboração de três obras, que, segundo a seqüência lógica deveria se desdobrar através de *De Corpore*, *De Homine* e *De Cive*, deu preferência inicial a esta, talvez por parecer-lhe mais urgente a análise da situação dos indivíduos enquanto membros da sociedade política.

Não obstante ter começado a expressar a sua doutrina, por assim dizer, pela cúpula, na realidade o que HOBBS afirma sobre o Estado é consequência de suas teses sobre a natureza do homem. A *fundamentação antropológica* do Direito prende-se à tradição clássica, pois, já CÍCERO nos advertia que “*natura juris ab hominis repetenda est natura*”, estando toda a doutrina hobbesiana subordinada à sua “teoria do homem”, da qual infere conclusões que não são puramente políticas, nem puramente jurídicas, mas, ao mesmo tempo, jurídico-políticas, numa integração indecomponível. Poder-se-ia ver, nessa correlação, uma das notas características do pensamento de HOBBS, cuja Ciência Jurídica é inseparável de sua Ciência Política, ambas segundo uma linha marcante de *positividade*. Julgo que uma das contribuições originais de HOBBS consiste em ter advertido que a *problemática do Poder* é essencial tanto à Ciência Jurídica quanto à Ciência Política, não faltando

jusfilósofos contemporâneos que, justamente, apontam o Poder como “elemento de conexão” entre o mundo do Direito e o do Estado, os quais reciprocamente se coimplicam, sem se reduzirem um ao outro (Nesse sentido, cfr. meu livro *Teoria do Direito e do Estado*, 3.^a ed., São Paulo, 1972).

Complemento natural dessa tese é outra correlação, de origem hobbesiana, entre *soberania* e *positividade*, não podendo esta ser compreendida sem aquela, pois, sem um centro emanador de comandos, não lhe parece possível, nem a vigência, nem a eficácia das regras de direito. Creio que essa coimplicação entre soberania e positividade levou HOBES a apresentar a ordem jurídica positiva como um sistema ordenado de normas, sendo plausível concluir-se que com ele surge um novo conceito, destinado a ter tão grande influência na Dogmática Jurídica: *o conceito de sistematicidade*.

São orientações dessa natureza que conferem ao autor do *Leviathan* posição singular entre os pensadores de seu tempo, gerando dificuldades notórias no que se refere ao seu enquadramento na corrente do Direito Natural então cultivado, quando ele, na realidade, já se apresenta como “o primeiro dos positivistas”, pela maneira como situa os problemas e pelos processos mediante os quais procura resolvê-los, abrindo caminho a um processo de compreensão do “Common Law” que iria culminar na obra de AUSTIN.

Refletindo a perplexidade que cerca a personalidade de HOBES, sob esse prisma, lembraria, ainda, a ambivalência posta em realce por GUIDO FASSÒ, ao ponderar o historiador italiano, que, de um lado, HOBES parece ser um adepto do Direito Natural (e até mesmo, “cronologicamente, o primeiro verdadeiro jusnaturalista”) pelo fato de enumerar as “leis naturais imutáveis” dotadas de verdade universal e por colocar os interesses individuais no centro de um sistema racionalmente traçado, onde o “indivíduo” adquire projeção antes inexistentes; mas, de outro lado, acaba por fazer prevalecer a lei positiva sobre os ditames da razão abstrata (Cfr. FASSÒ — *Storia della Filosofia del Diritto*, Bolonha, 1968, V III, p. 149 e segs.).

Essa aparente ambivalência parece-me que deve ser rigorosamente entendida como um *desdobramento imanente da lex naturalis*, a qual se converte, no pensamento de HOBES, em *jus naturale*, por ele identificado com o direito positivado no Estado, através do “artifício” do contrato social, o qual, em sua concepção, desempenha mera função instrumental e heurística. O elemento imaginoso e simbólico na feitura do

Leviathan, o deus mortal “criado” pelo homem, *ad instar* do universo criado por Deus, — simile expressivo que HOBBS significativamente acentua logo na Introdução de sua obra mais célebre, — representa, a bem ver, *uma reviravolta de 180.º na compreensão do papel da razão* no processo de fundação da sociedade civil, do Direito e do Estado. Esse emprego, a seu modo “pragmático” e tático da razão, como que preparando o papel que a argúcia e a imaginação desempenham na gnoseologia de DAVID HUME, é um dos sinais da modernidade de seu pensamento, em confronto com os jusfilósofos de seu tempo.

Com acerto DINO PASINI observa quão longe se acha HOBBS da tese tradicional do homem sociável por natureza, contrapondo ao pressuposto do “*appertitus societatis*” o paradoxo da paz política resultante do terror recíproco, de tal modo que a insegurança acaba gerando a segurança, com o primado da *securitas* identificada com os imperativos ético-racionais do Estado (PASINI — *Problemi di Filosofia della Politica*, Nápoles, 1977, p. 154 e segs.).

Destarte, ao contrário do que asseveravam seus antecessores, a *igualdade natural*, vista como agressão recíproca e desprovida de garantia, transmuda-se em *liberdade consentida*, uma vez que somente se pode falar em justiça onde houver autoridade constituída. A “convivência ordenada” compensa, em suma, as desigualdades inevitáveis ou as ilusões de uma justiça natural impossível, com o benefício prático irrenunciável da paz social. No fundo, é o temor que se racionaliza, em virtude de um balanceamento utilitarista de valores, numa opção destinada a ter inúmeros seguidores, desde os adeptos da “democracia pragmática” aos defensores do totalitarismo. Não creio, porém, que, apesar da fama que cerca o seu nome, HOBBS tenha sido propriamente um “totalitário”, termo este que não deve ser confundido com “autoritário” que melhor se ajusta a seu pensamento. Bastará, quanto a esse ponto ponderar que para HOBBS o Estado, não obstante a soberania absoluta dos governantes, não é fim em si mesmo, visto como “o bem do povo é a sua lei suprema”. Verdade é que o simples fato de conceber-se o Estado como um meio e não um fim não basta, só por isso, para eliminar o totalitarismo, pois, como se sabe, no sistema nazista, o Estado era considerado um meio de atualização das exigências do *Volksgeist* como expressão dos valores supremos da raça germânica.

À vista dessas e outras aporias, e ante a imprecisão de certos textos hobbesianos, compreende-se a vacilação de seus melhores intérpretes, que ora o apresentam como fator do

totalitarismo, ora como teórico do despotismo esclarecido. De qualquer modo, o que é pacífico é a compreensão da lei em termos de comando não necessariamente identificável com um ditame da razão, dado o predomínio acordado aos reclamos da segurança, apontada como o bem mais útil e mais necessário.

Como se vê, desprendendo-se da tradição clássica, ainda dominante na obra de HUGO GRÓCIO, de uma razão que já representa em si e por si o “fundamentum regni”, e na qual já se acha, de certa forma, predeterminado o conteúdo do Direito positivo, HOBBS liga-se a MACHIAVELLI e exclui qualquer princípio transcendente para a compreensão dos problemas sociais: da razão “qua talis” não resulta, necessariamente, qualquer norma jurídica, independente da interferência decisória do soberano. É o motivo pelo qual, na concepção hobbesiana, o elemento *decisório*, ou seja, a *decisão dos governantes* adquire tão relevante significado na gênese das normas jurídicas.

Eis uma contribuição hobbesiana destinada a alterar substancialmente a “imagem” do Direito, no sentido de que as normas jurídicas não podem ser entendidas como simples “ditames da razão”, por serem antes frutos de uma opção soberana. Surgia, assim, com nitidez pragmática, o conceito da regra jurídica como “comando”, não vinculado necessariamente a uma exigência ético-racional. Nessa ordem de idéias, cabe lembrar a polêmica de HOBBS com o célebre juiz COKE (para quem “a alma do direito é a razão”) contrapondo-lhe esta quase cínica advertência: “não é a sabedoria, mas a autoridade que cria a lei” (Cfr. HOBBS — “A dialogue between a philosopher and a student of the common law of England”, ed. de ASCARELLI, Milão, 1960, p. 74).

Não será demasiado ponderar que a tese de HOBBS sobre a lei entendida como “comando” é de certo modo abrandada graças à tese complementar de que o aplicador da lei goza de certa autonomia na interpretação dos preceitos legais, ponto este que ASCARELLI considera positivo, em confronto com a mera “declaratividade” passiva atribuída por LEIBNIZ à hermenêutica jurídica.

É importante frizar, de outro lado, que, não obstante a reiterada invocação de textos das Sagradas Escrituras, o que prevalece em HOBBS é a secularização do Direito, tanto “natural” como “positivo”. Nessa linha de pensamento, em um de meus primeiros livros, *Formação da Política Burguesa*, publicado no longínquo ano de 1934, lembrava, a propósito do sentido essencialmente “terreno” do sistema de HOBBS, a

opção também feita por D. ANTONIO DE SOUSA DE MACEDO, o teorizador do trono de D. João IV, nestes conceitos eloquentes: “Muitos escritores mostraram já que o governo conforme ou contrário à lei Divina (além do que grangeia para a alma) provoca sobre o temporal dos Estados, o favor ou a ira do Céu; meu assunto será mais sensível aos que governam, profundo argumentos da terra que são mais visíveis”. (*Op. cit.*, p. 170).

Vale, porém, observar que, na construção da ordem política, HOBBS argumenta a partir da visão terrena do homem como ser egoísta e agressivo por natureza, ponto nuclear de partida para a configuração do Estado, o qual tem o “indivíduo” como seu ponto de partida, assim como a idéia, na doutrina do “associacionismo sensista”, por ele defendida, representa o momento final de uma composição de sensações. Com argúcia, o historiador da Filosofia FRANCISCO FIORENTINO destaca a unidade sistemática do pensamento de HOBBS, lembrando o paralelismo existente entre o seu processo de “elaboração das idéias” e o da formação política: “O Estado nasce, pois, de uma combinação de indivíduos, como a idéia resulta de adição e subtração de sensações” (Cfr. FIORENTINO — *Storia della Filosofia*, v. II, p. 26).

Mas se HOBBS parte do “indivíduo”, o que ele faz surgir é uma nova pessoa, a *pessoa do Estado*. Eis aqui algo da maior relevância, tanto para a Filosofia jurídica como para a Política e o Direito, pondo em novos termos a problemática do poder. Dava-se, com isso, um passo decisivo na problemática político-jurídica.

Em MACHIAVELLI o Estado ainda era a “sede do Poder”: com HOBBS o Estado surge como convivência social personalizada, *Civitas* ou *Commonwealt*. Não é demais relembrar dois tópicos expressivos do *Leviathan* nos quais se acham intimamente correlacionados os conceitos de unidade da pessoa estatal, de unidade da representação política e unidade do Direito Positivo: “Considera-se instituído uma *Commonwealt* quando uma multidão de homens concorda e consente, cada um com todos os demais, que a um só homem ou a uma assembléia seja atribuído, pela maioria, o direito de representá-los a todos, ou seja, de ser seu representante” (. . . .) ‘Sendo a *Commonwealt* uma só pessoa com poderes de representação, não será fácil haver contradição entre as leis; e se isto acontecer, a mesma razão é apta, por interpretação ou alteração, a superar o impasse. Em todas as Cortes de justiça, o soberano (que é a pessoa da *Commonwealt*) é quem julga.’ (Capítulos XVIII e XXVI).

Haveria muito que dizer sobre esse tema da “*personalidade*” do Estado em confronto com o conceito de “*soberania*” e a *unidade do Direito Positivo*, — caminho aberto a uma das mais importantes correntes do pensamento jurídico posterior, de JOHN AUSTIN e HANS KELSEN, — mas não desejo estender-me além do tempo que me foi destinado neste amável encontro comemorativo do tricentenário da morte de HOBBS.

Não posso, porém, deixar de fazer referência a um problema de ordem geral, que iria legar à Filosofia Jurídica indagações que culminaram no pensamento de KANT.

Vimos que, com HOBBS, a regra jurídica assume a força de um imperativo ou de um comando, limitando-se ele a legitimá-la utilitariamente, dada a conversão da originária “igualdade insegura” de todos na “desigualdade segura” dos súditos no seio do Estado. Desse modo, contornava-se, graças ao “artifício” do contrato social, a possibilidade de haver “comandos” num universo concebido por HOBBS *mechanicamente*, à maneira de BACON, como um sistema de leis materiais inflexíveis, onde a liberdade não pode ser senão a consciência de uma necessidade.

Essa aporia atormentou toda a meditação ético-jurídica de KANT, que ainda perseverou em conceber a “experiência histórica” como uma “experiência causal”, embora originária de imperativos categóricos brotados, transcendentalmente, do homem enquanto consciência *a priori* ou “noumenal”. Como conceituar ou harmonizar, em suma, a liberdade do destinatário das regras jurídicas, numa convivência social regida por leis causais? A resposta de KANT, que não foi além de um compromisso: permaneceu, tanto como o conceito de “coisa em si”, com certo caráter residual, desafiando a cultura do Ocidente, e ainda hoje não se pode afirmar que tenha cessado esse desafio. É o que eu acentuo em meu livro *O Direito como Experiência*, ao sublinhar o caráter “naturalista” da concepção kantiana da experiência jurídica, não obstante, em sua doutrina, o “dever jurídico” resulte de um ditame transcendental.

Esse contraste entre “causalidade” e “comando”, a meu ver, lança suas raízes na obra de HOBBS, como tantas outras aporias, que agitam o pensamento hodierno, de tal modo que, por mais que nos apavore com o seu *Leviathan*, não podemos esconder a nossa admiração por esse pensador paradoxal, ao mesmo tempo conservador e revolucionário, nem ignorar a fascinação que resplende em seu desconcertante rosto de Medusa.

Tecnologia

Antônio Chaves

Diretor da Faculdade de Direito e
Catedrático de Direito Civil na Uni-
versidade de São Paulo.

SUMÁRIOS 1. *Relevância do tema.* 2. *Sistema nacional de desenvolvimento tecnológico.* 3. *Os I e II Planos Básicos de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.* 4. *O sonhado Ministério da Ciência e Tecnologia.* 5. *Metas e fatores.*

1. Relevância do tema

Considerada a palavra “política” na sua acepção mais alta, como a arte de dirigir e administrar um país, não existe tema mais profundamente ligado ao próprio progresso econômico, cultural e social, nem mais complexo e atual do que aquele que diz respeito à afirmação e à proteção de uma tecnologia nacional, e ao esforço para quebrar os grilhões que a prendem a uma dependência estrangeira.

Que outros meios tem hoje em dia uma nação ciosa de sua plena independência senão promover o desenvolvimento cultural e tecnológico de seus jurisdicionados?

A importância de uma nação já não se mede mais pela sua posição geográfica, extensão natural, recursos hidrográficos, minerários, de capital e de força de trabalho, e sim pela qualidade de bens mais preciosos: os seus recursos humanos, a capacidade de seu povo de inovar, de pesquisar, de criar, de gerir.

Para comprová-lo é bastante invocar a recuperação do Japão e da Alemanha, após uma guerra catastrófica, e a atuação da economia norte-americana, com uma produção correspondente a de uma terça parte da de todos os países, embora ocupando apenas 7% da área e contando com 6% da população do mundo.

A importância de uma política racional ressalta da necessidade da salvaguarda do desenvolvimento natural das

aptidões das melhores inteligências, de modo a evitar desestímulos e desistências, mesmo para prevenir a repetição do fenômeno que já ocorreu entre nós da evasão de cérebros, o “brain-drain”, em que os países que não sabem resolver esse problema fundamental se vão empobrecendo cada vez mais dos seus melhores elementos humanos, que se evadem para o estrangeiro em busca de condições de sobrevivência e de afirmação.

Assinala-se que, contribuindo para o duplo fenômeno da esterilização de seu país de origem e do incentivo ao progresso das nações mais ricas, somente no quinquênio 1962-1967 emigraram para os Estados Unidos da América do Norte 2.173 técnicos brasileiros e cerca de 6.000 argentinos.

Orienta o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro um Conselho Nacional, criado pela Lei n.º 1.310, de 15.01.1951, alterada pela Lei n.º 4.533, de 08.12.1964, instituído sob forma de Fundação, com prazo indeterminado, pela Lei 6.129, de 06.11.1974, vinculada à Secretaria de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN), com personalidade jurídica de direito privado, sede e foro no Distrito Federal.

Seus estatutos foram aprovados pelo Decreto n.º 75.241, de 16.01.1975, que extingue o Conselho Nacional de Pesquisa, criado pela Lei n.º 1.310, de 15.01.1951, indicando que passam a integrar o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), na qualidade de unidades Subordinadas, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia, o Instituto Brasileiro de Bibliografia e Documentação e o Instituto de Matemática Pura e Aplicada.

Nos termos do art. 4.º, compete ao CNPq, especialmente:

I — Auxiliar o Ministro Chefe da Secretaria de Planejamento na coordenação da elaboração do Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PBDCT) e o acompanhamento de sua execução, assim como a análise de planos e programas setoriais de ciência e tecnologia.

II — Estimular a realização de programas e projetos de intercâmbio e transferência de tecnologia entre entidades públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais.

III — Promover a implantação de mecanismos de coleta, análise, armazenamento, difusão e intercâmbio de dados e informações sobre desenvolvimento científico e tecnológico.

IV — Participar do estudo de atos internacionais de interesse para o desenvolvimento científico e tecnológico.

V — Propor normas e instrumentos de apoio e estímulo às atividades de pesquisas científicas e tecnológicas de interesse do desenvolvimento econômico e social.

VI — Promover estudos e programas integrados de formação, avaliação e valorização de recursos humanos nas áreas de ciência e tecnologia.

VII — Promover, no País e no exterior, reuniões de natureza científica e tecnológica ou delas participar.

VIII — Assistir financeiramente a pesquisa, com recursos a esse fim destinados.

IX — Prestar assistência técnica no campo de sua atuação”.

Reabilitaram-se assim os nossos governantes de um certo descaso com que tratavam a ciência e a tecnologia, através dessa providência, uma das medidas, a par da criação da carreira de pesquisador e conseqüente reabilitação dos institutos, da maior importância tomados nos últimos 25 anos.

O Decreto-Lei n.º 179, de 31.07.1969 instituiu o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT).

Estima-se que para apoiar o seu processo de expansão o país precisaria de 90 mil cientistas, mas conta com apenas 15 mil; precisaria de 360 mil engenheiros e tem apenas 50 mil; necessitaria de um milhão de técnicos e dispõe de 150 mil, enquanto os Estados Unidos da América registravam já faz alguns anos 870 mil cientistas, dois milhões de engenheiros e sete milhões de técnicos.

2. Sistema nacional de desenvolvimento tecnológico

Felizmente o Governo brasileiro há mais de um decênio compenetrou-se de que a base de uma tecnologia verdadeiramente nacional só pode assentar no amparo e no estímulo do cientista, do pesquisador e do técnico, e vem desenvolvendo um esforço gigantesco nesse sentido.

Com isso, de resto, mais não faz do que aplicar o mandamento contido no parágrafo único do art. 179 da Constituição Federal, que manda incentivar o Poder Público a pesquisa e o ensino científico e tecnológico, reconhecendo o “caput” do artigo seguinte ser o amparo à cultura dever do Estado.

Vale a pena acompanhar, através dos textos legislativos, a evolução que se foi registrando entre nós no decurso de poucos anos.

O Decreto 75.225, de 15.01.1975, dispõe sobre o Sistema Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, organizando as atividades nessa área sob forma de sistema (art. 2.º).

Disporá, tal Sistema, nos Ministérios com atuação significativa na área de Ciência e Tecnologia, de Órgãos Setoriais, que revestirão, preferentemente, a forma de Secretarias de Tecnologia, ficando sob supervisão dos Órgãos Setoriais de cada Ministério todas as unidades organizacionais de qualquer grau que realizem atividades de planejamento, supervisão, coordenação, estímulo, execução ou controle de pesquisas científicas e tecnológicas e a sua utilização pelos setores econômicos e sociais (art. 3.º e seu parágrafo).

De acordo com o art. 4.º a atuação integrada do referido Sistema será objeto de um instrumento de previsão, orientação e coordenação, — o Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PBDCT), — que terá como esquema financeiro um orçamento-programa trienal.

“Ao CNPq compete auxiliar o Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República no desempenho das atribuições que a este confere o item III do art. 7.º da Lei n.º 6.036, de 1974, e principalmente:

I — Na formulação da política global de ciência e tecnologia estabelecida pelo Governo Federal;

II — Na coordenação da elaboração do Plano Básico do Desenvolvimento Científico e Tecnológico e no acompanhamento de sua execução, econômico-financeiro e técnico-científico, assim como na análise de planos e programas setoriais de Ciência e Tecnologia.

III — Na articulação com os Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, visando à compatibilização de esforços, bem como à prestação de assistência técnica e ao intercâmbio de informações”, (art. 6.º).

3. Os I e II Planos Básicos de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Não se pode dizer tenham sido bem sucedidos os primeiros esforços governamentais no sentido de atrair o interesse do empresariado nacional pela pesquisa. Ninguém

se interessou pela quota de treinamento técnico que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) instituiu há mais de dezessete anos, permitindo às empresas a aplicação de 3% dos financiamentos obtidos em projetos de aperfeiçoamento tecnológico, a tal ponto que, em 1964, a cota foi desviada para planos de pós-graduação.

Sem embargo, o Primeiro Orçamento Plurianual para Pesquisas Científicas e Tecnologia, previa, no exercício de 1972, o dispêndio de 400 milhões de cruzeiros, através de diversos fundos, formando um incipiente e diversificado aparelho financiador: o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), o Fundo de Amparo à Tecnologia (FUNAT), do Instituto Nacional de Tecnologia, e o Fundo de Metrologia (FUMET) do Instituto Nacional de Pesos e Medidas, além da Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) e da Coordenação do Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Também diferenciados são os órgãos incumbidos da execução do Sistema Nacional de Desenvolvimento Tecnológico: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); ao qual estão subordinados o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), o Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA), o Instituto Brasileiro de Bibliografia e Documentação (IBBD), o Instituto de Pesquisas Rodoviárias (IPR) e o Grupo de Organização da Comissão Nacional de Atividades Espaciais (GOCNAE); a Comissão Nacional de Energia Nuclear, o Instituto Nacional de Tecnologia, o Instituto de Pesquisas Marinhas (IPQM); o Instituto Oswaldo Cruz, a Academia Brasileira de Ciência, entidade civil, o Instituto de Pesquisas Tecnológicas de S. Paulo (IPT), o Centro Técnico de Aeronáutica (CTA) em S. José dos Campos.

Bem se percebe, nestas condições, a necessidade de uma ação coordenadora, e a existência de elementos caracterizadores de uma Política Nacional de Ciência e Tecnologia, que o Deputado MARCONDES GADELHA, em discurso publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 30.09.1971, p. 5.381, define como “o conjunto de medidas através das quais o Governo interfere na aquisição, aprimoramento e aplicação do conhecimento científico”, com o objetivo fundamental de “garantir a viabilidade econômica do país, mediante a modernização do seu sistema de produção, e sua elevação, a níveis competitivos, assegurando, por essa forma, apoio logístico à ação desenvolvida em prol da melhoria do *know-how* e dos recursos humanos necessários.

Transporta para o caso brasileiro as diretrizes traçadas na Conferência Ministerial sobre a Ciência da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, levada a efeito em Paris, em 1966:

- a) Utilização dos recursos científicos, de acordo com as necessidades econômicas e sociais do país.
- b) Criação de um clima geral, propício à expansão da Tecnologia.
- c) Estímulo à inovação em determinados setores.

Entre os projetos mais importantes resultantes dessa política que já oferecem resultados palpáveis, merecem ser lembrados: 1. o Trem Aerodinâmico Leve para Altas Velocidades (TALAV), 2. o Coração Plástico, 3. o motor movido a álcool de mandioca, que já fez rodar automóvel em S. José dos Campos, graças a adaptações desenvolvidas pelo Centro Técnico Aeroespacial (CTA), 4. o avião Bandeirante do mesmo Centro, 5. os projetos para a construção de aviões para 50 passageiros, desenvolvidos pela Empresa Brasileira Aeroespacial (EMBRAER), de economia mista, 6. a Central Núcleo-Elétrica de Angra dos Reis, 7. o primeiro sistema de computação projetado e desenvolvido por brasileiros, o G-10, obtido com o Pelletron, acelerador nuclear de 2,5 milhões de dólares montado no Instituto de Física da Universidade de S. Paulo, para ser utilizado basicamente na pesquisa pura, 8. díodos e transistores desenvolvidos pelo Laboratório de Microeletrônica da Politécnica, cuja comercialização suprirá o déficit calculado em cerca de 60 milhões de transistores, por ano, no Brasil.

Foram, certamente, esses resultados, e a certeza de outros, ainda mais expressivos, que animaram o Presidente Ernesto Geisel a autorizar, no dia 31.07.1975, a aplicação de 420 milhões de cruzeiros, e, uma semana depois, de mais 579 milhões, totalizando assim quase um bilhão em uma semana, do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), numa série de projetos objetivando diversos programas de pesquisa.

O II Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, lançado no dia 31.03.1976, num documento de 217 páginas, contém a distribuição de recursos e metas de oito áreas, com aplicação, no triênio 1975-1977, dos 22.759 milhões de cruzeiros desse II Plano.

A área "desenvolvimento científico e formação de recursos humanos para a pesquisa" absorverá 26,3% dos recursos, o

que corresponde a Cr\$ 5.989 milhões; a área “industrial” receberá aplicações de Cr\$ 5.798 milhões, correspondentes a 25,5% do total; a área “agropecuária” receberá Cr\$ 3.109 milhões; para a área “energia” serão destinados Cr\$ 2.947 milhões.

A ação governamental com respeito à tecnologia exigida para alcançar tais objetivos será diferenciada: em alguns casos se dará, apenas, a difusão de conhecimentos tecnológicos já existentes no País; em outros, ocorrerá a importação de conhecimentos técnicos, para difusão e adaptação às especificações nacionais; em outros, ainda, serão elaboradas pesquisas mais complexas e criadas novas tecnologias, como condição indispensável para a viabilização de determinadas atividades produtivas.

“Em todos os casos, diz o documento, mesmo quando a transferência de conhecimentos técnicos externos se apresenta como a solução mais viável e conveniente a curto prazo, como ocorrerá certamente na maioria das vezes, faz-se necessário que essa importação de tecnologia seja acompanhada de um esforço efetivo de assimilação interna, uma vez que esse processo de transferência não deve ser encarado, apenas, como uma maneira de superar obstáculos interpostos à expansão econômica do País, mas também como a aquisição de um insumo a ser elaborado e utilizado no processo de capacitação do País para a criação científica e tecnológica”.

No mesmo dia foi instalado em Brasília um Conselho Científico, presidido por JOSÉ DION DE MELO TELES, incumbido de debater e acompanhar a execução dos programas e projetos previstos no II PBDCT.

Discursando por ocasião do lançamento desse II Plano, depois de lembrar que o próprio PND previa aquele valor de quase 23 bilhões para um período de cinco anos, até 1979, realçou ainda o Ministro do Planejamento, REIS VELOSO, segundo noticiava a imprensa de 01.04.1976 que, em campo muito próximo, está sendo implementado, ainda, o Plano Nacional de Pós-Graduação, com aplicações, no período 1975-77, de Cr\$ 3,7 bilhões.

A orientação básica do II PBDCT é transformar a ciência e a tecnologia em força motora do processo de desenvolvimento e modernização do País, industrial, econômica e socialmente. Trata-se não de

expandir um setor, mas de impulsionar uma nova fonte de dinamismo e transformação, a serviço dos objetivos da sociedade.

No campo da tecnologia, evidentemente, em grande número de casos, trata-se de trazer tecnologia do exterior. Mas, mesmo aí, com a preocupação de, cada vez mais, aumentar componente autônomo de adaptação e de elaboração própria, dentro da racionalidade econômica.

Há uma distinção a fazer entre a simples importação de tecnologia pronta e a efetiva transferência de tecnologia, que, em diferentes gradações, conforme o caso (os conhecidos estágios da engenharia de fabricação, de produto e de processo), permite crescente autonomia interna, nos setores considerados prioritários para tal fim. É a velha história: a fórmula para manter um país subdesenvolvido é entregar-lhe sempre a tecnologia pronta e acabada.

Considera importante destacar dois pontos:

Primeiro: o Brasil está dando impulso ao desenvolvimento científico e tecnológico em particular com um sistema de fundos e agentes especiais (FNDCT, FUNTEC, CNPq, FINEP, CAPESP), que exercem, no setor, o papel que, por exemplo, o BND desempenha em relação às indústrias básicas.

Esse sistema financeiro e a expansão dos recursos dos Ministérios estão viabilizando a criação de condições adequadas de trabalho para o homem de pesquisa, além dos outros fatores que condicionam um clima geral favorável. “Máquinas ou prédios não fazem pesquisa, só o homem de primeira qualidade é quem a faz”.

O segundo ponto é que, se vamos aplicar tantos bilhões num plano como este, devemos assegurar relevância à ciência e tecnologia que se vai fazer, na vida do País.

Indica os vários campos dessa relevância.

Inicialmente, em termos de soluções tecnológicas para o atual estágio de desenvolvimento industrial e para a situação da crise de energia e os problemas de balanço de pagamentos — ou seja, a problemática relacionada com a nossa adaptação às novas condições da economia mundial.

Aqui coloca toda a temática do desenvolvimento da engenharia de produto e de processo, do desenvolvimento do "engineering" nacional e das associações entre empresas e instituições de pesquisas, ou destas duas com a universidade.

O Deputado FÁBIO FONSECA apresentou o projeto de lei n.º 276, de 1975, que Autoriza a União a criar a Empresa Pública para o monopólio da pesquisa científica de substâncias químicas ou medicamentos e da tecnologia industrial de especialidades farmacêuticas e dá outras providências (Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 30.04.1975, 2.102/2.104).

Das cinco recomendações com que encerra sua justificação, podem-se extrair os dados essenciais que mereceriam ser estendidos a todos os demais ramos da tecnologia:

"1. Recomendar que sejam adotadas medidas governamentais objetivando a adoção de incentivos fiscais e financeiros a grupos de pesquisa tecnológica e de tecnologia industrial genuinamente nacionais, que se proponham a industrializar, no país, matérias-primas consideradas prioritárias desde que estas sejam fabricadas integralmente em todos os seus componentes e não como tem sido feito até hoje, para considerar nacional apenas a última etapa da pesquisa concluída no Brasil e, mesmo assim, sem presença de pesquisadores nacionais.

2. Que o Governo crie mecanismos adequados objetivando a proteção da tecnologia científica e da tecnologia industrial farmacêutica efetivamente descoberta e desenvolvida no País, através do Conselho de Desenvolvimento Industrial, para que o grupo de multinacionais não venha a fazer competição, apresentando sua tecnologia existente no assunto, na área.

3. Estímulos através de financiamentos ao grupo de pesquisadores, no campo da farmacologia, objetivando adotar uma política integrada na pesquisa das potencialidades dos princípios ativos das plantas medicinais brasileiras (sob comando único para evitar dispersão de recursos).

4. Definição de uma política integrada e harmônica de prioridades aos grupos de pesquisadores no campo da saúde para o controle das endemias que assolam o país..

5. Reestudar todas as medidas e projetos implantados ou em vias de implantação no campo da tecnologia científica e da tecnologia industrial farmacêutica, objetivando reformular a política de pagamento, a título de assistência técnica a grupos multinacionais".

4. O Sonhado Ministério da Ciência e Tecnologia

O vulto dos recursos a serem distribuídos, a ambição das metas objetivadas, a relevância e a significação dos interesses em jogo, o número de órgãos incumbidos, demonstram que a Política Nacional de Ciência e Tecnologia já está amadurecida para a sua constitucionalização.

Naquele distante ano de 1971, propunha, a exemplo do que tem sido feito em alguns países desenvolvidos como a Inglaterra e a Alemanha e mesmo subdesenvolvidos, como o Egito e a Índia, o Deputado MARCONDES GADELHA a criação de um órgão centralizador, dotado de alto poder deliberativo, ou seja, um Ministério da Ciência e da Tecnologia, para o qual convergeriam todos os recursos, e do qual dimanariam todas as diretrizes, estabelecendo o necessário relacionamento com o Governo, com as Universidades e com as Empresas.

Acentua a complexidade do problema da transferência de tecnologia, não se mostrando as empresas estrangeiras mais inclinadas a liberar *know-how* para parceiros menos sofisticados em países em desenvolvimento do que para firmas industrialmente avançadas que possam vir a ser rivais num terceiro mercado, só favorecendo a transferência de tecnologia quando: a) o mercado é muito pequeno ou o ciclo do produto é efêmero; b) não dispõem circunstancialmente de recursos de qualquer ordem para envolvimento direto; c) existem constrangimentos legais para este envolvimento; d) benefícios recíprocos podem ser obtidos com a transferência; e) litígios de patentes ou desenvolvimento de tecnologia competitiva no país receptor precisam ser evitados.

De suas conclusões, acentuemos apenas três:

1. A Segurança Nacional está vinculada estreitamente ao Progresso Tecnológico. De todas as formas de dependência, a mais séria, a mais grave e a mais deprimente é a dependência tecnológica, porque compromete diretamente o futuro.

2. Os caminhos brasileiros são penosos, dada a escassez de recursos humanos e materiais, para pronta utilização. Por isto, a ciência e a tecnologia no Brasil não podem evoluir aleatoriamente; algum grau de intervencionismo estatal se faz necessário, para assegurar-lhe consistência e competitividade.

3. Uma Política Nacional de Ciência e Tecnologia deve principiar com a criação de um órgão centralizador, coordenador e catalizador de grande poder deliberativo: o Ministério da Ciência e da Tecnologia.

Não era uma utopia.

Demonstra-o o fato de Ministro HÉLIO DE ALMEIDA, em ofício de 27.05.1976, publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 26.6.1976, p. 4.732, ter encaminhado nos termos do art. 52 da Constituição Federal, ao Presidente do Senado Federal proposta de que sejam delegados ao Presidente da República poderes para elaboração de lei, criando o Ministério da Ciência e Tecnologia e determinando outras providências.

A lei delegada deverá:

1. criar, subordinados ao Ministério da Ciência e Tecnologia MCT, como órgãos de assessoramento do respectivo Ministro, os seguintes Conselhos:

- a) Conselho Nacional de Ciência;
- b) Conselho Nacional de Tecnologia;

2. integrar na estrutura do MCT os órgãos atualmente existentes na área de ciência e tecnologia;

3. instituir no MCT uma Coordenação-Geral, destinada a orientar as atividades desenvolvidas pelo próprio Ministério e demais setores e entidades da Administração Pública Federal, no campo de ciência e tecnologia;

4. criar, em cada Pasta, uma Coordenação de Ciência e Tecnologia cujas atividades ficarão sujeitas à orientação da Coordenação-Geral;

5. assegurar que as empresas públicas e sociedades de economia mista observarão, na área específica de ciência e tecnologia, a orientação da Coordenação do Ministério a que estejam vinculadas;

6. estabelecer o prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da promulgação da lei delegada, para sua regulamentação pelo Poder Executivo.

Em sua justificação encarece o Ministro que a idéia decorre da necessidade, a cada dia mais imperiosa, de criarmos na estrutura do Poder Executivo, um Ministério que se incumba exclusivamente dos problemas do desenvolvimento tecnológico e científico no Brasil e seja, ao mesmo tempo, coordenador-geral de todas as atividades nas referidas áreas, evitando-se, com a centralização dos programas e metas de ação, a dispersão e o desencontro de esforços que, na atualidade, respondem, em grande parte, pela lentidão do nosso progresso nesses setores tão vitais para qualquer Nação que aspire

desenvolver-se, ou, pelo menos, não se distanciar demasiadamente, em termos de ciência e tecnologia, dos países mais desenvolvidos.

Transcreve passagens da já aludida fala do Ministro JOÃO PAULO DOS REIS VELLOSO para demonstrar que esse esforço do Governo Federal, que eclode da sensata e inafastável conclusão de que o desenvolvimento sócio-econômico de uma Nação está indissolvemente atrelado ao progresso que venha a alcançar nos terrenos da ciência e tecnologia, torna mais evidente a necessidade da instituição de um órgão que centralize e coordene as atividades de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico, como se tem feito em outros países, de que são exemplos: a Alemanha — Ministério da Pesquisa Científica; a Inglaterra — Ministério de Pesquisa Científica, com uma verba anual de 900 milhões de libras esterlinas; a Índia, com o seu Ministério das Pesquisas e tendo milhares de pesquisadores dedicados ao setor da energia nuclear, e o Egito com o seu Ministério da Ciência e Tecnologia.

Lembra que a criação de um Ministério da Ciência e Tecnologia seria medida consectária de existente previsão legal em que estão expressos os objetivos de intensificação das atividades de ciência e tecnologia.

Deduz a conclusão de disposição legal:

“As iniciativas e providências que contribuam para o estímulo e intensificação das atividades de ciência e tecnologia serão objeto de coordenação com o propósito de acelerar o desenvolvimento nacional através da crescente participação do País no progresso científico e tecnológico (Decreto-lei n.º 200, de 25.02.1967, art. 155, que não se tem tornado, ao longo dos seus nove anos de vida, mais do que manifestação de intenção, justamente porque falta, aos objetivos da prevista coordenação, um órgão de cúpula, autônomo, da estatura de um ministério, capaz de tornar realidade aquela expectativa)”.

Menciona as entidades dedicadas à área da Ciência e Tecnologia, os organismos criados para dar suporte financeiro às realizações nessas áreas para concluir:

Endossando as vozes que defendem a necessidade da criação de um Ministério voltado exclusivamente para as atividades científicas e tecnológicas, o Clube de Engenharia — a mais antiga sociedade técnica

do Brasil (fundada em 24.12.1880), pelo seu Conselho Diretor, aprovou, à unanimidade, o envio de uma recomendação à Presidência da República no sentido de que se criasse no País o Ministério da Ciência e Tecnologia, subordinando-se a ele dois conselhos nacionais: o de Ciência e o de Tecnologia.

5. Metas e Fatores

O apanhado feito permite a contemplação de um panorama bem mais animador daquele que se poderia imaginar há apenas um quinquênio.

Já se apresentam próximas duas metas fundamentais que se esperam da tecnologia nacional:

1. menor dependência do exterior;
2. incentivo à criação nacional, com o conseqüente melhoramento e mais eqüitativa distribuição dos benefícios que sem dúvida irá proporcionar, com inegáveis reflexos positivos na consolidação da economia pátria.

No caso da transferência de tecnologia são dois os fatores básicos: *decisão e assimilação*.

Tomar a primeira já é meio caminho andado no encaminhamento da segunda.

Já demonstramos não estarmos mais dispostos a receber pura e simplesmente o "know-how" que os países produtores se dispõem a ceder, e sim selecionarmos o que mais convém às nossas necessidades efetivas, mediante cuidadosa verificação de sua oportunidade e adaptabilidade às nossas condições.

Pouco importa que a lição nos tenha custado caro: o que interessa é que tenhamos compreendido que não podemos poupar esforços no sentido de criar a nossa própria tecnologia, aproveitando um dos mais preciosos dotes da nossa personalidade: a criatividade.

O Novo Código Tributário da Alemanha: como se deve legislar.

Ruy Barbosa Nogueira

Catedrático de Direito Tributário da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito
Tributário.

A 1.º de janeiro de 1977 entrou em vigor na República Federal da Alemanha a nova codificação traçando as linhas fundamentais para todos os impostos, inclusive restituições, regulados pelo direito federal ou pelo direito da comunidade européia, administrados por autoridades fiscais federais ou estaduais.

Como diz o Catedrático WEBER-FAS, ex-Magistrado da Côte Fiscal, no prefácio de seu recente e insuperável *Compêndio da Parte Geral do Direito Tributário (Allgemeines Steuerrecht, Tübingen, 1979)*, “a Constituição e o Código Tributário contêm a MAGNA CHARTA do contribuinte”

Mas o que, para nós brasileiros é admirável, é que essa lei de diretrizes (Rechtslinien) e orgânica (Rahmengesetz), além de ter sido por vários anos debatida no Parlamento com a mais ampla colaboração dos institutos científicos, das classes representativas dos contribuintes e enfim dos doutrinadores, foi publicada em 1976 para só entrar em vigor em 1977, de maneira que durante a “vacatio legis” pudemos presenciar “in loco”, em várias universidades (Munique, Heidelberg, Colonia e Bochum) o seu estudo prévio e mesmo a publicação de vários livros e comentários esclarecedores do seu conteúdo, antes mesmo do início de sua execução. Esta é, realmente a forma mais correta já vista, de elaboração e ensino prévios da legislação tributária em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, não só para não causar surpresa aos cidadãos-contribuintes, mas sobretudo poder manter efetivamente a confiança que o povo contribuinte deve e pode ter no legislador fiscal.

Dada a importância desse código modelo, trouxemos esse material e com a colaboração de dedicados companheiros promovemos a tradução vernácula e a publicação entre nós desse diploma (vide *Novo Código Tributário Alemão*, edição IBDT — Forense, São Paulo-Rio, 1978) com a seguinte

Apresentação

O Instituto Brasileiro de Direito Tributário, entidade complementar à Universidade de São Paulo, é uma associação civil, sem fim lucrativo, destinada à pesquisa jurídico-tributária, colaboração ao ensino, divulgação de legislação, jurisprudência, doutrina, promoção de conferências, cursos, manutenção da Mesa Semanal de Debates e prestação desses serviços à comunidade.

Desde sua fundação vem se dedicando a todos esses setores, já tendo reunido seiscentos e oitenta sócios fundadores, contribuintes e honorários, do Brasil e do exterior, irmanados no lema “Pro Ensino e Justiça da Tributação”.

Dentro de tais finalidades estatutárias, em co-edição com a Companhia Editora Forense, vem apresentar aos seus associados e à comunidade a presente tradução do *Novo Código Tributário da República Federal da Alemanha* (Abgabenordnung-1977) que, a partir de sua elaboração em 1919, foi o verdadeiro marco da sistematização científico-legislativa do Direito Tributário e provocou não só na doutrina, como na jurisprudência, avanço na forma e no conteúdo deste ramo do Direito, mas também irradiou conceitos e institutos a outros ramos jurídicos, ultrapassando fronteiras e repercutindo nas legislações e elaborações doutrinárias e jurisprudências tributárias de outros países.

Promulgada em 1919 e chamada mesmo de “Ordenação Fiscal de Weimar”, foi traduzida logo para o francês e polonês e com a mesma novidade de legislação de normas gerais influenciou logo na codificação do Direito Tributário da Áustria. Em 1965, o saudoso Professor paulista SOUZA DINIZ fez uma tradução do texto então vigente, que tivemos a honra de prefaciar, cuja edição foi logo esgotada (Vide *Código Tributários Alemão, Mexicano e Brasileiro*, Rio, Edições Financeira S.A., 1965).

Na América Latina, o primeiro país a elaborar seu código tributário, nesse sentido, foi o México (com base nos estudos do Professor italiano MARIO PUGLIESE) e na Argentina o Mestre GIULIANI FONROUGE elaborou e publicou um anteprojeto, que todavia não chegou a se transformar

em lei, mas representou valioso trabalho de constante consulta para os estudos de reformulações legislativas.

O que é muito importante ressaltar entre nós, é que além dessa influência generalizada do *Código Alemão* sobre a evolução dos estudos jurídico-tributários, ele teve não só influência indireta, mas também direta sobre a elaboração da Reforma Tributária Nacional. Neste último sentido, esclarecendo as fontes em que se abeberou para elaboração de nosso Código, informa a Comissão Especial do Código Tributário Nacional:

“Com as cautelas e ressalvas decorrentes da orientação geral já indicada, a Comissão utilizou como subsídios, em primeiro lugar, a legislação tributária vigente da União, dos Estados e dos principais Municípios; e, num segundo plano, os códigos tributários e as leis com o caráter parcial de códigos, existentes na legislação comparada.

Dentre as leis do primeiro tipo, a primazia compete indiscutivelmente à *Reichsabgabenordnung* alemã, em seu texto original de 1919” (Vide Mensagem n.º 373, de 20.08.1954, publicada no volume *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, Rio de Janeiro, edição do Ministério da Fazenda, 1954, p. 13).

Ora, se a codificação alemã, no seu texto original, foi, com primazia, fonte para a elaboração do *Código Tributário Nacional*, para todos que em nosso país se dedicam aos estudos tributários e vêm compulsando não só o CTN, mas toda a multifária legislação que o tem alterado, é auspicioso saber que a codificação alemã acaba de passar por completa reformulação. Pareceu ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário da mais alta relevância, dentro de suas finalidades, poder levar a todos os seus associados e à comunidade, em vernáculo, o conhecimento desse texto integral, acompanhado não só do Índice Sistemático de seu conteúdo, mas também de um Índice Analítico, pela forma alfabético-remissiva, que muito facilita e dinamiza a consulta.

Sem dúvida, tendo-se especialmente em vista a diversidade entre os idiomas alemão e português e ainda o fato de que a elaboração jurídico-tributária alemã já se encontra sedimentada através de muitos anos de formulações, enquanto é jovem a formulação jurídico-tributária brasileira, é fácil compreender-se a dificuldade dessa tradução. Basta acentuar que a literatura jurídico-tributária alemã já chegou mesmo à elaboração de um notável *Dicionário do Direito Tributário*

e das Ciências Fiscais, comprovando até a posição enciclopédica de um vocabulário peculiar do Direito Tributário (*Handwoerterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften*, 2. vols. em formato enciclopédia, com cerca de 1.500 verbetes, elaborado por 86 autores, Munique, editora C. H. Beck, 1972. Esgotada a 1.^a edição, está em preparo nova edição).

Já sintetizava BUFFON que “o estilo é o homem” e W. VON HUMBOLDT, ao traduzir AGAMENON, refere na introdução que a comparação de uma língua com outra demonstra que cada idioma tem seu estilo, ao que denomina de forma interna. Além disso, formados os vocábulos dentro de cada língua e das condições existenciais de cada povo, é natural que dois vocábulos pertencentes a dois idiomas, embora se refiram ao mesmo objeto, nem sempre tenham a mesma abrangência, sentido ou conotação.

Diz JOSÉ ORTEGA Y GASSET que, há mais de século, o doce teólogo SCHLEIERMACHER em seu *Ensaio sobre os Diferentes Métodos de Traduzir (Über die verschiedene Methoden des Übersetzen)* esclarecia que transposição lingüística é um movimento que pode ser intentado em duas direções opostas: 1.^a) levar a linguagem do autor ao leitor ou 2.^a) trazer o leitor à linguagem do autor.

“No primeiro caso traduzimos num sentido impróprio da palavra, porque a rigor faremos uma imitação ou paráfrase do texto original.

Somente quando conseguimos arrancar o leitor de seus hábitos lingüísticos e o obrigamos a mover-se dentro dos hábitos do autor é que realmente estaremos fazendo tradução.

Mas será tradução uma manipulação mágica em virtude da qual a obra escrita em um idioma surge subitamente no outro? Não. Essa transmutação é impossível. A tradução não é “double” do texto original; não é nem deve querer ser a mesma obra com outro léxico, a tradução nem sequer pertence ao mesmo gênero literário do traduzido. É conveniente ressaltar isto e afirmar que a tradução não é a obra, é antes um caminho em direção à obra original”.

O notável filósofo espanhol que estudou nas universidades de Berlim, Leipzig e Marburg e cujas obras vertidas para o alemão, em poucos anos tiveram mais de quinze edições, esclarece que a aceitação destas por parte dos leitores alemães, do ponto de vista da tradução, foi devida ao fato de sua tradutora ter forçado, até o limite, a tolerância gramatical da

linguagem alemã. Assim ela conseguiu transcrever precisamente o que não é alemão de seu modo de dizer, de maneira que o leitor se encontra sem esforço fazendo gestos mentais que são os espanhóis. Deste modo o leitor descansa um pouco de si mesmo e se diverte ao encontrar-se um pouco sendo outro.

Prestando esse depoimento com o exemplo da tradução de suas próprias obras para o alemão, diz ORTEGA que esse sucesso se deveu àquela técnica de sua tradutora, que conseguiu quatro quintas partes de acerto na tradução.

Este ensaio de ORTEGA Y GASSET, com muita propriedade, foi também vertido do espanhol para o alemão seguido de comentário por KATHARINA REISS e publicado na série bilingüe da *dtv zweisprachig Edition Langewiesche-Brandt*, cujo título é *Miséria y Esplendor de La Traducción-Elend Und Glanz Der Übersetzung*.

Se a tradução da obra de um só autor traz em si essas dificuldades, que dizer da tradução do texto de um código jurídico-tributário elaborado durante vários anos, em consequência de uma colaboração coletiva? Pareceu a este Instituto que a melhor forma de obter essa tradução seria por meio do trabalho, não de gramáticos ou de um só tradutor, mas de uma equipe de juristas especializados em Direito Tributário e conhecedores, não apenas dos dois idiomas, mas de ambos os sistemas tributários e portanto dos respectivos vocábulos jurídico-tributários. Com a fundação deste Instituto e a experiência semanal da Mesa de Debates Tributários verificou-se a existência, dentre os consócios, de uma equipe disposta a esse trabalho, ora concluído.

Tal como é apresentada, esperamos que esta tradução possa ser de grande utilidade aos estudos universitários comparativos em nosso país, mas também a todos os estudiosos do Direito Tributário da América Latina e dos demais países cuja língua seja mais afim à nossa, pois que saibamos, até agora não foi feita outra tradução desse importante texto completamente reformulado.

Embora dominando o idioma alemão com maior ou menor conhecimento, muitos colegas haverão de adquirir esta tradução, pois aqueles que se dedicam aos estudos comparativos apreciam também comparar textos traduzidos, especialmente para examinar correspondências de termos, categorias ou institutos, pois que, numa tradução, também se insere uma certa carga interpretativa.

Tendo em vista que, embora recente o novo texto, vários comentários já foram publicados na Alemanha sobre a nova AO e poderá ser de interesse destes estudiosos, a seguir indicamos uma relação, em ordem cronológica, das edições: 1 — *Abgabenordnung* — AO 1977 — *Mit einer Einführung von* RUDOLF WEBER-FAS — o Prof. Dr. jur., LL.M. — Universität Mannheim, 6 Auflage 1976 — WILHELM GOLDMANN Verlag, München; 2 — AO 1977 — *Materialien zusammengestellt and bearbeitet von* KARL-HEINZ MITTELSTEINER und HARALD SCHAUMBURG — Köln, 1976; 3 — *Die AO '77 — Ein Überblick* — Von KARL KOCH — Herne Berlin — 1976; 4 — *Abgabenordnung (AO 1977) Handkommentar* von RUTH HOFMANN — Bonn, 1976; 5 — *AO Abgabenordnung 1977 erläutert* von FRANZ KLEIN und GERD ORLOPP — München, 1977; 6 — *Kommentar zur AO 1977 und FGO* von KLAUS TIPKE und HEINRICH WILHELM KRUSE — 8. Auflage, Köln, 1977; 7 — *Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung* von HÜBSCHMANN HEPP SPITALER Köln, 1977; 8 — *Abgabenordnung 1977 — Ein Grundriss* von HANS HAMPEL und PETER BENKENDORFF — Heidelberg-Hamburg, 1977; 9 — *Das neue Abgabenrecht 1977 — Abgabenordnung 1977 — Erläuterungen* Von O. MUUS — S. DOMANN; 10 — KARL KOCH *Abgabenordnung 1977 — Kommentar* Köln — Berlin, 1977.

Concluindo, vimos agradecer de público, em nosso nome e em nome da associação a que presidimos, a doação que cada um dos companheiros tradutores fez de seu tempo e trabalho, para a consecução de mais este desideratum do IBDT, no qual estamos irmanados, desde sua fundação”

Como se vê, nossa intenção foi divulgar em nosso país não só um grande exemplo de elaboração de legislação fiscal dentro do Estado de Direito Democrático, mas sobretudo fornecer aos legisladores traços fundamentais da garantia de princípios universais de um verdadeiro *sistema jurídico* da tributação.

Ultimamente e por infelicidade, é precisamente o inverso de tudo isto que estamos presenciando entre nós. Vejam-se como exemplos lamentáveis os casos dos decretos-leis sobre o Empréstimo Compulsório e o IOF, expedidos de surpresa; pior ainda; retroativamente e sujeitos a contramarchas e incertezas do próprio “Fisco-Legislador” que, temeroso das fatais ações de controle do Poder Judiciário chega a publicar pareceres do ilustre Procurador Fiscal do Município de Recife e mesmo do preclaro Procurador da República para tentar, em cerca de 17.000 palavras lançar tábuas de salvação aos vícios consti-

tucionais, complementares e legais, intrínsecos e extrínsecos, dessa malfadada legislação.

O que, sobretudo, é de arrepiar, é que constatados os erros o Governo Federal ao invés de logo abrogar essa legislação, após-lhe apenas remendos de peneira que, não ofuscando os revérberos da razão, do bom senso, da justiça e do direito vigente só prejudicarão o desenvolvimento econômico e fatalmente criarão maiores dificuldades ao Tesouro com as restituições monetariamente corrigidas, mais as condenações, para acarretar o assoberbamento da já asfíxiante burocratização das atividades administrativas, judiciais e das classes produtoras.

Aí fica apenas, como introdução, este contraste estarrecedor: qual a confiança que os cidadãos-contribuintes brasileiros, que reconhecem a existência do Estado e para ele trabalham e contribuem poderão ter no *Estado-Fisco*, se este ao invés de respeitar e assegurar os mínimos direitos e garantias individuais dos cidadãos, inscritos na Constituição e no Código Tributário Nacional e que deveriam constituir a verdadeira *Carta Magna* de seus direitos, não apenas finge desconhecê-los, mas insiste em atropelá-los?

Como concluiu o grande GEORGES RIPERT, que foi membro do Instituto de França, Diretor da Faculdade de Direito de Paris e autor do clássico livro *A Regra Moral nas Obrigações*, no Prefácio do livro *Théorie de La Fraude En Droit Fiscal* de GASTON LEROUGE — para poder combater a fraude fiscal é necessário:

“que o legislador dê o bom exemplo. A falta de respeito à regra jurídica é sem dúvida uma falta moral, mas em contrapartida é preciso que a ordem do Estado soberano também esteja de conformidade com a regra moral”

Outro aspecto fundamental do Estado de Direito Democrático é o de que o Estado não pode se valer de sua potestade para desobedecer a forma do devido processo legislativo e muito menos emitir leis injustas ou em desconformidade com a Constituição a cujos comandos hierárquicos também está sujeito.

Neste sentido, outro notável jurista, professor e Ministro Presidente da Suprema Corte Fiscal da República Federal da Alemanha (BFH), HÜBSCHMANN, assim ressalta em comentário ao § 228 do Código Tributário daquele país:

“O Estado como protetor do Direito.

Uma das mais importantes missões do Estado no âmbito de sua soberania é servir à Justiça. Neste sentido também cabe ao Estado como relevante e difícil tarefa a de garantir aos cidadãos uma TRIBUTAÇÃO JUSTA. (.) A Justiça da tributação é um problema político-financeiro que deve ser resolvido pelo legislador (.). Tomando-se em consideração o fato de que, nesta função, o Estado é portador de direitos de soberania e se reveste de meios de grande força e o indivíduo se apresenta como subordinado ao poder, entretanto, no Estado de Direito impera a idéia de que ao indivíduo se deve conceder proteção contra medidas arbitrárias ou injustificadas da administração tributária. No Estado de Direito tem que predominar a tendência de dar a cada um (tanto à comunidade como ao indivíduo) o que é seu”. *Kommentar Zur Abgabenordnung*, v. III, § 228).

Portanto, não se pode compreender como em nosso país, através de decretos-leis projetados unilateralmente, ou pior ainda, “intra muros”, no Ministério da Fazenda, venham a ser expedidos decretos-leis criando empréstimo compulsório e IOF a serem exigidos de surpresa, dentro do mesmo exercício e mesmo *retroativamente* contra as normas do Sistema Tributário Nacional, em flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais escritos, que não só juridicizaram o princípio da anualidade, mas também o de que “a lei não prejudicará o direito adquirido” (CF art. 153, § 29 e § 3.º).

Os Enfoques Universalista e Regionalista no Direito Internacional.

Pela Justiça Social Internacional

Haroldo Valladão

Catedrático de Direito Internacional
Privado das Universidades Federal e
Católica do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO 1. *Objeto do trabalho: colocação em evidência, princípios e normas do D.I., sob os signos do universalismo e do regionalismo.* 2. *O moderno D.I. positivo nasce, Séculos XV e XVI e se consolida, Séculos XVII e seguintes, regionalista, individualista, na Europa.* 3. *Teólogos e moralistas protestam e apresentam o verdadeiro D.I., sob o signo universalista.* 4. *A precária posição dos juristas.* 5. *O D.I. europeu, regionalista, individualista, fragmentário, aristocrático.* 6. *Sua exacerbação no Século XIX, domínio da África e Ásia.* 7. *O D.I. americano, regional, mas com espírito universalista, comunitário, orgânico, democrático.* 8. *O primeiro encontro entre o D.I. europeu e o americano: Haia, 1907.* 9. *O reconhecimento europeu do D.I. americano.* 10. *Síntese universalista, marcha da democratização: da igualdade para a solidariedade.* 11. *A Sociedade das Nações e a continentalização do pan-americanismo.* 12. *As Nações Unidas e sua democratização com a abolição do colonialismo.* 13. *A OEA e o pan-americanismo econômico e social.* 14. *Universalização da sociedade econômica e social: os EUA e as Nações Unidas.* 15. *Desenvolvimento e integração como deveres internacionais.* 16. *Os penúltimos progressos.* 17. *Marcha para a Reforma e Atualização da Justiça Internacional.* 18. *Internacionalização e universalismo.*

1. Sobre os enfoques universalista e regionalista no direito internacional, cabe-nos pôr em evidência os pontos essenciais ou de convergência (e o faremos quanto a alguns, principais), verificados nos princípios e normas do direito internacional, sob os signos do universalismo e do regionalismo.

Ficamos, objetivamente, no tema proposto, excluindo matéria, universalismo e regionalismo nas organizações internacionais.

Veremos que o direito internacional, positivo, histórico, nasce e se desenvolve regionalista, mas evoluindo sempre, doutrinária e idealisticamente, para reencontro e realizações universalistas.

2. O moderno direito internacional¹, “jus intergentes”, direito entre os Estados, nasceu nos Séculos XV e XVI, contemporâneo do período das grandes descobertas e descobrimentos geográficos e vai se consolidar nos Séculos XVII e seguintes, com a marca rigorosamente individualista, de uma nova e larga sociedade internacional, pluricontinental, oceânica, *mas desierarquizada, rompida a unidade cristã*, intelectual, espiritual e política da restrita sociedade de povos pequenos e vizinhos do mundo mediterrâneo medieval.

Constituíram-se então os grandes e poderosos Estados, nacionais, centralizados, de caráter patrimonial, num absolutismo que a Reforma ajudava, desprendendo-os de um único e Supremo Poder Espiritual, e que os famosos legistas reais justificavam invocando, por analogia, rigorosos princípios do direito romano, na corrente intelectual da Renascença. Aparece e desenvolve-se a idéia de *soberania* do Estado que se estende, com a mesma agressividade, na ordem interna, pela sujeição total de indivíduos e regiões, e na ordem internacional com a independência absoluta do Estado e sua desenfreada expansão, em particular nos mares e terras recém-conhecidos, à procura de terras e povos para conquistá-los, isto é, para ocupar, subjugar, explorar e escravizar. O espírito era de lucro desenfreado, verdadeiro *animus furandi*, à cata de especiarias, de ouro, de prata . . .

E o resultado foi a aquisição pelas nações descobridoras e conquistadoras, Espanha, Portugal, e a seguir, Inglaterra, Holanda e França, de grandes territórios, de verdadeiros continentes, com a escravização e, não raro, o extermínio dos povos que os ocupavam.

O regime era do *individualismo absoluto* na ordem internacional: a caça desenfreada à terra e ao “bárbaro”; o domínio ao conquistador, ao “captor”, ao primeiro descobridor ou aos primeiros ocupantes, ao “adquirente” de certa porção de terras aos selvagens. E domínio ilimitado, que se estenderia amplamente pelo princípio da continuidade, a partir do ponto da costa ocupado.

1. Vd. H. VALLADÃO, *Democratização e Socialização do Direito Internacional*, Rio, 1961, p. 16 e ss. e em francês, *Democratization et Socialization du Droit International*, Paris, Sirey, 1962, pages 16 et ss.; em castelhamo, Colégio do México, México, 1963.

Eis, aí, o pecado original do moderno *direito internacional* que tinha a sua vivência cultural nas obras, tão lidas pelos monarcas, de governo fora da moral, de NICOLAU MAQUIAVEL, 1469-1527, em especial no *Príncipe* e nos *Discursos sobre Tito Lívio*", pois ele expõe, defende e estimula e, afinal, glorifica a conquista e a *ocupação pelas armas* e de Bodin, *La Republica*, onde consolidava o absolutismo com o conceito básico do "poder soberano", "*puissance perpetuelle et absolue de la Republique*".

Mas é mister um novo direito a regular as relações desses ambiciosos Estados entre si e no trato com as novas gentes, nos problemas jurídicos da navegação marítima de longo curso, da propriedade, do uso e dos limites dos recém-descobertos mares e terras, da submissão dos gentios...

A intervenção dos Papas para os Estados Católicos, Espanha e Portugal, inclusive a divisão do globo terrestre entre eles, Bula Inter Coetera, não apaziguou os ânimos.

Afastado, assim, o poder da Santa Sé, mesmo entre os Estados católicos, as relações internacionais oscilando entre guerras, negociações diplomáticas e acordos e tratados, assumem natureza puramente voluntarista, norteadas pelos interesses políticos, baseando-se nos princípios individualistas romanos do *imperium*, do *dominium*, da guerra, do contrato, da compra e venda, da doação, da sucessão.

E vai se formando nessa base político-individualista romanista um conjunto de regras e de praxes, de tratados e de costumes, aparecendo, assim, um uso que tanto influenciará o moderno direito internacional. Proclama-se a soberania e a independência e até a igualdade dos Estados poderosos, pois admitiam-se a conquista e a escravidão como resultados das guerras, e, na ausência de hierarquia na sociedade internacional, cria-se e organiza-se o sistema, puramente político, do equilíbrio europeu.

3. De nada valeram para os Reis e os Imperadores os protestos de teólogos e moralistas dos Séculos XV e XVI, de um FRANCISCO DE VITÓRIO, 1480-1546, seguido por SUAREZ, 1548-1617.

O primeiro, o verdadeiro fundador de um novo direito internacional, anteviu a comunidade internacional dos Estados independentes, mas limitados pelo direito e pela moral, não aceitou se considerassem donos de toda a Terra o Imperador ou o Papa, negando que este tivesse dado aos espanhóis título

para o domínio do Novo Mundo, *mas apenas para a propaganda da fé*, vendo, pois, na Bula *Inter Coetera* eficácia só espiritual.

Condenou a guerra de conquista, dizendo textualmente “*Imperii amplificatio non est justa causa belli*”; reconheceu a soberania dos indígenas da América sobre suas terras, não distinguindo, juridicamente, cristãos e infiéis; proclamou o direito da livre comunicação; construiu o direito “intergentes” fora da base privado-individualista do direito romano.

Note-se como ele responde ao argumento dos conquistadores espanhóis, fundados em princípios do direito romano, das *Institutas, De Rerum Divisione, N. Ferae Bestiae*, da propriedade das coisas desertas e vacantes pelo primeiro ocupante: “Tal Título. en si mismo no puede fundar la posesión de los españoles, del mismo modo que no podría fundar la de los bárbaros en el territorio español, si ellos hubiesen descubierto a nosotros”. Note-se, ademais, que eles baseavam o direito de ocupação em texto das *Institutas* sobre a posse de animais bravios, “*Ferae bestiae*”, reconhecida pela sua captura em qualquer lugar onde ocorresse. Era evidentemente absurdo equiparar à “*Ferae bestiae*” seres humanos e povos, e alguns grandemente civilizados, como as nações indígenas do México e do Peru. .

4. Infelizmente os dois grandes juristas de então não acompanharam VITÓRIA e SUAREZ. ALBERICO GENTILE, 1552-1608, recorria ao direito romano, imperialista, e ao uso dos Estados nos costumes e praxes seguidos, aproximando-se de MAQUIAVEL, para dar juridicidade às condenáveis práticas criadas pelos Estados em suas relações nos Séculos XV e XVI. E HUGO GROCIO, 1583-1645, evitando de um lado a teologia e doutro a política, abstraindo das idéias e dos fatos de seu tempo, “como os matemáticos consideram as figuras”, em busca das regras admitidas pela vontade de todos ou da maioria dos povos, dirige-se incessantemente aos autores e obras da antigüidade, em particular ao direito romano, em busca de uma opinião universal, e chega assim a aceitar, por exemplo, a conquista e a escravidão.

Enfim, ao “jus naturalismo” puro de um PUFENDORFF, 1632-1694, ou de um WOLFF, 1679-1754, opôs-se o voluntarismo predominante de um ZOUCH, 1590-1660, de um RACHEL, 1628-1691, e de um BYNKERSHOECK, 1673-1743, *que vai vencer*, no futuro, com MOSER, 1701-1785 e VON MARTENS, 1756-1821, e influenciar de modo relevante o “ecléctico” VATTEL, 1714-1767, que era “nettement individualiste”, fazendo predominar

“l’interêt de l’Etat isolé sur celui de la communauté internationale”.

5. E, assim, um direito internacional aristocrático-individualista, do equilíbrio político de um pequeno grupo de Estados poderosos, passando de Portugal e Espanha para Holanda, Espanha e França, prossegue vitorioso nos Tratados de Westphalia, 1648 e de Utrecht, 1713, na Pentarquia, no Congresso de Viena de 1815, se consolida na prática dos governos, e se desenvolve na Europa, dos Séculos XVIII e XIX, com as teorias filosóficas da soberania absoluta do Estado do Século XVIII e do seu endeusamento com HEGEL, no Século XIX.

Os ideais humanitários da Revolução Francesa foram vozes perdidas no deserto e imediatamente abafadas na mesma França e pela própria Revolução. Mas esse próprio direito internacional tão precário, ainda é *considerado uma regalia dos Estados europeus*. Representa, de fato, um aristocrático direito das potências da Europa, que só o aplicavam entre si, adotando “outras” regras para os povos da América Latina, da África ou da Ásia, não “cristãos” ou não “civilizados” numa distinção já inadmitida, qual se viu, por FRANCISCO VITÓRIA. É o clássico HEFTER quem afirma, textualmente: “À l’égard des Etats non chrétiens, comme de ceux qui n’on pas été admis d’ une manière régulière dans le sein de la famille européenne, l’application du même droit (droit international de l’Europe) est tout à fait libre et fondée sur une reciprocité purement conventionnelle. Les relations avec eux se forment d’après les exigences de la politique et de la morale”. Mas PRADIER FODERÉ referindo-se a tal direito, “réel, tel qu’il existe à notre époque”, a propósito da sua substituição fora da Europa pelas exigências “de la politique et de la morale”, acrescenta: “de la politique surtout et presque exclusivement”.

Ficavam, assim, as potências da Europa com as mãos livres para continuar a colonização dos outros continentes, para excluí-los do direito internacional, arrogando-se o direito de seleccionar os Estados que poderiam ter acesso a tal direito, a fazer parte da comunidade das nações europeias e cristãs.

Falava-se, apenas, em direito das gentes, europeu, no Século XVIII com MABLY, *Droit Public de l’Europe...*, e de MARTENS, *Droit des Gens Moderne de l’Europe*, e internacionalistas, em especial germânicos, do Século XIX, KLUBER, SCHMALZ, HEFTER, VON NEUMANN, VON HOLTZENDORFF, QUARITSCHT, RESCH, intitularam seus livros: *Das europaischen volkrecht, Direito das Nações, Direito Internacional da Europa*.

A Rússia só entrou nesse direito europeu no Século XVIII. Note-se, ainda, o que diz MARCEL SIBERT: “à la suite de la guerre de Crimée, l'article 7 du Traité de 30 Mars 1866 déclara la *Sublime Porte admise a participer aux avantages du droit public et du concert européen*”.

6. O “clássico”, aristocrático, direito internacional *exacerbou-se* no Século XIX, através de uma nova e bárbara concentração colonizadora, na África, afinal com uma Conferência de Berlim para a consumação da partilha daquele continente entre as grandes potências européias. Ali os africanos não tiveram representantes e foi surpresa escandalosa pedir o delegado dos Estados Unidos, KASSON, “o consentimento voluntário dos indígenas para a validade da ocupação”.

Completou-se mesmo a ação colonizadora com uma partilha da Ásia, entre a Rússia, o Império Britânico e a França... ²

7 Grandioso impacto renovador receberia o D.I. no Século XIX e princípios do Século XX, vindo do continente americano, com o seu D.I. regional, comunitário, orgânico e, pois, com alto espírito universalista.

Em verdade os Estados da América Latina no Século XIX e nos princípios do Século XX sentiram, através de violências, espoliações, enfim, das maiores injustiças, o tratamento que as potências européias, dizendo-se “cristãs” e “civilizadas” lhes dispensavam sob as exigências da política e da moral (H. VALLADÃO. *Democr. e Socializ. do D.I., cit*). No Brasil PIMENTA BUENO e, depois CLÓVIS BEVILAQUA, tiveram ocasião de verberar, os atentados das grandes potências contra os direitos do cristianíssimo e civilizado Império do Brasil.

O primeiro impacto que as potências européias e o seu direito internacional sofreram se verificou com a proclamação pelos Estados Unidos, através do Presidente Monroe, em mensagem de 2 de dezembro de 1823, ao Congresso, de que:

2. Em uma autorizada crítica do D.I. europeu, C. H. ALEXANDROWICZ, cursos na Academie de la Haye (*Recueil*, 100/207 e 123/123, 1968) mostrou que a Europa se estabeleceu, no Século XIX como uma espécie de “found club of Family of Nations”, com sua “eurocentric law”, apresentada pela sua “positivist school of thought” E reclama contra o rebaixamento da Ásia, em especial dos Estados das Índias Orientais, por ela então feito quando antes, nos Séculos XVI e XVII, acreditava diplomatas e concluía tratados (assim Portugal, Espanha, Holanda, França) com Estados das mesmas Índias, citando o Tratado de Poona, 1769, entre o Vice-Rei de Coa, em nome da Coroa de Portugal, e Peshova, Chefe do Estado de Marathra, que veio a ser aplicado em 1960 pela Corte de Haia no litígio entre Portugal e a Índia acerca dos “enclaves” de Diu e Nassar.

“O continente americano dada a condição livre e independente que tinha assumido e mantinha não podia ser mais considerado como sujeito à colonização futura de nenhum Estado Europeu”. Desta e de outras declarações da mensagem concluiu-se, qual mostrou, com segurança, ALEJANDRO ALVAREZ, pela adoção, em oposição aos correntes no direito internacional europeu, destes novos princípios: *o direito adquirido dos Estados americanos à independência, o direito de não sofrerem intervenção em sua vida e forma de governo, a proibição de colonização no Novo Mundo*. A autonomia e a solidariedade do continente americano já tinham sido formuladas no Tratado de Madri, de 1750, entre Espanha e Portugal, pelo brasileiro ALEXANDRE DE GUSMÃO, que RODRIGO OCTAVIO chamou: precursor de MONROE. A origem latino-americana, próxima, da proclamação dos Estados Unidos decorria de anteriores manifestações de BOLIVAR, ARTIGAS, O’HIGGINS, SAN MARTIN, e de notas do colombiano MANUEL TORRES ao Presidente Monroe e ao seu Secretário de Estado, Adams, todas no sentido de combater a ação das Potências da Europa visando reconquista, intervenção e colonização H. VALLADÃO, *Democr. e Socializ. do D.I., cit.*).

Começam, então, as jovens nações latino-americanas a organizar suas relações internacionais, afirmando princípios de um novo direito internacional, profundamente democrático e humano, *proclamando e adotando regras que se tornariam universais*, integrando o verdadeiro direito internacional da humanidade. Da luta de gigantes, de dois grandes internacionalistas da América, do chileno ALEJANDRO ALVAREZ, com a tese, *Le Droit International Américain*, 1910, e do brasileiro MANUEL ÁLVARO DE SOUZA SÁ VIANNA, com a antítese, *De la Non Existence d’un Droit International Américain*, 1912, resultou a grandiosa síntese *de que há princípios do direito internacional, hoje básicos, fundamentais, que se originaram ou que se consolidaram* por meio de declarações, tratados, convenções e práticas dos Estados Latino Americanos e assim se incorporam ao direito internacional (H. VALLADÃO, PAZ, *Direito Técnica*, p. 262).

Representou, assim, o direito internacional americano a larga cooperação das Américas para o progresso e o devido aperfeiçoamento do direito das gentes. Era a repercussão no plano internacional, dos princípios democráticos, da supremacia da Constituição e da Lei, da liberdade e da igualdade, dos direitos e garantias do homem, das Revoluções Americana e Francesa, que, repudiados na Europa com a reação vitoriosa

da Santa Aliança, tinham sido efetivados nas Constituições e Códigos da América Latina.

Era a reação lógica contra o despótico direito internacional europeu, “des grandes puissances”, decorrente dos princípios absolutistas das monarquias do velho mundo.

Já em 1824 o Brasil, segundo escreveu Rodrigo Octavio, propunha aos Estados Unidos, sob a ação imediata da mensagem de Monroe, uma aliança no sentido de assegurar que “para o futuro, na América, a política européia não prevaleceria sobre a política americana”. No primeiro Congresso Inter-nacional Americano, do Panamá, de 1826, se firma a idéia da *solidariedade* continental, na aliança para defesa da soberania, independência, e integridade territorial de todas as nações da América, e se esboçam as primeiras idéias da resolução amigável por transação das divergências, de submissão destas à assembléia geral, de não se declarar guerra sem uma prévia exposição dos fatos à decisão conciliadora da mesma assembléia. No Congresso seguinte, de Lima, 1847/8, vão se desenvolvendo os grandes princípios da manutenção da integridade territorial, da não intervenção, da substituição da guerra pelas soluções pacíficas, negociações diplomáticas diretas, bons ofícios, arbitragem, decisão do Congresso de Plenipotenciários, da extra-dição até do nacional, salvo para os crimes políticos, da abolição do corso. E continuaram nos Tratados Continentais de Santiago e de Washington, de 1956, que avançam no equiparar aos nacionais os naturais de qualquer dos Estados contratantes, e no Congresso de Lima, de 1864, onde se aperfeiçoam os princípios anteriores, em especial com a proscricção da guerra e a instituição de arbitramento inapelável.

De outra parte o Brasil defendia e sustentava nos Tratados com a Argentina e o Uruguai e depois com estes e o Paraguai, após guerra em que foi obrigado a tomar parte, que a vitória militar não conferia direitos a ficar com qualquer porção, mínima que fosse, de território de propriedade do vencido³.

E os dois supremos princípios verdadeiramente constitu-cionais, de um autêntico direito internacional, o da proscricção

3. Esse nobre padrão jurídico do Brasil e o seu amor pela solução pacífica dos conflitos internacionais explicaram sua convocação ao alto cenário inter-nacional logo que se tratou de progredir no assunto, e foi, assim, em 1871, um dos cinco árbitros no grande, decisivo e célebre julgamento de 14 de setembro de 1872, que consagrou o Juízo arbitral da célebre questão do “Alabama” entre a Inglaterra e os Estados Unidos e veio a ser o super-árbitro nas reclamações de nacionais da França, Itália, Alemanha e Bélgica contra o Chile, em consequência da Guerra do Pacífico, 1884/5.

da guerra, substituída pelo arbitramento obrigatório, e o da condenação da conquista, desconhecidos no direito internacional europeu, foram referidos no Brasil pelo Imperador Dom Pedro II, 1888, e incluídos na Constituição da República, 1891: “Artigo 88. Os Estados Unidos do Brasil, em caso algum, se empenharão em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação” e “Artigo 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: 11. Autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz”, mantidos nas posteriores até o presente (H. VALLADÃO, *Democr. e Socializ. do D.I., cit.*).

Mas no direito internacional, vigente da Europa, de então, não se acreditava, ainda, nos grandes efeitos da arbitragem, combatia-se mesmo sua adoção e eficácia e era corrente o direito de conquista, aceitava-se para a aquisição de territórios, “La Conquête debellatio”, qual se pode ver das lições do autorizado internacionalista F. DE MARTENS, expressando sentir geral no Velho Mundo, BLUNTSCHLI, CARNAZZA AMARI, PIEDELIEVRE.

No entanto já surgem, em nosso continente, obras de direito internacional que versam problemas internacionais americanos; assim, de autores sul-americanos, SEIJAS, RAFAEL, I., *El Derecho Internacional hispano-americano, publico e privado*, 5 volumes, 1884/1886, e ALCORTA, A., *Curso de Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1886. E da própria Europa, PRADIER FODERÉ que já havia durante vários anos exercido larga atividade universitária e cultural em Lima, no Peru, iniciava edição do seu notável *Traité de Droit International Public Européen et Américain*, o 1.º volume de 1886 e os outros seguindo-se em número de 6, até 1906. No título e na Introdução (n. XV) acentuava que consideraria o direito internacional “au point de vue des princes, des besoins et des vœux de la démocratie”, revelada aí a influência que sofrera do largo convívio anterior latino-americano. Na obra brasileira, *Princípios de Direito Internacional*, v. I, 1901, p. 22/23, LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA sustentava que o direito internacional “pode, pois, corretamente, denominar-se “Direito Público Externo Europeu-Americano”, e combatendo o afastamento dos Estados do Norte da África e da Ásia, “da comunhão do Direito das Nações Cultas” porque “não professam o Cristianismo” mostrava que “as nações infiéis têm as mesmas qualidades fundamentais, a mesma natureza e os mesmos fins das cristãs”, citando a declaração de FRANCISCO DE VITÓRIA,

que a diferença de religião não é causa *justa* para a guerra, e concluindo que viessem elas “a fazer parte da Sociedade dos Estados Europeus e Americanos”.

De outra parte, convocada em 1888, reuniu-se em 1889/1890, em Washington, chamadas todas as nações americanas, a 1.^a Conferência Internacional Americana, declarando em Resoluções propostas pelo Brasil e pela Argentina, de 18 de abril de 1890, que os Estados americanos: “adotam a arbitragem como princípio do Direito Internacional Americano”, “obrigatório”, só excetuando, restritamente, “questões sobre sua independência”, e, ainda mais, “que o princípio da conquista fica eliminado do direito público americano durante o tempo do tratado de arbitragem”, sendo “nulas as cessões de território verificadas sob ameaça de guerra ou pressão da força armada”, e “ineficaz a renúncia de recorrer à arbitragem para discutir a validade de tais cessões” (vd. H. VALLADÃO, *Democr. e Socializ. do D.I. cit.*). Note-se que na 1.^a Confer., 1889, se esboçara o ideal de codificação do D.I., concretizado na 2.^a Confer. Internac. Amer., México, 1902, aprovado na 3.^a Confer., Rio, 1906, em Convenção, ratificada, criando a Comissão Internacional de Juristas Americanos destinada a preparar um Código de Dir. Internac. Público e outro de Dir. Internac. Priv. cuja obra veremos a seguir.

Tais princípios, na evolução natural de idéias novíssimas, com recuos e avanços, tinham surgido das nações latino-americanas dos princípios aos meados do Século XIX e vieram assim e afinal a serem admitidos, sem quaisquer restrições nas Américas nos termos atuais: da repulsa do uso da força e da obrigatoriedade da resolução de toda e qualquer questão entre os Estados por meios pacíficos, pela conciliação, arbitragem ou pela Justiça Internacional (a Corte de Justiça Centro-Americana de 1907 é a 1.^a Corte Internacional), da proscrição da conquista territorial com o não reconhecimento de nenhuma aquisição feita pela violência pois “a vitória não dá direitos”. Outros princípios, de origem americana, vão se consolidando: assim o da condenação da intervenção de um Estado nos negócios internos ou externos de outro da ilicitude da cobrança compulsória das obrigações pecuniárias (doutrina *Drago*).

E os Congressos e depois as Conferências internacionais de todos os Estados Americanos, em pé de igualdade, iniciavam uma organização solidária internacional americana, com seu órgão, a União Pan-Americana, sem exclusão de qualquer Estado americano e sua doutrina, o Pan-americanismo diplomático, com vivência da 1.^a, 1889 às seguintes, do México,

1902, Rio, 1906, Buenos Aires, 1911, Santiago, 1925, Havana, 1928, Montevideú, 1933 e seguintes.

As novas bases verdadeiramente democráticas do direito internacional estavam postas nas Américas e teriam que se incorporar ao direito universal.

8. Havia de ser na 2.^a Conferência Internacional da Paz de Haia, de 1907, o esperado encontro entre o antigo, aristocrático e individualista direito internacional europeu, dos Séculos XV a XIX e princípios do XX, e o novo, democrático e humano direito internacional americano, dos Séculos XIX e XX⁴.

Reuniam-se pela primeira vez os Estados independentes do mundo, e nesta assembléa universal de Nações, os povos da América, em especial os da América Latina (19 Estados), apresentaram aos do Velho Mundo, em verdade aos da Europa, os novíssimos princípios democráticos que haviam instituído na comunidade internacional do hemisfério ocidental.

Assim foi com a arbitragem obrigatória, sendo qualificado de “certamente ousado” o projeto da República Dominicana que a estabelecia em todas as questões, sem qualquer exceção, substituído, afinal, por outro, mais tímido, para as questões de ordem jurídica que não compromettessem os interesses vitais, a honra e a independência dos Estados, projeto este que apesar de aceito por todos os Estados das Américas, e vários da Europa, tendo a frente Portugal e Grã-Bretanha, caiu por falta de unanimidade, em face de oposição chefiada pela Alemanha. Chocou tão profundamente a opinião pública mundial esse insucesso da Conferência, que foi mister, na Ata Final, incluir uma declaração proclamando que unanimemente se reconhecia o princípio da arbitragem obrigatória, e que para certas questões, em especial as referentes à interpretação e aplicação das convenções, seria admitido sem restrições.

Sobre a exclusão do emprego da força armada para cobrança de dívidas, o princípio latino-americano foi acolhido, em forma restrita, em caso de recusa à oferta de arbitragem (proposta Palter), determinando tal limitação sérias reservas o delegado do Brasil, RUI BARBOSA, levantou na Conferência de muitos estados da América Central e do Sul. Na ocasião,

4. Na 1.^a Conferência da Paz de Haia, em 1899, não teve maior repercussão a existência das nações latino-americanas, convidada que fora apenas uma delas, o México.

“une question grave, la plus importante de toutes pour la paix du monde et pour la civilization du globe” e que se fosse então resolvida, “ce serait la bénédiction de cette conference”, a da *abolição do direito de conquista*, “le fleau de la conquête, toujours a l’horizon des peuples comme un signe de misère et de désolation”, abolição que era da tradição do direito constitucional brasileiro, propondo, porém, apenas, a limitação daquele direito ao caso de recusa de arbitramento oferecido pelo conquistador, proposta que apesar de sua timidez foi considerada “memorável” e a mais radical já “apresentada”, e não foi, sequer, considerada. embora refletisse o sentimento das nações pacifistas.

Outro grandioso princípio por ele defendido, o da igualdade dos Estados soberanos, a propósito de Projeto de Corte Judiciária dando oito lugares, privativa e permanentemente, às oito grandes potências, teve apoio incondicional dos Estados latino-americanos, determinando a rejeição do referido Projeto.

A conclusão a tirar dos trabalhos da 2.^a Conferência da Paz de Haia é que iria surgir dali um novo direito internacional, universal e democrático, sob a influência de novos princípios, de origem americana, que, expostos, discutidos, defendidos, aceitos em parte, desvendaram ao Velho Mundo os progressos revolucionários do direito das gentes realizados no Novo Mundo.

O Novo Direito do Mar e a América Latina*

Vicente Marotta Rangel

Catedrático de Direito Internacional Público
da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

SUMÁRIO: I. *A Gênese do Direito do Mar e o Continente Americano*. II. *A Codificação do Direito do Mar*. III. *O Princípio da Liberdade dos Mares e a América Latina*. IV. *A Nova Dimensão do Direito do Mar*. V. *O Alargamento da Jurisdição Horizontal do Estado Costeiro*. VI. *Os Fatores e o Processo*. VII. *Considerações Finais*.

I

A Gênese do Direito do Mar e o Continente Americano

O direito do mar, em sua expressão clássica, é produto de um processo gradual de elaboração e consolidação de normas regulamentadoras dos espaços oceânicos, o qual teve curso entre os séculos XVI e XIX, embora possa remontar, episodicamente, mesmo ao século XIII, quando se delineou, entre cidades italianas assim como ao norte da Europa, a distinção entre *districtus* e *pelagus*, entre águas territoriais e alto-mar¹.

Com o advento do período das grandes descobertas, e do processo de crise de Direito do Mar que delas resultou, rivalizaram-se, como se sabe, duas diretrizes fundamentais. As que se defrontaram na polêmica dos mares², reunindo, entre outros,

* Comunicação apresentada às "Primeras Jornadas Latino-Americanas de Derecho Internacional", organizadas pela Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, 1978).

1. RAESTAD, Arnold. *La Mer Territoriale*. Paris, Pedone, 1913, pp. 20 e segs.

2. Vide NYS, *Une Bataille de Livres*, in *Études de Droit International et de Droit Politique*, Deuxième Série, Bruxelas-Paris, 1901, pp. 260/272; idem, *Les Origines du Droit International*, Bruxelas-Paris, 1894, pp. 379-387; GARCIA ARIAS, *Historia del Principio de la Libertad de los Mares*, Santiago de Compostela, 1946; FULTON, *The Sovereignty of the Sea*, Edimburgo, 1911, pp. 1-56;

de um lado, nomes como os de GENTILIS, de WELWOOD, de SELDEN, de MEDOWS, de SERAFIM de FREITAS; de outro lado, os de VITÓRIA, de MENCHACA, de GRÓCIO³.

A primeira dessas diretrizes propendia para a justificação do monopólio dos oceanos; ou, a rigor, o admitia, ampla e irrestritamente. Conquanto se qualificasse o mar entre as *res communis omnium*, e se declarasse ser ele comum quanto ao uso e *nullius* com respeito à propriedade, se ponderava que, no tocante à jurisdição, estava o mar sujeito à Coroa: *sed jurisdictio est Caesaris. Águas do Imperador*, assinala GARCIA ARIAS,⁴ eis como se designava o alto-mar com frequência no século XVI. Daí a posição das Coroas portuguesa e espanhola em reivindicarem a jurisdição sobre os oceanos. E em relação aos mares que então se descobriam, não apenas a jurisdição senão também o domínio exclusivo⁵, que as bulas de ALEXANDRE VI contribuíram para consagrar: *Eximiae Devotionis* e *Inter Cetera*, de 3 de maio de 1493; a segunda bula *Inter Cetera*, do dia seguinte; e *Dudum Siquidem*, de 26 de setembro do mesmo ano. Parte dos desentendimentos, que ainda subsistiam⁶ na relação entre os dois Estados, se diluiu nos termos do Tratado de Tordesilhas, de 7 de junho de 1494, confirmado a 2 de julho e a 5 de setembro do mesmo ano, respectivamente em Arévalo e em Setúbal, pelos reis católicos e por D. João II. Essa mesma orientação monopólica perfilharam, com redobrado empenho, os governantes da Inglaterra, no século XVII. Culminou ela com as conhecidas exigências da saudação ao pavilhão, de que batalhas navais resultaram.⁷

GIDEL, *Le Droit International Public de la Mer*, III, pp. 127 e segs.; RIESENFELD, *Protection of Coastal Fisheries under International Law*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1942, pp. 113.

3. Sobre a contribuição, já no século XII, do Papa Alexandre III ao princípio da liberdade dos mares, vide: VALERY, *Le Pape Alexandre III et la Liberté des Mers*. RGDI, pp. 240/251.

4. *Estudios de Historia y Doctrina del Derecho Internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 220.

5. Vide MARCELO CAETANO, *Introdução*, in FREI SERAFIM DE FREITAS, *Do Justo Império Asiático dos Portugueses*, Lisboa, Instituto de Alta Cultura, 1960, vol. I, p. 9. AMILCAR MARCHEVINI, *Liberdade dos Mares*, Rio de Janeiro, 1925, pp. 10/34.

6. VALLADÃO, Haroldo, *Democratização e Socialização do Direito Internacional*, Rio, Livraria José Olympio, 1961, p. 20.

7. Cf. PERELS, *Manuel de Droit Maritime International*, Paris, 1884, pp. 162/163; DE LOUTER, *Le Droit International Public Positif*, I, Oxford: Imprimerie de l'Université, 1920, pp. 377/378; LA PRADELLE, *Le Droit de l'Etat*, op. cit., p. 269.

Da diretriz oposta haviam participado, contudo, na segunda metade do século XV e no século XVI, os soberanos da Inglaterra. Recordem-se a respeito as palavras da rainha Isabel ao embaixador da Espanha que protestara contra as expedições de DRAKE no mar das Antilhas ⁸.

Através dessas vicissitudes e controvérsias, que dinamizaram povos e continentes, pode-se dizer com ALBERTO ULLOA que “el descubrimiento de América fue el origen del debate sobre la libertad de los mares” ⁹.

Solucionou-se, em fins do século XVII, como se sabe, a questão do domínio dos mares em favor da tese de GRÓCIO, por motivos de ordem não apenas jurídica senão também política. Substituiu o domínio português e espanhol nos mares a Inglaterra que não mais motivos encontrara para continuar a defender as fórmulas eruditas e falazes de SELDEN ¹⁰.

Ao mesmo tempo que declinava a polêmica sobre a liberdade dos oceanos, adquiria consistência, em toda a parte, a noção do mar territorial. Desde o começo do século XVIII — observa ZELLER ¹¹ — essa noção se revelou enfim triunfante na teoria e na prática internacionais. Em contraposição, se afirmava, triunfante, a noção e a prática do alto-mar.

Tomando por base o fenômeno do descobrimento e o seu influxo no direito das gentes, observa ANDRES A. ARAMBURU MENCHACA ¹² não ser estranho que a América tenha sido “la iniciadora de la reforma del Derecho del Mar y que en su seno hayan tenido lugar las principales iniciativas políticas así como las más elaboradas formulaciones jurídicas...”. Desde a sua descoberta, o continente se encontrava fadado a estimular o desenvolvimento das normas e instituições marítimas, o que de fato ocorreu, por motivos culturais, políticos, psicológicos, econômicos, geográficos, tecnológicos, estratégicos, com projeção singular e marcante, sobretudo na parte que se conveniou chamar de América Latina.

8. HIGGINS and COLOMBOS, *International Law of the Sea*, 3.^a ed. rev., 1954, pp. 42/43.

9. *Régimen Jurídico del Mar*. Cursos Monográficos, tomo III, Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado.

10. GARCIA ARIÁS, *Historia*, op. cit. pp. 186/188 — Doc. A/CN.4/32. Memorandum présenté par le Secrétariat des Nations Unies, YILC 1950-II, p. 69.

11. *Les Temps Modernes*, II, *Histoire des Relations Internationales*, Paris, Hachette, 1955, p. 159.

12. “La Costumbre y la Delimitación de los Espacios Marítimos en el Continente Americano”, junio 1973, dact., p. 2.

II

A Codificação do Direito do Mar

Assentou-se o direito do mar clássico em práticas oriundas de Estados litorâneos, o mais das vezes europeus, providos de importantes frotas mercantes e militares¹³. Essas práticas, através de processo lento e complexo, se corporificaram gradualmente em costumes internacionais. Baseado nesta fonte de direito, que a doutrina sistematicamente explicitava, definiu-se o direito do mar através de sucessivas Conferências de Codificação, a começar pela de Haia de 1930, de competência adstrita de início ao regime das águas territoriais e ampliada mais tarde a outras áreas marítimas. Após a inoperância dessa reunião, que a Sociedade das Nações promovera, coube à Conferência de Genebra de 1958 completar etapa subsequente do processo de codificação. Foi a primeira das reuniões convocadas sob a égide das Nações Unidas. Revestiu ela de forma convencional o direito do mar através de quatro acordos: sobre mar territorial e zona contígua; sobre alto-mar; sobre conservação dos recursos biológicos do mar; e sobre plataforma continental. Foram resultados sem dúvida positivos mas incompletos. Manteve-se um sistema de distribuição de espaços marítimos que, escudado na invocação de normas consuetudinárias, conservava a hegemonia econômica e estratégica das potências navais exercidas na amplitude do alto-mar. Demarcou-se de forma alternativa nas âmbigüas o limite exterior da plataforma continental permitindo ao Estado costeiro respectivo distendê-lo em função de sua capacidade tecnológica. Ficaram, outrossim, sem solução, dois problemas nucleares — o da largura do mar territorial e dos limites das zonas de pesca — os quais foram confiados, embora inutilmente, ao exame da segunda Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, realizada em 1960.

Com o passar dos meses se tornou patente que os tratados de Genebra, de 1958, se mostravam omissos em relação às questões oriundas do desenvolvimento científico e técnico e da exploração dos fundos oceânicos e quanto à conveniência de se instituir uma gestão racional dos meios marinhos. Não é de estranhar que reduzido número de Estados se vinculasse a esses

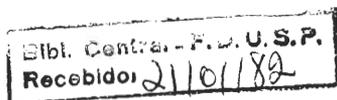
13. Cf. THIBAUT, Françoise. *L'Amérique Latine et l'évolution du droit international de la mer*, RGDIP, 1971, pp. 742-758; QUÉNEDEC, Jean-Pierre, "La Remise en Cause du Droit de la Mer", *Actualités du Droit de la Mer*, Colloque de Montpellier, Paris, Pedone, 1973, pp. 33-41; BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis. *La Doctrina Peruana de las 200 Millas*, Lima, P.A. Villanueva, 1963.

tratados: apenas 49 em relação à Convenção sobre Alto-Mar e sobre a Plataforma Continental; e 41 e 32 Estados, respectivamente, em relação às Convenções sobre Mar Territorial e sobre a Pesca e Conservação dos Recursos Biológicos do Mar. Ampliando-se, desde a assinatura desses acordos, a composição da sociedade internacional, que passou a abranger cerca de centena e meia de Estados, verifica-se que apenas um terço deles se vinculou juridicamente a essas convenções, das quais a última parece ter encontrado menor grau de aceitação, pois só entrou em vigor a 20 de março de 1966, enquanto a Convenção sobre Alto-Mar vigorava desde 1962 e as sobre Mar Territorial e Plataforma Continental desde 1964.

Em decorrência de oposição a esses tratados, ou das lacunas neles subsistentes assim como do aumento constante de capacidade dos navios estrangeiros, alguns Estados — o mais das vezes latino-americanos — passaram a adotar medidas unilaterais visando a estabelecer a delimitação do mar territorial e das zonas de pesca assim como direitos preferenciais, em conformidade com interesses próprios ou regionais.

Costuma-se atribuir ao surpreendente progresso tecnológico das últimas décadas, susceptível de ensejar a exploração do relevo submarino subsequente à plataforma continental, e o receio de que os fundos oceânicos se submetessem a soberanias nacionais e se convertessem em centro de competições acirradas, as principais razões da proposta apresentada no mês de setembro de 1967, perante a Assembléia Geral das Nações Unidas pelo Embaixador ARVID PARDO, delegado de Malta. Aprovada a inclusão de novo tema na agenda da XXIIa. sessão da Assembléia Geral, que então se iniciava, foi a seguir criado Comitê Especial, composto por 35 membros, para estudar a utilização, com fins pacíficos, dos fundos marítimos e oceânicos situados fora dos limites da jurisdição nacional (resolução 2340-XXII)¹⁴. A 21 de dezembro de 1968, a Assembléia Geral aprovou as resoluções 2467 A, B, C e D (XXIII), pelas quais se estabeleceu a Comissão sobre a Utilização com Fins Pacíficos dos Fundos Marítimos e Oceânicos situados fora dos limites da Jurisdição Nacional. Integrada, inicialmente, por 12 Estados-membros, foi a Comissão ampliada, sucessivamente, de sorte a abranger 86 e finalmente 91 Estados. Ficou essa Comissão incumbida pelas resoluções 2750 A, B e C (XXV), de 17 de dezembro de

14. Sobre o histórico e competência do Comitê Especial, ver VOELCKEL, Michel. "L'Utilization du Fond de la Mer", AFDI, 1968, pp. 720-721; LÉVY, Jean-Pierre. *La Troisième Conférence sur le Droit de la Mer*, AFDI, 1971, pp. 784-797.



1970, de promover os trabalhos preparatórios de nova conferência sobre Direito do Mar, cuja convocação as mesmas resoluções haviam previsto para 1973. Com esse objetivo, a Comissão, após uma série de reuniões em New York e em Genebra, apresentou nesse mesmo ano à Assembléia Geral um relatório sobre suas deliberações, inclusive a documentação respectiva, material esse finalmente remetido a exame da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, a qual acabou se realizando em data posterior à inicialmente prevista ¹⁵.

A proposta do governo de Malta se referira especificamente à inclusão do seguinte tema: “Declaração e Tratado relativo à reserva exclusiva para fins pacíficos do fundo do mar e do fundo do oceano sob os mares, além dos limites da jurisdição atual e o uso de seus recursos no interesse da humanidade”. Embora se referindo diretamente à problemática dos fundos oceânicos, dependia a análise desse tema da solução dos problemas concernentes à jurisdição de cada Estado, o da determinação dos limites exteriores da plataforma continental e o da largura do mar territorial. Seguiu-se gestão dos governos da URSS e dos Estados Unidos sobre a conveniência de convocar uma nova Conferência Geral sobre Direito do Mar para cuidar de três temas (limitação da largura do mar territorial, liberdade de trânsito através dos estreitos internacionais e “interesses especiais dos Estados ribeirinhos no alto-mar”). Mas a Assembléia Geral aprovou, a 15 de dezembro de 1969, a Resolução 2574 A por meio da qual se solicitou ao Secretário Geral averiguar as opiniões dos Estados-membros sobre a conveniência de convocar uma Conferência com o seguinte objetivo: “rever os regimes do alto mar, da plataforma continental, do mar territorial e da zona contígua, da pesca e da conservação dos recursos biológicos, especialmente para chegar a uma definição clara, precisa e internacionalmente aceita de zona dos fundos marítimos e oceânicos que se encontrem fora dos limites da jurisdição nacional, à luz do regime internacional” que se estabeleceria para essa zona. Decidiu a Assembléia Geral, a 17 de dezembro de 1970, convocar a Conferência a qual se relacionou (segundo a Resolução 2750 C, parágrafo 2) com “o estabelecimento de um regime internacional equitativo — incluindo um mecanismo internacional — para a área e os recursos do leito do mar e dos fundos oceânicos, e o respectivo subsolo, além dos limites da jurisdição nacional, uma precisa definição da área, e uma série extensa de tópicos pertinentes, inclusive

15. LÉVY, op. cit., p. 784-828.

os concernentes aos regimes do alto-mar, plataforma continental, mar territorial (abrangendo a questão de sua largura e a questão dos estreitos internacionais) e zona contígua, pesca e conservação dos recursos biológicos do alto-mar (inclusive a questão dos direitos preferenciais dos Estados ribeirinhos), a preservação do ambiente marítimo (inclusive *inter alia* a prevenção da poluição) e a pesquisa científica”.

Essa relação de temas propostos para a consideração da terceira Conferência das Nações Unidas reclamaria classificação, ordem, sistematização. Daí ter a Assembléia decidido — nos termos da mesma Resolução (parágrafo 3.º) — rever nas reuniões subseqüentes, de 1971 e de 1972, os relatórios da Comissão sobre os Usos Pacíficos do Leito do Mar e do Fundo Oceânico além dos Limites da Jurisdição Nacional.

Como se verifica, o âmbito de competência *ratione materiae* da Terceira Conferência ultrapassa de muito o das que a precederam. Tem ela jurisdição sobre tópicos especiais não considerados em reuniões anteriores, os quais decorrem, predominantemente, do rápido avanço tecnológico manifestado no decorrer dos anos mais recentes. Esse avanço se reflete na crescente produção do petróleo na plataforma continental, no aperfeiçoamento do sistema de dragagem e coleta dos nódulos do fundo oceânico, no aceleração da construção dos navios-usinas que concorrem para a intensificação da pesca e acarretam gravíssimos riscos para a preservação dos recursos biológicos do mar. A dizimação dos cardumes, os perigos da poluição, o risco de conflitos oriundos da corrida das grandes potências no enalço dos recursos dos fundos oceânicos, concorrem para reavivar o interesse em torno de tópicos inéditos, ou estudados anteriormente mas submetidos a nova reavaliação política, econômica, estratégica, jurídica, avaliação essa justificável pelo fato de que grande número de novos Estados somente desde recente data alcançou oportunidade de contribuir para o estudo e aperfeiçoamento das normas sobre o direito do mar.

Através do processamento da codificação, a contribuição dos países latino-americanos se fez com o propósito de dinamizá-la em bases de universalidade e de integração do temário.

Opuseram-se eles à proposta conjunta soviético-norte-americana limitada a três temas. A firme posição desses países concorreu para que a codificação ocorra em relação a toda a problemática marítima, o que vem ocorrendo nas negociações e se reflete no sistema normativo global do Texto Integrado Oficioso para Fins de Negociação, publicado a 19 de julho de 1977, quatro dias após o fim da sexta sessão, em New York.

A Terceira Conferência realizou até agora sete sessões¹⁶, a última das quais se deu em Genebra, de 28 de março a 19 de maio deste ano, estando a próxima prevista para New York, no período de 21 de agosto a 15 de setembro próximo.

III

O Princípio da Liberdade dos Mares e a América Latina

É equívoco supor tenha o chamado *novo direito do mar* emergido a partir apenas de reação contrária às Convenções de Genebra e em razão das lacunas nelas existentes. Duas dessas convenções, sobre Alto-Mar e sobre Mar Territorial e Zona Contígua, sobretudo a primeira, foram preponderantemente explicitação de normas consuetudinárias e, como tais, expressão de interesses tradicionais de potências, favorecidas com a limitação de direitos soberanos de Estado costeiro e com a garantia de liberdade sobre vastas áreas do alto-mar.

O princípio da liberdade dos mares fora proposto por HUGO GRÓCIO como necessário ao progresso das relações entre os povos. Reportava-se o jurista holandês a condições naturais do uso do mar e ao princípio de não poder ser objeto da propriedade ou domínio o que não pudesse ser objeto de ocupação exclusiva. Seria atentar — asseverou-se, a seguir — contra os interesses da comunidade internacional a sujeição do oceano à soberania deste ou daquele Estado. Tendo surgido em oposição às pretensões hegemônicas de soberania oceânica, a concepção da liberdade dos mares havia sido formulada, pois, como essencialmente negativa. Donde a regra da não interferência dos navios; a proibição de fiscalização de pesca, pelo Estado ribei-

16. Vide *inter alia*: STEVENSON, John R. and OXMAN, Bernard H. *The Preparation for the law of the Sea Conference*, AJIL, 1974, pp. 1 e segs.; *idem*, *The Third United Nations Conference of the Law of the Sea: the 1974 Caracas Session*, AJIL, 1975, pp. 1 e segs.; *idem*, *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: the 1975 Geneva Session*, AJIL, 1975, pp. 763-797. OXMAN, Bernard H. *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: the 1976 New York Session*, AJIL 1977, pp. 247-269; *idem*, *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: the 1977 New York Session*, AJIL, 1978, p. 57-82; THIBAUT, Françoise. *L'Amérique Latine et l'Évolution du Droit International de la Mer*, RGDIP, 1971, pp. 742-758; *idem*, *Le Continent Américain et la Crise du Droit de la Mer*, RGDIP, 1976, pp. 785; GARCIA-AMADOR, F.V. *The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea*, AJIL, 1974, pp. 33 e segs.; GANZ, David L. *The United Nations and the Law of the Sea*. ICLQ, 1977, pp. 1 e segs.

rinho, além do limite de seu mar territorial; e a proclamação da regra de igualdade de oportunidades em alto-mar, as quais passaram a ser usufruídas, contudo, apenas pelos Estados capazes de se utilizar efetivamente desse espaço. Dessa concepção negativa não se engendrava regime de anarquia jurídica dos oceanos, de vez que se considerava cada navio como vinculado às leis do Estado cujo pavilhão ele conduziria.

Dessa concepção tradicional resultava, contudo, a implantação de ordenamento jurídico de que se beneficiavam apenas as potências marítimas. Embora fosse em tese o alto-mar susceptível de utilização e de exploração, em nível de igualdade, por todos os Estados, ele o era, de fato, apenas por alguns dentre eles, favorecidos pela posse de navios cada vez mais numerosos e mais pujantes. Quanto ao uso do mar não apenas para trânsito e comunicação mas também para captação de recursos biológicos e minerais, o progresso tecnológico contribuiu para ainda mais aumentar as vantagens das potências marítimas cujas teses em prol da manutenção de mares territoriais e largura restrita acabaram por subsistir nas Conferências de Codificação de Haia de 1930 e nas de Genebra de 1958 e 1960.

Postulado básico nas concepções de GRÓCIO era o de serem inexauríveis os recursos do mar: este é “tão vasto que é suficiente para todos os usos que todos os povos podem dele se valer, se eles querem retirar água, pescar ou navegar”¹⁷. Esta noção é reiterada na doutrina tradicional. Está em WOLFF, que precisa: *Mare vastum res usus inexhausti est*¹⁸. Também em VATTEL¹⁹. Desde que válido esse postulado, era compreensível se afirmasse que entre as chamadas liberdades do alto-mar figurasse a liberdade de pesca uma vez que a utilização da mesma não causaria prejuízos a ninguém. Identificada a falsidade do postulado, impunha-se reformular — também por esta razão — o direito do mar tradicional. O progresso tecnológico indicou ser urgente essa reformulação. É o que demonstra o uso de navios-usinas providos de instalações frigoríficas, a utilização de instrumentos localizadores de cardumes, o emprego de métodos cada vez mais aperfeiçoados da coleta, em grande quantidade, de recursos biológicos. Tornaram-se cada vez mais conhecidos, por outro lado, os modos de vida, as migrações, as

17. GROCIUS, *Jus Belli ac Pacis*, Lib. v. II, c. 3.

18. WOLFF, *Jus Gentium Scientifica Pertractatum*, § 121 (ed. de 1964, reprodução fotográfica no *The Classics of International Law*, 1974, p. 46).

19. VATTEL, *Droit des Gens*, I, Livre I, Chap. XXIII, § 281.

formas de procriação das espécies ictiológicas, o que ao em vez de concorrer para proteger essas espécies têm, o mais das vezes, contribuído para destruí-las. O aumento da capacidade e do tamanho dos navios, as congestões de tráfego em certas áreas do mar, a exploração crescente dos recursos das águas tanto quanto do solo e subsolo marítimos, a instalação de usinas nucleares, de terminais petrolíferos, de ilhas artificiais, com a correspondente contaminação, tudo tem concorrido para anular as premissas em que se baseava o princípio tradicional da liberdade dos mares.

Após as vicissitudes da independência política, a América Latina se revelou sensível, através da primeira obra de direito internacional que nela se publicou — *Principios de Derecho de Gentes*, cuja primeira edição remonta a 1832 — à modificação dos pressupostos em que se baseava o direito do mar então vigente. O direito internacional que ANDRÉS BELLO conheceu, como escreve EDUARDO PLAZA A., “ya no cuadra exactamente a un mundo nuevo en el que todo está por haver, donde surge diariamente un problema no conocido y, por conseqüente, no resuelto según los moldes clásicos”. Esse mundo novo fala nova linguagem. “A ese nuevo lenguaje hay que traducir la vieja cultura para que América pueda servirse de lo que aquella aportó de constructivo”²⁰. Em relação especificamente ao direito do mar, dissentia ANDRÉS BELLO do postulado em que se assentava a doutrina clássica sobre a inexauribilidade dos oceanos, fato digno de realce dada a influência dominante dessa doutrina no começo do século XIX, sobretudo a explicitada em VATTEL²¹, o autor que o jurista latino-americano segue, aliás, “mais de perto e com maior freqüência”²², embora com reservas²³.

20. PLAZA A., Eduardo. *Introducción al Derecho Internacional de Andrés Bello*, in *Obras Completas de Andrés Bello*, I, Caracas, Ministerio de Educación, 1954, p. XVII.

21. VATTEL, op. cit. “Il est manifeste que l'usage de la pleine mer, lequel consiste dans la navigation et dans la pêche, est innocent et inépuisable, d'est-à-dire, que celui qui navigue o qui pêche en pleine mer, ne nuit à personne, et que la mer, à ces deux égards, peut fournir aux besoins de tous les hommes. Or, la nature ne donne point aux hommes le droit de s'approprier les choses dont l'usage est innocent, inépuisable, et suffisant à tous...”

22. Como observa Eduardo Plaza A. são apenas dois os capítulos em que Bello não cita Vattel: o sétimo da primeira parte relativo aos cônsules e o oitavo da segunda, que trata do comércio marítimo dos neutros. Op. cit., I, 1954. p. XCV.

23. Vide CALDERA, Rafael Andrés Bello, Caracas, Biblioteca Popular Nacional, 4.^a ed., 1965, p. 186.

Não sendo os mares inesgotáveis, diz BELLO, “parece que seria lícito a un pueblo apropiarse los paragens en que se encuentran i que no estén actualmente poseídos por otro”²⁴. Teve o jurista latino-americano, pois, segundo já foi assinado²⁵, “una visión sumamente dinámica en lo que respecta a la jurisdicción nacional sobre los espacios marinos, anticipándose en un siglo a las concepciones jurídicas que surgiéron con motivo de haberse admitido la agotabilidad de los recursos marinos”. O interesse dos juristas latino-americanos sobre o direito do mar se acentua desde os primeiros anos de emancipação do Novo Mundo. Quatro anos após a edição dos *Principios de Derecho de Gentes*, publica-se no Brasil a mais antiga monografia sobre direito do mar, que talvez seja também pioneira na América Latina. Foi JOSÉ MARIA DE AVELAR BROTERO, o mais antigo lente e diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, quem a redigiu²⁶. Trata-se das *Questões sobre Presas Marítimas* (São Paulo, 1836), tema versado, aliás, por BELLO na Parte Segunda, Capítulo V, de seus *Principios*.

O sistema europeu vigente até o começo de nosso século, no qual se integra o direito clássico do mar, era um direito homogêneo e, ao mesmo tempo, hegemônico. “Não fora afetado durante o século XIX” — lembra TRUYOL Y SERRA — “nem por sua extensão ao continente americano nem pela incorporação do Oriente à vida internacional, pois, num caso e noutro, houve a transposição dos ‘standards’ ocidentais”²⁷. No século atual, porém, os países latino-americanos, dando seqüência à busca de soluções próprias, delineada por BELLO na primeira metade do século passado, promoveram de modo marcante a revisão do direito do mar, através de processo dialético em que os Estados Unidos da América, mais do que os países europeus, encarnaram a posição antitética²⁸. O mesmo sistema sofreu, por outro lado, crise recente em virtude do processo de descoloni-

24. Andrés Bello, *Principios de Derecho Internacional*, in *Obras Completas*, op. cit., pp. 55-56.

25. ORREGO VICUÑA, Francisco. *Chile y el Derecho del Mar*. Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1972, p. 10.

26. MAROTTA RANGEL, Vicente. *Primeiros Escritos sobre Direito Internacional no Brasil*, in *Problemas Brasileiros*, outubro de 1977, n. 170, pp. 3-9.

27. *L'Expansion de la Société Internationale au XIX.^e et au XX.^e siècles*, *Recueil des Cours*, ADI, 1965, p. 158.

28. ARAMBURU MENCHACA, Andres A., op. cit., pp. 14-18.

zação dos países da África e Ásia ²⁹. Mas os novos Estados, que emergiram desse processo, acabaram por acompanhar o roteiro pioneiro dos países latino-americanos na renovação do direito do mar tradicional, imbuídos do idêntico propósito de favorecer o desenvolvimento econômico e social de seus respectivos povos ³⁰. É com base numa posição valorativa e crítica, formulada de maneira serena e construtiva, que os juristas e estadistas latino-americanos, seguindo na esteira da contribuição de ANDRÉS BELLO, vêm exercendo suas funções relevantes em prol do direito do mar e das bases tradicionais em que ele se tem constituído.

29. Cf. BOSC, Robert. *Le Tiers Monde dans la Politique Internationale*, Paris, Aubier-Montaigne, 1968, pp. 62-68; SERENI, A. P. *Les Nouveaux Etats et le Droit International*, RGDIP, 1968, pp. 305-322; JENKS, W. *The Common Law of Mankind*, 1958, pp. 63 e segs.; CARRILLO SALCEDO, *Aspectos Doctrinales del Problema de la Universidad del Derecho de Gentes*, REDI, 1964, pp. 3 e segs.; FALK, R.A., *The New States and International Legal Order*, *Recueil des Cours*, ADI, 1956-II, pp. 7-103; Mc. WHINNEY, Edward. *Le Nouveau Droit International et la Nouvelle Communauté Mondiale*, RGDIP, 1966, pp. 325-345.

30. PEYROUX, Evelyne. *Les Etats Africains face aux questions actuelles du Droit de la Mer*, RGDIP, 1974, p. 624.

NOTA: Este trabalho terá continuidade no volume 75, 1980 e nos subseqüentes.

J. E. Labbé e a Natureza Jurídica do Casamento Romano.

José Carlos Moreira Alves

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.
Ministro do Supremo Tribunal Federal.

1. Atualmente, os romanistas, em sua grande maioria, entendem que o casamento romano difere profundamente do moderno. Se neste o consentimento inicial externado em face da autoridade celebrante vincula os nubentes por toda a vida ou até a obtenção do divórcio, nos ordenamentos jurídicos que o admitem, aquele era mero estado de fato que perdurava enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecer casados. Havia, assim, situação análoga à da posse, com um elemento subjetivo — a intenção contínua de ser marido e mulher (*affectio maritalis*) — e um objetivo — a convivência ainda que simplesmente ideal, traduzida pelo *honor matrimonii*. Daí, a definição de BONFANTE (*Corso di Diritto Romano*, I, ristampa, p. 256, Milano, 1963) :

“ .. o matrimônio romano pode definir-se: a convivência do homem e da mulher sob a autoridade do marido com a intenção efetiva, contínua de ser marido e mulher”,

cujos elementos ele, linhas adiante, assim explica :

“O requisito propriamente fundamental, porquanto representa, por assim dizer, a alma e a essência do matrimônio, é a *affectio maritalis*. *Affectio* indica uma vontade duradoura, não momentânea, tal, em suma, que se converte em um estado de ânimo: esse sentido da palavra está ainda gravado nos nossos derivados e usados, “essere affetto, affezione morbosa”, e semelhantes: o significado sentimento de afeição é um derivado secundário daquele sentido psicológico.

A intenção de ser marido e mulher significa a intenção de estabelecer uma sociedade íntima quanto a todas as relações, perpétua, de transmitir à esposa a própria posição e a própria dignidade social (o denominado matrimônio morganático não teria sido reconhecido como matrimônio pelos romanos, mas como uma forma de concubinato), de procriar e de criar os filhos. Quanto ao outro requisito, a vida comum, ela não deve ser entendida no sentido materialístico ou demasiadamente literal, porém com um significado ético e social como a efetiva subsistência daquelas recíprocas relações morais e sociais que se manifestam e se resumem na significativa expressão romana, *honor matrimonii*”

2. Essa teoria é recente, porquanto, segundo a opinião comum, data do fim do século passado, ou, mais precisamente, de 1889.

Até então, estivera viva a controvérsia sobre a natureza jurídica do casamento romano, o que, aliás, já vinha dos glosadores. Entenderam eles, a princípio, que o matrimônio, em Roma, era um *contractus personarum* (contrato sem fundo patrimonial), em contraposição ao *contractus rerum*. Mas, em virtude da influência dos canonistas, passaram a caracterizá-lo como ato jurídico (*actus legitimus*), à semelhança da adoção. Os pós-glosadores, porém, retornaram à tese primitiva. E os franceses da Escola Culta (CUJÁCIO, DONELO e outros) se fixaram no contrato de sociedade, opinião geralmente seguida pelos representantes dessa Escola, nos séculos XVII e XVIII. Nos fins da centúria XVIII, GLÜCK atacou vigorosamente a teoria em voga, salientando, entre outros argumentos, que, segundo os romanos, o vocábulo *contractus* jamais designou ato jurídico de natureza pessoal, como sucede com relação ao casamento. Não fora SAVIGNY, e a crítica de GLÜCK teria abalado seriamente a teoria contratualista. No *Sistema do Direito Romano Atual* (trad. SCIALOJA, v. III, § 140, p. 406), SAVIGNY reformulou o conceito de contrato, definindo-o de modo mais amplo — “o concurso de várias pessoas numa concorde declaração de vontade, pela qual se determinam suas relações jurídicas” —, e possibilitando o enquadramento, aí, do casamento, afastada a objeção de GLÜCK. E até quase o início do século atual, os autores prestigiaram a teoria contratualista, divergindo, no entanto, quanto à espécie de contrato a que pertenceria o matrimônio.

3. Essa doutrina, porém, jamais conseguiu a adesão unânime dos romanistas. Em tempos mais afastados, manifestaram-se contra ela DUARENO e HÚBERO que encontraram eco, muito mais tarde, em GLÜCK. A crítica desses autores, porém, era apenas negativa, pois se esforçavam em fazer ruir a tese tradicional, mas não conseguiam substituí-la por outra melhor.

De acordo com a opinião corrente, quem obteve êxito nesse empreendimento foi um romanista italiano, MANENTI, em livro publicado em Siena, em 1889, sob o título *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio*. Nesse trabalho — a que o próprio autor denominava “modesto lavoro” (*ob. cit.*, p. V —, esboçou-se a teoria moderna sobre a estrutura jurídica do casamento romano, possibilitando aos romanistas aprofundar-se na trilha aberta e fazer ressaltar, de forma nítida, a natureza do consórcio em Roma. Destacou-se, sobretudo, nessa empresa BONFANTE, já nas páginas que, a propósito, escreveu, em 1900, em seu *Diritto Romano*.

4. MANENTI, ao tratar do casamento no direito justinianeu, acentuou que, para a conclusão do matrimônio nesse período não se exigia qualquer solenidade, nem a conjunção carnal, bastando apenas o *consensus*, consoante — como já observara SCHEURL — a regra “nuptias non concubitus sed consensus facit”. E assim caracterizou a natureza desse *consensus*:

“... esse *consensus*, que *facit nuptias*, não é de considerar-se no sentido ordinário da palavra consentimento, acordo momentâneo de duas vontades que produz um vínculo obrigatório perene, que se conserva tal ainda que aquelas vontades se tornem depois discordantes, como nos contratos em geral, os quais têm por precípua escopo o de assegurar o intercâmbio dos serviços humanos contra a mutabilidade do querer humano. De feito, o requerido pela *nuptiae* é um consentimento consistente num acordo de vontades não instantâneo, mas continuado, com efeito limitado no tempo à sua própria duração. É sem dúvida por essa sua continuidade principalmente que ele concretamente assume natureza e denominação de *affectus*, *affectio* (*maritalis*, *uxoris*).

Ora, essa *affectio*, essa vontade, que dava existência e mantinha o matrimônio encontra sua expres-

são no fato mesmo da comunhão de vida, por meio da qual ela dava contínua prova de sua permanência” (p. 42/43).

Deu, pois, relevo ao elemento subjetivo, deixado na penumbra o elemento objetivo, que só foi ressaltado posteriormente pelos romanistas que seguiram a formulação de BONFANTE, embora, atualmente, alguns o neguem, como ORESTANO, no volume primeiro (e único até hoje publicado) de seu exaustivo estudo *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano — Dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano, 1951.

5. Os romanistas italianos, apesar da tendência de realçar o valor da contribuição de seu compatriota, reconhecem que ele teve precursores, como os alemães SCHEURL e MAYNZ, mas salientam que ambos se limitaram a formular, vagamente, a concepção moderna, sem procurar aprofundá-la e desenvolvê-la. MAYNZ (*Cours de Droit Romain*, III, 4.^a ed., § 306, p. 12, nota 2, Bruxelas, 1877), po rexemplo, não vai além destas palavras:

“É de dizer-se que o casamento constitui uma espécie de contrato consensual como se diz por vezes? Não, o casamento não é um *contrato* que dá nascimento a uma obrigação jurídica: é uma condição civil, que implica um estado de coisas fundado na união, a *coniunctio*, o *consortium* das partes. Assim, não basta uma manifestação qualquer de vontade para criar o vínculo conjugal; convém que a *intenção* das partes seja conforme ao estado de fato. É por isso que não há casamento quando a mulher *ausente* declara a um homem, por carta ou por mensagem, que ela consente em tomá-lo ou em tê-lo como esposo; ao passo que o casamento se conclui quando a mulher entra no domicílio do marido ausente e concorde, pois essa entrada implica *consortium*”.

A própria aproximação do casamento à posse já ocorrera, anteriormente, a DEMANGEAT (*Cours Élémentaire de Droit Romain*, I, 3.^a ed., p. 242, nota 1, Paris, 1876: “Sob esse aspecto (o *postliminium* em face do casamento dissolvido por ter sido o marido capturado pelo inimigo), pode-se comparar o casamento à posse: um homem que possuir por ele mesmo uma certa coisa tendo sido feito prisioneiro pelo inimigo, sua posse se interrompe e o *postliminium* não eliminará a interrupção”), e, séculos antes, ao glosador VACÁRIO (cfe. ORESTANO, ob. cit., I, n.º 17, p. 54).

No entanto, mesmo aqueles que atacam vigorosamente a concepção moderna da natureza jurídica do casamento romano, como PIERO RASI (“Consensus facit nuptias”, p. 14 e segs., Milano, 1946), não hesitam em afirmar que foi MANENTI quem primeiro lançou, de forma categórica, os fundamentos da doutrina ainda hoje dominante.

São de ORESTANO (*ob. cit.*, n.º 18, p. 59/60) estas palavras:

“Em 1889 vê a luz o escrito de Manenti, a que já temos acenado e do qual verdadeiramente pode dizer-se que começa a renovação desses estudos.

Os acenos da teoria de Manenti já se encontram em Scheurl, de que ele se utiliza amplamente. Mas a importância do escrito de Manenti supera todos os precedentes, seja pelos desenvolvimentos dados à nova visão do matrimônio romano, seja pela enorme influência que exerceu sobre a doutrina romanística posterior, especialmente italiana, que é a que mais tem estudado os problemas do matrimônio”.

6. Tem passado, entretanto, inteiramente despercebida notável contribuição sobre a natureza jurídica do casamento em Roma do jurista francês J. E. LABBÉ, professor de direito romano na Faculdade de Direito de Paris, que, em 1883 — seis anos antes de vir à luz o livro de MANENTI — publicou, em apêndice à décima segunda edição da conhecida obra de ORTOLAN, *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien (Législation Romaine, v. II, p. 684 a 687, Paris)*, um trabalho denominado *De la nature du mariage*.

Essa dissertação de LABBÉ foi escrita para demonstrar o erro em que incidiu ORTOLAN, ao pretender que o matrimônio romano nada mais era do que um contrato real, tanto que exigia, como elemento de fundo, a *deductio uxoris in domum mariti*. Atacando a tese de ORTOLAN, LABBÉ define o casamento romano como “um estado, uma maneira de viver, uma relação contínua entre duas pessoas, um hábito de vida comum (*consuetudo vitae*), que se estabelece voluntariamente entre um homem e uma mulher, estado em que o homem comunica à mulher as honras, a consideração e a dignidade social de que é cercado” (*ob. cit.*, p. 685).

Caracterizando melhor sua posição, acentua LABBÉ que “o casamento não se forma num dado momento como um contrato; não, ele supõe condições múltiplas que podem realizar-se umas após outras e chegar, em seguida, a concorrer em conjunto”

E acrescenta: “Ele começa a existir pela reunião dessas condições; ele se prolonga por sua permanência; ele se dissolve pela cessação de uma delas”.

Linhas adiante, é ainda mais clara a concepção da necessidade da permanência da vontade dos cônjuges de viverem como marido e mulher, para que o matrimônio persista:

“O casamento é, pois, um estado de fato que supõe a reunião e a permanência de um certo número de condições. A condição primeira é a vontade comum dos esposos, vontade realizada de viver como *marido e mulher*. Que ocorrerá ao casamento, se um dos cônjuges cair em estado de demência? Não parece que o casamento deve cessar, porque um dos esposos não tem mais vontade? Semelhante questão não se levantaria a propósito de um contrato. Uma vez formado ele produz seus efeitos, não obstante uma mudança no estado das vontades que, acordes um dia, constituíram e vincularam definitivamente as obrigações. O casamento não é um contrato, é um estado duradouro. Na espécie, a solução que prevaleceu é a de que o matrimônio subsiste apesar da loucura superveniente de um dos cônjuges. O motivo que ULPIANO dá para isso é digno de nota e confirma nossa maneira de ver: *Retinetur matrimonium... quasi voluntatis reliquis in foriosis manentibus*. A vontade anterior à loucura se torna latente; ela não cessa; ela não é substituída por uma vontade contrária” (*ob. cit.*, p. 686).

É curioso observar que um dos argumentos mais ponderáveis contra a tese da persistência da vontade dos nubentes de serem marido e mulher é justamente a existência de textos como o de ULPIANO (D. I, 6, 8), referido por LABBÉ em defesa de sua concepção. Com efeito, como acentua ROBLEDA (*El matrimonio en derecho romano*, p. 134), o sentido mais óbvio desses textos é o de que “o casamento não se dissolve pelo fato da demência, embora o demente tenha cessado de querer seu casamento, ou seja, tenha cessado de poder continuar dando-lhe vida com a qualidade de consentimento que para isso se requer”. Assim, porém, não pareceu a LABBÉ, que argumenta, em contrário, com o fato de que semelhante questão não se apresentaria se o casamento dependesse apenas do consentimento inicial, e que justifica a solução do jurista romano com a observação de que a vontade anterior à loucura se torna latente, não cessando já

que não é substituída por vontade contrária. Essa observação, com base no mesmo texto de ULPIANO, é a da defesa que, há pouco, em 1975, VOLTERRA (*Precisazioni in tema di matrimonio classico, in Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, terceira série, v. XVII, p. 254/257*) apresentou contra a objeção de ROBLEDA, alegando, em última análise, que assim decidiam a questão os juriconsultos romanos, porque, mantendo-se inalterada a união conjugal inclusive por parte do cônjuge são, eram aqueles induzidos “a considerar que a vontade do demente, como a do cônjuge são, não tivesse cessado (*voluntatis reliquiis in furiosis manentibus*) e que, em verdade, perdurasse o consentimento e, conseqüentemente, o matrimônio” (p. 256).

Em prol de sua tese, LABBÉ se vale, ainda, de argumentação análoga, em muitos pontos, a de que se servem, hodiernamente, os defensores da teoria que se baseia em MANENTI. Assim, acentua que a faculdade de divórcio e de repúdio existente no direito romano resultava dessa natureza do matrimônio: “ela decorreu antes, como uma consequência, da natureza do casamento, da necessidade da permanência das vontades que o constituem, da igualdade de posição dos cônjuges na ausência da *manus*” (*ob. cit.*, p. 686). Palavras semelhantes às utilizadas por BIONDI (*Istituzioni di Diritto Romano, 3.ª ed., p. 570, Milano, 1956*): “O conceito de divórcio está em íntima relação com o de matrimônio. Como este não é ato jurídico mas situação permanente fundada na *affectio maritalis*, assim o divórcio não é ato jurídico que destrua tal situação, mas a própria extinção desta pela cessação da *affectio maritalis*”. Por outro lado, observa ainda LABBÉ que o *ius postliminii* não reintegrava o matrimônio dissolvido pelo cativo de um dos cônjuges, porquanto “o casamento que é um fato, cessou: ele não pode renascer senão por um consentimento novo realizado com a retomada da vida em comum, *matrimonii causa*”; e acrescenta: “O *ius postliminii* restabelece o pátrio poder, que é um direito, como se o cativo jamais tivesse existido, e não o estado de casado, que se constitui de fatos sucessivos” (*ob. cit.*, p. 687). Também nesse ponto não distoa a assertiva de BIONDI (*ob. cit.*, p. 558) de que “ao matrimônio, como à posse, não é aplicável o *postliminium*, tratando-se de relações que subsistem enquanto subsiste o fato que lhes serve de base”.

Mas, há mais. LABBÉ, sob certos aspectos, foi mais longe que MANENTI, colocando-se em posição que é, atualmente, a de vários autores da escola italiana. Sustenta VOLTERRA (*Ancora sulla manus e sul matrimonio, in Studi in onore de Siro Solazzi, p. 675 e segs., Napoli, 1948; e Nuove Osservazioni*

sulla “*conuentio in manum*”, *In Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, Verona, 1948, III, p. 29 e segs., Milano, 1953) que não havia, em direito romano, duas espécies de casamento (o casamento *cum manu* e o casamento *sine manu*), mas que o conceito de matrimônio era um só, ocorrendo, sim, a possibilidade de ser ele, ou não, acompanhado de um ato solene — a *conuentio in manum* —, pelo qual o marido (ou seu *pater familias*) adquiria a *manus* sobre a mulher. A mesma conclusão já havia chegado LABBÉ (*ob. cit.*, p. 685), ao dar conceito unitário ao casamento romano, salientando: “Tais são os dados essenciais do casamento considerado em si mesmo, independentemente da *manus* que não é a consequência necessária dele”. De outra parte, embora ainda hoje predomine a tese de que a concepção do casamento foi a mesma em todos os períodos de evolução do direito romano, autores há — como VOLTERRA (*La conception du mariage d’après les juristes romains*, p. 58 e segs., Padova, 1940; e *Una misteriosa legge attributa a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, v. III, p. 139 e segs., Napoli, sem data) e D’ERCOLE (*Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, v — 1939 —, p. 18 e segs.) que defendem a tese de que, nos direitos pós-clássico e justinianeus, por influência do cristianismo, a estrutura jurídica do casamento se modificou profundamente, passando o matrimônio, como sucede no direito moderno, a fundar-se na vontade inicial dos nubentes, desta resultando o vínculo conjugal. Teoria semelhante sustenta LABBÉ na parte final de seu trabalho, onde adverte:

“Tal é, a nosso juízo, o casamento romano, pelo menos na origem. A medida que se avança na história, e sobretudo no Baixo-Império, a instituição se transforma. O casamento mais se assemelha a um contrato gerador de obrigações duradouras, dissolúvel somente por causas determinadas. Esse movimento foi começado pelos imperadores pagãos no interesse da moralidade social; continuou com os imperadores cristãos por influência de crenças religiosas” (*ob. cit.*, p. 687).

Nesse ponto, aliás, é de notar-se que a posição de MANENTI não é seguida por ninguém. Com efeito, MANENTI limitou sua tese ao direito justinianeus, que é justamente o período em que é ela mais discutível, como se vê da argumentação daqueles que — como VOLTERRA (*La conception du mariage*

d'après les juristes romains, p. 58 e segs., Padova, 1940) sustentam que, “no direito pós-clássico a vontade dos nubentes, uma vez manifestada, cria o casamento, que continua a existir, como relação jurídica, independentemente da persistência dessa vontade”.

7 Verifica-se, portanto, que anos antes da publicação do livro de MANENTI, LABBÉ chegou, em matéria de casamento romano, a conclusões mais próximas das atualmente em voga do que aquele romanista italiano. É certo que suas idéias caíram no esquecimento porque não tiveram a divulgação de autores da têmpera de BONFANTE e de SCIALOJA. Mas, nem por isso, a primazia deixa de pertencer-lhe.

Reflexões sobre o Método do Ensino Jurídico.

Fábio Konder Comparato

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O sentido primigênio de método radica-se em *hodos*, isto é, a via ou o caminho, com o prefixo *meta* indicando ligação ou seqüência. O método é, pois, antes de mais nada, o caminho a ser percorrido; na acepção figurada, a direção correta para se chegar a um resultado. No campo intelectual, a ordenação do pensamento, a investigação racional, a pesquisa. Em acepções secundárias ou complementares, já na filosofia grega, método passou a indicar um trabalho ou obra científica (como em ARISTÓTELES, *Política*, 4, 2, 4), uma doutrina (PLATÃO, *Teeteta*, 183, "c") ou a própria ciência, enquanto oposta à arte (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I, 1).

Essa sucessão semântica parece bem significativa para a época contemporânea, que não somente tem aprofundado a análise epistemológica, enquanto pressuposto de toda investigação científica, como tende, de certa forma, a reduzir a ciência ao seu próprio método. Assim, quando Lord KEYNES procura caracterizar as ciências sociais, mais como um método do que como uma doutrina (*it is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique of thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions*), ele indica, na verdade, a linha direcional de todo saber científico, na época contemporânea.

NOTA: Convidado a comparecer, em exíguo prazo, à homenagem que tão justamente se presta a GOFREDO TELLES JÚNIOR, por ocasião do seu jubileu na cátedra, vasculhei em meus escritos para encontrar algo que pudesse traduzir, ainda que palidamente, a admiração constante que o discípulo vota ao mestre. Só encontrei estas reflexões, por mim apresentadas à Comissão de Ensino da Faculdade. Ainda que toscas, elas têm o único mérito de tratar de tema no qual o nosso querido homenageado viu consagrada uma de suas melhores qualidades: a arte de ensinar, por ele transformada naquela espécie de paixão estética, que é o esplendor do verdadeiro, como queria PLATÃO.

As razões dessa tendência parecem assentar na extraordinária aceleração da descoberta científica e da acumulação de fatos históricos, levando o cientista e o pensador a criticar, sistematicamente, o próprio quadro geral de referências dentro do qual se realiza a sua investigação ou a sua análise. No campo das ciências exatas, por exemplo, o grande efeito da “revolução” einsteiniana não parece ter sido, apenas, a superação do sistema cosmológico de NEWTON, mas a revelação da necessidade científica de uma contínua crítica dos pressupostos da investigação física. Já no terreno da vida social, constitui uma banalidade reconhecer que o aperfeiçoamento do sistema de comunicações de massa conduz a uma tal acumulação de informações, que a necessidade de uma ordenação preliminar do pensamento surge como princípio de sobrevivência da razão. Especificamente, em matéria de ensino, essa transformação radical do sistema de comunicações pôs fim, obviamente, ao antigo monopólio institucional atribuído à família ou à escola. O educando, agora, é continuamente “bombardeado” com informações de todos os níveis e provenientes de todos os azimutes sociais, sentindo, mais do que nunca, a indispensabilidade de um método de pensamento que o habilite a criticar e classificar essas informações, segundo um plano racional.

O Direito e as Finalidades Sociais do seu Ensino.

Se o método consiste, portanto, na direção correta para se chegar a um resultado, em se tratando do método do ensino jurídico é preciso, antes de mais nada, saber qual o resultado que se quer atingir, ou seja, quais as finalidades sociais do ensino do Direito e, também, obviamente, em que sentido se fala em Direito.

No que se refere à estrutura do fenômeno jurídico, não parece exagerado reconhecer que, hoje, vai se estabelecendo um largo acordo a respeito do seu caráter tridimensional. Pode-se divergir quanto à importância de cada uma dessas dimensões — normativa, sociológica ou valorativa — na composição do todo; mas a supressão de qualquer delas é ressentida, geralmente, como uma mutilação.

Sob o aspecto funcional, há também um razoável consenso no sentido de que o Direito visa à convivência harmônica dos homens, seja pela composição de conflitos de interesse já manifestados, seja pela previsão de conflitos futuros. No primeiro caso, os modelos de harmonização social apresentam um caráter “processual” e conservador; no segundo, um caráter “político” e criador.

Advirta-se, desde logo, que esses gêneros de modelos jurídicos não correspondem, de forma alguma, à tradicional dicotomia direito público e direito privado. Os modelos “políticos” não são privativos do primeiro, da mesma forma que os modelos “processuais” não são exclusivos do segundo. Assim, para ficarmos no exemplo histórico a que sempre se recorre, a evolução do direito romano, até a época republicana, acusava no direito privado um caráter “processual” e conservador, enquanto o direito público aparecia como predominantemente inventivo e transformador. No período pós-clássico, com o reforço do poder político central, os papéis se invertem, observando-se maior rigidez nos esquemas de realização do direito público (com a conseqüente multiplicação de crises) e maior flexibilidade e intervencionismo em matéria de direito privado, com a proliferação de rescritos imperiais e o estabelecimento de uma *cognitio extra ordinem* no processo.

Em qualquer dessas funções, porém, resulta claro que o Direito só pode ser pensado *in concreto*, dentro de um sistema de possibilidades reais. A evolução histórica tem demonstrado que a harmonia social não é um dado pré-fabricado, uma espécie de direito natural de forma abstrata e conteúdo variável, mas a conciliação delicada e sempre precária de interesses múltiplos e complexos, num contexto histórico determinado. Como reflexo da vida humana, a ordem jurídica não pode ser experimentada *in vitro*.

Quanto às finalidades do ensino jurídico, observa-se um aparente antagonismo entre a formação generalizadora e desvinculada de compromissos profissionais, de um lado, e o ensino profissionalizante de outro. O primeiro tipo de formação, diz-se, pertenceu ao passado, era próprio de uma sociedade pré-industrial e elitista. Estava na origem do bacharelismo. O ensino profissionalizante, ao contrário, seria o único adaptado às necessidades de um país que deseja desenvolver-se, tanto econômica quanto social e politicamente, no sentido de uma maior igualdade de oportunidades.

Pessoalmente, não vejo antagonismo entre essas concepções, que apresentam, cada qual, virtudes e defeitos. Penso que o ensino jurídico não pode buscar, exclusivamente, uma ou outra dessas finalidades, mas, ao contrário, procurar, em ambas, desenvolver as suas virtudes e reduzir os efeitos sociais de suas carências. Parece óbvio que, sendo o diploma de bacharel em Direito um requisito legal para o exercício de várias atividades, ofícios ou profissões, as Faculdades de Direito não podem se dar ao luxo de organizar o seu ensino, unicamente, no sentido

da formação de “especialistas em generalidades”. A arte profissional deve estar, constantemente, na mira de professores de Direito, como uma das metas da organização do ensino. Mas, também, por outro lado, como a melhor tradição humanística nos ensina, o estudo do Direito é um dos componentes indispensáveis da formação cívica, dessa educação para a *polis*, cuja ausência é tão cruelmente sentida numa civilização tecnológica de massas. De resto, por uma aparente contradição, tão própria de esquemas mentais mal elaborados, os propugnadores de um ensino profissionalizante são os mais severos críticos do “produtivismo capitalista” em matéria educacional; e os adeptos do “ensino humanístico” não deixam de censurar o aspecto elitista das nossas Universidades.

Já é tempo de conjugar ambas essas finalidades em um quadro educacional suficientemente compreensivo e aberto, para abrigar as mais diferentes vocações.

Carências da Atual Metodologia.

Se essa visão do fenômeno jurídico não se afasta muito da realidade, parece irrecusável que a metodologia do ensino do Direito, entre nós, tem sido largamente inadequada. De modo geral, prevalece o método da explicação de normas legais em sua estrutura abstrata, sem referência quase nenhuma à sua função no contexto social. A concretização da norma, quando se verifica, é no esquema de conflitos de interesse já instalados e julgados. Nesse esquema abstrato e “processual”, o discente, na grande maioria dos casos, é instado a receber as soluções do chamado direito positivo, sem nenhuma contribuição crítica ou criadora. Na melhor das hipóteses, é levado a “redescobrir” a resposta já existente e completa na ordenação jurídica, sob a enganosa aparência de “julgamento”; quando já se sabe, hoje, que a função jurisdicional não é simples revelação de soluções já prontas, mas construção de justiça para o caso concreto.

Assim, de um lado, no esquema “processual” falta o treino da verdadeira concretização do juízo jurídico, na consideração das complexas circunstâncias de cada caso, como se o Direito se reduzisse a uma lista de receitas. De outro, raríssimas vezes se tenta uma metodologia da criação jurídica, essa *ars combinatoria* que faz apelo à imaginação e ao espírito inventivo. Ora, em certos ramos da advocacia, como a empresarial por exemplo, a construção de soluções jurídicas novas se impõe a cada dia. O que se pede ao advogado, aí, não é apenas a indicação do lícito e do ilícito, a informação sobre o estado da jurisprudência,

mas a criação de esquemas harmônicos e sob medida para o caso concreto, esquemas que a doutrina ainda não imaginou nem os tribunais julgaram.

Por outro lado, no tocante à finalidade de formação cívica, o ensino do Direito — tanto aqui como alhures, aliás — carece de uma adequada visão sociológica dos institutos jurídicos e de sua crítica axiológica, em função das necessidades e aspirações próprias, de cada povo e cada época histórica, em prol de maior justiça. É significativo observar, assim, como os estilos dogmáticos revelam, em sua petrificação histórica, os esquemas mentais que os originaram. Na tradição do ensino jurídico francês, por exemplo, o estilo doutrinário é francamente dissertativo. A tese de doutoramento — *pièce de résistance* de todo candidato ao magistério — é, classicamente, dividida em duas partes que não se opõem, nem mesmo artificialmente, para dar lugar a uma “superação” final, nos moldes da tradição sorbonneana, mas se completam. O estilo é, naturalmente, expositivo e não-crítico; menos ainda inventivo. Na Itália, predomina o abstracionismo conceitual. No Brasil, o gênero doutrinário mais prezado pela prática profissional consiste nos comentários a textos de lei. Mas em nossos meios acadêmicos persiste, curiosamente, a tradição “científica” inaugurada pelos pandectistas, na segunda metade do século XIX, como reação à escola da exegese, desenvolvida em função do movimento de codificação napoleônica. O abstracionismo sistemático e conceitual é sempre apresentado, orgulhosamente, como produto da “ciência” e oposto ao pobre casuísmo da praxe forense.

Em todos esses estilos, afinal, transparece com nitidez o desprezo pelas dimensões sociológica e valorativa do Direito. Com isto, a “ciência” jurídica reduzir-se-ia a mero exercício de lógica formal e organização sistemática de conceitos (quando realmente se atinge esse resultado, o que nem sempre acontece...). Parece indispensável que os Professores de Direito tenham uma consciência clara dessa diferença e dos verdadeiros títulos racionais do conhecimento jurídico, a fim de evitar não só essa ridícula pretensão “científica”, como o ceticismo anti-racional de muitos profissionais bem sucedidos.

A aplicação do método próprio das ciências da natureza ao conhecimento do homem e das realidades humanas constitui, ainda hoje, um erro tanto mais funesto quanto menos aparente. Ele surge agora, com redobrado vigor, na corrente anti-historicista liderada por KARL POPPER. Se a tentação da *reductio ad unum* tem sido permanente na história do pensamento, o seu perigo torna-se manifesto nos dias que correm, em razão do

formidável prestígio da tecnologia triunfante. O que não é redutível aos esquemas das ciências exatas não é racional. Paraphraseando HEGEL, poder-se-ia dizer que, para o homem moderno, todo natural é racional e todo racional é natural. Com isto, ou se dilui o fenômeno humano na natureza ou se evacua o homem do universo racional.

Os Precursores do Novo Método.

É interessante observar, no entanto, como nos primórdios do grande movimento científico, duas inteligências de primeira grandeza — PASCAL e VICO — procuraram dar ao conhecimento das coisas humanas foros racionais de autonomia, em relação à simples lógica ou às ciências da natureza. Não parece demasiado lembrar, aqui, o seu pensamento, pelo menos como a demonstração de que os novos métodos do ensino do Direito não são uma ousadia do nosso tempo.

Na distinção pascalina entre *esprit de géométrie* e *esprit de finesse* já se apontam todos os elementos da antinomia metodológica, explicitados nos séculos seguintes: pensamento abstrato e julgamento concreto, unidade e pluralidade de princípios, razão lógica e razão axiológica. No *esprit de géométrie*, os poucos princípios são palpáveis, mas afastados do uso comum. No campo do *esprit de finesse*, ao revés, os princípios são tão sutis e em tão grande número, que é quase impossível vê-los todos, mesmo para quem é dotado de boa visão. Na verdade, esses princípios, aí, são antes sentidos do que vistos. É preciso possuí-los de uma só vez e não progressivamente, por via de raciocínios. Eis por que é raro que o geômetras sejam espíritos finos e os espíritos finos sejam geômetras. Estes últimos, querendo tratar geometricamente as coisas finas, se tornam ridículos, pois o conhecimento dessas coisas não se adquire por definições e raciocínios. PASCAL sentia, pois, a especificidade dos valores e a necessidade da intuição como forma de conhecimento. À lógica da consequência, desenvolvida por meio de proposições, antevia a lógica do preferível, que implica sempre um julgamento, isto é, uma escolha entre possibilidades.

Por esse caminho entreaberto enveredou GIAMBATTISTA VICO meio século após, fazendo da instituição das ciências do homem a querela de toda a sua vida. Precisamente, na lição inaugural da Universidade do Reino de Nápoles, em 18 de outubro de 1708, desenvolveu as bases da nova metodologia. Retomando, como tema retórico, a clássica disputa entre antigos e modernos, que ocupara boa parte da atividade intelectual do

século XVII, propôs-se, aparentemente, a demonstrar a excelência do método antigo. Na verdade, sob a aparência de uma defesa e ilustração do pensamento clássico, lançou os fundamentos dessa “ciência nova”, adaptada ao conhecimento da realidade humana.

VICO principia por assinar um campo preciso e limitado à “nova crítica” (o método cartesiano), que passara a empolgar os espíritos. Observou que ela servia tão-só para aprender as coisas certas, o mundo físico, sendo propriamente imprestável para captar a realidade humana, que é o mundo do verossímil. A este último, só se pode aceder por meio da prudência, cuja extrema dificuldade e delicadeza não escapara aos antigos. A geometria, para estes, não passava de uma espécie de “lógica infantil”, enquanto a prudência exigia redobrado esforço, pois implicava, de certa forma, que se “forçasse” a natureza pela imaginação e não apenas se a descobrisse pela análise.

Ora, o método próprio da prudência é a tópica (retórica ou arte da argumentação), que procede por totalidades e acumulação de razões, e não por meio de análises em busca de uma razão última. Pois, se a finalidade do método cartesiano é a verdade e a certeza, a finalidade da retórica é a persuasão. A verdade, com efeito, é uma só, ao passo que as verossimilhanças são muitas e os erros infinitos.

Não se trata, por conseguinte, de substituir um método ao outro, mas de saber manejar habilmente um e outro, conforme o objeto de conhecimento. VICO percebe com clareza as limitações de ambos e as suas más inclinações, por assim dizer. É um fato que a antiga tópica acabava aceitando, facilmente, o erro, enquanto a nova crítica repele o mundo das verossimilhanças. Daí preconizar a utilização de um método mais completo, o qual, enriquecido com os argumentos da tópica, soubesse, ao mesmo tempo, “cultivar o bom senso e conduzir à prudência civil e à eloquência; além de desenvolver a fantasia e a memória, encorajando, com isso, as artes que subsistem mediante essas faculdades da mente; e, somente por último, cultivar a crítica (cartesiana)”

Enfileirando-se entre os defensores do humanismo clássico, sustenta que o mais grave inconveniente dos estudos da época era a preocupação com as ciências naturais, deixando-se as ciências humanas (morais) relegadas a plano secundário, sobretudo aquela parte das ciências morais que trata da índole da alma humana e também a ciência do Estado. “Hoje”, proclamava, “o único fim dos estudos é a verdade; o que nos leva a investigar a natureza que nos circunda, porque parece certa, e

não a nossa natureza humana, que pelo livre arbítrio faz-se incertíssima. Com isto, esse método de estudos engendra, entre os jovens, o grave inconveniente de não fazê-los agir com suficiente prudência na vida cívica (...).

É a prudência a virtude magna da vida social, pois “as coisas humanas são dominadas pela ocasião e pela escolha, uma e outra incertíssimas”. Na ciência, distinguem-se os que buscam uma causa única, à qual possam reduzir todos os fenômenos naturais; enquanto na “prudência civil” ilustram-se os que, diante de um fato, investigam o maior número possível de causas, para discernir, dentre elas, qual a decisiva, conforme as circunstâncias do caso concreto. Nas coisas humanas, há pois duas atitudes a evitar: a “racionalidade retilínea” das ciências exatas e a submissão ao capricho e ao acaso, tão freqüente no homem comum. A verdade das coisas humanas não é apenas o domínio do ser, mas também o do aparecer: é manifestação do ser enquanto aceito como tal pelo consenso dos homens, segundo o critério supremo do convívio ou socialidade. Por isso, certissimamente, os romanos se manifestavam, nessas matérias de prudência, seja como jurisconsultos, seja como senadores, por meio de pareceres (*videri ut...*).

Quanto ao método próprio da jurisprudência, VICO lembra que ela era, na Grécia, tripartida em filosofia, praxe e retórica, enquanto em Roma a sabedoria dos jurisconsultos distinguia-se, cuidadosamente, da arte dos advogados. A época moderna, porém, unificou a jurisprudência, produzindo um resultado ambíguo. De um lado, o advogado tende a conhecer melhor o Direito, o que é uma vantagem. De outro lado, porém, a jurisprudência torna-se “esquelética”, pela falta de eloquência, e se enfraquece com a ausência de uma segura orientação filosófica.

A Lógica Própria do Saber Jurídico.

Precisemos, agora, mais exatamente, o tema destas reflexões. O método do ensino jurídico será uno ou múltiplo? A pluralidade de métodos válidos, no mesmo tempo histórico, só existirá na medida em que houver mais de um objeto dentro no qual aplicar essa direção correta ou caminho apropriado. E, efetivamente, o Direito, em sua realidade tridimensional, tanto pode ser objeto de ciência (conhecimento racional), como de arte. Embora ambas existam como momentos de implicação recíproca, tendo por objeto, largamente, idêntico fenômeno social, distinguem-se quanto à função que cada qual exerce. Nesse sentido, o método jurídico não é, apenas, uma *via ratio-*

nalis inquirendi, mas também uma *via rationalis operandi*. E o método de ensino do Direito não pode deixar de se fundar tanto na lógica própria dessa ciência ou sabedoria, quanto na técnica adequada dessa arte.

Os desenvolvimentos doutrinários mais recentes têm revelado que a lógica própria do Direito, enquanto processo ordenado de conhecimento, distingue-se, nitidamente, do procedimento silogístico ou raciocínio por consequência. Neste, a conclusão é uma só, ainda que as premissas não sejam verdadeiras. Uma vez postas estas, portanto, a conclusão decorre necessariamente (salvo erro grosseiro de raciocínio), como consequência implícita, sem qualquer acréscimo ou invenção. A lógica jurídica, diferentemente, é a da decisão e da escolha entre várias possibilidades; a lógica da preferência e não da consequência, revelando, pois, a sua índole voluntarista e axiológica (o que não significa, de modo algum, irracional). A norma geral, assim como a decisão particular, não é objeto de demonstração, mas de *justificação*. No procedimento desta, o sujeito que comanda, interpreta ou decide contribui, necessariamente, para a solução dada, com a sua vontade e as preferências axiológicas, próprias ou da sociedade em que vive.

A razão fundamental dessa diferença parece residir no fato de que as ciências da natureza constituem o domínio da objetividade (ou, se quiser, da unisubjetividade, para se não olvidar a necessária implicação sujeito-objeto em todo processo de conhecimento); enquanto o Direito, tal como a política, supõe a intersubjetividade, isto é, a interferência vital de mais de um sujeito. A demonstração científica deve ser apodítica; à justificação jurídica, porém, basta ser convincente, pois aquela busca a verdade, enquanto esta se contenta com verossimilhanças.

A discutibilidade de normas ou decisões jurídicas não pode ser totalmente eliminada, a não ser mediante um acordo de vontades, pois não há critério físico ou “natural” que elimine as preferências subjetivas.

O valor educacional dessas asserções me parece evidente. Com efeito, a pretensão de descobrir a verdade, no campo da moral social e do Direito, apresentando-a sob a forma de evidência unicamente recusável por espíritos desonestos ou viciados, constitui a matriz de todos os totalitarismos. Em direção oposta, a prática do método dialético e da técnica argumentativa, para se chegar a um acordo entre partes com interesses distintos, representa a grande escola de convivência social, o primeiro e fundamental aprendizado da democracia pluralista.

A justificação do decisório na sentença, sob pena de nulidade (*Código de Processo Civil*, art. 458 II), e o dever imposto ao magistrado, ao aplicar a norma, de atentar para os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum (*Lei de Introdução ao Código Civil*, art. 5.º) inserem-se nessa lógica própria do juízo jurídico, feita de razão voluntarista e axiológica. PASCAL, aliás, já assinalara, em matéria de fé (ou seja, de confiança, tão importante na vida do Direito), essa interferência da vontade, sem importar em irracionalismo. *La volonté*, observou, *est un des principaux organes de la créance* (leia-se *croissance*); *non qu'elle forme la créance, mais parce que les choses sont vraies ou fausses, selon la face par où on les regarde. La volonté qui se plaît à l'une plus qu'à l'autre, détourne l'esprit de considérer les qualités de celles qu'elle n'aime pas à voir; et ainsi l'esprit, marchant d'une pièce avec la volonté, s'arrête à regarder la face qu'elle aime; et ainsi il en juge par ce qu'il voit* (*Pensées*, ed. Brunschvicg, n.º 99).

No campo jurídico, o arbítrio da vontade na decisão individual é limitado pelo quadro legal, assim como o arbítrio do legislador é circunscrito pelo quadro constitucional. Mas dentro desses limites, a vontade não só pode como deve se manifestar na criação e na aplicação da norma, pela eleição de uma dentre várias possibilidades.

Daí por que o ensino jurídico não deve se mover, unicamente, na área das certezas, mas também suscitar a dúvida, como método de pensamento. Já se assinalou que a dúvida difere, radicalmente, da ignorância, que é um estado não apenas negativo mas, sobretudo, passivo. É a quietação no não-saber, máxima quando o ignorante não sabe que ignora. Quem duvida, ao revés, já principia por perceber que não sabe e não se conforma com esse estado negativo. Procura uma via ou direção para chegar ao saber. Toda dúvida, pois, se resolve num método, da mesma forma que todo método supõe a dúvida, como disposição de procura. A contribuição genial de DESCARTES, na história do pensamento, consistiu, justamente, em apontar esse caminho simples e direto para resolver as inquietações do “outono da Idade Média”. É a dúvida metódica.

Nesse ponto, frise-se que um dos grandes vícios do estilo tradicional de ensino do Direito é o de evitar, sistematicamente, a dúvida. A esse desempenho de pobre auto-suficiência se chega por dois caminhos diversos. O primeiro consiste em supor, escostasticamente, que assim como todas as hipóteses de fato estão previstas no sistema de direito positivo — o postulado clássico da inexistência material de lacunas — assim também toda inda-

gação especulativa encontra resposta na ciência jurídica, e uma só resposta. A outra maneira de se evitar a dúvida fecunda consiste em apresentar, ceticamente, a multiplicidade infundável de soluções — legais, jurisprudenciais ou doutrinárias — para justificar a escolha individual e “livre” de qualquer decisão. Uma espécie de adaptação, ao mundo jurídico, do lugar-comum *de gustibus non disputandum*. De ambos os modos, desencoraja-se, no educando, o hábito de pensamento criador e a confiança na razão jurídica; pois toda criação, nesse campo, só pode ser racional, isto é, justificável segundo critérios aceitáveis pelas demais inteligências.

O verdadeiro método de pensamento jurídico parte da inquietação, requer a dúvida como ponto de partida, mas se resolve sempre na escolha mais justa, isto é, socialmente mais apta a pacificar os espíritos. Isto supõe, necessariamente, um quadro objetivo de referências a ser respeitado, anterior e superior à vontade das partes, como elemento garantidor da certeza e da segurança, indispensáveis ao convívio humano.

Foi exatamente nessa linha de pensamento que se situou HANS Kelsen em suas considerações finais a respeito da interpretação jurídica, na *Teoria Pura do Direito*. A interpretação da norma consiste no delineamento da moldura, dentro da qual cabem as diferentes possibilidades. E a aplicação da norma é uma escolha, um ato de vontade, elegendo a interpretação preferível no caso concreto, mas sempre dentro da moldura legal. Ele critica, com razão, a opinião largamente aceita, de que uma norma comporta sempre e necessariamente uma única interpretação: a interpretação “correta”. É por força dessa ficção ideológica que a história das doutrinas jurídicas e a evolução das correntes jurisprudenciais aparecem geralmente, aos olhos dos estudantes, como autêntica “comédia de erros”, como disse ASCARELLI.

Mas embora se rejeite a lógica do dualismo “verdade — erro” na interpretação das normas jurídicas, admitindo-se a sua plurissignificação e, portanto, a possibilidade jurídica de várias leituras, é bem de ver que, mesmo *in abstracto* e em termos gerais, há sempre uma interpretação melhor, isto é, preferível às demais. E essa preferência funda-se numa justificação de ordem valorativa, nem sempre consciente ao próprio intérprete.

É justamente por se fundar nessa lógica voluntarista e axiológica que o Direito parte de um acordo de vontades e visa sempre a um acordo de vontades. Mesmo quando a solução do conflito de interesses se revele impossível sem o concurso de

uma vontade externa e superior à das partes, deve-se sempre, como condição legitimadora da ordem social, pressupor a existência de um acordo fundamental quanto à solução de litígios particulares por uma autoridade soberana. Nesse particular, como salientou LÉVI-STRAUSS, a antropologia e a sociologia contemporâneas trazem um apoio considerável à intuição fundamental do “*Contrato Social*”, apresentada por ROUSSEAU.

Mas se essa lógica da preferência difere, sensivelmente, da lógica da consequência, é preciso evitar qualquer adesão ao irracionalismo e supor que, no campo do Direito, não há lugar para os procedimentos tradicionais da análise conceitual, das classificações sistemáticas e do encadeamento rigoroso de proposições. Seria isso desconhecer as próprias matrizes intelectuais da *jurisprudencia*, como saber autônomo, em Roma, sob o influxo da filosofia grega. Todo o impressionante trabalho de construção doutrinária do Direito Romano — que ainda hoje admiramos como um dos grandes monumentos culturais da humanidade — fundou-se no mecanismo, afinal bem simples, de *differentiae*, *distinctiones* ou *divisiones*, de um lado, e de *regulae* e *definitiones*, de outro.

O saber jurídico não repudia, pois, a lógica formal; simplesmente, não lhe atribui uma função exclusiva no raciocínio. Mas sem o respeito à lógica formal não há saber algum nem tampouco possibilidade, ainda que remota, de transmissão do saber, ou seja, de cultura. A linguagem da comunicação racional é, estruturalmente, moldada pelos princípios lógico-formais. Seria um funesto desvio abandonar essas exigências elementares de racionalidade, para aderir a um modismo intelectual qualquer.

Por outro lado, não se pode deixar de assinalar que a tentativa de aplicação em Direito da tradicional antinomia entre o método dedutivo e o indutivo perde sentido quando se admite a estrutura tridimensional do fenômeno jurídico. A simples dedução de uma conclusão, pela análise da norma geral e a qualificação do caso concreto, é tão insuficiente para a justa composição dos conflitos de interesse, quanto a expressão de uma solução normativa a partir do levantamento estatístico dos fatos ocorridos. É mister habituar o aluno a harmonizar a análise do texto normativo, não só com a consideração das peculiaridades do caso concreto, mas também com as exigências ético-sociais do momento histórico. O que exige, obviamente, muito maior esforço didático e preparação cultural do professor.

O Método do Ensino da Arte Jurídica

Saldemos agora, antes de prosseguir, o balancete das reflexões até aqui expostas. Vimos que a lógica própria do saber jurídico — e que deve, portanto, ser ensinada em suas bases racionais e aplicada sistematicamente, em nossas Faculdades de Direito — é a da preferência, cuja meta não consiste na demonstração de uma verdade “objetiva”, mas na justificação de uma escolha. Vimos, igualmente, que essa justificação axiológica só tem sentido no contexto de um acordo de vontades, o qual não se obtém, perfeitamente, senão por via de convencimento.

Resulta de tudo isso a importância considerável da técnica da argumentação, como instrumento da arte jurídica. A sua ausência nos programas e métodos de ensino do Direito, nos últimos tempos, constitui uma das mais sérias razões do despreparo de nossos bacharéis para o exercício de uma profissão jurídica.

A teoria da argumentação representa o que a tradição aristotélica denominou “retórica”. O retórico, na definição clássica, é o *vir bonus dicendi peritus*. Dois elementos devem ser ressaltados nessa definição: a boa formação da personalidade humana (*vir bonus*) e a habilidade ou proficiência na arte da expressão verbal (*peritus dicendi*).

A destreza retórica supõe, em primeiro lugar, a boa formação da mentalidade jurídica, em função dos grandes valores que devem enformar toda a ordem social: a justiça, a ordem, a segurança, a liberdade. É aí que faz sentido, justamente, pensar no ensino do Direito como destinado, também, à preparação para a vida cívica e política, como salientei acima. E é aí, igualmente, que se verifica o grave erro pedagógico de relegar às trevas exteriores nas Faculdades de Direito, com a invocação do lugar comum de que aos estudantes cabe estudar e não “fazer política”, todos os debates em torno da legitimidade de nossa ordenação jurídica. Que “formação moral e cívica” é esta, capaz de impedir as novas gerações de exercitar o seu livre julgamento moral e a sua escolha cívica? A institucionalização desse debate tem que ser feita nas Faculdades de Direito, educando-se os alunos à pluralidade de preferências e ao recurso às análises críticas, que não são meras “paixões do cérebro”, mas sim o “cérebro das paixões”, como escreveu o jovem MARX na *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*.

A habilidade ou proficiência na arte da expressão verbal significa, antes de mais nada, como é óbvio, o domínio grama-

tical e estilístico da língua. Nesse sentido, a antiga formação literária do curso secundário, abandonada em proveito de pseudo-exigências tecnológicas e de um desastroso “objetivismo” do exame vestibular, representava uma preparação muito mais inteligente aos cursos jurídicos do que o atual empilhamento caótico de noções mal digeridas, realizando em sua plenitude o ceticismo do poeta: “estudar é uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma.”

Tradicionalmente, a realização do discurso retórico se decompõe em cinco elementos: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* e *pronunciatio*. Para os efeitos da argumentação jurídica, os três primeiros são os mais importantes.

A *inventio* é a elaboração das idéias, dos argumentos. É a parte do raciocínio jurídico, propriamente dito, consistente nas razões justificadoras da solução escolhida.

A *dispositio* consiste na organização dessas idéias ou argumentos pela forma mais adequada, tendo em vista o destinatário da argumentação (juiz togado, júri popular, empresário, sindicato operário, administração pública, etc.). A força de convicção de cada argumento varia, com efeito, segundo a mentalidade da pessoa a convencer e o seu meio social. É preciso, pois, descobrir a ordem mais adequada de apresentação, que pode consistir na acumulação do maior número possível de razões ou, ao contrário, na insistência inicial em um ou dois argumentos, apenas, guardando-se os demais para um momento ulterior; na ordenação dos argumentos segundo um critério de importância crescente ou decrescente.

A *elocutio* é a busca da melhor forma expressional, do estilo mais adaptado ao assunto, ao objetivo e ao destinatário. É nesse ponto que a carência de formação literária e artística de nossos bacharéis se faz, cruelmente, sentir. O estilo de “boca de *forum*” — amálgama de fórmulas praxísticas, expressões latinas e frases feitas — é o único praticado pela grande maioria dos advogados, qualquer que seja o auditório ou a circunstância.

Urge, pois, voltar o quanto antes ao estudo da retórica original, que é tão distante da retórica decadente da idade barroca, quanto a lógica grega o é da escolástica de fins da Idade Média.

Mas a arte jurídica não supõe, apenas, a mestria da técnica argumentativa. Ela exige, também, o correto emprego de uma faculdade humana até há pouco totalmente desconsiderada no campo científico, pelo pensamento positivista: a imaginação.

É curioso assinalar que, no mesmo ano de 1950, a humanidade chegou ao supra-sumo da objetivação do raciocínio lógico e matemático, meramente reprodutivo, com o lançamento do primeiro computador UNIVAC I; ao mesmo tempo em que se reconhecia, pela primeira vez, a importância decisiva da imaginação para o progresso da ciência, com o resultado das pesquisas de J. P. GUILFORD e seus colaboradores, nos Estados Unidos (*The Relation of Intellectual Factors to Creative Thinking*). Desde então, a preocupação com a “criatividade”, como componente da personalidade psicológica, tem sido constante.

Ora, a capacidade imaginativa sempre foi elemento indispensável no processo de criação jurídica, seja no campo legislativo, seja no terreno da prática administrativa e contratual, seja na própria atividade judicante. Nesse trabalho de “engenharia social”, para usar da expressão de ASCARELLI, não se cuida de descobrir o dado jurídico, mas de inventar soluções ainda não compreendidas no estado atual da evolução do Direito. A fecundidade dos juristas, advogados e magistrados brasileiros, quanto a isso, está longe de ser desprezível. A posse de direitos pessoais, para suprir a inexistência de remédios jurídicos adequados; a ampliação do “habeas-corpus” à proteção de liberdades outras que não a de simples ir e vir; a elaboração do mandado de segurança; a concessão de medida liminar no habeas-corpus, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, analogamento ao procedimento do mandado de segurança; a correção monetária de dívidas de valor face ao surto inflacionário posterior a 1945; a legítima defesa putativa na vigência da *Consolidação das Leis Penais* de VICENTE PIRAGIBE, que a desconhecia; a transformação das gratificações natalinas em décimo-terceiro salário, pelo mecanismo da habitualidade; o reconhecimento do instituto da sociedade de fato para evitar injustiças na partilha patrimonial, por ocasião da cessação do estado de concubinato, num país que desconhecia o divórcio, tendo recebido apreciável contingente de imigrantes e sofrido grandes correntes migratórias internas — tudo isso e tantas outras criações da prática atestam a incontestável vitalidade de nossa imaginação jurídica.

Pois essa disposição mental criadora — a disciplina da fantasia para transformá-la, pelo acréscimo da previsão controlada, em autêntica imaginação — também se ensina. A finalidade das Faculdades de Direito não pode, por conseguinte, cingir-se a transmitir conhecimentos, mas deve também propiciar aos educandos a aquisição de adequadas *attitudes mentais*.

Sugestões

Com fundamento nas observações feitas, é possível, à guisa de conclusão, apontar algumas sugestões para o aperfeiçoamento dos atuais métodos do ensino jurídico. Parece ocioso, no entanto, assinalar que não se trata, absolutamente, de soluções de resultado automático ou de receitas de efeito mecânico. A nenhum professor escaparão, por certo, os graves acentos de verdade contidos na reflexão que EMILE FAGUET: *Au fond de l'education, comme au fond de toutes choses humaines peut-être, il y a une contradiction essentielle (...). Nous enseignons à écrire, et tout style qui n'est pas original n'est pas un style; nous enseignons à penser, et toute pensée que nous tenons d'un autre n'est pas une pensée, c'est une formule; et toute méthode pour penser que nous tenons d'un autre n'est pas une méthode, c'est un mécanisme. Nous enseignons à sentir, et tout sentiment d'emprunt est une affectation, une hypocrisie, une déclamation.* Não nos devemos predispor, obviamente, a um ceticismo desabusado, recusando fé nas virtudes da educação. Mas também não podemos dar guarida, no melhor estilo do tecnicismo contemporâneo, ao otimismo ingênuo e superficial dos que cuidam que lidar com a nobre matéria humana é algo de semelhante à manipulação de insumos industriais. O objetivo de toda verdadeira educação não é o mimetismo do adestramento, mas a plena criatividade da pessoa humana, no desenvolvimento harmônico de suas faculdades.

As recomendações que se seguem procuram atender, mais especificamente, à situação própria da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Fica subentendido, no entanto, que grande parte do êxito na reformulação da metodologia didática depende de uma revalorização do ensino primário e secundário, abandonado às trevas exteriores pelos Poderes Públicos, desde há muitos anos. A única influência que as Faculdades de Direito poderiam ter, nesse campo, é indiretamente através dos exames vestibulares. Nesse sentido, a primeira recomendação a ser feita consistiria na revisão das normas e critérios do vestibular, na Universidade de São Paulo, procurando-se adequá-lo às exigências do ensino do Direito.

I — A exposição das diferentes matérias deveria desenvolver, com maior amplitude, os princípios e regras gerais, sem se preocupar com normas regulamentares ou de mera aplicação. A rapidez com que evolui o conteúdo do direito positivo e a enorme mole de textos normativos produzidos pelo Estado intervencionista aconselham o professor a dar

aos alunos antes seguros elementos de orientação, diante do *mare magnum* normativo, do que informações completas e minuciosas sobre regras de duração precária e efeitos secundários. Aliás, como a experiência demonstra, sem o domínio adequado dos princípios e das grandes articulações do sistema jurídico, é impossível realizar essa “reciclagem” ou atualização periódica dos profissionais do Direito, por meio dos cursos de pós-graduação ou extensão universitária.

Isto não significa perder-se em algum nefelibatismo doutrinário, ou encorajar o aluno a conhecer antes o manual do professor do que a lei em vigor. Trata-se, sem dúvida, de ensinar o direito positivo, mas na sua racionalidade intrínseca. Não basta, pois, saber, como leguleio, se a norma existe, mas *por que* existe, *para que* existe e *como* atua.

É recomendável, em conseqüência, que na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, como já se tenta fazer hoje, possa ser desenvolvida uma verdadeira Teoria Geral do Direito, superando-se a antiga “iniciação enciclopédica” herdada do positivismo comteano. Para tanto, talvez se haja de acrescentar mais um semestre letivo a essa disciplina.

Por outro lado, não seria absurdo pensar na reformulação de nossos programas, de modo a fazer preceder as diferentes matérias de Direito Público e de Direito Privado de um ensinamento das noções fundamentais desses grandes ramos jurídicos, com maior proveito de sua unidade sistemática. O que se vê, atualmente, é uma certa repetição concorrencial ou contraditória dessas noções fundamentais, em cada disciplina jurídica, pública ou privada, em detrimento da racionalidade.

II — É imprescindível, pois, que os programas das diferentes disciplinas do curso de graduação sejam compostos mediante um acordo interdepartamental, e não fiquem submetidos, unicamente, à deliberação do conselho do Departamento em que se insere cada disciplina.

III — A análise estrutural dos institutos, feita com o maior rigor lógico, deve ser completada com a sua apreciação funcional, recolocando-se cada instituto no contexto histórico em que foi elaborado, e situando-o no ambiente social, político e econômico do presente, a fim de se verificar se e em que medida ainda preenche os objetivos para os quais foi criado. É lamentável que as nossas Faculdades de Direito sejam incapazes de levar a termo pesquisas de sociologia jurídica, máxime quando da preparação de reformas legislativas, de modo a envolver curricularmente, nessas tarefas, o corpo discente.

IV — A crítica axiológica do sistema jurídico deve ser estimulada e orientada, de forma a se evitar tanto o pseudo-neutralismo político quanto a algaravia sentimental ou a atuação falsamente universitária de grupos de pressão. O professor não pode, portanto, se recusar ao debate sobre a justiça do Direito que existe, sob a pobre escusa de que o ensino jurídico se limita à exposição “pura” do sistema em vigor; mas deve também saber formar os sentimentos dos seus alunos e preparar, com sabedoria, o aperfeiçoamento do Direito vigente em função dos grandes valores da pessoa humana.

V — A fim de evitar a tradicional inclinação do estudante à memorização ininteligente de apostilas e manuais, seria recomendável que os diferentes Departamentos preparassem a composição de antologias de textos fundamentais de cada disciplina, incentivando-se o aluno a colher subsídios nas próprias fontes doutrinárias (devidamente expurgadas de suas excrescências), não se contentando com as compilações de segunda mão que ora inundam o mercado dos livros ditos didáticos.

VI — Recomenda-se que os princípios fundamentais da lógica jurídica sejam ministrados desde o início do curso de graduação. Seria igualmente recomendável que da preparação de futuros docentes, nos cursos de pós-graduação, constasse sempre o ensinamento da lógica jurídica.

VII — A formação do raciocínio e do estilo jurídico deve ser procurada, insistentemente, como uma das metas fundamentais do ensino. A experiência tem mostrado as vantagens do método consistente na proposição de problemas que comportam mais de uma solução, para a discussão, pelos alunos, dos méritos e deméritos de cada solução, tanto sob o aspecto lógico quanto à luz das exigências do bem comum e das finalidades sociais da ordem jurídica. Na obediência a esse método problemático, é preciso sempre estimular a capacidade inventiva do aluno, habituando-o a “construir” a solução mais adequada ao caso, segundo o seu prudente julgamento, mesmo na ignorância das normas legais vigentes. A correção das “construções” propostas, à luz do direito positivo, virá *a posteriori*.

Deve-se, igualmente, estimular a composição e apresentação de litígios figurados, ou a reprodução de litígios reais, sempre sobre questões da atualidade, comportando o debate contraditório e o julgamento motivados.

Maior atenção deve ser dada, nas aulas práticas, ao emprego das técnicas próprias da arte de persuasão, seja oralmente, seja por escrito. É óbvio que isso implica uma adequada preparação dos docentes, encarregados de ministrar esse tipo de aulas, não se podendo confiá-las a qualquer voluntário.

VIII — É condenável a multiplicação de docentes na exposição seqüencial da mesma unidade disciplinar, durante o semestre letivo. O corpo discente queixa-se, com razão, da enorme incoerência que resulta desse fracionamento expositivo.

IX — Recomenda-se o estudo de horários de aula mais flexíveis. Na impossibilidade de se multiplicarem as turmas de alunos, reduzindo o número de seus componentes, torna-se praticamente impossível a realização de seminários com a duração de 45 minutos. Com isto, as chamadas aulas práticas tendem a ser mera repetição expositiva das preleções principais.

X — Impõe-se, urgentemente, a reformulação das provas de aproveitamento, que devem constituir, também, um meio de ensino.

Escusa dizer que os chamados testes de múltipla escolha, pela sua manifesta impropriedade a formar o raciocínio e o estilo jurídicos, devem ser totalmente banidos.

Os exames podem e devem comportar dissertações, porque grande parte da atividade profissional do bacharel em Direito consiste em dissertar (por exemplo, o arrazoado forense). Mas, apesar de representar uma característica comum a todas as dissertações, consistente em tratar a questão proposta sob todos os ângulos, a dissertação jurídica tem a peculiaridade de procurar convencer alguém sobre determinadas soluções ou escolhas. Por isso, não pode afetar um estilo neutro ou abroquelar-se unicamente no argumento de autoridade, por meio da mania citatória, tão típica do bacharelismo. Deve estruturar-se em torno de argumentos bem apresentados, comportando sempre uma opinião pessoal.

Além das dissertações, os exames deveriam consistir, também, na solução de problemas inteligentemente elaborados, com a possibilidade de consulta a fontes doutrinárias e jurisprudenciais, e não apenas à legislação.

Seria altamente recomendável que os examinadores demonstrassem maior rigor na correção das provas, quanto à apreciação da forma gramatical e estilística. Se o hábil manejo

da língua é um instrumento imprescindível no exercício da arte jurídica, não se pode relegar a forma literária ao nível de questão de segunda ordem, sob a influência de um certo “cientificismo”

No ciclo básico, parece desejável que a seleção dos examinandos se faça em função de sua cultura geral e não, apenas, do conhecimento de teorias ou sistemas expostos em aula.

Estado, Jurisdição e Garantias.*

Um Capítulo de História Constitucional

Nelson Saldanha

Professor de Teoria Geral do Estado
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco.

I — Indicações iniciais

Encarado sob prisma histórico, o tema das relações entre o Estado, a jurisdição e as garantias nos leva a uma olhada sobre as origens das estruturas políticas ditas ocidentais, em geral, e basicamente sobre a imagem da atividade governamental na Idade Média, e das relações desta atividade com o que tenham sido pretensões ou experiências em matéria de delimitação de funções e de fixação de garantias pessoais.

Citarei, antes de tudo, uma passagem de CHARLES HOWARD MAC ILWAIN, para ponto de partida. Em seu livro *Constitutionalism, ancient and modern*, tratando da Inglaterra medieval, ele cita BRACON, o grande jurista do século XIII, e sua distinção entre *gubernaculum* e *jurisdictio*. O *gubernaculum* era a esfera do poder do rei enquanto autor de atos referentes ao governo do reino — atos, no caso, inacessíveis a limitações e impassíveis de questionamento (inclusive judicial). A *jurisdictio*, esfera correspondente à competência dos tribunais, concernia ao direito (MAC ILWAIN não a define, nem cita expressamente nenhum conceito de BRACON, fazendo só referências implícitas), o direito como ordem específica, dotado de aplicabilidade própria¹.

Em página de tom conclusivo, inserta no capítulo final do livro, MAC ILWAIN tenta generalizar os conceitos, propondo que a antinomia entre *gubernaculum* e *jurisdictio* tem existido

1. CHARLES HOWARD MC ILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Cornell Univ. Press, Ithaca, Nova York 1940, pp. 79-80, 95-96, 149. Cf. trad. arg. de José Rovira Armengol, *Constitucionalismo antiguo y Moderno*, ed. Nova, Buenos Aires 1958 (provida de um "Apêndice"), p. 94-95, 111, 170.

até hoje, e que, como a jurisdição é essencial para a liberdade e para o direito, o direito deve ser mantido sempre “contra a vontade arbitrária”, através de um judiciário prestigiado². Ficariam aqui, por nossa conta, dúvidas a respeito de serem, ambos os lados, lados das “instituições políticas”, como aquele ilustre autor escreve, ou se o *político* aí estaria mais no governo, no poder, no Estado, sendo o outro lado o *jurídico*, ligado à “expressão do direito” e ao asseguramento do *status* dos destinatários das normas.

Citarei em seguida uma observação de ROSCOE POUND, em seu livro sobre o desenvolvimento das garantias. No capítulo sobre a Inglaterra medieval, ele expõe a idéia (que aliás tem ocorrido a outros autores), segundo a qual dois sistemas jurídicos fundamentais têm caracterizado o direito moderno: o do direito Romano e o do direito Inglês, sendo aquele essencialmente *administrativo* e este essencialmente *judicial*. POUND, situa, na própria experiência medieval, a pugna entre a concepção Romana do direito, autoritarista e fundada na figura do imperador *legibus solutus*, que serviu de modelo à própria Igreja e que em fim de contas consubstanciava o Estado em seu caráter incontrastável, e a concepção germânica. Citando também BRACON, POUND acentua que os germanos se fixaram no valor da comunidade e dos costumes, bem como do indivíduo e de sua liberdade³. Embora reconhecendo certas absorções conceituais existentes no medievo, inclusive a ausência de distinção entre “imperium” e “domi-

2. *Constitucionalismo antigo y moderno*, pp. 164-165. Estas colocações de MAC ILWAIN foram objeto de ligeiros reparos históricos por parte de GAILLARD LAPSLEY, no livro *Crown, Community and Parliament in the later middle ages* (ed. Brasil Blackwell, Oxford, 1951), cap. V, p. 203, nota. O professor A. J. CARLYLE, em seu conhecido livro *La libertad Política* (trad V. HERRERO, ed. FCE, México 1942), ao mencionar as estruturas medievais, observou que nelas “os princípios da liberdade política estavam altamente desenvolvidos, especialmente em decorrência da supremacia do *direito* sobre o *governante* — direito que era expressão, não da vontade do governante, mas dos *hábitos da comunidade política*” (p. 37, grifos meus).

3. ROSCOE POUND, *The development of Constitutional Guarantees of Liberty*, ed. Yale Univ. Press, 4.^a ed., 1963, p. 7 e seguintes. Vários autores têm coonestado este modo de ver, inclusive S. B. CHRIMES na *Introdução* à sua tradução de FRITZ KERN, *Kingship and Law in the middle ages* (ed. Blackwell, Oxford 1968, p. XIX). — Há entretanto que temperar este esquema. Para GARRETT MATTINGLY, encontra-se em grande medida um “preconceito inglês” nisto de ver o direito costumeiro germânico — ou especialmente britânico — como preparador das liberdades e da democracia moderna, e o direito romano como favorecedor do despotismo e do arbítrio governamental (*Introdução ao livro de JOHN NEVILLE FIGGIS, Political Thought from Gerson to Grotius, 1414-1625*, ed. Harper (Harper torchbooks), N. York 1960, pp. XIX-XX).

nium”, entre jurisdição e propriedade, POUND nos leva a entender que a herança romana consolidou a presença do *Estado*, e a germânica a busca de *justiça*.

Caberia talvez perguntar (mas fica apenas como anotação) se realmente as coisas tiveram tão demarcada face, em termos de contraste; ou se é a tradição historiográfica liberal que trata de amoldar as imagens históricas, embora sem violentá-las, enfatizando certos traços conforme um esquema mais ou menos convincente. Feito este desconto, vale porém reter um saldo aceitável, alterando um pouco as formulações de POUND. Teremos então uma dupla imagem do Direito, ambas visíveis na evolução das instituições nos séculos iniciais da cultura ocidental: o Direito como ordem administrativa, ligado à lei e ao primado do Estado, e o Direito como proteção ao indivíduo, ligado aos costumes e ao trabalho dos juízes.

Como terceira citação nesta colocação do problema, apontaria uma passagem de GUSTAV BOEHMER, em seu livro sobre *O Direito através da Jurisprudência*, onde retoma a contraposição entre dois conceitos clássicos — o *jus strictum* e o *jus aequum*. No capítulo segundo, que trata dos “preceitos de ordenação formal” e da “criação judicial do direito” (5), BOEHMER menciona a concordância e a discordância entre o “jus strictum” e o “jus aequum”: as normas pertencentes a uma ordem puramente formal podem ou não, segundo ele, entrar “em conflito material com a *idéia de justiça*”. Estendendo a frase, BOEHMER adianta que a luta entre o direito estrito e o direito equitativo existe “desde os começos da cultura humana” 4.

Talvez devamos dar também um desconto na amplitude desta expressão. Poderemos porém aceitá-la como genericamente válida, sobretudo se nos pusermos do lado do direito equitativo e considerarmos a evolução das instituições como

4. GUSTAV BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia — su aplicación y creación* (trad. e notas J. Puig Brutau, ed. Bosch, Barcelona 1959 pp. 168 e seguintes). As observações de BOEHMER, o anotador da obra acrescenta comentários sobre o direito espanhol e sobre a experiência jurídica contemporânea (pp. 175 e segs.), atingindo inclusive a questão do formalismo e da forma no Direito, e a tensão entre os esquemas normativos e a dinâmica dos fatos, tensão que põe a exigência da flexibilidade. — O apelo a um julgamento individual (portanto específico e mais próximo da vida) estaria presente na própria idéia de um direito natural e na noção de “natureza” nela implicada; apelo também contra as autoridades externas vigentes, segundo um autor inglês do final do século passado (DAVID RICHTIE, *Natural Rights, a criticism of some political and ethical conceptions*, ed. Allen & Unwin, Londres, 1894, reimpressão em 1952, pp. 13 e 14).

algo progressivo e dotado de um *sentido* ligado ao que certos pensadores têm ocasionalmente chamado “jurisfação” ou juridicização do poder. Assim poderemos dar mais um passo e entender que houve (e tem havido) uma substancial relação, ligando-os entre si, na evolução destes elementos, dentro da experiência jurídica ocidental: garantias (e direitos); “supremacy of law”; “due process of law”; divisão de poderes; fixação do conceito de jurisdição e idéia de direito justo. Com efeito, a origem das garantias constitucionais se acha vinculada a da “supremacia do direito”: vários autores têm situado este problema⁵. O “due process of law” se consolida através da “supremacy of Law”⁶, e a divisão de poderes (isto é, o próprio Estado dividido e armado para limitar-se interiormente a si próprio) nasceu sobretudo do asseguramento dos poderes dos parlamentos e das prerrogativas do judiciário⁷. É bem verdade que a chamada publicização do processo, que ocorreu na Idade Média a partir da lenta superação da justiça privada (e que a meu ver não era bem publicização, sim surgimento dele), não encontrou ainda uma diferença *suficiente* entre área pública e área privada, precária no regime feudal; tal diferença viria com o Estado moderno, Estado propriamente dito, e sobretudo com a Revolução Francesa. O advento do Estado moderno iria sublinhar e desenvolver esta diferença (na base do domínio burguês, principalmente), mas iria dificultar, no período absolutista, a ascensão daquelas tendências correlatas, acima mencionadas. Com o Estado constitucional-liberal, mantiveram-se os traços especificamente *estatais* do Estado moderno, propiciando-se porém a retomada e plenificação dessas tendências: divisão de poderes, supremacia do direito com reflexos processuais e ordenação de garantias, no sentido dos direitos.

5. ROSCOE POUND, *op. cit.*, passim; EDWARD S. CORWIN, *Libertad y Gobierno*, trad. W. BENEDETTI, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires 1958. cf., na literatura nacional, A. R. SAMPAIO DÓRIA, *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula Due Process of Law* (tese, S. Paulo 1964).

6. Sobre o “due process of law” e sobre a expressão “per legem terrae”, há um comentário clássico que é o de COKE (no *Second Institute, Commentary on Magna Carta*). Alguns tópicos se acham reproduzidos em POUND, *Development, cit.*, pp. 148 e segs.

7. Sobre a relação entre a noção de *due process of law* e a *law of the land*, ver CHARLES H. MAC ILWAIN, *Due process of Law in Magna Carta*, em *Columbia Law Review*, v. 14, 1914, pp. 27 ss. Também ARTHUR SUTHERLAND, *De la Magna Carta a la Constitución Norteamericana* (Constitutionalism in America), trad. José Clementi, Tipográfica Editora Argentina, B. Aires, 1972, cap. II, pp. 25 e seguintes. cf. ainda PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2.^a edição, Konfino, Rio de Janeiro 1951.

II — Da “Idade Média” ao Estado Moderno

Voltemos ao problema da experiência jurídica medieval. E desde logo cabe aqui uma observação: é que as imagens históricas do direito medieval se traçam geralmente sobre certas exemplaridades, correspondentes a configurações que, em cada uma das grandes nações, ficaram como “contribuição” específica ao quadro histórico genérico. Assim, da Itália medieval se mencionam os glosadores, as Universidades, a querela das duas espadas; da França a existência de um reino desde cedo constituído, à base do cepo franco; da Alemanha a limitação do poder real e algumas teorias atinentes a isto; da Espanha a herança visigótica, com vários princípios predemocráticos encontrados nos textos e nos contextos nos séculos XII e XIII; da Inglaterra a Magna Carta, as outras Cartas, as idéias de GLANVILL e BRACON, as garantias.

Destarte temos de fazer certas ressalvas ao encontrar ou empregar a expressão direito medieval, que é demasiado ampla; e entender as refrações que cabem à imagem de um “juscentrismo” medieval, mencionado por determinados autores — por GARCÍA-PELAYO por exemplo⁸.

O problema das *garantias* não existiu como uma presença geral na Europa medieval, dominada por uma cosmovisão basicamente conformista e estática, e por estruturas sociais rígidas e hierarquistas. Os dados que se possuem a respeito são indicações localizadas, embora muito relevantes; são tendências e conquistas ocorridas em tal ou qual reino, embora possam ter significado genérico e, do ponto de vista doutrinário, universalizável. CALAMANDREI, por exemplo, em sua monumental obra sobre a “Cassação Civil”, alude a experiências judiciais germânicas em termos de práticas procedimentais bastante características⁹. IGNÁCIO BURGOA, por seu termo, acentua bastante a influência do cristianismo na gênese de uma consideração mais “humanitária” para os indivíduos¹⁰.

8. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *La idea medieval del derecho*, em *Del mito y de la Razón en la história del Pensamiento político*, ed. Revista de Occidente, Madrid 1968.

9. PIERO CALAMANDREI, *La Casación Civil*, trad. Santiago Sentís, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1961, t. I, v. I, p. 115 e segs.

10. IGNÁCIO BURGOA, *Las Garantías individuales* (2.^a edição, Porrúa, México 1954), capítulo I.

Do ponto de vista processual, também não se pode generalizar, porquanto nas próprias linhas genéricas havia discrepâncias pelo menos aparentes: o rei era “fonte de justiça” mas — sobretudo em certas fases — seu poder de aplicar justiça e dirimir conflitos se achava sempre limitado ¹¹.

No *Fuero Juzgo*, que teve origem no século VII, dizia-se que tanto o rei como o povo estão submetidos à lei: “demos leys en semble para nos e para nuestros sometidos a que obedezcamos nos, e todos los reyes que vinieren depues de nos, e tod el pueblo que es de nuestro regno generalmientre”. E mais: “establescemos (...) que ningun rey non constringa por fuerza ningún omne, quel faga escripto de la debda que deve a otri, ni mande que ie lo fagan fazer por fuerza” ¹². Aí se acham conceitos *limitadores* do poder real que antecipam os do século XIII. Estes conceitos, a crer por exemplo em FRITZ KERN, existiram com plena expressão na Alemanha medieval, com base no entendimento dos francos sobre a relação entre o povo e o rei. KERN situa a *Magna Carta* inglesa, de 1215, dentro de uma linha corrente e preexistente: o novo, no texto acordado entre o Rei João-sem-Terra e os barões, teria sido a “instituição de uma autoridade para vigiar a observância dos deveres do rei, e que em caso de transgressão possa adotar medidas coativas contra ele” ¹³. KERN deu grande ênfase ao § 61 da *Magna Carta*, por haver colocado em nível positivo uma *garantia constitucional* da nação frente ao rei, e por haver de modo geral “introduzido o direito de resistência no direito

11. G. DUBY, *La justice et le juge au temps feudaux*, em *La justice* (obra coletiva), Centre de Sciences Politiques de l'Institut d'Études Juridiques de Nice, Paris, PUF, 1961, p. 216 e segs. A assembléia, que rodeava o soberano, é que fazia a sentença. Para referência aos germanos, cf. JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Ed. Labor, Barcelona, 1936, livro I, III, pp. 14 e 16.

12. FUERO JUZGO, *o libro de los jueces*, Ediciones Zeus, Barcelona 1968, p. 69 e 71. Em 1282, dizia-se também que “con la misma fe está obligado el señor al subdito y aún mayor que la del subdito al señor”, e que “si el señor prendiese injustamente al subdito o le exigiese algo con injusticia, sin la menor duda incurre en crimen de traición” (*Ideas políticas de la Edad Média*, selección, trad. y prólogo de J. BENEYTO PEREZ, Ediciones Fe, Madrid, 1941, p. 59).

13. FRITZ KERN, *Derechos del Rey y derechos del pueblo*, trad. A. Lopez-Amo, ed. Rialp, Madrid 1955, p. 208. (Esta tradução, como a inglesa citada à nota 3, se refere ao livro *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht in fruehren Mittelalter*, faltando em ambas as notas da edição alemã, e estando a Inglesa acrescida de um estudo sobre direito e constituição na Idade Média).

público escrito”, outorgando ao Parlamento uma posição constitucional estável¹⁴.

Adveio, entretanto, o Estado Moderno. Como se sabe, ele surgiu aos poucos, dentro de transformações complexas, que alteraram a cosmovisão européia e refizeram as estruturas sociais, os hábitos, o saber, os gostos, os valores. Surgiu como “superação” dos localismos feudais, e em consonância com o surgimento do capitalismo e da burguesia urbana. Não em um paralelismo perfeito, mas em uma correlação histórica. O Estado moderno surgiu como convergência de dois processos, um de centralização — concentração, e outro de legitimação — absolutização. O poder, concentrado, se fazia absoluto, enfeixando várias notas existentes na larga trajetória das formas políticas anteriores. Passava-se da *respublica*, que o medievo ainda cultivou, ao *stato*, a que aludia o lacônico capítulo inicial do “Príncipe” de Maquiavel. Não era mais o reino, o *regnum* medieval, em cujo contexto emergira o habeas-corpus constante do § 39 da Magna Carta.

Foi em grande parte através do conceito de “coroa” que se deu a transição para a idéia moderna de Estado: desde os séculos XIV e XV, a “coroa” se entendia como algo substantivo (como instituição, dir-se-ia depois), algo distinto do monarca seu portador; e desta substancialização se passaria, nos séculos já modernos, à noção de uma “realidade” do Estado, tema sobre o qual se debruçariam escritores políticos por todos os tempos seguintes¹⁵. Com a idéia moderna de Estado, passou-se a ter em nova conta as suas “relações” com o Direito — este também redefinido —, e já não se tinha muito o que fazer com a noção do “direito de resistência”¹⁶.

14. F. KERN, *op. cit.*, p. 211. Para KERN (p. 139), o direito germânico-medieval de resistência teria sido no fundo uma obrigação de resistência devida pelo súdito à *ordem jurídica objetiva*. — Cabe observar que também no caso inglês, o que dominava tudo durante a Idade Média era o “Direito Comum” (e com esta locução colocamos menos e mais do que com *Common Law*): era o todo, a que chamaríamos hoje ordenamento, e dentro do todo a posição do Parlamento.

15. cf. M. GARCIA-PELAYO, *La corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político*, em *Del Mito y de la Razón en el pensamiento político*, citado; F. GARRISSON, *Histoire du Droit et des Institutions. Le pouvoir des temps féodaux à la Révolution*, ed. Montchrestien, Paris 1977, pp. 147 e segs. (*La couronne, préfiguration de l'État*). — Para o tema da “realidade do Estado”, cf. o estudo de FELICE BATTAGLIA, em seus *Estudios de Teoria del Estado*, trad. esp., ed. do Real Colegio de España em Bolonha, 1966, cap. II.

16. Cf. nota 14, e também NELSON SALDANHA, *O Estado Moderno e o constitucionalismo* (ed. Bushatsky, São Paulo 1977, cap. 14).

O “direito de resistência”, que se atribuía na Idade Média genericamente ao *povo* e especialmente às *ordens* que compunham a sociedade, visava a defesa (ou “garantia”) contra o rei tirano, com o fim de restaurar uma situação que sempre existiu: pressuponha a idéia de um acordo (ou pacto) fundamental entre rei e povo, cuja violação por parte do rei autorizava o povo a voltar-se contra ele. Com o Estado moderno, montado sobre outro tipo de relação com a sociedade, se formaria aos poucos outra noção, a de “revolução”, que pressupõe uma concepção temporal e progressista da vida política, e visa colocar as coisas em estágios ulteriores, jamais passados. O Estado moderno, além de se manter sobre novo tipo de relação com a sociedade (como também se manteria o direito), retomou um componente ordenamental que o medievo tinha em grande medida ignorado: a distinção entre Direito público e Direito privado, com a qual se realçavam seus caracteres (dele Estado) e se deixava ao ordenamento privado áreas que aos poucos se liberariam dos esquemas feudais.

Baseado sobre um duplo movimento (de concentração e legitimação), o surgimento do Estado moderno constituiu, no sentido da explicitação verbal, advento do que se chamaria, sistematicamente e sem adjetivos, *Estado*. Aqui teríamos de enfrentar o problema de saber se “sempre houve” Estado, e se os caracteres exibidos pela ordem política soberana, em cada caso, na história dita moderna, diferem realmente dos da história antiga. Diferem: não no essencial talvez, mas nos contextos sócio-culturais e na autoconsciência de que seu advento se fez acompanhar, dentro das alterações do período que deu entrada à história dita moderna, alterações que foram inclusive de linguagem ¹⁷.

17. Sobre o Estado moderno como verdadeiro objeto da teoria do Estado e como algo inteiramente diverso do “Estado Medieval”, HERMANN HELLER, *Teoria del Estado*, trad. LUÍS TOBÓ, ed. FCE, México 1955, p. 43. Ver também as lúcidas passagens de ERNST TROELTSCH, em *Le doutrine sociali delle chiese e dei gruppi cristiani*, trad. G. Sanna, ed. Nuova Italia, Florença, 2.^a edição (1949), p. 314 e seguintes. — Para uma nova discussão sobre a existência de Estado (e de Razão-de-Estado) na Idade Média, GAINES POST, *Studies in medieval legal thought. Public Law and the State, 1100-1322* (Princeton Univ. Press, 1964), cap. V, pp. 241 ss. Para uma convincente alusão ao Estado e suas razões (contra o indivíduo e suas liberdades), ainda no caso romano — e no mundo antigo em geral, ANTOINE HAJJE, *Histoire de la justice seigneuriale en France. Les origines romaines*, ed. E. de Boccard, Paris 1927, p. 70 (Les libértés publiques, les garanties de l'individu, qui sont pourtant la fin logique de l'Etat, sont de pauvres choses sans importance devant les convoitises du prince et ses aspirations vers la monarchie”).

Do mesmo modo que se diz, do poder, que tende por si a concentrar-se, a absolutizar-se, pode-se admitir a respeito do Estado a noção de que tende a crescer sempre em seu poder e a afirmar-se em relação à sociedade. NIETZSCHE dizia, no *Zaratustra*, que o Estado “é o mais frio dos monstros”, pois mente com a maior facilidade, chegando a afirmar: “Eu, o Estado, sou o povo”. Com esta citação coloco o problema da *Razão-de-Estado*, ou seja: da especial *ratio* que o Estado assume em certos casos, segundo a qual seus fins e seus interesses prevalecem por essência sobre quaisquer outros.

Discute-se se houve ou não Estado na Idade Média, e, conseqüentemente, se houve ou não Razão-de-Estado. GAINES POST acha que houve¹⁸. No caso, porém, identifica-se como tal a missão do rei no sentido de garantir a paz e o bem-estar no reino. Historicamente a Razão-de-Estado propriamente dita se acha no Estado moderno, e a respectiva teoria se desenvolve a partir de MAQUIAVEL e de BOTERO¹⁹. O Estado moderno se estruturou como obra de uma vontade (*voluntas, non ratio*, na dura frase de HOBBS) e como unidade estrutural: unidade territorial, econômica, religiosa, jurídica. O momento *absolutista* consagrou em termos radicais esta unidade.

Não posso deixar porém de lembrar que, paralelamente ao absolutismo, nos séculos XVII e XVIII, desenvolveu-se um pensamento *liberal*, cujas linhas aliás têm sido rastreadas na própria Idade Média²⁰ e que se solidariza historicamente com a parte antiabsolutista constante das utopias: houve bastante estatismo em certas utopias renascentistas, mas em geral os socialismos (até os do século XIX) se puseram contra o Estado.

Cabe entretanto assinalar que nesta mesma fase, do liberalismo agônico dos huguenotes e das utopias pré-barrocas, surgiu um dado de enorme importância para o pensamento e a experiência jurídicos do ocidente — o conceito de *direito subjetivo*. MICHEL VILLEY dedicou a isto um ensaio extrema-

18. Cf. nota anterior.

19. FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, trad. F. Gonzalez Vicén, ed. IEP, Madrid 1959. Cf. também o ensaio de M. GARCIA-PELAYO, *Las razones históricas de la razón de Estado*, como estudo preliminar da antologia de G. BOTERO, *La Razón de Estado y otros escritos*, trad. esp., ed. IEP, Univ. Venezuela, Caracas 1962.

20. A. J. CARLYLE, *La libertad política*, citado.

mente erudito²¹. Nesta época passou-se a falar em “direitos”, não mais apenas no direito natural. As estruturas do Estado consolidavam-se; era o tempo de GRÓCIO e do novo *jus gentium*; entretanto a reelaboração dos textos latinos desdobrou o alcance do conceito, que teria um papel decisivo nos séculos contemporâneos, dentro da dogmática do direito privado e do direito público também: no direito privado, o conceito de direito subjetivo seria suporte da teoria dos atos em geral; no direito público, sobretudo depois de GERBER e de JELLINEK, se alinharia entre as categorias fundamentais.

O conceito de *direito subjetivo*, que parece ter faltado ao vocabulário medieval, emergiu dentro de coordenadas onde se incluem o individualismo burguês e a diluição das estruturas medievais. Ele contradizia, ao menos em potencial, a onipotência do Estado; ele armava o indivíduo de uma imagem juridicamente eficaz, apta a alimentar suas pretensões, garantir sua dignidade, configurar sua *quiddidade* autônoma. No indivíduo se encontravam prerrogativas e valores intrínsecos, que eram em latência uma área que se asseguraria a si mesma, agora, condições de afirmação institucional plena.

Também foi esta a época em que se formulou um novo *jusnaturalismo*. Enquanto o Direito Natural medieval era uma

21. *Les origines de la notion de droit subjectif*, en *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit*, ed. Dalloz, Paris 1957. Vale ver também o texto de RICARDO ORESTANO, *Teoria e storia dei diritti soggettivi*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Saggi a cura di STEFANO ROBOTÀ, ed. Il Mulino, Bolonha 1971, pp. 89 e segs. (pp. 90 ss. sobre a formação da idéia). À p. 92, observa ORESTANO que o homem moderno refez o direito natural como direito subjetivo, e criou ao mesmo tempo, em contraposição, o Estado (“e poichè questo Stato è una creazione dell'uomo moderno, questo, nel difendersi dallo Stato, lotta contro se stesso”). Cf. ainda DJACIR MENEZES, *O direito subjetivo nas teorias constitucionais modernas*, em *Revista de Ciência Política*, FGV, Rio de Janeiro, n. 4 v. 18, dezembro 1975, pp. 51 ss. — Um autor hoje esquecido, THOMAS A. STREET, tratando da “história natural do direito remedial”, e da origem das ações, coloca a idéia de que a noção de um *right* é algo totalmente estranho ao direito antigo e aos primeiros códigos (*The Foundations of legal liability. A presentation of the theory and development of the common law*, E. Thompson Company, Nova York 1906, V. III: Commonlaw actions). Para Street, os próprios romanos não conheceram aquela noção, embora conhecessem “the things that are right” (p. 7). A noção de *right* seria inteiramente moderna (pp. 6 e 7). Foram situações concretas que quebraram o formalismo tradicional e introduziram a validade de ações e de “remédios” equivalentes a um novo alcance do velho termo *jus* (cf. cap. V, pp. 48 ss.). — PONTES DE MIRANDA, como se sabe, distingue as ações e os remédios, correspondendo estes ao direito processual e aquelas ao direito material (*A Ação Rescisória contra as sentenças*, ed. Jacintho, Rio de Janeiro 1934, pp. 19-20), coisa que me parece um tanto discutível.

parte da visão estável do mundo, o Direito natural moderno se desenvolveu como atitude ideológica latentemente adversa ao Estado (e à própria ordem social vigente). Com o tempo, abertamente adversa²². O Estado moderno propiciou o juspositivismo e com isto abriu campo para uma polêmica que no medievo não teria tido sentido (a não ser que comparemos ao moderno contraste entre juspositivismo e jusnaturalismo a antinomia posta pelos pós-glosadores entre *jus strictum* e *jus aequum*, ou *rigor juris*).

As alterações trazidas pelo Estado moderno vieram também ecoar, como não podia deixar de ser, sobre o problema da *jurisdição* e do *processo* em geral. O Estado era, agora, lugar incontornável do direito. O que antes fora justiça do rei, ou da Igreja, jurisdição especial, etc., cabia tudo no Estado, articulado em funções e órgãos sistematicamente unidos. A unidade estrutural do Estado, agora “forma” por excelência da vida histórica, se apresentava também como unidade de jurisdição, complemento da unidade do ordenamento (que se ia obtendo agora), e corolário da extinção dos foros especiais e das variações locais que o medievo havia conhecido. A afirmação do Estado, como presença institucional fundamental, redimensionou suas relações com o “Direito”; e então a doutrina fixou os fins essenciais do Estado, e situou entre estes a jurisdição. O Estado assumiu o problema, antes disperso, da aplicação do Direito: concentrou-o, moldou-o, delineou-o. Embora somente o Estado liberal viesse permitir o desdobramento de uma imagem constitucional dos “três poderes”, o Estado absoluto já absorvia, sendo Estado, competências e funções: ele não ia mais para debaixo do carvalho, como São Luis, nem hesitava entre as duas espadas como nos tempos do apogeu do Papado. Política e direito eram afetos ao Estado, e durante estas monarquias também o eram a religião e a ética. A tendência do Estado moderno à incoercível afirmação repunha, para seu convívio com as consciências jurídicas e os adeptos da liberdade, o problema da *jurisdictio* e do *gubernaculum*. Repunha também o problema do direito justo e do direito estrito, ao menos implicitamente.

Desde que o Estado moderno delineou suas “funções”, e isso ainda antes das revoluções liberais, ficou proposto, na

22. NELSON SALDANHA, *O Estado moderno e o Constitucionalismo*, citado, cap. 10 cf. também R. ORESTANO, *loc. cit.* à nota 21.

prática e na teoria, o tema da *função jurisdicional*. A palavra, como se sabé, comporta equívocos: “*juris dicere*”, dizer o direito (ou do direito) teria sido papel do juiz nas grandes instâncias iniciais, em Roma inclusive; o juiz tem obviamente jurisdição (não entrarei aqui no problema das origens da distinção entre jurisdição e competência). Mas o Estado tem jurisdição: historicamente ele absorve a do juiz e passa a ser fundamento dela. Quando se diz que o Estado “chamou a si (ou avocou) a tutela jurisprudencial” das relações e dos conflitos, admite-se sempre, *implicititer*, que isto foi legítimo: pois o Estado se caracteriza entre outras coisas por um pressuposto de legitimidade (e MAX WEBER destacou isso em página famosa), daí que ele possa ter em si uma dimensão “jurisdicente” e possa atribuir jurisdição, ou antes função jurisdicional, a órgãos seus. Toda jurisdição exercida em qualquer esfera provém do Estado. O próprio problema dos “pressupostos processuais”, visto sob certo ângulo, nos levaria a este problema: o processo existe, com seus elementos necessários, pelo fato de se darem sob a égide do Estado (ou dentro de um ordenamento demarcado pelo Estado) as situações e os conflitos que pedem que o processo exista.

CARRÉ DE MALBERG, por exemplo, põe o problema de ser a função jurisdicional distinta das outras, como “terceira” função, ou parte do executivo²³. Já MONTESQUIEU, como é consabido, tropeçou caracteristicamente nesta dúvida. A verdade é que, sob um ângulo conceitual amplo, a função jurisdicional pertence ao Estado como um todo, embora se definam positivamente órgãos especificamente investidos dela (os órgãos dos *poderes* legislativo e executivo também podem eventualmente exercer função julgadora).

Os chamados poderes do Estado têm sido quase sempre enumerados em três. Mas o “judiciário” é freqüentemente apontado como “parte” do executivo (LOCKE pensava assim).

23. *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, ed. Sirey, Paris 1920 (reimpressão fotomecânica pelo C.N.R.S. 1962), v. I, pp. 691 e segs. (à p. 703 a idéia de *jurisdictio* como função de “dizer o direito”). Sobre o tema, cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias constitucionais do direito de ação*, ed. Rev. Tribunais, S. Paulo 1973, p. 11. Ver também ANTONIO SEGNI, *Giurisdizione* (in generale), em *Nuovissimo Digesto Italiano*, ed. UTET, Turim 1965, v. VII (“La giurisdizione può definirsi come la funzione statale destinata all’attuazione della norma concreta di legge”, p. 987). Por sua vez, COUTURE havia dito que “a jurisdição não se justifica pela ordem, mas pela justiça” (*Rev. Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, MG, v. 10 n. 1-126, p. 52).

O fato de se poderem reduzir teoricamente as funções do Estado a duas, legislativa e executiva, e de se considerar a jurisdição como faculdade do Estado como um todo, embora “mais próxima” do executar que do legislar, põe a questão de saber se também o legislar e o executar não são prerrogativas do Estado como um todo. Este tipo de problemas levaria ao reexame da teoria dos poderes (ou das funções). O que entretanto me interessa enfatizar aqui é o seguinte: o Estado moderno, mesmo afirmando-se ao extremo como Estado, trouxe a tendência a dotar-se de um ordenamento jurídico unitário. Embora fazendo deste ordenamento função sua, o Estado moderno — sobretudo na etapa contemporânea, constitucional — se encaminhou no sentido de ser considerado como submisso a tal ordenamento. Evidentemente deve entender-se: em princípio e em termos jurídicos.

Era (ou seria) a “autolimitação”, de que os alemães tanto falaria. Pois a jurisdição, no sentido amplo, está no Estado (ou em seus órgãos) por conta do fato de haver nele, com ele ou sobre ele, um ordenamento eficaz. A jurisdição é algo que, estando no Estado, integrando sua realidade estrutural, distingue-se dele: distingue-se mesmo de seus “poderes” na medida em que não é legislação nem administração propriamente. A plena compreensão da existência de uma jurisdição, no Estado moderno, se faz possível quando se possibilita o pleno exercício dos direitos, ou, por outro lado, quando se pode obrigar o Estado (o poder, o *gubernaculum*) a cumprir uma ação referente às *garantias*. Aqui entraria o tema das garantias. Mas ele volta logo adiante.

O Estado se autolimita, propriamente, a partir do constitucionalismo liberal. Mas nas fases anteriores já se sabia ou se dizia que existem leis maiores, que dão a ele sua estrutura. Aliás elas fazem parte do Estado; elas dão limites ao poder do Estado, e dos que o exercem, mais que ao “Estado” própria e substancialmente. O ordenamento, que é o Direito, coexiste com a função jurisdicional: esta existe porque existe jurisdição, e o ordenamento é jurisdição, ou implica jurisdição; doutro modo seria nulo e inócuo. O Estado, que por ter (segundo alguns, por *ser*, mas não concordo), um ordenamento implica jurisdição, se autolimita e *se propõe* exercer a aplicação do direito: daí que o processo seja uma atividade em que o Estado tem de entrar, mas é também uma atividade em que as partes podem defender-se do Estado (do poder do Estado, ou de seus titulares).

Caberia, ainda, uma observação de índole sociológica. As garantias *medievais* do “habeas corpus” da *Magna Carta*, ainda ligadas aos laços feudais e ao *esprit-de-corps* do baronato inglês, se redefinem, evidentemente, dentro do contexto do Estado moderno. No “habeas corpus” do Ato de 1679 a amplitude social é maior, e também é diferente a estrutura legislativa adotada ²⁴.

24. PONTES DE MIRANDA, *História e prática, cit.*, parte I, cap. IV. Seria o caso de dizer-se que no ato de 1679, como no de 1816, teríamos um remédio para uso de súditos burgueses, tendo sido o de 1215 uma garantia para contextos consabidamente feudais.

Do Discurso Sobre a Justiça

Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Professor Titular de Filosofia e Teoria Geral
do Direito da Faculdade de Direito da Univer-
sidade de São Paulo.

Introdução

O conceito de justiça é, talvez, o mais disputado na literatura jusfilosófica de todos os tempos. Concentra, desde os primórdios do pensamento, as mais acesas controvérsias jurídicas. Definí-lo é uma empresa inesgotável, mas sempre renovada. Em diferentes planos, ora lançada nas dimensões ideais de um alvo ético a perseguir, ora imiscuída na própria existência como uma tarefa constantemente realizada, ora apontada como um dado lógico da axiomática jurídica, a noção de justiça é um tema do qual, dogmática, crítica ou ceticamente, não se pode fugir.

Não é nosso objetivo, neste trabalho, propor mais uma conceituação que venha acrescer a literatura jurídica inutilmente, nem realizar um levantamento histórico da sua diversidade conceitual. Partindo do fato de que a justiça está sempre presente no espírito humano, o que a torna um tema irrecusável do pensamento, nosso plano é investigar não só os fundamentos deste fato, mas sobretudo as suas implicações para o discurso sobre a justiça. Para que, entretanto, esta investigação não se torne uma empresa demasiadamente abstrata, vamos partir de alguns dados concretos da cultura ocidental, tomados, é verdade, numa generalidade às vezes perigosa e simplificadora, mas sempre capazes de delimitar ou circunscrever metodologicamente as nossas ambições.

Justiça e Relativismo

Por certo, a dificuldade primeira com que depara aquele que pretende versar o tema da justiça é o problema da relatividade da sua conceituação. Esta dificuldade revela-nos a mais antiga tradição sofista. “Pois que tais coisas parecem justas e belas a cada cidade, são-nos também para ela, enquanto

as creia tais”, nos diz PROTÁGORAS pela pena de PLATÃO (*Teeteto*, 167). Nesta mesma época, entretanto, já se desenvolvia a idéia da existência de um critério imutável, universal e absoluto, que se aplica às relações entre os homens. Esta oposição e disputa de 2.500 anos, que ainda não se resolveu, apresenta, no decurso da nossa história, um movimento sinuoso que bem configura o quadro controvertido das noções de justiça que conhecemos.

Há, nos inquiridos sobre a justiça, conforme nos faz ver ARNOLD BRECHT (*Teoria Política*, trad. bras. 1965, Rio de Janeiro, v. 1, p. 197 ss.), um duplo caráter da relatividade. Existem dois níveis distintos em nossas idéias de justiça. “Ou nosso pensamento se move, rigorosamente, dentro das instituições de nosso atual estado de civilização, a que se pode chamar a idéia (sentimento, sentido) “tradicional” de justiça; ou pode transcender as instituições tradicionais, caso em que podemos falar de uma idéia (sentimento, sentido) “transtradicional” de justiça” (p. 198).

A idéia “tradicional” de justiça assenta-se nas instituições fundamentais, que constituem a base da vida social cotidiana. A justiça é aí relativa a um determinado estado de coisas. BRECHT denomina esta relatividade de “primeira potência”. A idéia de justiça parece aqui exprimir uma ânsia de “a-justamento” a um estado de coisas aceito. No mundo ocidental, este estado de coisas se funda em alguns pilares básicos como a monogamia, a família, a propriedade privada, a herança, o contrato. A partir deles, aceitamos, consciente ou inconscientemente, um padrão determinado de justiça, usamo-lo como base para posteriores ilações, extraindo dele, mais ou menos amplamente, todas as possíveis implicações, aceitamos leis e regulamentos, que conduzem a situações de conveniência e certeza, argumentamos contra “abusos”. Em outras palavras, à idéia “tradicional” de justiça é relativa a algo “objetivo”, às instituições vigentes.

A idéia “transtradicional” revela uma atitude crítica, na medida em que um “estado de coisas” só será preferido em função de um outro critério, que lhe é exterior. Temos aqui uma “relatividade de segunda potência”, pois o padrão escolhido deixa de se relacionar só com fatores “objetivos”, para referir-se a uma convicção ou credo “subjetivo”. Estes são múltiplos e variados. Esquematisá-los e ordená-los seria uma tarefa incoerente. Sua delimitação seria já, de per si, estabelecer limites absolutos e negar a própria relatividade que lhes é imanente.

Evidentemente, idéia “tradicional” e “transtradicional” separam-se por uma intenção metodológica, estando, a nosso ver, na realidade, intimamente unidas, em relação de mútua dependência; toda idéia “tradicional” aponta para uma “transtradicional”; toda idéia “transtradicional” vale para uma “tradicional”, estabelecendo-se entre ambas uma relação dialética não de anulação, mas de “implicação-polaridade”, no sentido que esta expressão toma na doutrina de MIGUEL REALE (cf. *Filosofia do Direito*, São Paulo).

Esta relação dialética, parece-nos, traduz um esforço constante e inesgotável para estabelecer valores éticos absolutos e uma ordenação absoluta entre eles, esforço que nos conduz sempre a um impasse. Não é, neste sentido, nossa intenção fazer um inquérito sobre os valores em geral nem, pelo menos, sobre os valores éticos, porque sairíamos do âmbito desta investigação, não se podendo prever se chegaríamos a resultados suficientemente concretos para edificar uma teoria dos valores. Por outro lado, devemos precaver-nos da falácia que nos faria crer ser toda e qualquer investigação sobre este tema uma completa impossibilidade, na medida em que o conceito de justiça depende enormemente de fatores, cuja universalidade é sempre discutível. Há, nestes termos, um certo número de indicações de que todas as idéias de justiça, todas as variedades de pensamento respeitantes a ela possuem algo em comum. Referimo-nos — embora consciente da extrema generalidade e abstratidade deste dado — ao fato de que o termo *justiça* ou o seu equivalente aproximado existe em toda parte, de que o anseio humano de justiça é um fator tão universal que ninguém, na vida pública ou privada, pode negligenciar a apresentação de seus atos como justos (ou injustos).

Tipos de discurso: monólogo e diálogo.

Partimos desta base: justiça é um tema irrecusável. A relatividade da sua conceituação é, entretanto, um dado intransponível. Isto não significa, porém, que toda e qualquer conceituação seja boa, nem que todas devam ser aceitas simultaneamente, sem discussão.

“Eu afirmo que a Verdade é tal como escrevi: cada um de nós é a medida das coisas que são e das que não são, de mil modos entretanto um do outro diferindo por isto mesmo que, para um, umas coisas são e parecem, mas outras, para outro” (*Teeteto*, 166d). Com estas palavras postas por PLATÃO na boca de Protágoras, cremos estar colocando, embora em

outra formulação, o mesmo problema acima proposto. A sofística descobriu desde o princípio a dificuldade de se estabelecer uma linha divisória entre *alétheia* e *doxa*, reduzindo tudo à segunda e proclamando a divergência insuperável das opiniões. Mas descobriu também que os homens se deixam persuadir com freqüência pelo discurso e que é sempre possível opor persuasivamente a um argumento um argumento contrário ou tornar mais forte a razão mais fraca. Assim, se o discurso, de um lado, deixa de ser um instrumento de informação, não tendo qualquer sentido epistemológico, ele facilita, por outro, a coexistência humana: tem sentido ético.

ARISTÓTELES, retomando a questão, não sem criticar profundamente o pensamento sofístico, procura restabelecer a distinção entre *alétheia* e *doxa*, ressaltando, assim, a possibilidade do sentido epistemológico do discurso, sem olvidar-lhe o sentido ético.

O conhecimento epistêmico (científico, verdadeiro) é atribuível, segundo o filósofo, ao conhecimento *universal*. A sensação coloca-nos diante daquilo que depende das condições espaço-temporalmente inconstantes. Enquanto o universal não é aí determinado, o objeto sensível permanece incerto (A. Post. II, 19.100 a 15). O particular, na sensação, é sempre ilimitado, isto é, indeterminado. Deste modo, o progresso necessário que vai do ilimitado ao limitado mostra-se como a condição constitutiva da ciência. O universal, entretanto, não é como que uma soma ou resumo dos dados da experiência, mas um "limite" (péras), em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da própria experiência (episteme relacionada a stênai). O universal (kathólou), porém, se diferencia não apenas do particular (kath' hékaston), mas também do genérico (koinón) (An. Post. I, 11, 77 a 26-31). Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade (ápeiron), e, neste sentido, objeto de um *pensamento tópico* (ARISTÓTELES diz "dialético") e não de um *científico* ou *apodítico*, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade.

Esta diferença entre pensamento apodítico e dialético implica, segundo nos parece, a oposição acentuada por THEODOR VIEHWEG entre *scientia* e *prudentia*, entre *pensamento sistemático* e *problemático* (cf. *Topik und Jurisprudenz*, München, 1965). A "tópica", como denomina ele o pensamento prudencial, é uma técnica de pensar sobre os problemas, que se desenvolveu no seio da retórica, cuja tradição remonta à sofística e a ARISTÓTELES. Este estabelecia a seguinte

classificação: temos uma *apodítica*, quando a conclusão se obtém partindo de proposições *universais*, verdadeiras e primárias ou delas derivadas; uma conclusão *dialética* é a que se extrai de opiniões; uma conclusão *erística* ou *sofística* é a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões errôneas, equivocadas ou deficientes, baseadas em proposições particulares de determinadas ciências. Esta classificação permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, mas também restaurar o valor da opinião, livrando-a da mera arbitrariedade.

Viehweg fala-nos, neste sentido, de pensamento aporético ou de aporias. A palavra *aporia* expressa a “ausência ou carência de caminho”. A *tópica*, enquanto pensamento aporético, é, assim, pensamento problemático. Fundado em NICOLAI HARTMANN, opõe ele, problema à sistema. Problema, define, é toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta, e que pressupõe, necessariamente, uma compreensão preliminar e provisória, em virtude da qual algo aparece como uma questão que deve ser levada a sério, para a qual se procura uma solução. Sendo um sistema uma conexão de derivações, deve-se, então, dizer, que o problema se insere num sistema, com o fito de se encontrar sua solução (p. 16). Ora, o modo de pensar *sistemático* parte da totalidade. Nele, a concepção é o primeiro e segue sendo o predominante. Do ponto de vista do sistema, os problemas são selecionados: os que são incompatíveis com o seu ponto de vista são rejeitados e agrupados como problemas mal colocados ou falsos problemas. O modo de pensar aporético comporta-se inversamente. Não se duvida de que haja um sistema nem de que, eventualmente, em seu próprio pensamento, este sistema esteja em forma latente e seja o determinante, mas não chega a conhecer ou captar este sistema. Assim, do ponto de vista do problema, os sistemas são selecionados, conduzindo-nos, em geral, a uma pluralidade deles, sem submete-los a nenhum sistema superior (p. 17).

À primeira vista, percebe-se uma insegurança neste procedimento, onde, aparentemente, a *skepsis* sofista desponta. É possível, entretanto, distinguir não só entre a maior ou menor força de uma argumentação problemática, como também se busca, sempre, um apoio que, de modo fácil, se acha em um *repertório* de pontos de vista já preparados ou dados. Assim surgem os catálogos de tópicos. O procedimento que se utiliza de tais catálogos denomina Viehweg “*tópica de segundo grau*” (p. 18).

A tópica, enquanto pensamento aporético, visa a assinalar sugestões, a apontar possibilidades, a desvendar caminhos que nos livrem da situação insolúvel. O pensamento tópico, é, pois, por excelência, destinado a decidir ou preparar uma ação. Seu campo não é propriamente o da *objetividade*. A objetividade, conforme nos mostra PERELMAN (*Traité de l'Argumentation*, Paris, 1958), pertence à ciência, ao pensamento demonstrativo e significa a relação unívoca entre uma proposição significante e o seu significado (quanto ao mesmo problema em relação à ciência política, cf. CELSO LAFER: "The planning process and the political system in Brazil" — Cornell University, 1970, p. 280 ss.). O que se pede, no campo tópico, é a "imparcialidade", que é, por princípio, uma noção relativa; pois a "imparcialidade" se dá, sempre, aqui e agora, ela resulta do embate das opiniões, dentro de uma comunidade determinada. Por isso mesmo, deve-se distinguir entre os aspectos do raciocínio humano que se ligam à *verdade* e os que se referem à *adesão*. O que caracteriza esta última é a dimensão variável de sua intensidade. Na evidência científica, numa demonstração matemática, não há graus de verdade: ou aceitamos ou recusamos o raciocínio. No pensamento tópico, entretanto, justamente porque não se trata da verdade, mas da verossimilhança, pode-se falar em graus de intensidade de adesão a uma argumentação qualquer.

A tópica moderna funda-se, sem dúvida, na tópica antiga, ampliando-lhe alguns aspectos, restringindo outros. O mais importante deles, que se conserva, é a idéia de *auditório*. O discurso tópico só tem sentido para um auditório determinado. A palavra *auditório* tem, evidentemente, um sentido amplo. Também o texto escrito tem o seu "auditório". O importante aqui é ressaltar o caráter *dialógico* do pensamento tópico. Este implica o estabelecimento de quadros (tópoi) que sirvam de pontos de referência. Implica ademais que os participantes da argumentação ou os seus destinatários se achem dispostos a ser convencidos. Implica também que há alguma coisa que tem de ser discutida. Implica igualmente que quem desenvolve a argumentação tem de levar em consideração as reações dos que escutam. Em suma, o pensamento tópico é um *diálogo*, uma discussão. Ao contrário, o pensamento apodítico constitui um monólogo.

O discurso monológico caracteriza-se, a nosso ver e sem a pretensão de uma análise exaustiva, em primeiro lugar, pela indiscutibilidade. Evidentemente todo discurso se dá numa situação comunicativa. Não há discurso sem orador, mas

também não há discurso sem ouvinte (cf. KUNO LORENZ: *Elemente der Sprachkritik*, FrankfurtM. 1970). A estes dois elementos acrescenta-se um terceiro: o objeto do discurso (ARISTÓTELES: *Retórica*: I, 3, 1358 a 36). O ouvinte é visado pelo orador ou como participante de uma decisão ou como observador passivo. Esta duplicidade funda-se na qualidade do objeto do discurso, que pode ser: ou um *dubium*, caso em que o ouvinte entra em relação com o orador como *parte* que deve ser *conquistada* pela argumentação, tendo em vista um eventual ajustamento das opiniões; ou um *certum*, caso em que o papel do ouvinte é radical: ou se submete e aceita ou se insurge e recusa.

No discurso monológico, o ouvinte está presente, mas aparece como não habilitado para uma decisão e, em consequência, não ativamente interessado nela: ele se põe em face do objeto do discurso (*certum*) com reservada distância. Para ele, o objeto da eventual deliberação não é o objeto do discurso, mas o *próprio* discurso. Assim o discurso monológico abstrai o ouvinte, perdendo, de certa forma, a dimensão pragmática. Mas, por outro lado, abstrai também o orador, que se torna apenas um instrumento. O discurso monológico, deste modo, torna-se (ao menos na aparência, isto é, se não submetido a uma análise profunda) subsistente por si e em si. E de modo radical: subsistente ou nada. Daí, provavelmente, a aparência de atemporalidade e a espacialidade do discurso científico, conforme os padrões das chamadas ciências naturais e exatas. É claro que o discurso científico não é *apenas* monológico, mas fica em aberto a possibilidade de uma divisão das ciências conforme o grau de monologicidade que possa caracterizar o seu discurso.

Num sentido estrito, portanto, não há em geral um verdadeiro diálogo entre os cientistas: há polémicas — contra a evidência não se argumenta. O discurso monológico não desenvolve uma *argumentação*, mas uma *demonstração*. A demonstração é captada pelo ouvinte como uma exibição (*epideixis*) — (sobre *epideixis* enquanto *demonstratio*, *ostentatio* cf. HEINRICH LAUSBERG: *Handbuch der literarischen Tethorik*, 2 vols. Munchen, 1960). Uma *exibição* que se observa e se admira em si e como tal. Ao contrário, o discurso dialógico é sempre argumentativo.

Em primeiro lugar por causa do objeto do discurso. Como no discurso monológico o objeto é um *certum*, não cabe nunca o questionamento do próprio objeto, que aparece como um *dado*. A demonstração fixa-se por isso na definição, isto é, na prova

de uma correta denominação do objeto, com a aplicação dos diferentes métodos que a lógica da ciência não se cansou de descrever e analisar. Ao contrário, sendo o objeto do discurso dialógico sempre um *dubium*, o procedimento tem que ser a argumentação, que se expressa pelo modo do questionamento: a questão é a expressão verbal do *dubium*. Daí, também, o caráter problemático e aporemático do discurso dialógico, a partir do próprio objeto, que pode estar envolvido pela dúvida já no que tange à sua existência mesma.

No discurso dialógico, portanto, o objeto é sempre discutível, é sempre um *dubium*, embora na intenção do discurso (dimensão pragmática) possa haver sempre a tentativa de um *certum*. Isto, aliás, diferencia basicamente o discurso dialógico tópico do sofisticado, onde o *dubium* nunca se transformará em *provável*.

O discurso dialógico, enquanto tópico, não abstrai, pois, nem o orador, cuja intencionalidade (no sentido pragmático) está sempre presente, nem o ouvinte, que é *convidado* a participar da decisão sobre o objeto do discurso e sobre a sua formulação (res et verba). Observe-se, neste sentido, que o objeto do discurso, o *dubium*, pode ser tanto o objeto que não tenha sido, a princípio, intencionado por ele. Nestes termos, na relação estabelecida entre orador e ouvinte, ambos são admitidos como *aptos* para a discussão. Por isso, o discurso dialógico nunca impõe nem exige qualquer submissão. Ele só subsiste enquanto as partes se aceitam mutuamente. Ele nunca é evidente, quando muito é *persuasório*.

No que se refere à participação do ouvinte, ARISTÓTELES (*Ret. loc. cit.*) distingue dois casos, tendo em vista a situação temporal do objeto do discurso: se este pertence ao passado, o ouvinte é chamado a participar como juiz; se pertence ao futuro, o ouvinte aparece como legislador. Daí os gêneros básicos: judicção e deliberação. A judicção é, fundamentalmente, dialógica. A deliberação o é menos. A demonstração é, fundamentalmente, monológica.

Tendo em vista a distinção entre monólogo e diálogo, podemos anotar alguns exemplos que nos parecem elucidativos. Assim, diríamos que os discursos platônicos são diálogos com seus discípulos, monólogos em relação a Heráclito. Assim, o discurso da Igreja na sociedade medieval pode ser considerado dialógico. Ele deixa de sê-lo a partir do momento em que a fé não é mais algo a que se adere, para ser algo a que se submete (ou que se impugna). Isto é, no momento em que a fé tem de ser imposta, o discurso passa a ser monológico. Sob

este ângulo poder-se-ia ver ainda a distinção rousseauniana entre a vontade geral e a vontade de todos. A vontade geral é a que existe no conjunto dos cidadãos, dos homens que renunciarem a todos os seus direitos em favor deste conjunto constituído por eles mesmos, depois do Contrato. A vontade de todos, em oposição, é a soma das vontades particulares. A primeira visa ao interesse comum; a segunda, ao privado. Pois bem: a sociedade onde impera a vontade de todos é uma sociedade do monólogo; aquela onde predomina a vontade geral é a do diálogo.

Justiça: tema privilegiado do discurso dialógico

A justiça é tipicamente um *dubium*. O discurso sobre a justiça é, pois, eminentemente dialógico. Assim já o determinara ARISTÓTELES. Para ele, a justiça, enquanto forma do mundo político, não é, como entenderia KANT, sua condição de possibilidade, mas sua atualização. Não é um dado externo, mas imanente. Não é um dado separado de uma realidade caótica. A forma abstraída da matéria não é para ARISTÓTELES, um dado do ser. Enquanto componentes reais do ser, matéria e forma não são como partes do ser. A prova está em que não podem ser dissociadas fisicamente: não é possível conceber um ser fisicamente existente só de matéria, sem forma (Met. Δ, 3,1014 a 26; Fis. II, 2,194 b 19). O mundo político há de ser necessariamente um mundo “informado” de justiça, sob a pena de deixar de ser o que é. A justiça é forma. A forma é aquilo que nós vemos da coisa, o que nela há de mais manifesto. Por outro lado, é também o que há de mais obscuro, mais aporético, na essência. Isto significa que a forma é o que se deixa manifestar mais claramente no discurso, isto é, é simples descrevê-la; mas é e permanece obscura sua relação com a matéria. Por isso, diz ARISTÓTELES, *a forma é o tema privilegiado do discurso dialético* (tópico, dialógico) sendo a definição dialética, por oposição à verdadeira definição física, a que se atém à forma e renúncia ao conhecimento de que matéria esta forma é forma. Esta é a razão pela qual, se é claro para ARISTÓTELES que a justiça é uma igualdade proporcional, a relação disto com a realidade permanece extremamente obscura. Por isso mesmo todo o capítulo v da *Ética Nicomaquéia* é um texto que se estrutura no descobrimento e manipulação das premissas, na diferenciação das diversas determinações categoriais e no esclarecimento da equívocidade

das expressões da língua, no descobrimento das diferenças de gênero e espécie, no descobrimento das semelhanças entre os diversos gêneros, segundo o procedimento descrito nos *Tópicos*, I, 13-18.

Não faltam, na história do pensamento, exemplos de filósofos e juristas que tentaram dar à justiça um tratamento monológico. Entretanto, a própria natureza do objeto lhes destruiu sempre a pretensão. A justiça não é objeto de um discurso monológico. Não é um *certum*. É um *dubium*. Sob o ponto de vista exclusivo do ato humano, este será qualificado como justo, se se adequa à aplicação correta de uma regra. Todos aqueles aos quais se aplica a mesma regra devem ser tratados da mesma maneira, sejam quais forem as conseqüências. A regra é a igualdade. De todos os postulados da justiça, talvez o mais universal deles, mas também o mais abstrato e formal, é o da igualdade. A exigência de igualdade é um dos mais antigos princípios da convivência. Estampada já na famosa lei de Talião, ela recebe com ARISTÓTELES uma formulação decisiva. A noção de justiça como igualdade proporcional, que se realiza na forma da proporção aritmética e geométrica, representa a esquematização de uma idéia central que orienta e informa, até hoje, o pensamento jurídico da cultura ocidental (cf. nosso trabalho *La noción aristotélica de justicia* in "Atlantida, v. VII n.º 38, Madri, março-abril de 1969, p. 166 ss.).

A igualdade perante a lei é uma peça fundamental no jogo político, postulado elementar nas mais diversas formas de democracia. Pois bem: qual é a razão que nos conduz a pensar na igualdade sempre que levantamos um problema de justiça? Esta é a pergunta colocada pelo jurista EDMOND N. CAHN em seu livro *The sense of injustice* (New York, 1949, p. 24). Curiosamente nos fala ele de um "sentimento de injustiça" e não de "justiça". Na sua opinião, o "sentimento de injustiça" não é apenas condição de possibilidade de qualquer ordenamento jurídico, pois a mera pressuposição lógica não pode explicar a razão pela qual nos insurgimos às vezes tão violentamente contra um tratamento desigual para partes iguais. Mais do que um pressuposto teórico, temos aí algo enraizado na própria natureza humana, uma espécie de reação resultante de indignação, de intimidamente, de choque, de ressentimento e de fúria, uma reação de natureza fisiológica. Para CAHN, o "sentimento de injustiça" aparece, pois, como uma mistura de racionalidade e emotividade. A

natureza humana é, assim, de tal modo construída, que diante de qualquer injustiça que fira alguém, o ser humano é capaz de senti-la como diretamente endereçada a si mesmo, provocando-lhe um desejo incontido de restabelecer uma situação de equivalência.

MAX SCHELER, diante da mesma questão, afirma ser a moderna teoria da igualdade o resultado explícito do “ressentimento”. Por de trás dela vê ele o desejo de espezinhar, de rebaixar aquele que está em posição superior (*Das Ressentiment im Aufbau der Moralen*, Ges. Werk, Bd. 3, p. 121): “a exigência de igualdade é sempre uma especulação à baisse”.

Bem fundamentada e bastante significativa nos parece, a propósito, a opinião de HELMUT SCHOECK, em seu livro *Der Neid, eine Theorie der Gesellschaft* (Freiburg — München, 1966, cap. 14). SCHOECK vai buscar as fontes da justiça, enquanto sentimento de igualdade, na inveja. Em longa argumentação tenta ele mostrar a relação existente entre a inveja e a própria vida social. A seu ver, “ser humano” é, de um lado, em boa parte, equivalente a “ser invejoso”, não podendo subsistir nenhuma sociedade que faça depender sua organização da inveja. Por outro lado, a força civilizadora de uma sociedade depende também da sua capacidade de domar, de canalizar a inveja. Nós diríamos, racionalizá-la. É, nestes termos, que a inveja vai aparecer, na sua teoria, com uma função positiva no surgimento do sentimento de justiça enquanto exigência de igualdade.

Em geral, afirma SCHOECK, todo cidadão, na moderna democracia, aceita como pressuposto indiscutível a igualdade perante a lei. Seu direito (subjetivo) à igualdade lhe é assegurado através da inveja de seus concidadãos em relação àqueles que, por meio de um tratamento eventualmente desigual, de algum modo obtenham uma vantagem ou possam obtê-la. Esta igualdade, que se pressupõe sempre respeitada, cria assim um amplo campo de ações para o indivíduo, no qual ele se sente seguro. A inveja, enquanto um órgão vigilante, tem aqui, a seu ver, um efeito positivo, que possibilita mesmo a construção do ser social (p. 255).

A pressão da inveja é, entretanto, tão grande que o homem é conduzido, de várias maneiras, a superá-la ou eliminá-la, vale dizer, racionalizá-la. SCHOECK vê nos movimentos socializantes e o socialismo é um processo racionalizante — uma defesa (utópica) contra os efeitos da inveja, uma

tentativa de anulá-la. Em sua opinião, porém, o ideal de uma sociedade igualitária está, por princípio, destinado ao fracasso. Pois a inveja é um sentimento que não se anula nunca. Além disso — o que lhe parece mais grave — o igualitarismo elimina, na verdade, qualquer possibilidade de *controle* sobre a inveja. A sociedade igualitária representa, em primeiro lugar, uma perda da dimensão temporal da justiça: esta deve ser sempre *aqui* e *agora* alcançada. Em segundo lugar, a sociedade igualitária destrói a possibilidade de se distinguir entre a “inveja legítima” e a “inveja ilegítima ou vulgar”, a que constrói e a que destrói.

A sociedade razoável é aquela capaz de uma atitude franca perante a inveja. Citando SVEND RANULF, mostra ele, por exemplo, que a justiça criminal de uma sociedade se funda na inveja latente de todos contra todos, mas de tal modo que, mesmo aquele que nada tenha a ver com um delito qualquer, possibilita a revelação do crime, porque se rebela contra uma vantagem indevida. É o papel do invejoso (inveja legítima ou indignação) como denunciante. Evidentemente, a verdadeira justiça é aquilo que o invejoso nunca é: neutra perante as partes. Mas, de outro lado, ignorar o invejoso ou tentar eliminá-lo torna a vida social (justa) uma impossibilidade.

A teoria de SCHOECK estabelece um fundamento empírico para a tese que nos parece essencial: o conceito de justiça é necessariamente dialógico, não é um objeto *dado*, mas que se constrói, é uma busca e uma concretização constante. Quando se apresentam razões para duvidar-se de uma lei ou norma, sejam essas razões ministradas pela experiência ou pela consciência, dever-se-á desenvolver uma argumentação para justificar a mudança proposta, para justificar a mudança que pareça mais apropriada para eliminar as inconveniências que hajam surgido. Estes argumentos não são coercitivos, não representam uma necessidade compulsiva, mas podem ser convincentes, persuasórios a um grau satisfatório e constituir uma base razoável para se tomar uma decisão. A justiça é, portanto, um objeto do diálogo, isto é, o discurso sobre a justiça é necessariamente dialógico. Vale dizer: romper o diálogo é romper a possibilidade da justiça.

Uma Palavra Sobre o Direito

O mundo jurídico é um mundo complexo. Na perspectiva que vimos desenvolvendo, diríamos que qualquer ordem jurídica

é um mixto de dialogicidade e monologicidade. Isto é, o Direito participa tanto do diálogo quanto do monólogo.

Assim, se todo discurso sobre a justiça é sempre dialógico, o discurso sobre o direito tem, muitas vezes, a estrutura monológica. Todo direito instaura uma ordem e a coloca fora de discussão. É este, sem dúvida, o sentido mais imediato da dogmática jurídica. Sua estrutura é impositiva. A lei, em princípio, impõe e exige obediência: não se pode aceitar parcialmente uma lei ou desejar cumpri-la em parte. De outro lado, porém, não se pode ignorar uma certa flexibilidade — em termos de possibilidade de interpretação e discussão — do dogma preestabelecido. Em outras palavras, todo jurista sabe muito bem que não há nenhum caso de uma ordem jurídica que não seja imposta. Um sistema de normas, que entra em vigor, é, num primeiro momento, um discurso monológico. Daí a idéia de que todos os seus elementos são claros e conhecidos de antemão, de que o sistema é completo e que, portanto, não admite flexibilidade. Entretanto, uma análise mais percuciente revela a inanidade desta concepção. Ela supõe que a regra, segundo a qual se julga, deve ser clara em todos os campos de aplicação possíveis. Isto significaria, de fato, a monologização total no direito. Mas sucede que a escolha da regra pelo juiz não se acha sempre predeterminada por outras regras da ordem jurídica positiva.

Desde o momento em que, por uma razão ou outra, haja desacordo quanto à aplicação de uma lei, surge o problema da *regra justa*. Assim sucede quando se tem de encontrar, dentro do conjunto do direito em vigor, a regra precisa, aplicável ao caso concreto. Sucede também quando se trata de suprir o silêncio da lei e de julgar por equidade. Ou quando nos opomos à lei positiva, invocando preceitos de outras ordens, regras morais, normas religiosas, direito natural, que são, todos, caracteristicamente, *topos* do pensamento problemático. Nestes casos, o juiz que atua dentro dos quadros de um sistema jurídico determinado, se preocupa com a *ratio juris*, com a finalidade da regra particular ou com a finalidade do sistema jurídico em seu conjunto. A função do juiz não se limita, pois à dedução formal: o juiz encarna o direito vivente.

Em conclusão: se o direito tem, no seu momento normativo, uma estrutura monológica, enquanto direito justo, ele é um mixto de monólogo e diálogo. Um sistema jurídico qualquer pode, nestes termos, aproximar-se mais ou menos da estrutura estritamente monológica, embora nunca chegue a instaurá-la

totalmente. Assim, por exemplo, quando o Estado tenta substituir a juris-prudência pela atividade legislativa, caso comum em muitas ditaduras, onde as dúvidas surgidas na aplicação da lei são subtraídas à apreciação judiciária e resolvidas por uma nova lei, estamos nos aproximando de um modelo monológico, em que a justiça é, conseqüentemente, minimizada.

A monologização total, entretanto, nunca se realiza. Daí uma dupla impossibilidade de reduzir-se o mundo jurídico ao mundo da ciência, do discurso monológico, ou de reduzi-lo, ao contrário, ao mundo do discurso puramente dialógico.

A Revogação da Sentença no Direito Lusitano*

(Perfil Histórico)

Moacyr Lobo da Costa

Professor Adjunto regente de História do Processo Romano Canônico e Lusitano no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *O Condado Portucalense germe da monarquia portuguesa.* 2. *O direito nos primórdios da monarquia.* 3. *A vigência do direito visigótico do Liber Iudicum até o reinado de Afonso II.* 4. *A lei de Afonso II sobre revogação das sentenças. As variações e interpolações do texto nas três sucessivas coleções.* 5. *A legislação de Afonso III.* 6. *As leis de D. Diniz sobre revogação das sentenças e as diferenças de redação.* 6.1. *Influência das Sete Partidas na lei de D. Diniz.* 6.2. *As interpolações dos textos nas Ordenações Afonsinas e sua provável finalidade.* 7. *A criação da Revista de Graça Especial pelas Ordenações Afonsinas.* 8. *A sentença nula nas Ordenações Afonsinas.* 8.1. *Os dois meios previstos na lei de D. Diniz para a revisão dos feitos.* 8.2. *A revogação da sentença nas Ordenações Afonsinas. Crítica da opinião de Pontes de Miranda.*

1. Enquanto província do reino de Leão, no Condado Portucalense confiado à guarda e administração do Conde D. Henrique, o direito que se observava e era aplicado em todo o território era o direito visigótico do *Liber Iudicum*, vigente no reino leonês, juntamente com as regras particulares do direito local emergente dos Forais, estabelecidos para os diversos Concelhos, e que deitavam suas raízes em vetustos costumes em grande parte de origem germânica, que sobreviveram na região.

A denominação Condado Portucalense, conquanto não adotada nos documentos coevos, justifica-se para designar a

O estudo da revogação da sentença nas subseqüentes *Ordenações Manuêlinas* e *Filipinas* será objeto do próximo artigo.

totalidade do território que o Conde D. Henrique passou a governar a partir de 1095, abrangendo não apenas as terras da Província Portucalense, que tinha sua sede em Guimarães, como também os territórios Conimbrigense e Santareno que até então eram distintos daquela Província (cf. o verbete *Condado Portucalense* do Dicionário de História de Portugal, sob a direção de JOEL SERRÃO, v.I, p. 659).

A atribuição ao Conde borgonhês do governo daquele território, pelo rei Afonso VI, por ocasião do casamento da princesa Dna. Tereza, sua filha bastarda, com D. Henrique, não importou em desmembramento do Condado do reino de Leão, nem na desvinculação da soberania da monarquia leonesa.

ALEXANDRE HERCULANO, divergindo da opinião prevalente em seu tempo, sustentou que o rei Afonso VI, que se intitulava Imperador de Espanha, concedera ao Conde o simples governo daquele território, sob a forma de uma tenência militar amovível, segundo os costumes da época, sem que a concessão envolvesse a doação do Condado como dote hereditário de D. Tereza. (História de Portugal, 9.^a ed., t. II, p. 20 e nota VI no fim do volume).

PAULO MERÊA procedeu à revisão da tese de HERCULANO sobre a concessão da terra portuguesa, discutindo os argumentos apresentados pelo grande historiador para restringir a concessão à outorga de uma simples tenência. (PAULO MERÊA, *História e Direito (Escritos Dispersos)*, Coimbra, 1967, v. I, pp. 215-231; ver, também, JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, Ed. Verbo, 2.^a ed., 1978, v. I, p. 76).

O problema da natureza jurídica e do alcance da concessão, debatido também por historiadores espanhóis, foi recentemente reexaminado em todos os seus aspectos por NUNO ESPINOSA, num amplo e profundo trabalho de interpretação histórica, que representa, a nosso ver, contribuição decisiva para o esclarecimento do assunto. (NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português, Lições*, Lisboa, 1971, pp. 155 a 184).

Qualquer que tenha sido a natureza jurídica da concessão o certo e indubitável é que o Condado foi o germe da monarquia portuguesa.

2. O sistema jurídico herdado por Portugal permaneceu o mesmo, sem quaisquer modificações, por longos anos após a independência e separação do reino de Leão.

O direito geral era o contido nas leis visigóticas do *Liber Iudicum* e o particular o dos Forais dos diversos Concelhos,

que se multiplicavam pelo reino. Já ao tempo do falecimento de D. Afonso Henriques, o fundador da Monarquia, existiam em Portugal 54 Concelhos, cujos Forais são conhecidos, e, destes, 19 eram anteriores ao seu reinado. (Cf. PEDRO MARTINS, *História Geral do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, 1908, p. 383).

De Afonso Henriques até Afonso II, os monarcas empenhados no primordial empreendimento de consolidar o Estado recém-fundado, mediante a efetiva ocupação das terras reconquistadas aos mouros e defesa de suas fronteiras, não se ocuparam com a legislação.

Não são conhecidos textos de leis gerais correspondentes aos reinados anteriores a Afonso II.

É no reinado deste monarca que se inicia a legislação geral do reino, com a promulgação das várias leis que foram editadas de acordo com as resoluções tomadas nas Cortes de Coimbra, de 1211, cujas Atas, entretanto, se perderam.

Dos governos anteriores tem-se notícia, apenas, de uma lei de AFONSO I sobre as barregãs dos clérigos e de uma provisão de SANCHO I, concedendo a isenção de hoste e fossado aos clérigos, deixando-os sujeitos somente ao serviço militar do apelido. (*Portugaliae Monumenta Historica, Leges et Consuetudines*, Lisboa, 1856, t. I, p. 161, 162).

Não se tem notícia de qualquer lei do reinado de Sancho II, ou porque não se promulgaram ou porque se perderam.

3. Documentos anteriores à época da fundação do Estado português, até o governo do Conde D. Henrique (embora ainda dependente do monarca leonês), que sobreviveram no tempo e foram recolhidos pelos historiadores, revelam de maneira inequívoca a vigência do direito visigótico, cujas leis e princípios eram invocados seguidamente para regular os atos e negócios jurídicos. bem como para a decisão dos pleitos pelos juízes, como se lê nos seguintes exemplos:

“et ordinarunt (judices) per librum iudicum. ” (ano 999)

“sicut lex godorum docet” (1040)

“sic nos invenimus in Liber III, título v, sententia VI ubi dicit — Deus iustus iudex que iusticiam intemporabiliter diligis non vult iusticiam servire temporis. ” (1053)

Numa escritura de doação feita no ano 1110, entre outros signatários lê-se “Petrus abba, iudex que tenet lex Godorum”. “Desse documento se vê”, escreve HERCULANO”, que, sob o

governo do Conde Henrique houve juizes que julgavam segundo leis escritas, e que, nisto se diferenciavam dos que apenas sentenciavam à maneira de árbitros, dos que dirimiam litígios ao abrigo dos costumes e usos de cada provincia, território ou lugar” (Prefácio ao volume *Leges et Consuetudines*, cit. p. IX).

Como observa o professor MARCELLO CAETANO, “o fato de um juiz possuir o Código era tão invulgar que merecia ser mencionado para identificar a pessoa. Numa época em que o antigo era venerável, a invocação das normas do Código porém, deveria ser importante razão de decidir, sempre que não estivesse a vigorar no local costume que se impusesse por si.” (*Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1962, p. 101).

HERCULANO arrola mais outros documentos em que se encontram expressas referências ao *Código Visigótico*, e, de igual modo, VITERBO, CAETANO DO AMARAL e GAMA BARROS em suas obras indicam, extraídas de diversos documentos, repetidas citações das leis daquele Código (Cf. Santa Rosa de Viterbo, *Elucidário*, Ed. Crítica, verbete” Juzgo (Fuero)”, v. II, p. 343; ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *Memória v, para a História da Legislação e Costumes de Portugal*, edição preparada pelo professor M. LOPES DE ALMEIDA, Liv. Civilização Editora, Porto, p. 211, nota a; HENRIQUE DA GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal*, 2.^a ed., Sá da Costa, Lisboa, v. I, p. 6, nota 1)

De sua vigência em Portugal, durante o século XII e princípios do XIII, existe sobeja comprovação em conspícuos textos:

“sicut canon docet et liber iudicialis” (1.128)

“sicut in libro iudiciale est decretum ut et contranmutatio nullo modo repetatur a contranmutatore” (1.175)

“ut pro nullo título per que lex Gotorum liberas a servicio duplicita, non sedeat crebantado, sed semper sit ingenuo” (1.187)

E o rei Afonso II, proibindo a vigência dos decretos de natureza civil editados por SOEIRO GOMES, prior dos dominicanos, já no primeiro quartel do século XIII, alega “sunt contra illum librum legum qui dicit quod non recipiamus novam legem in regno nostro, per quem librum et per quale forum debent iudicari fillide algo portug.”

O professor PEDRO MARTINS assinalou ser incontestável a referência que há nesta passagem à lei 8, *liv. 2, tit. 1*, do *Código Visigótico*. (Cf. PEDRO MARTINS, *História Geral*, cit. p. 377).

A autoridade do *Código Visigótico*, indisputável durante o século XII, começa a declinar, sendo já raras as citações às suas leis nos documentos do início do século XIII, especialmente a partir do reinado de Afonso II, quando as citações desaparecem, evidenciando ter deixado de ser fonte de direito em Portugal. (Cf. PAULO MERÊA, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra 1933, p. 63; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra 1955, p. 369)

O historiador NEVES E CARVALHO sustenta que isso ocorreu, “ou fosse porque as Leis feitas por esse Monarca nas Cortes de Coimbra, em o primeiro ano do seu Reinado, fizessem grande sensação, ou porque os conhecimentos, e costumes já em tempo alterados, e modificados com outras idéias de Direito Civil, acabassem então de aniquilar as antigas memórias de veneração para com as Leis dos GODOS.” (JOÃO DA CUNHA NEVES E CARVALHO, *Memória*, sobre “Que Auctoridade teve entre nós o Código dos visigodos desde o princípio da Monarchia? Quando cessou essa auctoridade? E por que causas?” — em *Memórias da Academia Real das Ciências de Lisboa* 1820, tomo VI, parte II, p. 24).

4. Entre as leis promulgadas no reinado de AFONSO II, após as Cortes de Coimbra, de 1211, depara-se o primeiro texto a respeito do tema da revogação da sentença.

As variações de redação dessa lei, nas três sucessivas coleções em que é encontrada, merecem um comentário particular, pela manifesta interpolação do texto na publicação oficial.

A primeira coleção é o códice em pergaminho de fins do século XIV ou começo do XV, que está no Arquivo Nacional da Torre do Tombo, conhecida por *Livro das Leis e Posturas*, que foi impresso e publicado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 1971, numa primorosa edição realizada sob os diligentes cuidados do doutor NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, professor de História do Direito Português daquela Faculdade, que prestou inestimável serviço às letras históricas fazendo imprimir pela 1.^a vez aquele venerável monumento.

Depois dos estudos de JOÃO PEDRO RIBEIRO e de ALEXANDRE HERCULANO sobre a história dessa coleção, o motivo que levou à sua elaboração e quem teria sido o seu autor, admite-se, hoje, com grande probabilidade de certeza, que se trata de um trabalho preparatório, de simples compilação dos textos das leis existentes, sem qualquer sistematização, com a finalidade

de reunir o material para a organização posterior das Ordenações Afonsinas, e, assim sendo, seu autor teria sido o jurisconsulto JOANNE MENDES, a quem D. JOÃO I encarregou de compilar e reformar a legislação do reino. (Cf. JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Dissertações Chronológicas e Críticas*, 2.^a ed. Lisboa 1867, T. IV, Parte II, p. 29 e segs.; ALEXANDRE HERCULANO, *Port. Mon. Hist. Leges et Consuetudines*, cit. p. 148, 149; *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Livro, I, Proemio, Ed. da Universidade, Coimbra 1792, p. 2. — A análise de um caso isolado sugeriu ao doutor NUNO ESPINOSA a hipótese de que o redator das Ordenações não conheceu o *Livro das Leis e Posturas*, Cf. *Introdução*, p. XIII, mas o eventual desconhecimento naquele caso não autoriza a generalização).

No *Livro das Leis e Posturas* a lei de Afonso II tem o seguinte teor:

“Stabeljemento contra aqueles que demandam a seus auersayros com que ia ouuerom sentença”.

“Cobjçante nos pões cima aas demandas e que per aquesto aiam fim qual deuem. Estabeleçemos que sse alguem trazer a nosso Juizo aquel com que ouue demanda depouys da sentença dos nosos Juizes e depois for vençudo e achado que a sentença que gaanhaou he bõa qual deuja.

Por esto porque costrengem o sseu auerssayro como non deuja sse o vencedor for cavaleiro ou clérigo prelado de Egreja o uençudo sseia peado em X maravendis douro. E se for peom ou clerigo non prelado seia peado em V maravedis douro. (*Livro das Leis e Posturas*, Lisboa 1971, p. 12).

No volume das *Leges et Consuetudines* a lei foi transcrita *ipsis litteris* (*Port. Mon. Hist.* T. I p. 167).

A segunda coleção, conhecida como *Ordenações de D. Duarte*, em razão do exemplar que se encontrou na livraria que pertenceu àquele ilustrado monarca ser precedido de um discurso sobre as virtudes do bom julgador e conter uma Távoa, ou índice das matérias, ambos redigidos pelo próprio rei, é também um código em pergaminho, da primeira metade do século XV, que se encontra na Biblioteca Nacional, ainda inédito malgrado a promessa do doutor NUNO ESPINOSA, a quem Deus, ou a situação reinante em Portugal, não permitiu sua publicação. (*Livro das Leis e Posturas*, *Introdução* p. v: “Deo iuvante” seguir-se-á a das *Ordenações de D. Duarte*.)

Entende HERCULANO que esta compilação seria um segundo trabalho de JOANNE MENDES para organizar o código que lhe

fora cometido. Nela aparece um começo, posto que rude, de ordem sistemática, com a separação das leis segundo os respectivos reinados e uma evidente intenção de reuni-las conforme o assunto, o que não ocorre no *Livro das Leis e Posturas*. Esta nova compilação parece demonstrar a tentativa de delinear o primeiro esboço de um código. (*Port. Mon. Hist. Leges et Consuetudines*, cit. p. 151).

Nas *Ordenações de D. Duarte* a lei apresenta pequenas alterações de redação:

“Constituçom Vij. que pena deue dauer aquel que for contra a sentença dada contra el per os sobrejuizes del Rey Se depois a sentença for achada por boa/”

“Cobijeamos (sic) a poher çima aas demandas asi que húus atalhem as outras e que aiam fim qual deuem. Estabelleçemos que se alguu trouuer a no Juizo aquel com que ouue demanda despois da sentença dos nossos juizes querendo lhes nos fazer mercee que lhes conheçam derro alguu se o hi ha. E se despois for vencido e achado que a sentença que ganhou he boa e qual deuya por esto porque constringeo a seu ad versairo como non deuya Se o vencedor for cavaleiro ou clerigo prellado de Igreja o veencido seia peado em dez maravedis douro E se for pion ou crelligo nom prelado em v maravedis/”

O exemplar existente na Biblioteca Nacional, o único que atualmente se conhece, não é o original daquela compilação, mas uma “cópia de cópias”, como disse HERCULANO, que concluiu, após cuidadoso exame, que a numeração das leis é do coletor, que as qualificações de *constituição*, de *lei*, de *capítulo* e de *costume*, que misturadamente se dão aos diversos estatutos, não pertenciam aos originais que serviram à compilação, acrescentando-se nesta. “É outro facto que a colleção foi feita interpoladamente, isto é que se introduziram, ou nas cópias, ou no códice original, nalgumas folhas deixadas em branco, monumentos ainda não conhecidos ao compilar-se” (*Port. Mon. Hist. Leges et Consuetudines*, cit. p. 152).

As diferenças que se verificam entre o texto recolhido no *Livro das Leis e Posturas* e o que foi transcrito nas *Ordenações de D. Duarte*, revelam que a redação da lei foi manipulada e interpolada, não se podendo atribuir o fato à ação dos copistas, em virtude da significação e do alcance das modificações que, em nosso entender, só poderiam ter sido introduzidas deliberadamente pelo coletor JOANNE MENDES, com a finalidade de acomodar a lei ao espírito que presidia a legislação da época.

Trata-se de uma hipótese que aventamos e se robustece em face do texto transcrito na terceira coleção, as *Ordenações Afonsinas*, na qualidade de publicação oficial, onde a interpolação é bem perceptível.

Nas *Ordenações de D. Duarte* as alterações começam no cabeçalho da lei, e, no texto, foram inseridas as seguintes expressões: “asi que huus atalhem as outras”, e “querendo lhes nos fazer mercee que lhes conheçam derro algum se o hi ha”.

Na Prefação que escreveu para a primeira e única edição impressa das *Ordenações do Senhor Rey D. Afonso V*, o lente de leis da Universidade de Coimbra, LUIS JOAQUIM CORREIA DA SILVA explicou:

“Pelo que pertence à forma, em que conceberão a legislação, a que prevalece he esta. Aquelles títulos, cuja fonte he lei anterior, capítulo de Cortes, costume etc. começam por uma breve prefação histórica, em que se refere o Príncipe, que fez a Lei, ou convocou as Cortes, o lugar em que se celebrarão etc: vem depois a fonte nos próprios termos, em que foi originariamente concebida. Se são mais leis, ou capítulos, achão-se dispostas por ordem cronológica, fazendo-se na passagem de umas para outras a declaração histórica respectiva. Transcripta a fonte segue-se a confirmação absoluta do Senhor D. Affonso V se simplesmente se manda guardar, ou as suas declarações, reformas, ampliaçoens, e limitaçoens, se em alguma coiza se altera.” (*Ordenaçõens do Senhor Rey D. Affonso V*, Edição da Universidade, Coimbra 1792, Livro I, Prefação p. VIII).

A descrição feita pelo ilustre mestre do aspecto formal das leis das *Ordenações Afonsinas* é perfeita, está em absoluta conformidade com o original, exceto num ponto, ou seja, quando afirma: “vem depois a fonte nos próprios termos, em que foi originariamente concebida.”

Referindo-se àquelas *Ordenações*, HERCULANO acentuou, com seguro espírito crítico que “a comparação desse código com o corpo de leis antigas que nos restam, e ainda só com as do século XIII que publicamos agora, basta para nos desenganar que as Ordenações de Affonso v estão longe de resumir e de representar as leis geraes da monarchia nas épochas que precederam a sua redacção. Nessas mesmas que ahi foram ou extractadas ou transcritas, os erros ácerca de seus auctores, da sua data e até do seu contexto são taes e tão frequentes, que tornam muitas vezes aquella compilação a fonte menos

segura para a história da nossa Legislação primitiva.” (*Port. Mon. Hist. Leges et Consuetudines*, cit. p. 156).

Mas não só desse tipo de erros, detectados pela argúcia do insigne historiador, se trata, senão, também, de interpolações efetuadas com o propósito de conformar o velho texto ao sentido atual da legislação, a exemplo da prática seguida pelos compiladores do *Digesto*, por determinação de JUSTINIANO, como ele próprio declara na Constituição “*DEDOKEN*”:

“Tanta ha sido Nuestra reverencia porlo antiguo, que no hemos consentido alterar la indicación de los nombres de los antiguos autores, sino que antepusimos a las leys la indicación del nombre de cada uno, *aunque cambiando si algo nos parecia ser menos correcto, suprimiendo algunas partes y añadiendo otras*, eligiendo lo mejor de entre muchos y dando a todos el mismo valor, *de modo que todo lo que se escribe en el libro provenga de nuestra autoridad, y que nadie se atreva a comparar lo actual con lo de antes*, pues muchas cosas dificiles de enumerar, hemos mejorado, *incluso si se decia de otra forma en alguna constitución imperial de los antiguos emperadores*” (grifamos) —

(El *Digesto de Justiniano*, T. I, trad. cast. de ALVARO D’ORS, Pamplona 1968 p. 31).

Na composição das *Ordenações Afonsinas* as interpolações nos textos das leis antigas não foram confessadas, mas são manifestas, iniciando-se a prática na compilação preliminar das *Ordenações de D. Duarte*, por obra de JOANNE MENDES, como conjecturamos.

No Livro III, das *Ordenações Afonsinas*, o título CVIII, “Dos que pedem que lhes revejam os feitos, e sentenças desembargadas per os Juizes da Suplicaçam”, principia com a transcrição da lei de D. Afonso II:

“El Rey Dom Affonso o Segundo da Famoza Memoria em seu tempo fez Ley em esta forma, que se segue”.

“Cobiçando Nós poer cima aas demandas, e nam chegar demanda a demandas, e per esto ajam as demandas fim qual devem, Estabelecemos que se algum trover a nosso Juizo aquelle, que ouve demandado, depois da Sentença dos nossos Juizes, querendo-lhe Nós fazer merce, que lhe conheçam derro algum, se o hy houver, e depois for vencido, e achado, que a Sentença, que guainhou a outra parte contra elle, he boa, e qual devia, por esto, por que costrangeo seu adversario como nom devia, se o vencedor for Cavaleiro, ou Cleriguo Prelado

da Igreja, o vencido seja penado em dez maravedis douro; e se for piã, ou Cleriguo nom Prelado, seja penado em cinco maravidiz d'ouro".

Grifamos as expressões interpoladas, que não se encontram no primitivo texto da lei no *Livro das Leis e Posturas*.

A interpolação mais significativa, por sua relevância política, adequada ao espírito da época, é a que *subordina a revisão das sentenças à mercê do rei, em caso de erro*.

Semelhante interpolação, com idêntica finalidade, vamos encontrar na lei de D. Diniz sobre o mesmo assunto da revisão das sentenças, como adiante se verá.

Trata-se de meio indisfarçável de assegurar a preeminência do rei como suprema autoridade na distribuição da Justiça.

É importante assinalar, também, desde logo, que a penalidade de dez, ou cinco maravedis de ouro, conforme a qualidade do demandado, visava a coibir abusos de pedidos temerários de revisão das sentenças definitivas, proferidas pelos juizes do rei, sendo então essa lei de 1211 o ancestral lusitano mais remoto, a que se filia a multa de 5% sobre o valor da causa, nas ações rescisórias, prevista no art. 488-II do *Código de Processo Civil Brasileira*.

5. Do reinado de Sancho II não se conhecem leis ou provisões de natureza jurídica.

É na época de Afonso III, como escreveu HERCULANO, que a legislação propriamente nacional toma um avultado incremento, e essa legislação não só tende a regular um grande número de relações da vida civil, mas também e principalmente a estabelecer a ordem judicial, que das providências daquela época se deduz ter sido até então imperfeitíssima. (*Port. Mon. Hist. Leges et Consuetudines, cit. p. 145*).

As leis de cunho processual editadas por Afonso III, ao ver de PAULO MERÊA, parecem ter sido redigidas segundo um certo sistema e formavam como que pequenos códigos de processo. (Cf. *Lições de História do Direito Português, Coimbra, 1923, p. 82*).

Não se depara nessa vasta legislação, entretanto, com qualquer disposição a propósito do pedido de revisão dos feitos, que não teria merecido a atenção do legislador e continuava regido pela lei de 1211, de Afonso II.

6. O reinado seguinte, de D. Diniz, distingue-se por importantes realizações no sentido do aprimoramento das leis e do direito.

Tendo tornado obrigatório o emprego da língua portuguesa nas leis e documentos públicos e seu uso no fôro em substituição ao latim, mandou verter para o português as leis mais notáveis do reino de Leão e Castela, promulgadas por seu avô materno Afonso X, o Sábio, por quem nutria grande respeito e admiração. (P. J. DE MELLO FREIRE, *Historiae Juris Civilis Lusitani*, Liber Singularis, Conimbricae, 1815, p. 52. § LVII).

O *Fuero Real* e as *Siete Partidas* de Afonso X, trasladadas em linguagem comum, exerceram apreciável influência no desenvolvimento dos estudos e na vida jurídica em Portugal, a partir daquele reinado.

Como das *Siete Partidas* disse GAMA BARROS, “essa compilação, representando um conhecimento mais profundo do direito de JUSTINIANO, não podia deixar de atrair a atenção dos legisladores, dos magistrados, dos eruditos, de todos enfim que se dedicavam em Portugal ao estudo da jurisprudência, numa época em que a ciência do direito civil se ia procurar com ardor às coleções de Justiniano” (*Hist. da Adm. Pub. em Portugal, cit.*, T. I, p. 126).

Embora tenha sido introduzido em Portugal em época anterior, é no reinado de D. Diniz que o direito romano adquire autoridade, como fonte superior na formação do direito lusitano, particularmente em virtude da fundação da Universidade de Lisboa (1.º de março de 1290), onde o direito de JUSTINIANO passou a ser ensinado ao lado do direito canônico.

Conforme acentuamos em outro escrito, a legislação geral do país sofre, então, preponderante influência do direito romano justinianeu, que se manifesta nas leis e demais documentos de natureza jurídica, como escrituras, contratos, etc. que passam a ter forma acentuadamente romana. (*O Agravo no Direito Lusitano*, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1974, p. 25).

Na Memória que dedicou à investigação “Sobre qual foi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os grãos de autoridade que entre nós adquiriu”, JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO ressaltou ter sido no reinado do Senhor D. Diniz “que faz nos tempos antigos huma das Épocas mais vantajosas ao Direito de Justiniano”, que este firmou sua autoridade. (em *Memórias de Litteratura Portuguesa*, Lisboa, 1792, t. I, p. 280).

As *Siete Partidas*, obra-prima de Afonso X como legislador, é considerada a compilação jurídica mais perfeita da

Idade Média. O seu conteúdo é totalmente de inspiração romana e revela um profundo conhecimento do direito justinianeu e da literatura dos seus glosadores.

É fato averiguado que em 1341 já estavam vertidas para o vernáculo, não havendo comprovante, contudo, de se tratar de tradução oficial.

Igualmente é indubitável que no século XIV havia julgadores em Portugal que aplicavam as Leis das Partidas, como se vê do artigo 24 dos capítulos do clero, apresentados nas Cortes de Elvas, de 1361, reclamando que as justiças do rei não queriam guardar o direito canônico, o qual “era mais razão de o guardarem em todo o nosso Senhorio pola dita razão, que as Sete Partidas feitas per El Rey de Castella, ao qual o Regno de Portugal não era sobgeito, mas bem livre, e izento de todo” (*Ord. Af.*, Liv. II, Tít. 5 e Liv. V, Tít. 27).

Ainda, pela mesma época, os estudantes da Universidade queixavam-se do seu conservador que julgava os feitos entre eles segundo as leis das Partidas. (JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *Memoria*, cit. em *Memorias de Lit. Port.*, t. I, p. 285).

Esses fatos atestam a autoridade que teve em Portugal essa compilação de Afonso X. (Cf. H. DA GAMA BARROS, *Hist. da Adm. Pub.*, cit. T. I, p. 126, PAULO MERÊA, *Lições*, 1923, cit. p. 79; NUNO ESPINOSA, *História*, cit. p. 294).

A marcante influência do direito das Partidas sobre a legislação de D. Diniz faz-se sentir, de modo especial, na lei que promulgou em Santarem, com Conselho de sua Corte, sobre os pedidos de revogação das sentenças definitivas ou interlocutórias, que tenham sido confirmadas pelos Ouvidores da Corte.

Dessa lei encontram-se no *Livro das Leis e Posturas* duas cópias, que apresentam diferenças nos respectivos textos e datas.

Como foi observado por JOÃO PEDRO RIBEIRO, citado por HERCULANO, a repetição de algumas leis em diversos lugares, às vezes incompletas num deles, as subscrições de outras que mostram ter sido cópias enviadas dos cartórios de câmaras, a falta de ordem e de datas bastam para indicar que o compilador deste volume — o *Livro das Leis e Posturas* — procurava apenas coligir a legislação dos tempos anteriores sem a sistematizar. (*Port. Mon. Hist. Leges et Consuetudines*, cit. p. 148).

Quanto aos dois textos, pode-se afirmar, sem nenhuma dúvida, que se trata de duas cópias da mesma lei.

O primeiro texto é o seguinte:

“Era de mil e trezentos e quarenta anos, sete dias de julho en Sanctarem El Rey mandou com conselho de ssa corte que todas as sentenças que forem dadas pelo ssobrejuiz ou per alguu ouujidor quer sseiam Interlacutorias quer defenetjua E pelos ouujdores de ssa corte forem confirmadas ou as sentenças que os ouujdores derem forem confirmadas pelos ouujdores das ssoprições ou as sentenças que o sobrejuiz ou os auujdores derem e delas nehua das partes for apelado que aqueles que contra elas ueerem e pedirem Juiz ou perdante alguun Juiz ueerem pera os querer Revogar peyte a El Rey quinhentos soldos e o dano e perda aa parte e nom seerem mais ouujdos e as sentenças seerem firmes ssalvo se as sentenças forem dadas per falssas testemunhas ou per falssos stromentos ou per falssas cartas E sse algua das partes tener vogado ou precrador e o precrador ou vogado ueer perdante o sobrejuiz ou perdante ou ouuidores pera querer Revogar as sentenças que assy forem/ confirmadas que peyte a ssobredicta pena e a parte nom E eu ffrançaisco ffernadiz de Stremoz esto screuj”. (*Livro das Leis e Posturas, cit. p. 82, 83*).

O segundo texto:

“Era de mill e trezentos e quareenta e V annos XXIII dias dabrill en Santarem El Rey mandou com conselho de sa Corte que totalas sentenças que forem dadas pello seu sobrejuyz ou per alguu ouvydor quer seiam Interlocutorias quer deffinitivas pellos ouuidores da Corte forem confirmadas, ou as asentenças que os ouuydores da Corte derem e forem confirmadas pellos ouuydores das scripções e dellas nom forem nenhua das partes appellado que aquel ou aquelles que contra ellasueerem e pedirem en Juizo ou perdante alguu Juyz ueerem pera querelas reuogar que peitem a El Rey quinhentos soldos e o danno e perda que fezer aas partes e nom seerem mays ouuydos e as sentenças seerem firmes saluo se as sentenças forem dadas per falsas testemunhas ou per falsos testemunhos ou per falsas cartas E se algua das partes teuer vogado ou procurador E o procurador ou o vogado ueer perante o sobrejuyz ou perdante os ouuydores pera querelas revogar as sentenças que hi forem dadas e confirmadas peite a sobredicta pea aa parte E eu ffrançaisco ffernandez esto screuy e traladei.” (*Livro das Leis e Posturas, cit. p. 136, 137*).

A lei foi promulgada em Santarem, na Era de mil trezentos e quarenta anos. Quanto a isso não há dúvida, que só ocorre quanto à data: 24 de Abril ou 7 de Julho? Impossível decidir, por falta de outros dados.

Nas *Ordenações de D. DUARTE* o compilador fundiu os dois textos em um só, que remanejou, optando pela data de 24 de abril.

Foi esse o texto que passou para as *Ordenações Afonsinas*, com as interpolações que serão adiante referidas.

Não obstante estar corretamente indicada, nas *Ordenações Afonsinas*, a data da lei de D. Diniz como sendo da Era de mil trezentos e quarenta, então vigente em Portugal, uma vez que a *Era de Cesar* só foi abolida no reinado de D. JOÃO I por uma lei de 22 de agosto de 1422, que determinou sua substituição pelo Ano do nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo (*Ord. Af. Livro IV, Tit. 66*), o que importou em se dever rebaixar de 38 anos a datas dos documentos anteriores a essa lei para adequá-las à nova cronologia, o jurista PONTES DE MIRANDA considerou a indicação dessa data um erro das *Ordenações*. “As *Ordenações Afonsinas*, Livro III, Título 108, § 3, deram ao texto a data de 1340, mas é erro, pois *D. Diniz* já estava morto em 1325”; noutro passo “É por esse tempo que *D. Diniz* declara irrevogáveis as sentenças de que se não apelou (Leis de 7 de junho de 1302 e 24 de Abril de 1307) conforme se vê nas *Ord. Afonsinas*, com a data de 24 de abril de 1340 (?) o que parece confusão das duas datas anteriores *mais o erro do ano*”. (*Tratado da Ação Rescisória*, 5.^a ed., Rio de Janeiro, 1976, p. 96 e 98).

Também, a lei de AFONSO II de 1211 é reiteradamente indicada como de 1217 (*op. cit.* p. 98 e 99).

O erro, porém, não é das *Ordenações* mas do crítico.

Além dessa, D. Diniz teria (?) promulgado outra lei, sobre o mesmo assunto, em Santarem, aos 7 de julho da Era de mil trezentos e quarenta.

O texto incompleto que se encontra no *Livro das Leis e Posturas* é o seguinte:

“Era de mil e trezentos e X^a anos, vij dias de Julho en Sanctarem perdante vasco perez froyas e perdante Roy nunjz e Lourenço paez bugalho disse da parte dEl Rey aos sobredictos que depois que o fecto passasse per sopricaçon que nom parassem en el mais mentes ahijnda que lho dissessem de ssa parte que o ouissem de certa sciencia”. (*Livro das Leis e Posturas*, p. 207).

O local e a data dessa lei sugerem tratar-se de uma cópia, imperfeita e resumida da lei anterior, que teria sido extratada por outro Cartório, pois não é verossímil que o rei tivesse

promulgado no mesmo dia e no mesmo lugar duas leis para estabelecer o mesmo princípio jurídico.

O organizador das *Ordenações Afonsinas*, no entanto, transcreveu, também, essa lei, com alterações quanto à data e os nomes das pessoas presentes, introduzindo no final um longo período, que não consta do original que estaria sendo transcrito, com a evidente finalidade de reforçar o sentido da interpolação feita na lei anterior e harmonizar os dois textos.

Do código Afonsino se disse, com absoluta propriedade, que representa os esforços de três reinados sucessivos para coordenar a legislação e dar-lhe unidade, significando ao mesmo tempo a decadência do direito local e o progressivo desenvolvimento da autoridade do rei. O conhecimento dos direitos inerentes à soberania não se foi buscar ao estudo dos antigos usos do reino, mas sim à lição do direito romano (Cf. H. DA GAMA BARROS, *Hist. da Adm. Publ. em Portugal*, cit. T. I, p. 134).

Instrumentos dessa política legislativa foram o juriscônsulto, cavaleiro e Corregedor da Corte JOANNES MENDES, a quem D. João I encarregou de reformar e compilar a legislação do reino, e o doutor RUY FERNANDEZ do Conselho do rei D. Duarte, que por morte de JOANNES MENDES foi nomeado para prosseguir no grande empreendimento.

É perfeitamente possível que JOANNES MENDES tenha remanejado e interpolado a lei de D. Afonso e as de D. Diniz, que compilou na coleção das *Ordenações de D. Duarte*, e que RUY FERNANDES tenha se valido dessa coletânea e retirado dela os textos que transcreveu como fonte na prefação histórica aos Títulos das *Ordenações Afonsinas*, interpolando-os, também, por sua vez, com a mesma finalidade de legitimar os preceitos que estavam sendo introduzidos na nova legislação, com o objetivo de consolidar o alicerce jurídico da suprema autoridade judicante do rei, a cujo serviço colocara sua cultura e sua experiência de homem do direito.

A não ser com o propósito de harmonizar as velhas leis aos novos princípios, não se descobre outra explicação para o fato de na compilação oficial das *Ordenações de D. Afonso V*, terem sido acrescentados aos textos avoengos algumas expressões traduzindo conceitos contemporâneos.

6.1 A ressalva estabelecida por D. Diniz para permitir os pedidos de revogação das sentenças, “salvo se as sentenças forem dadas per falsas testemunhas ou per falsos stromentos

ou per falsas cartas” é uma prova evidente da penetração do direito romano justinianeu por intermédio das “Siete Partidas”

Com efeito, ao tratar da invalidade do segundo juízo que fosse dado contra o primeiro, na Lei XIII, Título XXII da Terceira Partida, o legislador castelhano, entre outras hipóteses, previu o caso da sentença que fosse dada por falsas testemunhas ou por falsas cartas, ou por qualquer outra falsidade, a qual ainda que dela não se tenha apelado pode ser revogada quando se queira, até vinte anos, provando-se que o primeiro juízo foi dado por aquelas provas ou razões falsas. “E otrosi todo juyzio q fuesse dado por falsos testigos, o por falsas cartas, o por otra falsedade qualquier, o por dineros, o por don con que ouiesse corrompido el juiz, maguer contra quien fuesse dado non se alçasse del: puede lo desatar quando quier fasta veynte años prouando que el juyzio primero fuera dado por aquellas prueuas, o razones falsas” (*Las Siete Partidas* glossadas por el Licenciado GREGORIO LOPES, impresso em Salamanca por Andrea de Portonaris, ano de M.D.L.V.).

O princípio da invalidade e conseqüente revogabilidade do juízo que fosse dado por falsas provas é de origem romana e provém do rescripto de ADRIANO recolhido no *Digesto*, 42. 1.33.

O tratamento específico e pormenorizado do modo “como se puede desatar el juyzio que es dado por falsas cartas, o por falsas pruevas, o contra ley”, encontra-se nas Leis I e II do Título XXVI, da Terceira Partida, que regulam o processo da revogação da sentença, mediante a instauração de um juízo especial, ou “contienda”, no qual entendemos que se situa o ancestral medievo mais remoto da ação rescisória do direito brasileiro, conforme escrevemos em outro trabalho. (Cf. *A Revogação da Sentença na Península Ibérica*, n.º 15).

O prazo de vinte anos para o exercício da “contienda” contra a sentença anulável, que nada mais era que uma forma da “querela nullitatis”, foi posteriormente reduzido para sessenta dias, por uma lei de Afonso XI, promulgada em 1348, nas Cortes de Alcalá de Henares (*El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho* publicado pelos Doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio y D. Manuel de Manoel y Rodrigues, Madri M.DCC. LXXIV, Titol XIII, Ley V, p. 23)

Para o estudo pormenorizado das questões atinentes ao processo da revogação da sentença anulável, estabelecido nas *Siete Partidas*, remetemos o leitor ao nosso trabalho supracitado, especialmente para o que escrevemos no item número 16.

6.2 Nas *Ordenações Afonsinas*, logo em seguida à transcrição da lei de Afonso II, vem a declaração:

“E depois desto o Virtuozo Rey Dom Diniz da Famosa Memoria em seu tempo acerca deste passo fez outra Ley, de que o teor tal he.”

“Era de mil trezentos e quarenta annos, vinte e quatro dias de Abril, em Santarem, ElRey Mandou com Conselho da sua Corte, que todalas Sentenças, que forem dadas per o Sobre-Juiz, ou per algum Ouvidor, quer sejam interlucatorias, quer definitivas, e por os Ouvidores da sua Corte forem confirmadas; ou as Sentenças, que os Ouvidores de sa Corte derem e forem confirmadas por os Ouvidores da Sopricaçam; e das Sentenças, que os Sobre-Juizes, ou Ouvidores derem, e dellas nom for per nenhuma das partes apelado; que aquelles, que contra ellas vierem, e pedirem Juiz, ou perante algum Juiz vierem per querellas revogar, que peitem a ElRey quinhentos Soldos, e o dano, e perda aa parte, e nom serem mais ouvidos, e as Sentenças serem firmes: salvo se as Sentenças forem dadas per falsas testemunhas, ou per falsos Estormentos, ou per falsas Cartas, ou per outra maneira que a Sentença seja nenhuma. E se alguuma das partees tiver Voguado, ou Procurador, e esse Procurador, ou Voguado veer perante o Sobre-Juiz, ou perante os Ouvidores, pera querer revogar as Sentenças, que aisy forem confirmadas, que peite a sobredita pena, e a parte nam: salvo vendo ElRey primeiramente todo o feito, ou o mandar ver, e achar, que ha em elle tal erro, que se deva de correger, entam mande que se corregua.”

“E depois desto o dito Senhor Rey Dom Diniz ácerqua desto fez outra Ley, de que o theor tal he.

“Era de mil trezentos e quarenta annos sete de Junho em Santarem per Vasquo Pires Troyas, e perante Ruy Mendes, e Ruy Paes Bugualho, disse da parte de ElRey aos suso ditos, que depois que o feito passasse per Supricaçam, que nom parassem em elle mais mentes, ainda que lho dissessem da sua parte, que o ouvissem de certa ciencia: salvo nos casos contheudos na Ley sobre dita, ou se lho ElRey dissesse de certa ciencia, vendo ante o feito, como dito he na dita Ley.”

No texto primeiro transcrito como sendo a lei de 24 de abril, foi acrescentado o seguinte período: “salvo vendo El Rey primeiramente todo o feito, ou o mandar ver, e achar, que ha em elle tal erro, que se deva de correger, entam mande que se corregua” — que não consta de nenhuma das cópias

da lei de D. Diniz, tal como se encontram no *Livro das Leis e Posturas* (p. 82 e p. 136).

E no texto transcrito em segundo lugar, como sendo a lei de sete de junho, além da alteração dos nomes dos presentes, foi acrescentado, também, todo o período final: “salvo nos casos contheudos na Ley sobredicta, ou se lho El Rey dissesse de certa ciencia, vendo ante o feito, como dito he na dita Ley” — que não existe na cópia recolhida no *Livro das Leis e Posturas* (p. 207).

Essas duas flagrantes interpolações, aliadas à não menos flagrante feita na lei de Afonso II, revelam o objetivo de radicar no passado o instituto da revisão dos feitos por mercê do rei, a denominada Revista de Graça Especial que fôra instituída pelas novas Ordenações de D. Afonso V, ao lado da tradicional figura da chamada Revista de Justiça, de modo a creditar ancianidade a uma forma processual, que acabava de ser criada pelo absolutismo real, e que irá servir aos seus desígnos.

O instrumento ideado por JOANNE MENDES e RUY FERNANDES vai ser aperfeiçoado por RUY BOTTO e seus colaboradores, no século XVI, para atingir seu ponto culminante com as reformas pombalinas no século XVIII.

7 Seguindo a sistemática adotada, o legislador Afonsoino, depois da transcrição das leis de Afonso II e de D. Diniz, “as quaes Leys vistas per nós, adendo e declarando em ellas” passa à declaração: “*Dizemos*, que geralmente em todo caso, sem fazendo defferença entre as pessoas, assy vencedores, como condenados, depois que os feitos forem desembarguados per Sentença dos nossos Juizes da Sopricaçam, nam sejam já mais revistos em nenhum cazo”:

Com essa declaração punha-se termo à distinção que existia nas leis anteriores entre vencedores e vencidos, segundo sua categoria social.

Prossegue a Ordenação: “salvo se os condenados em ellas aleguarem, e affirmarem, que foram dadas per falsas provas, a saber, testemunhas falsas, ou Escripturas, declarando, e especificando logo a especie de falsidade, segundo mais compridamente he contheudo nas Ordenações sobre ello feitas.. a qual falsidade nunca fosse aleguada até esse tempo em esses feitos, ou se foi aleguada, nom foi recebida; ou disserem que as ditas Sentenças foram dadas per Juizes sobernados, e peitados pera ello”;

Dois são os motivos admitidos para justificar o pedido de revisão dos feitos já julgados pelos Juizes da Suplicação: a falsidade da prova e o suborno do juiz.

O primeiro constava já da lei de D. Diniz.

O segundo, de antiquíssima tradição no direito visigótico, originário do Código de *Eurico*, passou para as *Siete Partidas*, Lei XIII, Título XXII da Terceira Partida, e destas para o direito lusitano. (ver nosso trabalho *A revogação da sentença na Península Ibérica*, n.º 15).

O Título CXXVIII, do Livro III, das *Ord. Afonsinas* dispõe a respeito “Dos Juizes que recebem peita per julgar, e da parte, que lha daa ou promete”. — Depois de invocar os precedentes das leis e artigos gerais confirmados em Cortes, condenando a peita e suborno dos julgadores, estabelece: “e por tanto mandamos que o dito feito seja revisto perante Nós, pera o desembargarmos com direito”, que é o fundamento do segundo motivo da revisão.

A revisão, por qualquer dos dois motivos, constituía a chamada Revista de Justiça.

Mas, prossegue a Ordenação: “ou Nós per graça especial mandarmos rever as ditas sentenças, e processos, donde sahiram, a qual revista será feita nos ditos casos per nosso mandado especial, e d’outra guisa non.”

Em seguida o número 7 contém a seguinte disposição:

“Pero que no cazo, honde os ditos condenados nan aleguarem falsidade de testemunhas, ou Escripturas, ou sobornaçam de Juizes, mas somente pedirem, que per graça especial, e merce lhe sejam os ditos feitos com as sentenças revistas, em tal caso non lhe seja outorguada sua petiçam, salvo paguando primeiramente trinta escudos d’ouro do nosso cunho pera a nossa Chancellaria, e de hy pera cima, segundo a calidade do feito for, e dos Juizes que estes feitos desembarguarem; e quando achado for, que estes condenados em todo foram aggravados, Nós lhe mandaremos tornar os ditos escudos, que assy ouverem paguado, e bem assy parte delles, se em parte forem achados aggravados, e doutra guisa nam lhe serem mais tornados”.

E conclui a Ordenação: “E com esta declaraçam mandamos que se guardem as ditas Leys, segundo em ellas he contheudo, e per Nós adido e declarado, como dito he.”

Ai está a nova modalidade de revisão dos feitos, não pelos fundamentos jurídicos da falsa prova ou subornação do

juiz, mas por mercê do rei: a Revista de Graça Especial, para cuja legitimação teriam sido interpolados os textos das antigas leis como alvitramos.

Depois que o feito tivesse sido julgado pelos Juizes da Suplicação, a sentença era considerada firme e não mais podia ser revista, a não ser nos dois casos que ensejavam o pedido da Revista de Justiça, ou quando fosse outorgado por mercê do rei.

Tal era o sistema instituído nas *Ordenações Afonsinas*.

8. Não se encontra, ou pelo menos não logramos encontrar, no *Livro das Leis e Posturas* uma lei, ou, ao menos, uma referência em qualquer lei à sentença nula.

Isso não quer dizer, em absoluto, que não tivesse existido, mas, tão somente, que se existiu perdeu-se, não foi recolhida naquela coletânea e dela não se tem notícia.

É nas Ordenações de D. AFONSO V que aparece o primeiro texto a respeito da sentença que é por direito nenhuma, ou seja, nula. É o Título LXXVIII, do Livro III, em cujo proêmio o legislador indica abertamente sua origem romana:

“Segundo somos enformados os Direitos fizeram deferença entre a Sentença, que he nenhuma per Direito, e aquella que he alguma, e com direita rezam pode ser revogada.”

Sem dúvida, o princípio enunciado no cabeçalho desse Título: “Quando a Sentença per Direito he nenhuma, nom se requiere ser della apelado, ca em todo tempo pode revogada,” é genuinamente romano, lembrando mesmo dois sugestivos títulos do *Digesto* (49.8) “Quae Sententiae sine Appellatione Rescindantur” e do *Código* (7.64) “Quando provocare non est necesse”. (a proposito da revogação da sentença no direito romano, ver nossos trabalhos publicados na Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 77, fascículos 1.º e 2.º).

No corpo da lei, em três passagens o legislador reproduz preceitos hauridos do direito romano, como que a comprovar a informação aludida no proêmio.

Prossegue o texto: “E disseram que aquella he nenhuã per Direito, que he dada sem a parte citada; ou contra Sentença jaa dada; ou dada per preço alguum, que o Juiz recebeo pera a dar; ou dada por falsa prova acinte contra alguum auzente; ou se eram muitos Juizes deleguados, e alguuns delles derão Sentença sem outros; ou se foy dada per Juiz incompetente em parte, ou em todo; ou se foi dada contra Direito expresso,

assi como se o Juiz julgasse diretamente, que o meor de quatorze annos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra cousa semelhante, que seja contra Direito; cá tal Sentença he nenhuma, e de nenhuim valor e nom se requiere ser della apelado, nem pode ja mais em algum tempo passar em cousa julgada, mas em todo tempo se pode dizer contra ella que he nenhuia, e sem algum effeito”.

A citação do exemplo do menor de quatorze annos, que tivesse sido julgado capaz de fazer testamento, é tirada do *Código de Justiniano*. (Liv. 7 Til. 64, *Const.* 2, do imperador Alexandre).

Dispõe, em seguida, o número 1:

“E Dizemos ainda, que posto que de tal Sentença fosse apelado, nom será por tanto feita per Direito alguuma, pero que a apelaçam pareça ser huum auto casi aprovativo della, per que se mostre o dito apelante aprovar a dita nulidade; porque pois do começo foi nenhuia, ja per nenhum auto seguinte pode ser confirmada, salvo se a El Rey confirmar de certa ciencia, porque elle he Ley animada sobre a terra, e pode fazer Ley, e revogualla quando vir que he compridoiro.”

O princípio está baseado no fragmento de MODESTINO (*Dig.* 49.1.19): “Si expressim sententia contra iures rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest, non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata, unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia, unde potest causa ab initio agitari”. — “Si se ha dado una sententia manifiestamente en contra de lo que exige el derecho, no debe tener efecto, y por lo tanto puede establecerse de nuevo el litigio sin necesidad de apelar. Se da una sententia contra derecho cuando infringe especialmente las leyes o algún senado consulto o constitución. Por lo que, si alguien apelara de tal sententia y fuera rechazado por la prescripción (que precluye la apelación) non queda confirmada la sententia en virtud de esta prescripción, sino que puede mover la causa desde su inicio.” (*El Digesto de Justiniano*”, trad. de ALVARO D’ORS, Pamplona 1975, T. III, p. 755).

Prossegue a lei, no número 2:

“E aquella Sentença he chamada por Direito alguuma, que pero nom seja dada expressamente contra Direito, he dada contra direito da parte: assy como se fosse contenda

sobre o testamento d'algum meor de quatorze annos, dizendo-se per huma parte que o Testador era meor de quatorze annos ao tempo que o fez, e da outra parte se dissesse que era mayor, e pero que se provasse per as inquiriçoens que era meor da dita idade ao dito tempo, o Juiz julgou o dito Testamento ser boou, e valioso, nom avendo respeito como per Direito he ordenado, que o Testamento feito per o meor de quatorze annos he nenhuum, mas ouve respeito como se nam provava ser meor, sendo porem provado o contrario pollas Inquiriçoens,”

Nesse passo há uma evidente confusão, decorrente da má intelligência da segunda parte da citada Constituição 2 do imperador ALEXANDRE, que estabelece: “Quodsi, quum de aetate quareretur, implesse defunctum quartum decimum annum, ac per hoc iure factum testamentum pronunciavit, nec provocasti, aut post appellationis impletam causam disististi, rem iudicatam retractare nom debes.” Na tradução de Garcia del Corral: “Pero si, cuestionandose sobre la edad, declaró que el difunto habia cumplido los catorce años, y que por esto fué hecho legalmente el testamento, y no apelaste, ó desististe despues de formalizada la causa de la apelación, no debes volver á discutir la cosa juzgada” (*Cuerpo del Derecho Civil Romano*, trad. de ILDEFONO GARCIA DEL CORRAL, T. v, Código T. II, p. 284, Barcelona 1895).

Finalmente no último item número 3:

“E Porque tal Sentença como esta he contra direito da parte, e nam contra Direito expresso, por tanto nom he per Direito dita nenhuuma, mas he dita alguuma; e se a parte, contra que fosse dada, não apelasse della ao tempo, que per Direito he assinado pera apelar, ella passaria em cousa julgada, e ficaria firme, assy como se fosse bem julgado. E isto ha lugar nos feitos Cives, ca nos feitos Crimes devem os Juizes apelar sempre em todo caso por parte da Justiça, ainda que as partes nom apelem, segundo ao diante mais compridamente Diremos no quinto Livro, honde entendemos tratar dos Crimes.”

Com essa declaração o legislador Afonsino dava adequada interpretação ao princípio do direito romano expresso na segunda parte da citada Const. 2. de Alexandre, princípio tradicionalmente observado, como se lê no livro de *Appellationibus* de MACRO, no fragmento transcrito no Digesto (49.8.1 § 2.º *in fine*) “Quodsi de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit, eum de aetate sua, aut de numero liberorum

probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intelligitur; quo casu appellatio necessaria est.” — Na tradução de GARCIA DEL CORRAL. “Pero si hubiere admitido que hiciera prueba sobre su derecho, mas hubiere pronunciado sentencia contra el, porque dijere que el no hizo la prueba sobre su edad, ó sobre el numero de sus hijos, se entiende que hizo pronunciamiento sobre el derecho del litigante; en cuyo caso es necessaria apelación”. (*Op. Cit. Digesto*. Primeira Parte. T. III, Barcelona 1897, p. 825).

Desde a segunda metade do século XIII, esses princípios do direito romano já haviam sido acolhidos na legislação castelhana de AFONSO X, o Sábio, por obra do jurista Mestre JACOME RUIZ.

Nas *Siete Partidas* a validade do julgamento fica condicionada expressamente à inexistência de motivo de nulidade do juízo, segundo o princípio do direito romano que a sentença nula podia ser revogada a qualquer tempo, sem necessidade da apelação, e não devia ser executada, assim como se não tivesse sido proferida.

Como se lê na Lei IV do Título XXVI, da Terceira Partida: “*Ca maguer non se alçassem destes juyzios sobredichos, pueden se revogar quando quier, e non deue obrar por ellos, bien assi como si nom fuessen dados.*” (a respeito ver nosso citado trabalho *A Revogação da Sentença na Península Ibérica* n.º 15)

Está patente, nesse trecho, a assimilação da nulidade do juízo à inexistência do julgado, que o legislador Afonsino vai repetir no final do proêmio do Título LXXVIII, “*cá tal sentença he nenhuma, e de nenhum valor, e non se requiere ser della apelado, nem pode ja mais em algum tempo passar em cousa julgada, mas em todo tempo se pode dizer contra ella que he nenhuma, e sem alguem effeito*”.

Constituíam motivo de nulidade da sentença, segundo o estatuido nesse Título: ter sido dada sem a citação da parte; ter sido dada contra outra sentença anterior; ter sido dada por juiz peitado; ter sido dada por prova falsa de propósito contra o ausente; ter sido dada por apenas alguns e não por todos os juizes delegados; ter sido dada por juiz incompetente no todo ou em parte; ter sido dada contra o direito expresso.

Em qualquer desses casos a sentença era considerada nenhuma e podia ser revogada em todo tempo, porque não passava em julgado e não produzia efeito algum.

8.1 Pelo que se depreende da lei de D. DINIZ, dois eram os meios que os interessados utilizavam para pleitear a revisão dos feitos: alegar contra a sentença e pedir um juiz, ou, comparecer perante algum juiz para pedir a revogação da sentença “aquelles, que contra ellas vierem e pedirem Juiz” ou “perante algum Juiz vierem per querellas revogar”

Vir contra a sentença e pedir juiz, na linguagem simples da época, parece corresponder a uma espécie de recurso inominado e informe, para cujo julgamento não está prevista a competência certa de algum juiz, pelo que se pede a designação de um. Vir contra a sentença é como impugná-la.

Quanto a comparecer perante algum juiz para querer revogar a sentença, não temos dúvida em filiar esse procedimento ao sistema estabelecido nas *Siete Partidas* para a revogação das sentenças anuláveis:

— “É tal juyzio como este puede se desatar en esta manera, viniendo la parte que se tuviere por agraviada delante del judgador estãdo delãte la parte por quien fue dado el juyzio, o faziendolo emplazar e deve pedir al juiz como en manera de restitución que desate aquel juyzio porque fue dado por falsos testigos o por falsas cartas. E provandolo assi deuelo reuocar el juiz” etc. (*Terceira Partida*, Título xxvi, Lei I).

O procedimento a ser observado no pleito para a revogação da sentença era o mesmo do juizo de restituição, a demonstrar a unicidade originária desses institutos processuais.

A respeito das duas hipóteses previstas na lei de D. Diniz, o jurista PONTES DE MIRANDA escreve:

“Note-se que, ai, a lei mesma alude a remédios jurídicos distintos, à restituição e ao pleito de nulidade. A indicação é de suma importância. Também o é a expressão “revogar” que lá está”. (*op. cit.* p. 99).

Todavia, o jurista não prosseguiu na análise do texto, para extrair-lhe as conseqüências, também, de suma importância.

Ambos os remédios tinham por escopo a revogação das sentenças, mas por vias diferentes.

Na primeira hipótese o vencido argüia a nulidade da sentença e pedia um juiz para decidir.

Na segunda, o vencido comparecia “perante algum Juiz per querellas revogar”, estando subentendido “algum juiz que deu a sentença”, e a quem se pedia que a revogasse, porque

esse era o sistema das *Siete Partidas*, que entendemos que era observado em Portugal no tempo de D. Diniz: “el judgador mismo q dio su juyzio por falsos testigos o por falsas cartas lo puede desfazer o otro su mayoral si gelo pidieren, e lo provarẽ en la manera que diximos en la ley ante desta.” (*Terceira Partida*, Tit. xxvi, Lei II).

Os juristas que elaboraram os preceitos das *Ordenações Afonsinas* sobre a revisão dos feitos, partiram das duas hipóteses da lei de D. Diniz para caracterizar as duas espécies de Revista que foram discriminadas.

O pedido de revisão da sentença em que não se alegou falsa prova ou suborno do juiz, e que só por graça especial era outorgado, corresponde ao pedido de um juiz para rever a sentença contra a qual a parte se apresentou. O deferimento do pedido fica condicionado ao pagamento prévio de trinta escudos de ouro, que seriam devolvidos ao requerente quando a revisão, julgada procedente, concluísse ter sido ele efetivamente agravado pela sentença.

A Revista de Justiça, cujo fundamento era a falsa prova, ou o suborno do juiz, não está condicionada ao pagamento prévio de qualquer quantia, e se destina à apuração de ser, ou não, falsa a prova em que se fundou a sentença, ou de ter, ou não, sido subornado o juiz para proferi-la.

Note-se que a lei de D. Diniz impunha o pagamento de quinhentos soldos, em ambos os casos, e que nas *Afonsinas* o pagamento de trinta escudos de ouro foi limitado à Revista de Graça Especial. O critério da lei de D. Diniz vai ser restaurado nas *Ordenações Manuelinas*.

8.2 Fiel ao princípio do direito romano, que recebeu indiretamente por via das *Siete Partidas*, como pensamos, o legislador Afonsino considerou nenhuma, isto é inexistente, a sentença eivada de qualquer dos vícios de nulidade enumerados no Título LXXVIII. Nenhuma e de nenhum valor. Não pode jamais em tempo algum passar em coisa julgada. Em todo tempo se pode dizer contra ela, que é sem efeito algum.

A assimilação da nulidade da sentença à inexistência do julgado é patente e inegável. Os termos inequívocos da *Ordenação* afastam qualquer dúvida.

Pois o jurista PONTES DE MIRANDA entende que, “Fosse como fosse, o direito lusitano já se havia livrado, em 1217, pelo menos, do conceito romano de “nulla” = inexistentes. E o “nula” não era o “inexistente”, nem o “nulla”. (*op. cit.* p. 99).

A lei de Afonso II, a que o autor se refere é de 1211. E se o “nula” não era o “inexistente”, nem o “nulla”, que era então? O autor não esclarece e o leitor fica sem saber... Mais adiante, prossegue: “As palavras “nula” e “nenhuma” já haviam perdido o sentido de inexistente”. (*op. cit.* p. 100).

O autor não demonstra quando foi que ocorreu a alegada perda do sentido de inexistência nem cita qualquer texto em abono de sua assertiva, que permanece como opinião pessoal sem respaldo histórico.

Interpretar textos antigos utilizando conceitos modernos é anticientífico.

Referindo-se à diferença entre os textos, que ele atribui à circunstância das Ordenações posteriores não empregarem a palavra “revogação”, o citado autor comenta: “Também pode ser que a desapareição da referência à revogação tenha sido para frisar que o fato não era de retirada da *vox*, que se tem na sentença, mas de *rescisão* (rescisio). A terminologia de hoje justifica essa interpretação do que se passou: em vez dos conceitos de declaração de inexistência, de decretação de nulidade, ou de revogação, — o mais próprio, por traduzir melhor o que acontece, que é o de *rescisão*. Quem rescinde, corta, cinde, o que existe e vale e não poderia ser revogado”. (*op. cit.* p. 102).

Vejamos, em primeiro lugar, a afirmação, categoricamente feita, que “apenas a “revogação” desapareceu, como se os revisores pretendessem levar às conseqüências últimas a referência ao não passar em julgado.” (*op. cit.* § 14, p. 101). A simples leitura dos textos das *Ordenações Manuelinas* e *Filipinas* basta para demonstrar que a palavra “revogação” não desapareceu, mas foi conservada, com seu genuíno significado, nos cabeçalhos dos Títulos correspondentes.

Nas *Afonsinas*, Liv. III. Tít. LXXVIII, está: “Quando a Sentença per Direito he nenhuu nom se requiere ser della apelado, ca em todo tempo pode ser revogada”.

Nas *Manuelinas*, Liv. III, Tít. LX, está igualmente: “Da Sentença, que per Direito he nenhuua, se nom requiere seer apelado, e em todo tempo pode seer revogada”. (Ed. da Universidade de Coimbra, 1797, p. 224).

E nas *Filipinas*, Liv. III. Tít. LXXV: “Da Sentença, que per Direito he nenhuma, e como se não requiere ser della appellado, e como em todo tempo pode ser revogada”. (Ed. da Universidade de Coimbra, 1824, p. 225).

No corpo da lei é que se efetuou pequena modificação, mas sem o alcance que lhe atribuiu o escritor.

No próêmio do Tit. LXXVIII das *Afonsinas*, disse El Rey “Segundo somos enformados os Direitos fizeram deferença ante a Sentença, que he nenhuuma per Direito, e aquella que he alguuma, e com direita rezam pode ser revogada.”

Nas *Manuelinas*, tendo sido substituída a forma expositiva pela forma decretória e suprimidos os próêmios das leis, como adiante se verá, o legislador entra diretamente na parte dispositiva da lei sem qualquer preâmbulo:

“Quando a sentença he per Direito ninhua, nunca já mais em tempo alguū passa em cousa julgada, mas em todo tempo se pode poer contra ella, que he ninhua, e de ninhuū valor, e sem alguū effecto, e por tanto nom he necessario seer della apellado”.

Nas *Filipinas*, conservado o estilo, repetiu-se:

“A Sentença, que he per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo tempo se pode oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum effeito, e por tanto não he necessario ser della appellado.”

Ora, essa declaração das *Manuelinas*, repetida nas *Filipinas*, nada mais é que reprodução da parte final do próêmio das *Afonsinas*, onde está escrito: “cá tal Sentença he nenhuma, e de nenhum valor, e non se requiere ser della apelado, nem pode já mais em alguū tempo passar em cousa julgada, mas em todo tempo se pode dizer contra ella que he nenhuia, e sem algum effeito”.

Houve, tão-somente, uma deslocação desse trecho que estava no final do próêmio das *Afonsinas* e passou para a parte inicial do texto nas *Manuelinas*.

Não há, portanto, a menor diferença entre os textos, não se verificou a supressão da palavra “revogação”, nem muito menos, a declaração inicial do texto das *Manuelinas*, repetida nas *Filipinas* — “mas em todo tempo se pode poer contra ella” — pode ser interpretada como resultante da intenção de substituir o conceito de revogação pelo de rescisão, porque a expressão já era empregada nas *Afonsinas* — “mas em todo tempo se pode dizer contra ella” — com o sentido e finalidade que sempre teve desde a lei de D. Diniz.

Aliás, referindo-se à lei de D. Diniz, o citado autor observa: “Provavelmente os efeitos eram *ex tunc*, o que torna

o revogar da lei de D. Diniz sinônimo perfeito de rescindir” (*op. cit.* p. 99).

Noutro passo escreve: “De passagem advirta-se que revogar, que é *retirar a voz*, e *rescindir*, cortar, cindir, não são o mesmo, pois a revogação depende da revogabilidade da declaração e a rescisão não depende; Em todo o caso, nesses textos reinícolas, em que o Rei faz a lei e dita as sentenças, se compreende a assimilação da rescisão à revogação”. (*op. cit.* p. 102).

A assimilação, diga-se a bem da verdade, não ocorre nos textos reinícolas porque o Rei faz a lei e dita as sentenças, mas porque em latim os verbos “revocare” e “rescindere” têm ambos o sentido figurado de *anular*, tal como em português, como pode ser comprovado com simples consulta aos dicionários.

Para remate deste capítulo uma observação dogmática, de natureza lógico-jurídica, emergente da realidade histórica: a rescisão do julgado é efeito da revogação da sentença.

Sentença e julgado não são a mesma coisa, mas este é produto daquela. O julgado é o que a sentença disse.

Quando se revoga a sentença, a consequência é rescindir-se o julgado. Ao se retirar a voz da sentença corta-se o que ela tenha dito.

A operação principal é portanto a revogação, de que a rescisão é puro efeito.

É a lição do direito romano, que os legisladores reinícolas aprenderam.

A sentença que por direito é nenhuma não produz efeito, não transita em julgado e pode ser revogada em qualquer tempo que o interessado pretenda fazê-la valer em juízo, independentemente do remédio da Revista, uma vez que sempre se pode dizer contra ela.

A sentença que por direito é dita alguma, se se verificam os casos que autorizam o pedido de sua revisão, o remédio da Revista deve ser impetrado para obstar seu trânsito em julgado e que produza efeitos.

A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli*

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito na
Universidade de São Paulo.

Sejam as minhas primeiras palavras de agradecimento às generosas referências feitas pelo prezado colega FILOMENO COSTA à minha pessoa, pois todos sabem que elas refletem apenas a amizade que há tanto tempo nos une.

Duas razões, meus senhores, explicam e justificam a inclusão, neste Seminário, do tema relativo à teoria da interpretação no pensamento de TULLIO ASCARELLI. Em primeiro lugar porque, não obstante uma sua longínqua monografia quase juvenil de 1925 sobre as lacunas do ordenamento jurídico, foi propriamente no Brasil que ele assentou e desenvolveu as suas idéias basilares sobre a Hermenêutica jurídica em dois estudos de grande alcance. Um desses trabalhos, intitulado *A Idéia do Código no Direito Privado e a Função da Interpretação*, foi por ele incluído em seu livro *Problemas das Sociedades Anônimas e o Direito comparado*, publicado em São Paulo, bem como em seus clássicos *Saggi Giuridici*, na Itália; o outro ensaio, que constitui, por assim dizer, o desenvolvimento do anterior, é uma conferência proferida, em 1946, na Escola de Sociologia e Política de nossa Capital.

Esses dois estudos foram a semente do desenvolvimento dado pelo mestre italiano à matéria, devendo notar-se que ele não lhes introduziu alterações substanciais, no tocante aos pontos básicos firmados nos dois escritos paulistas.

A segunda razão, que legitima a escolha do tema, é a importância que o problema hermenêutico assume no pensamento geral do grande mestre peninsular. Para determinados

Conferência proferida na Sala da Congregação dos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a 31 de outubro de 1979, às 21 horas, em memória de Tullio Ascarelli, no 20.º aniversário de seu falecimento, reproduzida segundo gravação, revista pelo Autor.

jurisconsultos a teoria à interpretação pode constituir tema ou tese complementar, marginal ou acessória. No caso de TULLIO ASCARELLI, ao contrário, a interpretação faz parte integrante e essencial de seu pensamento. Se se tirar a hermenêutica da obra de ASCARELLI, ela ficará profundamente mutilada. O seu amor por esse problema é proclamado em múltiplos escritos, sendo a todo instante apontado como um de seus assuntos prediletos. Apesar do grande amor dedicado à teoria da interpretação, e o valor das contribuições que nos legou, tal como procurarei lembrar em largos traços, ASCARELLI não nos escreveu um tratado sistemático da matéria, preferindo focalizá-la em diversos estudos, que, no entanto, guardam entre si unidade substancial. Pensei mesmo, certa época (e talvez esta lembrança valha aqui como uma proposta aos organizadores do presente certame), em organizar a Antologia hermenêutica de TULLIO ASCARELLI, precedido de um estudo destinado a salientar as inovações fecundas que o tratadista de Direito Comercial trouxe não apenas para a Teoria Geral, mas também para a Filosofia do Direito.

Estou de pleno acordo com FRANCISCO MESSINEO quando, na coletânea em homenagem a ASCARELLI, declarou que este mestre reunia em si as qualidades do jurista, do sociólogo, do político e do filósofo do direito.

Esse aspecto polivalente da sua personalidade vai refletir-se na polivalência de sua compreensão do fenômeno jurídico. Penso que, para uma análise mais aprofundada do assunto, é indispensável fixar alguns pontos preliminares. Antes de mais nada é de grande importância não esquecer a formação filosófica de TULLIO ASCARELLI que é discípulo de BENEDETTO CROCE. CROCE foi um filósofo que, como todos sabem, desencadeou um grande movimento, o do neoidealismo objetivo hegeliano, com característica e feição próprias, exercendo influência considerável sobre os juristas italianos de sua época. É ASCARELLI um deles. Qual a influência direta e mais permanente de CROCE no pensamento de ASCARELLI? É a compreensão histórica, ou, por melhor dizer, *historicista* do Direito, à cuja luz este se apresenta como um “ordenamento” concreto em constante mutação, isto é, não como simples conglomerado sistemático e logicamente coerente de normas ou proposições normativas, mas antes como realidade social viva, em pleno desenvolvimento. Não se compreenderá a teoria da interpretação de ASCARELLI sem correlacioná-la com a sua concepção da experiência jurídica como uma experiência histórica que possui a sua própria lógica imanente, a sua

própria dialética. É sob o influxo desta visão historicista que ASCARELLI se antecipa de certa forma ao seu tempo, tratando do problema da interpretação à luz de dois conceitos que são polares e básicos em seu pensamento: o conceito de *estrutura* e o de *função*.

Quando NORBERTO BOBBIO dá a um de seus livros o título de *Struttura e funzione del Diritto*, e nela inclui um estudo sobre o *itinerário de Ascarelli*, tenho a impressão de que o ponto de partida ou elemento inspirador dessa obra foram os estudos de seu compatriota e amigo. Os conceitos de estrutura e função são, com efeito, fundamentais para gizar, mesmo de maneira sumária, o assunto que me foi confiado no presente Simpósio.

Outra contribuição, de origem croceana, refere-se ao lato conceito de *economia*. ASCARELLI, como comercialista que era, e dos maiores que a Itália já produziu, não podia deixar de estabelecer conexão íntima e constante entre a problemática jurídica e a econômica. Mas ele jamais se deixou levar pela idéia de que existe um nexo de causalidade entre o mundo econômico e o jurídico, e jamais viu o econômico de forma estreita. No fundo, a palavra “economia” abrangia toda a esfera dos interesses vitais ou dos empenhos práticos, tal como era delineada por BENEDETTO CROCE em uma de suas obras principais que é *Filosofia della pratica*. CROCE jamais subordinou o direito à economia em sentido estrito, porquanto via nesta toda e qualquer manifestação da vida prática visando a um fim existencial. Nesse sentido é que se encontra íntima interdependência entre as normas jurídicas e a experiência prático-econômica, na obra de ASCARELLI.

O segundo fator doutrinário que atua no pensamento do jurista italiano, completando a sua vocação filosófica, é a sua formação sociológica atualizada, sobretudo de fonte norte-americana, o que o colocou em contato com a experiência do Direito dos Estados Unidos da América.

A terceira fonte inspiradora de sua doutrina deriva do estudo contínuo do “Common Law”, sobretudo através da obra de três jusfilósofos do direito americano, que são WENDELL HOLMES, ROSCOE POUND e BENJAMIN CARDOSO. Sem referência a estes três mestres bem pouco se compreende do pensamento concreto de ASCARELLI, o qual viu, no confronto entre o Direito romanístico e o Direito de formação anglo-americana, uma força motivadora de novas perspectivas.

Fixados esses pressupostos de ordem geral, já estamos em condições de compreender as razões pelas quais ASCARELLI

repudia o entendimento tradicional da interpretação como uma atividade puramente intelectualística, preferindo situá-la no contexto de uma experiência global, ao mesmo tempo filosófica, sociológica e econômica. Poder-se-ia afirmar que a sua colocação do problema era de natureza histórico-cultural, o que não é exagero afirmar-se, tão freqüente é a sua aceitação das teses de GUSTAV RADBRUCH.

Nessa ampla visão da matéria, cabe salientar que lhe pareceu, repito, de grande importância o confronto entre as duas experiências fundamentais do Direito no Ocidente, a anglo-americana, ou do “Common Law”, e a filiada à tradição do Direito Romano, ou “Civil Law”. Apontava ele, com acuidade, uma nota distintiva essencial entre esses dois “mundos jurídicos”, sublinhando que no primeiro prevalece mais um *enfoque processualístico*, enquanto que no segundo as questões são mais situadas em termos de *direito material*.

O “Common Law”, em suma, leva a uma interpretação dinâmica ou “operacional” do Direito, porque nele prevalece o momento da aplicação da norma, implicando a fundamentação das novas decisões em função de um precedente jurisprudencial, em contraste com a abstração normativa legal que domina o sistema romanístico, onde normas escritas preordenam a atividade dos advogados e dos juizes.

A segunda observação de ASCARELLI é que no “Common Law” predomina o *método indutivo* com carga maior de experimentação ou de experiencialidade, enquanto que no Direito de origem romanística (o continental-europeu e o sul americano) o que prevalece é o *método dedutivo*, caindo mesmo até na dedução estrita do silogismo.

A terceira diferença que ASCARELLI aponta entre os dois citados ordenamentos, com reflexos imediatos na problemática hermenêutica, consiste na maior ou menor incidência de formalismo. O “Common Law” parece-lhe menos formalista do que o Direito continental europeu, no qual floresceram a “Escola da Exegese” e a dos Pandectistas, no século XIX, tanto assim que, mesmo depois do superamento dessas Escolas, ainda se conserva o “logicismo” no cerne ou na medula da Ciência Jurídica ordenada em torno do Código Civil de Napoleão.

Estamos vendo, pois, como a concepção de ASCARELLI está condicionada por determinados parâmetros, sem os quais não atingimos a essência do seu pensamento. Ora, isto nos leva a uma conclusão preliminar básica: ele jamais se contentou com

qualquer posição do Direito, dando amplo desenvolvimento a certas idéias mestras que haviam norteado o Direito Comercial italiano, sob a égide de seu mestre CESARE VIVANTE.

Na história do Direito Comercial Italiano, e permitam que o filósofo do Direito meta um pouco a colher de pau neste campo, jamais prevaleceu o formalismo que, ainda hoje, chega a comprometer a obra de certos cultores do Direito Civil, por demais presos ao seu Código. Ao contrário, dadas as deficiências e lacunas da legislação comercial, VIVANTE e seus companheiros eram levados a uma visão mais concreta do Direito, apelando ao que denominavam "la natura delle cose". Sentia-se, em suma, a necessidade de recorrer a princípios mais abertos, àquilo que POLACCO denomina "le finestre del diritto", tal como é lembrado por ASCARELLI nos seus escritos.

Além de VIVANTE, dois outros autores italianos influíram profundamente no espírito de ASCARELLI, BONFANTE e CHIOVENDA, ambos mostrando que o ordenamento jurídico não é estático, estando sujeito a contínuas transformações, o que faz com que as mesmas normas jurídicas, com o correr do tempo, passem a adquirir nova significação, bem diversa da visada originariamente pelo legislador.

Pois bem, sob o influxo de todas essas correntes de pensamento, ASCARELLI assumiu uma posição decisivamente antiformalista, da qual ia resultar a colocação do problema hermenêutico no centro de suas indagações.

No ensaio sobre o itinerário do pensamento de TULLIO ASCARELLI, NORBERTO BOBBIO, que é neo-positivista, mas que usa a tridimensionalidade como instrumento heurístico ou como chave de compreensão do Direito, declara que ASCARELLI é, ao mesmo tempo, contra e a favor de três posições jurídicas. Quais são essas "posições", a respeito das quais se verifica o fato curioso de aceitar ele uma parte e rejeitar a outra das respectivas teses, a fim de chegar a uma conclusão diversa e concreta?

Antes de analisar esse ponto seja-me permitido abrir um parêntese. É que na primeira fase de seus estudos, ASCARELLI admitia como que uma espécie de *duas verdades* governando a experiência do Direito: o ordenamento jurídico, dizia ele, do ponto de vista filosófico, não pode deixar de ser considerado aberto, porque a vida a todo instante inova; mas, do ponto de vista lógico-dogmático, o ordenamento jurídico deve ser pressuposto, necessariamente, sem lacunas, salvo a ressalva feita por DONATO DONATI de que "o que não é proibido pressupõe-se permitido e lícito"

Ora, toda obra posterior de ASCARELLI, a partir dos dois estudos elaborados no Brasil, desenrolou-se no sentido de superar essa dupla verdade, para integrá-las em unidade, graças a uma nova compreensão do processo interpretativo. Para chegar a essa compreensão unitária ou integrante da hermenêutica, ASCARELLI procedeu, efetivamente, à crítica das teorias vigentes em sua época, procurando determinar quais eram os seus pontos negativos ou positivos.

Em primeiro lugar, havia o “conceptualismo”, ou seja, a posição da chamada “Jurisprudência conceitual”, que, tudo somado, reduz o Direito ao seu elemento lógico-normativo, segundo uma tese que, embora revista e alargada, passara da Escola da Exegese para a nova corrente do Neo-positivismo ou da Filosofia Analítica. Parecia a Ascarelli que essa posição era insustentável (e essa crítica, de certo modo envolvia o próprio Bobbio) porquanto convertia a norma jurídica num simples enunciado lógico-formal estático, perdendo de vista o seu mutável conteúdo histórico, mas era, de outro lado, válida na medida em que dava ênfase ao aspecto *formal* do Direito, sem o qual não se poderia preservar a exigência basilar de certeza e segurança, inerente à vida do Direito. Veremos com essa preocupação pelo “princípio de certeza” vai repercutir na conceituação final do processo interpretativo.

A segunda corrente, que ASCARELLI analisa, aceitando-a e rejeitando-a em parte, é o do *realismo sociológico*. Inegavelmente o jurista não pode deixar de ter olhos para a realidade fática, mas ele não pode ficar preso ao elemento empírico, pois deve ultrapassá-lo e transcendê-lo na medida em que o encapsula e o domina através da prescrição normativa. Como se vê, o empírico é necessário, mas é insuficiente.

A terceira corrente, que merece a análise e a crítica de ASCARELLI, é o *irracionalismo* ou *intuicionismo jurídico*. Não há dúvida, pondera ele, que o Direito não pode deixar de realizar justiça e esta não raro conflita com aquilo que se contém nas meras estruturas normativas, nem pode ser satisfeita graças a meros raciocínios lógicos, indiferentes às contrastantes expressões da vida humana. O jurista, em suma, não pode deixar de “sentir” ou “intuir” certos valores que condicionam a existência social, emprestando nova luz ao sentido das regras de direito. Mas se assim é, deve-se também reconhecer que a consagração do “intuicionismo” nos arrastaria a soluções perigosas, abrindo campo a “soluções subjetivas”, com o risco inerente ao abuso e desvio do poder de interpretar as regras. Deve-se, pois, pro-

curar salvar o “intuitivo” sem se comprometer o imperativo do “racional”.

Após essa tríplice análise, ASCARELLI tinha o caminho livre a uma compreensão concreta e dinâmica da interpretação.

O *movimento de concreção jurídica*, ao qual de certa maneira pertence a minha obra (e é sem vaidade que o digo, um dos primeiros trabalhos sobre o assunto foi redigido por mim sob o título de *Concreção de Fato, Valor e Norma no Direito Romano Clássico*) congrega um grande número de juristas da Alemanha, Itália, Espanha, Estados Unidos da América, etc., cujo denominador comum é a compreensão do Direito em termos de experiência. Podemos afirmar que TULLIO ASCARELLI foi um dos precursores desse movimento, ao lado de HOLMES ou POUND.

A “teoria da concreção jurídica” caracteriza-se pelo fato de não se aceitar nenhuma explicação do fenômeno jurídico apenas e tão-somente sob um de seus aspectos, procurando-se, ao contrário, integrá-los a todos numa unidade sócio-dinâmica, ao mesmo tempo, de natureza lógico-normativa. Como conciliar essas duas exigências? Como compor o estrutural com o funcional? Esta é a grande temática da Filosofia jurídica de nosso tempo, problema esse que ASCARELLI propôs já na década dos 40, e constitui tema dos mais vivos entre os juristas de hoje.

O ato interpretativo, segundo ASCARELLI, não se reduz a mera inferência lógica a partir de regras de direito, tomadas como premissas, mas ao contrário, representa uma valoração a partir de paradigmas normativos. Vou repetir porque me parece muito importante. O ato interpretativo não é uma simples inferência lógica a partir de premissas, mas é uma série de valorações a partir de paradigmas. Como se vê, ASCARELLI estava convencido, e este é um dos seus grandes méritos, que não pode haver interpretação que não envolva uma preferência valorativa, segundo parâmetros normativos, os quais delimitam a função criadora do intérprete, mas não a suprimem.

Interpretar é valorar, ou seja, optar entre valores compatíveis com a estrutura normativa. Todo intérprete, por mais isento e neutro que queira ser, jamais poderá libertar-se, primeiro, de seu coeficiente pessoal axiológico e, em segundo lugar, do coeficiente social de preferências inerente à sociedade a que ele pertence, ou ao “tempo histórico” que está vivendo.

O advogado, o teórico ou o juiz são, antes de mais nada, homens inseridos num contexto de valorações e de preferências.

Antes do jurista, há, em suma, a *consciência*, que é, ao mesmo tempo, uma realidade psíquica, com motivações econômicas, morais e religiosas, as quais não podem deixar de condicionar o ato interpretativo.

A propósito do problema religioso ASCARELLI mostra que não se trata de apreciar esta ou aquela forma de religião, mas de analisar as convicções que se aninham no espírito do exegeta, atuando sobre seu modo de receber e compreender as regras de direito, visto como a natureza axiológica da interpretação não é algo de acessório, mas é da essência mesma do processo hermenêutico.

Essa tese é hoje quase que corrente, mas não o era quando ASCARELLI a enunciou. Trata-se de entendimento que foi depois enriquecido, sobretudo graças à obra monumental de outro grande jurista italiano, EMILIO BETTI, a tal ponto que ela chegou a suscitar, com HANS GADAMER, uma poderosa corrente filosófica de nossos dias, fundada no caráter hermenêutico do pensamento como tal.

Ora, a função primordial da interpretação, segundo ASCARELLI, consiste em realizar uma tarefa extremamente difícil, que é a de conciliar o “*corpus juris*”, o complexo de normas promulgadas, — o qual por sua natureza é estática e conservantista, — com uma realidade subjacente, onde novos fatos a todo instante emergem, em contínua e conflitante transformação. Lembra ele, a propósito, a frase de BENJAMIN CARDOSO de que o direito deve ser estável mas não pode ser estático. Como é então que as estruturas jurídicas devem-se adaptar à realidade social mutável? Essa obra de mediação é realizada pelo hermenêuta. A interpretação, portanto, não é um acréscimo à experiência jurídica, mas sim momento essencial e necessário da experiência jurídica mesma.

Sem a interpretação não se realiza o Direito. Isto nos leva a uma série de questões, centradas sobre o problema nuclear da relação entre o *enunciado normativo* e a sua *real eficácia*, através da *mediação do ato hermenêutico*. Basta colocar a matéria nesses termos, para verificar-se que ela implica uma nova compreensão do que seja “norma jurídica”, que não pode ser confundida com uma simples proposição lógica, apesar de ser irrenunciável e necessária a “*logicidade*” dos elementos que a constituem, e não poder o intérprete criar Direito “como se fora legislador”, consoante declara o Código de Processo suíço, em famoso dispositivo que ASCARELLI condena.

Segundo o mestre italiano, a norma jurídica, seja legal, jurisprudencial ou costumeira, é algo de plástico e de adaptável às circunstâncias. Destarte, ela inclui em si a sua interpretação. Indo um pouco além de ASCARELLI, mas de certa maneira na linha de seu pensamento, chego a fazer esta afirmação: *a norma jurídica é a sua interpretação*. A regra de direito, consoante já o advertia BONFANTE, pode ser formalmente a mesma e significar, no entanto, coisas diversas ao longo do tempo, quer pela interferência de outras normas que venham alterar o significado das já vigentes, quer pela mudança dos critérios de apreciação social prevalentes em determinada época, quer ainda em virtude de fatores imprevistos.

Para chegar a uma “interpretação concreta”, ASCARELLI adota a tese desenvolvida por um grande mestre da Teoria do Estado, HERMANN HELLER, segundo o qual a interpretação não se põe no fim, como resultado do ordenamento, mas sim no começo do ordenamento, o que quer dizer que ela condiciona o sistema normativo. Por outras palavras, o ordenamento jurídico só se torna pleno graças à mediação hermenêutica, ou, mais propriamente, graças ao trabalho criador do intérprete. Sem interpretação o ordenamento jurídico não é pleno. Tal constatação leva ASCARELLI a apresentar o problema da lacuna do direito de forma um pouco diferente da até então seguida.

Para ASCARELLI, a existência de lacunas não constitui um fenômeno excepcional, nem é o sinal de deficiência na previsão do legislador. No seu modo de ver, a lacuna é inerente a todo e qualquer ordenamento, porquanto nunca será possível superar o conflito que, de uma forma ou de outra, se põe entre o “corpus juris”, por sua natureza estático, e o mundo instável e dinâmico dos interesses disciplinados: entre um e outro resta sempre um claro inevitável, uma área sócio-econômica destituída de disciplina normativa, quer originariamente, quer por motivos supervenientes.

Ora, no entender de ASCARELLI, o preenchimento das lacunas, inevitáveis em qualquer sistema jurídico, não exige técnicas interpretativas especiais, mas apenas o alargamento ou potenciamento dos meios e técnicas vigentes, tomando-os em seu amplo espectro, isto é, fazendo maior emprego dos modelos analógicos ou dos princípios gerais de direito. Para ele, em suma, a lacuna não nos põe senão perante “um exemplo macroscópico da função criadora do intérprete”. Mesmo quando o texto legal é expresso, a interpretação exige a participação do hermeneuta: essa função criadora torna-se apenas mais

vigorosa no caso especial das lacunas, que não devem, pois, ser tratadas como algo de surpreendente.

Notem que estamos perante algo de novo na colocação do problema da lacuna, o qual não pode de maneira nenhuma ser resolvido segundo os pressupostos de uma Tópica ou de uma Filosofia puramente analítica. O que me seduz, na obra de ASCARELLI é o sentido historicista e concreto do Direito, e a sua aversão ou ojeriza, digamos assim, a toda e qualquer solução de tipo puramente formalista e abstrata, desvinculada do complexo de fatores operantes na experiência jurídica.

Pois bem, se o intérprete sempre cria algo, haja ou não lacunas, o ato interpretativo pode ser considerado meramente declaratório? Na tradição da Escola da Exegese e dos pandectistas, interpretar era tornar explícito o sentido já implícito na lei. ASCARELLI entende que tal asserção não procede, por ser impossível interpretar uma regra jurídica fora de determinada estrutura ou tipologia histórico-social, a qual não pode ser senão aquela na qual se encontra no momento o intérprete, quaisquer que possam ter sido as intenções do legislador.

Sob a influência de CROCE, concorda ASCARELLI que toda regra é a “volição de uma classe de comportamentos futuros”, não podendo, pois, deixar de possuir certo *caráter decisório*, mas sem perda total da *declaratoriedade* que lhe é inerente, inclusive para atender a razões de certeza e segurança. Consoante suas próprias palavras, “uma interpretação nunca é, em rigor, apenas declaratória, mas implica uma reconstrução da norma interpretada, o desenvolvimento e a adaptação dela”, donde se conclui que, no ato interpretativo devem se compor, harmonicamente, *criatividade* (por parte do hermeneuta) e a *declaratoriedade* da norma (como elemento essencial à certeza jurídica).

Repele, pois, ASCARELLI, com firmeza, todas as teorias que reduzem o trabalho do intérprete à análise da “vontade” da lei, ou conforme pretendem os neopositivistas, “a linguagem do legislador.” A norma jurídica é antes um ente histórico, cujo sentido depende das mutações sociais operadas entre o instante da emanação da “regula juris” e o da sua interpretação, precedendo e condicionando a sua adequada aplicação pelo homem comum, pelo jurista, pelo administrador, ou pelo juiz, visto como todos interpretam o direito, mesmo sem se darem conta de fazê-lo. Daí a conhecida imagem do nosso jurisconsulto de que a interpretação não está para a lei numa relação do reflexo para o espelho, mas sim na relação que liga a semente à planta :

interpretar, em suma, não consiste em “refletir” uma imagem, mas sim em inferir velhos ou novos significados a partir da semente da norma jurídica.

Se é impossível passar do fato para o valor (e é por isto que ASCARELLI condena qualquer solução puramente sociológica) não é menos verdade que, quando se trata de aplicar a um caso concreto uma norma jurídica, em si mesma abstrata, ela deve passar do abstrato para o concreto. Essa passagem, segundo ainda o ensinamento de CROCE, implica um *ato decisório*, e, por conseguinte, de participação criadora do sujeito cognoscente, implicando uma opção entre vários caminhos compatíveis com o mandamento normativo, só raramente inflexivelmente unilinear.

É, nesse ponto, que se situa a correlação feita por ASCARELLI entre a *estrutura* do Direito e a sua *função* sublinhando ele o papel que a *tipicidade* desempenha em todo o mundo jurídico, e não apenas na esfera do Direito Penal.

Não se pense que ASCARELLI, por ter acentuado o aspecto criador da interpretação, seja um adepto do Direito Livre, ou seja, da Livre Interpretação do Direito, mesmo *contra legem*. Longe disso. Ao contrário do que, às vezes, se afirma, apesar de ter dado grande realce ao elemento “decisório”, jamais ASCARELLI aceitou a “discricionariedade” do intérprete, nem concebeu o ato hermenêutico como fruto de mera decisão. Em reiteradas passagens de seus estudos ele reconhece, é certo, que a interpretação “não é apenas declaratória”, ou que “a declaratoriedade não exprime, de modo completo, a natureza efetiva, ou a função histórica da interpretação”; mas tem logo o cuidado de ressaltar que “isso não importa em negar à teoria da *declaratoriedade* valor básico que seria perigoso esquecer”. Dir-se-ia que, no seu modo de ver, a *declaratoriedade* deve ser vista sob nova luz, uma vez que ela não implica a simples explicitação de uma proposição normativa (abstração feita da mutabilidade de seu conteúdo) nem tampouco exige que a “continuidade do Direito” seja concebida somente em função de simples nexos de natureza lógico-formal.

A compreensão que ASCARELLI tem do “caráter declaratório” da interpretação está, por sinal, em harmonia com o seu conceito concreto e histórico de ordenamento, ao qual corresponde uma exigência de *certeza* que não é sinônimo de “imutabilidade formal”

A certeza que ele reclama, e que cabe ao intérprete preservar, a fim de não se descambar para a insegurança do Direito

Livre, é a certeza que se constitui ao longo da experiência jurídica, no contexto das situações valorativas dominantes, lembrando ele, a propósito, a afirmação de PIERO CALAMANDREI, de que o juiz atua como mediador de uma “consciência comum”. O juiz, no seu entender, acha-se vinculado a um critério de *continuidade*, que tem como referência e, ao mesmo tempo como tábua de aferição e de controle, a “communis opinio” prevalecente na sociedade na época em que a regra jurídica é aplicada.

Como se vê, não se trata de preservar uma certeza normativa formal e estática, mas sim uma certeza normativa tal como, sem solução de continuidade, vai sendo configurada ao longo da experiência, extraindo-se da norma todas as suas virtualidades, assim como a planta é o desenvolvimento das potencialidades da semente.

Nota-se logo que estamos perante uma compreensão historicista da certeza jurídica, que se processa sempre em sintonia com a estrutura das regras e sua função, ponto em que se observa a convergência de duas influências relevantes, a do historicismo italiano de CROCE e a do pragmatismo angloamericano, onde a “regula juris” se situa no encadeamento experiencial dos “precedentes”, obedecendo à evolução dos usos e costumes consagrados pela jurisprudência.

É a razão pela qual o conceito de continuidade tem, na obra de ASCARELLI, um *sentido dialético*, de tal modo que a interpretação assinala o superamento ou a conciliação entre o momento “abstrato” da norma e as particularidades dos casos ocorrentes.

Cabe, a esta altura, ponderar que essa visão concreta e dinâmica do processo hermenêutico implica uma “compreensão tipológica” da realidade social, de tal modo que também o processo hermenêutico se desenvolve segundo esquemas e tipos. Esse ponto, relativo à “natureza tipológica” da teoria da interpretação ascarelliana não me parece tenha sido posta no devido relevo pelos juristas italianos que têm estudado o seu pensamento.

Tão essencial é a exigência de *tipicidade* para ASCARELLI que ele chega a afirmar que até mesmo o “caso concreto” jamais deixa de corresponder ou constituir “um caso típico”, ou, segundo seu dizer, “o princípio aplicado em um caso concreto é, ele também, um princípio *típico*, pois que cada caso não pode ser juridicamente considerado a não ser esquemática e abstratamente como caso típico”. No fundo, o que não é tipificável é irrelevante para o mundo jurídico, pois, se

se reconhece a juridicidade de dado caso, impossível será recusá-lo a quantos casos se revistam das mesmas características ou critérios tipológicos. Donde a afirmação vigorosa de que “fraco jurista é aquele incapaz de distinguir os elementos típicos do caso e de descobrir a norma geral”.

Tal afirmação, que poderia parecer exagerada, torna-se plausível se pensarmos que, se o Direito existe, é porque as atividades sociais se desenvolvem segundo determinados esquemas de comportamento suscetíveis de previsão, devendo sobrevir conseqüências iguais ou análogas toda vez que se verificarem atos qualificáveis devido ao seu enquadramento em estruturas iguais ou análogas. A “Teoria dos Modelos Jurídicos” contemporânea, tal como, modéstia à parte, penso ter contribuído para instaurar no âmbito da Ciência Jurídica, veio confirmar que a experiência do Direito se desenrola segundo modelos ou estruturas normativas, sendo umas de natureza prescritiva, e outras de caráter doutrinário ou dogmático. Os “casos concretos”, portanto, direta ou indiretamente, subsumem-se a “classes de conduta previamente previstas”, ou enquadráveis em esquemas análogos, graças à contribuição mediadora e criadora do intérprete. É o que saliento em pequeno estudo sobre “hermenêutica estrutural” em meu recente livro *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*.

Mas, voltando à exposição do pensamento de ASCARELLI, não lhe parece que, para a integração e a justa aplicação do Direito, bastem os métodos de inferência lógica usualmente seguidos. Não propõe, a rigor, novos métodos, além dos já conquistados em termos de interpretação histórico-evolutiva, mas sim que o emprego de todos os processos vigentes seja feito unitariamente, levando-se em conta os fatores todos que atuam na espécie, conforme ele ilustra com exemplos tirados da legislação e da jurisprudência.

Nesse sentido, a correlação “estrutura-função” mostra-se fecunda, para mostrar como é que a mesma estrutura pode desempenhar, com o decorrer do tempo, funções diversas; bem como estruturas diversas podem desenvolver função igual. Cumpre, por conseguinte, ao intérprete não se deixar levar pelas aparências formais, procurando colher o Direito vivo na correlação concreta vigente, apreciando, concomitantemente, as estruturas normativas e as suas funções reais, mesmo porque, no seu afã de converter o “abstrato” em “concreto”, o jurista é obrigado a renovar, continuamente, as suas “formulações” ou “tipificações”, que, apesar de serem sempre abstratas, devem ser cada vez mais precisas. Consoante

palavras do próprio ASCARELLI, as “tipificações são sempre superadas, mas sempre necessárias”, por serem “inilimináveis da experiência jurídica”.

Para uma tarefa dessa natureza é de suma importância ter sempre presentes os “princípios gerais”, sobretudo à luz do “Direito Comparado”, cujo estudo ASCARELLI considera essencial a todo estudioso da Ciência Jurídica, e uma fonte inesgotável de inspiração no concernente à teoria da interpretação.

De outro lado, reconhecendo-se a insuficiência dos processos puramente formais, torna-se indispensável recorrer a outros esquemas, de conteúdo ético, tais como os correspondentes às idéias de boa fé, bom pai de família, probidade contratual, ordem pública, etc.

Trata-se, como se vê, do emprego de “standards”, ou, como se prefere hoje dizer, de “modelos abertos”, que, aparentemente, só possuem um valor programático, mas que, na realidade, ao mesmo tempo, orientam e balizam a atividade do hermenauta, permitindo-lhe achegar-se melhor às exigências que deram origem às prescrições normativas. São as “janelas do Direito”, a que já fiz referênciã, e que o jurista não pode, nem deve dispensar, não assistindo razão, por exemplo, a PONTES DE MIRANDA quando, fiel ao seu naturalismo radical, considera um “retrocesso científico” o recurso à *equidade* para a solução de conflitos no plano jurídico, e isto numa época em que os cientistas da natureza são os primeiros a reconhecer as deficiências das leis por eles enunciadas, considerando-as, sempre, provisórias e “refutáveis” .

Bem distante de qualquer explicação empiricista unilateral, TULLIO ASCARELLI prefere ver a realidade jurídica em toda a sua complexa diversidade, conferindo igual complexidade ao processo interpretativo, que não pode deixar de atender a exigências fatuais e valorativas para atingir o sentido real das normas jurídicas. Donde o caráter iniliminável das “soluções por equidade”. Estas, a seu ver, constituem a afirmação, em um caso particular, de novas valorações de caráter geral, de tal modo que “a equidade, mais do que justiça do caso concreto, se apresenta como a afirmação, em um caso concreto, de um novo princípio, que é, por sua vez, *típico* e tende, por sua vez, a transformar-se em genérico”. Essa segunda compreensão da equidade corresponde ao sentido “técnico-sistemático”, posto em realce por ESSER e que não discrepa da teoria clássica de ARISTÓTELES, para quem a equidade era tanto “a *justiça* do caso concreto” como “o

direito do caso concreto”, como lembro em ensaio inserto em meus *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. É importante, porém, assinalar que o conceito de tipicidade é tão essencial ao pensamento de ASCARELLI que ele se vale dessa categoria lógica para reconhecer o papel integrativo da equidade como instituidora de uma norma de validade genérica.

Situado o problema hermenêutico desse modo, na globalidade e concretitude do processo histórico-social, podem ser observados vários fenômenos que escapam à interpretação tradicional, tais como:

- a) a mudança do significado de uma regra de direito em virtude de mudança operada em sua qualificação, como acontece quando um preceito legal deixa de ser considerado “dispositivo” ou “supletivo” para adquirir valor cogente de ordem pública;
- b) a mudança na escala hierárquica de uma norma, que pode passar de subordinada a subordinante, ou vice-versa, ou, então, receber novo sentido como resultado da emergência ou o desaparecimento de outras regras correlatas ou complementares;
- c) a migração de “modelos jurídicos” de um campo ou outro do Direito, alterando os parâmetros interpretativos.

Esses são apenas três exemplos dentre as alterações que ASCARELLI aponta na estrutura da realidade jurídica, com reflexos necessários imediatos na tela hermenêutica, em virtude da já apontada correlação existente entre estrutura e função.

Ora, perante uma realidade tão completa e multifária, como é a do Direito, parece a ASCARELLI ingênua e perigosa a opção por uma ou algumas das técnicas de sua compreensão, devendo antes ficar aberto o campo a todas as formas interpretativas, em sintonia com a natureza de cada hipótese ocorrente.

No trabalho hermenêutico, esclarece ele, como o demonstram os romanos, não devem faltar sequer processos oriundos da imaginação criadora, tais como as “ficções” que legitimam soluções analógicas para atender a mais perfeita adequação do “*corpus juris*” à experiência social concreta, sobretudo nas épocas de intensa mutabilidade social. De conformidade com essa linha de pensamento, nos últimos anos de sua vida, ASCARELLI recebeu, com entusiasmo, o advento de

teorias que, como as de RECASENS SICHES e CHAIM PERELMANN, substituíam, em muitos casos, a “interpretação segundo a razão” pela “interpretação segundo o razoável”, tornando mais plástica e viva a aplicação das regras de direito. Pelos mesmos motivos, pareciam-lhe que as novas contribuições resultantes das Teorias da Argumentação e da Comunicação vinham reforçar as técnicas interpretativas, libertando os operadores do Direito de uma passiva subordinação aos textos legais, o que havia sido o objetivo constante de sua atividade de jurisconsulto.

Podemos, por conseguinte, concluir reiterando a tese de que a interpretação está no centro do pensamento jurídico de ASCARELLI, que soube compreender que são múltiplos e, às vezes obscuros, os caminhos que conduzem à justiça, de tal modo que, assim como HEGEL mostra a “astúcia da razão” governando certos acontecimentos históricos, ele se refere, também, “à *astúcia da interpretação*”, necessária para que o justo concretamente se realize, em certas circunstâncias, quando seria hedionda a aplicação estrita da lei.

É com esse espírito que ele enaltece, repito, o valor de equidade que, além de representar a justiça do caso concreto, é um fator de integração do ordenamento jurídico, pondo o Direito a serviço dos valores humanos, como era de se esperar de um jurista que, senhor das técnicas e dos critérios mais rigorosos da Ciência Jurídica, sabia que os esquemas formais desta só subsistem graças ao sentido humanístico que os deve inspirar, desde a sua origem até a sua final aplicação.

Sugestões para a Contribuição de Juizes e Advogados à Reconstrução da Nacionalidade*

Fábio Konder Comparato

Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Egrégio Conselho:

Mais uma comemoração do 11 de agosto parece ocasião oportuna para se aprofundar a reflexão sobre a função social dos profissionais do Direito em nossos dias.

Este Egrégio Conselho, mercê da atuação desasombrada de seus membros, nas últimas gestões, granjeou algo de precioso, que outras instituições ou grupos, no poder há muitos anos, têm perdido: o respeito do povo brasileiro.

Importa, agora, antes de tudo, verificar como lançar mão desse capital invejável de autoridade moral, para tomar as decisões adequadas no momento oportuno. Sirvam, portanto, as reflexões que passo a expor como modesta contribuição para tanto.

Desponta em toda parte, a necessidade de uma revisão crítica da contraposição entre público e privado, tal como vigora, tradicionalmente, em nossa civilização.

De um lado, toma-se consciência de que a própria idéia de uma oposição de noções e, mais do que isso, de esferas de vida e atividades, aí, não existiu em todas as civilizações, mas parece, antes, uma característica do mundo greco-latino. É na cidade grega da época clássica, que se observa uma estrita separação entre a vida pública — onde plenamente se realiza a personalidade humana — e a vida privada, que apresenta

Alocução ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 11 de agosto de 1979, aniversário de fundação dos cursos jurídicos no País.

sempre um caráter de privação de realizações ou possibilidades. Por outro lado, é no direito romano que surge a tradicional dicotomia direito público — direito privado, que FRITZ SCHULZ apresentou como um dos exemplos frisantes do princípio de isolamento, próprio do sistema jurídico daquele povo.

Note-se, no entanto, que essa oposição de noções tinha um sentido bem diverso do que ora conhecemos, pois o qualificativo “público”, longe de se referir ao Estado, como ocorre hoje, designava o povo em geral ou a nação. O vocábulo latino significava, originalmente, o que dizia respeito ao *populus Romanus*. Houve, sem dúvida, uma transposição de sentidos ao se traduzir a famosa sentença de ULPIANO, colocada no pórtico do *Digesto* (*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*) como se referindo ao Estado, enquanto organização institucionalizada do Poder; e não ao povo romano, como sociedade individuada. Aliás, a noção moderna de Estado era totalmente desconhecida dos romanos, que não tinham nem mesmo vocábulo adequado para expressá-la. O que houve, isto sim, é que o princípio de centralização política e administrativa em Roma, verdadeiro axioma no dizer de MOMMSEN, conduziu, muito naturalmente, os espíritos modernos a essa assimilação facilmente enganosa entre público e estatal, na leitura das fontes.

No mundo clássico, entretanto, público opõe-se a privado, na justa medida em que o *comum* se contrapõe ao *próprio*. Portanto, público é o que é de todos, e não o que pertence em propriedade ao Estado ou ao particular.

A grande revolução moderna, nesse particular, consistiu na progressiva absorção do comum pelo estatal. TOCQUEVILLE já o denunciara há quase cento e cinquenta anos. Ao analisar, alguns anos depois, o golpe de Estado de Luis Napoleão Bonaparte, MARX veio confirmar esse diagnóstico, numa amarga prefiguração do que o Estado comunista, que invoca a sua doutrina, desenvolveria ao máximo em nosso século. Observou, então, que o mecanismo estatal, complexo e artificial, constituiu-se na Europa à época da monarquia absoluta, com o declínio do feudalismo, que ela ajudara a derrubar. Dentro desse aparelho estatal, em perpétuo crescimento, o trabalho foi dividido e centralizado como numa fábrica. À medida que a divisão do trabalho criava novos grupos de interesse no seio da sociedade civil, desenvolviam-se novos materiais para a administração estatal. Assim, “cada interesse comum foi imediatamente destacado da sociedade, oposto a ela a título de interesse superior, *geral*, subtraído à iniciativa

dos membros da sociedade, transformado em objeto de atividade governamental, desde a ponte, o prédio da escola e a propriedade comunal do menor vilarejo até as ferrovias, os bens nacionais e as universidades.” E concluía: “Todas as revoluções políticas só fizeram aperfeiçoar essa máquina, em lugar de quebrá-la. Os partidos que lutaram pelo poder consideraram, cada um por sua vez, a conquista desse imenso edifício do Estado como a principal presa do vencedor.”

Na formação da sociedade e do Estado brasileiros — o segundo precedendo à primeira, numa inversão histórica extraordinária — observa-se com grande clareza esse fenômeno de esmagamento da esfera do comunitário, pela pressão combinada do estatal e do particular. As suas origens remontam ao longo processo de *apropriações*, desenvolvido pelos colonizadores, e que teve início desde antes do descobrimento, com a precoce experiência de capitalismo de Estado que a monarquia portuguesa, antes de qualquer outro país europeu, instituiu a partir da dinastia de Aviz.

No segundo século da colonização, o Padre SIMÃO DE VASCONCELOS escrevia que “nenhum homem nesta terra é repúblico, nem vela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular. Pois o que é fontes, pontes, caminhos e outras cousas públicas, é uma piedade, porque, atendo-se uns aos outros, nenhum as faz ainda que bebam água suja, e se molhem ao passar os rios e se orvalhem ao passar os caminhos.” (*História da Província de Santa Cruz*). Não se pode dizer que, trezentos anos após, esse julgamento, aplicado às condições modernas de vida, tenha perdido atualidade. Não foram, certamente, o formidável reforço do poder estatal e a sua decisiva intervenção na vida econômica que ajudaram a desenvolver no brasileiro esse comportamento de repúblico, reclamado pelo velho cronista.

É bem verdade que a par dessa ausência de espírito comunitário e de organização de uma esfera do social não submetida à imposição do Estado, não existe sempre ao longo de nossa História, uma perfeita distinção entre o público e o privado mas, freqüentemente, inteira confusão entre ambos. Em monografia recente, na qual expôs interessante interpretação da estrutura social brasileira, à luz de sua evolução histórica, uma professora da Universidade de São Paulo pôde apontar, pela análise sistemática das atas da Câmara Municipal de Guaratinguetá, no século passado, grande número de casos em que recursos particulares subsidiavam obras públicas, ou em que dinheiros públicos entravam, promiscuamente, no giro de

patrimônios particulares, sem que essa situação de indistinção aberrasse dos padrões normais de conduta da coletividade. Em outros casos, improvisavam-se forças policiais com os lavradores disponíveis, ou atribuíam-se funções de delegado de polícia a meros amadores, atuando plenamente, portanto, o instituto do funcionário de fato. (MARIA SYLVIA DE CARVALHO FRANCO, *Homens Livres na Ordem Escravocrata*).

Dir-se-á que tais situações eram simples manifestações daquele poder privado, que teria prevalecido nos primórdios da colonização, como reflexo da impotência do Poder Público. Mas o fato é que o inverso também se manifestava, e largamente, com o Estado multiplicando os estancos e distribuindo cargos a granel, sem nenhuma correspondência com as necessidades do serviço público, como testemunharam, com surpresa, vários viajantes estrangeiros.

Tem-se, mesmo, a impressão de que essa confusão entre a esfera pública e a privada não está ligada ao grau de desenvolvimento sócio-econômico, mas resulta, quase que necessariamente, da identidade de natureza de ambas as situações, igualmente fundadas na *apropriação* de bens.

Prova disso é a verificação da atual superação de fronteiras entre direito público e direito privado nos mais adiantados países do mundo capitalista.

Assim é que a era das sociedades por ações e a vulgarização dos títulos de crédito introduziram técnicas típicas do direito público na vida privada quotidiana.

A sociedade anônima, favorecendo a concentração do poder econômico e a criação de situações de dominação sobre vastas camadas populacionais, suscitou a necessidade de se adaptar o emprego, contra os abusos do poder empresarial, de remédios jurídicos análogos aos que se criaram, no passado, para a proteção do particular frente ao Estado, como a responsabilidade pelo desvio de controle acionário, ou por abuso de poder econômico nos mercados. Por outro lado, essa dominação empresarial, ao mesmo tempo em que assusta pelo seu potencial de esmagamento, apresenta-se também, muitas vezes, sob a aparência sedutora da beneficência pública, organizando recreações e a assistência social para as famílias de seus dependentes, patrocinando certames artísticos e criando fundações culturais para o grande público. A esse respeito, já se falou com razão numa refeudalização da economia.

Os títulos de crédito, a seu turno, introduziram nas relações de troca entre particulares, por atos de autonomia pri-

vada — isto é, negócios jurídicos — técnicas de pagamento e de crédito até então privativas tão só da moeda e dos papéis públicos.

Em sentido oposto, o direito público se privatiza. Exemplo disso são o procedimento contratual para a realização dos planos econômicos nacionais, a introdução da política de estímulos e incentivos, completando as clássicas autorizações e proibições administrativas; e a adoção da técnica dos seguros privados para a socialização dos riscos coletivos mais importantes, seja por meio dos seguros obrigatórios, seja por via do resseguro obrigatório controlado pelo Estado, seja, ainda, pela assunção direta do risco por este ou, sobretudo, pela generalização da previdência social.

Assim, o direito público adota os procedimentos e instituições tradicionais do direito privado, consistentes na tríplice função de repartir, assistir e estimular.

Tudo isso está a indicar a necessidade de uma reorganização institucional que favoreça a criação dessa esfera de vida comunitária, em que os homens possam, como disse MARTIN BUBER, experimentar, deliberar e administrar em conjunto as coisas reais de sua vida em comum, organizando vizinhanças autênticas e associações efetivas de trabalho.

Penso que aos profissionais do Direito, valendo-se do inestimável tesouro de uma multi-secular experiência de solução de problemas humanos, caberá, naturalmente, a *magna pars* nessa tarefa de reconstrução societária. Para tanto, importa sobretudo atuar em permanente contato com os problemas concretos do povo, e não procurar esquematizar a vida social, *more geometrico*. E, de fato, a exigência de “concreção” constitui uma das características do pensamento jurídico contemporâneo, em todos os setores. Dela se podem extrair conclusões importantes quanto à via política (em sentido amplo) a ser seguida. Temos, assim, que a abstração geométrica foi a nota dominante do pensamento setecentista europeu, produzindo, no campo da ciência jurídica, a Escola do Direito Natural, em economia o liberalismo e, em matéria constitucional o privilegiamento do Legislativo, como Poder encarregado de formular as normas gerais. A reação antiliberal, a partir do *Welfare State* e das revoluções comunistas, buscou sem dúvida o concreto, mas sempre por meios autoritários; de onde o reforço inevitável do Executivo, poder heterônomo em relação à sociedade, como visualizara MONTESQUIEU. Trata-se, agora, de revalorizar o concreto por meio da composição dialógica de

conflitos, o que supõe naturalmente, o reforço da *autoridade* do Judiciário.

Ora, a revalorização, por via judicial, da esfera do comunitário, frente ao estatal e ao particular, passa, necessariamente, por uma adequada proteção em juízo dos chamados “interesses difusos” ou, como preferem denominar os alemães, “interesses gerais amplamente conflitivos” (*breitgestreute Allgemeininteressen*), tais como o equilíbrio ecológico, a beleza paisagística, o valor histórico ou arqueológico de determinado sítio, a saúde coletiva, a incolumidade da massa de consumidores. Trata-se, como se vê, de bens ou interesses que não se ligam a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade ou a grupos de contornos indefinidos. Por isso mesmo, são insuscetíveis de apropriação, seja pelos particulares, seja pelo Estado.

Daí a inevitável perplexidade que se coloca, no campo processual, quanto às exigências de legitimidade para agir.

De acordo com a regra clássica *pas d'intérêt pas d'action*, o particular só estaria legitimado a agir em juízo para a defesa de interesse próprio. Como os interesses difusos ultrapassam, de muito, a esfera individual ou particular, o indivíduo lesado, diretamente, pela violação de um desses bens coletivos não teria, em concreto, nenhum estímulo para atuar judicialmente contra o violador, pela reduzida dimensão econômica desse dano ao patrimônio próprio dele, autor. Na mesma medida, para o violador — em geral uma grande empresa ou uma entidade pública — o risco econômico da responsabilidade de reparação de um dano individual seria desprezível.

De seu turno, o Ministério Público, tal como se acha enfeudado no aparelho estatal, tampouco é levado a se movimentar na defesa de interesses que não são próprios do Estado. E o Executivo, por intermédio de seus agentes administrativos, nem sempre se faz atuante para punir, na hipótese de existirem precisas normas administrativas que tenham sido violadas; quando não se deixa levar pelo *esprit du siècle* produtivista, de concerto ou não com os empresários, tudo sacrificando pelo aumento do P.N.B.

Encontramo-nos, pois, como bem disse um autor italiano diante de interesses em busca de um autor, numa situação dramaticamente pirandelliana.

Toda essa temática tem sido amplamente versada no estrangeiro, e mereceu entre nós de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, primoroso estudo em homenagem a ENRICO TULLIO LIEBMAN (*A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instru-*

mento de Tutela Jurisdicional dos Chamados "Interesses Difusos" publicado em Temas de Direito Processual, São Paulo, ed. Saraiva, 1977). Nesse estudo, aquele distinto processualista observou que a ação popular, consagrada no art. 153, § 31 da Constituição como garantia de direitos individuais, e disciplinada pela Lei n.º 4.717, de 1965, atende em grande parte a esse objetivo de proteção aos interesses coletivos.

Meu intento, agora, no entanto, é salientar as insuficiências desse remédio processual para a plena realização desse objetivo, tendo em vista a sua origem estritamente publicista.

Em primeiro lugar, quanto à qualificação do réu. O texto constitucional fala em "ação que visa a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas". Se bem que a Lei n.º 4.717 haja ampliado ao máximo a abrangência da expressão "entidades públicas", o fato é que não se pode estender a legitimidade passiva *ad causam* também a sociedades privadas, sem participação estatal, ou a entidades estrangeiras ou sob controle estrangeiro por exemplo. Ora, como sabido, grande parte dos atos violadores do interesse do consumidor provêm dessas últimas, e não de entidades públicas. Nem se pode pretender que nessa violação sistemática dos interesses coletivos o único responsável seja o Estado. Por outro lado, mesmo considerando, como fez a Lei n.º 4.717, que o patrimônio público inclui os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico, não se há de admitir que os interesses gerais da coletividade possam, de algum modo, ser assimilados a interesses estatais propriamente ditos, consolidando destarte a confusão de esferas de vida que se tenta agora, penosamente, dissipar.

Do lado do autor, correlatamente, a ação popular para a proteção da mais ampla gama de interesses coletivos deveria caber não apenas a qualquer cidadão, mas também a qualquer do povo — seja ou não titular de direitos políticos — e também a associações reconhecidas de utilidade pública. É que estamos, aí, não no campo da representação de vontades do direito privado clássico, mas no terreno da representação de interesses, cuja invocação, pelo autor, não precisa vir acompanhada da prova de sua titulação em pessoas certas e qualificadas. De resto, mesmo no campo do direito privado, a instituição das fundações constitui belo exemplo dessa legitimidade para representar interesses e não vontades. E de qualquer modo, a partir do momento em que estão em causa não indivíduos mas grupos inteiros ou categorias de pessoas, as noções de vontade, intenção e mesmo de culpa perdem todo sentido.

No que tange ao risco da demanda, a Lei n.º 4.717 introduziu disposição inovadora, sem dúvida inspirada no processo penal, ao determinar que os efeitos da coisa julgada se estabeleçam *secundum eventum litis*, isto é, aproveitando a todos os sujeitos que se encontrem na mesma categoria que o autor da demanda, se for julgada procedente; mas sem impedir novo ajuizamento da lide, ainda que pelo mesmo autor, se improcedente o pedido inicial por insuficiência de provas. Conviria, porém, no tocante ao outro lado do risco processual, referente ao custeio da causa e aos ônus da sucumbência, estabelecer o regime de gratuidade das custas e admitir também, de acordo com o precedente em boa hora aberto pela nova lei de sociedades por ações (art. 246, § 2.º), que em caso de julgamento favorável à pretensão do autor, tenha ele direito a receber não apenas o reembolso das despesas processuais e a verba honorária, como ainda um prêmio adicional, arbitrado pelo juiz. Com efeito, a justiça gratuita, em qualquer hipótese, e o prêmio em caso de vitória processual se justificam, cabalmente, como estímulos necessários à defesa de interesses coletivos, por particulares que assumem, com isto, as funções de autêntico substituto do Ministério Público ou, como dizem os norte-americanos, *private attorney general*.

Resta, por fim, a delicada questão da causa de pedir. Basta, para a anulação ou decretação da nulidade do ato, que ele seja reconhecido como lesivo, ou deve-se provar, também, a sua ilegalidade? A Lei n.º 4.717, redigida por mão de mestre, procurou, sem dúvida, alargar o conceito de nulidade do ato administrativo, nele incluindo não só a incompetência, o vício de forma e a ilicitude do objeto, como também a inexistência do motivo expresso e o desvio de finalidade (art. 2.º, parágrafo único). Mas não parece haver eliminado, como já se pretendeu, o requisito da ilegalidade. Aliás, o art. 3.º daquele diploma legal, ao tratar dos atos anuláveis, não deixa de assinalar que eles serão apreciados, para a determinação de seu caráter vicioso, “segundo as prescrições legais”. Como se poderia, na verdade, afastar a questão da legalidade, quando o texto constitucional, tradicionalmente, fala em nulidade e anulabilidade? Tais categorias não implicam, como é óbvio, um juízo de legalidade?

Poder-se-ia reformular, de modo mais genérico, a questão proposta, indagando se, e até onde, o ato administrativo discricionário é suscetível de censura judicial. Com efeito, segundo a interpretação tradicional do princípio da separação de Pode-

res, a Administração Pública é soberana na apreciação da oportunidade e a conveniência dos seus atos não vinculados. Mas até que ponto a oportunidade e a conveniência do ato administrativo não caem sob o crivo judicial, quando da prática desse ato, ou de sua omissão, resulta grave lesão aos interesses coletivos? O ato discricionário, como disse um autor suíço, é o verdadeiro cavalo de Tróia do Direito Administrativo no seio de um Estado de Direito. E não é por outra razão que o Conselho de Estado francês, após reconhecer, pelo acórdão *Grazietti* do início do século, que já não existem atos inteiramente discricionários em Direito Administrativo, vem reduzindo paulatinamente, desde então, a zona da discricionariedade, fundando-se no princípio de que, onde a lei é omissa, compete ao juiz criar a regra de direito; e ele o faz, apreciando *in concreto* a oportunidade e conveniência da ação administrativa, como se fora o próprio Poder responsável pela prática do ato.

Conviria, pois, aí, que a lei reconhecesse explicitamente o poder judicial de impedir ou desconstituir quaisquer atos lesivos do interesse coletivo, não autorizados, de modo expresso e inequívoco, pela lei.

Mas não será isto atribuir poderes administrativos e quase-legislativos ao Judiciário?

Efetivamente, nos Estados Unidos, o exercício dessa ampla função regulatória pelos juizes tem ocorrido em hipóteses sempre mais numerosas. Tratando-se de aplicar o princípio da não-discriminação racial nas escolas, deve o juiz não somente dizer se um decreto municipal que determina sejam as crianças matriculadas na escola pública do seu bairro importa em discriminação de fato, mas também elaborar um programa de transporte coletivo de escolares de um local para outro, atendendo a questões práticas de custeio e de horário. Cuidando-se do princípio de igualdade de oportunidades na educação, e decidindo o magistrado que a desigualdade na distribuição de verbas públicas entre as diferentes escolas implica um desigual nível de ensino, compete-lhe assentar a reelaboração do orçamento público para superar aquelas desigualdades. Tratando-se de impor a norma constitucional de que não haverá penas cruéis e inabituais, o Judiciário vê-se diante da perspectiva de dever organizar toda uma programação de garantias de bem-estar mínimo para os detentos, desde a quantidade e a potência de lâmpadas a serem instaladas nas celas das prisões até a periodicidade da lavagem das roupas ou da desinfecção dos sanitários.

No exercício dessas funções, muito embora os autores ianques sublinhem o seu caráter extraordinário em relação à concepção tradicional do Poder Judiciário, é preciso reconhecer a influência decisiva da *equity*, que marcou tão fundamentamente o sistema jurídico anglo-americano. Pois, de fato, decidindo *in equity* e não *in law*, o antigo chanceler britânico, tal como o pretor romano, não se via jungido por normas legais estritas nem pela força de precedentes, mas atuava como verdadeiro titular de um poder administrativo e mesmo legislativo. Não foi assim, aliás, que de 1870 até 1933, ano em que o Congresso norte-americano editou a primeira lei específica sobre a reorganização de companhias ferroviárias, os juizes norte-americanos promoveram, unicamente com base na equidade, mais de 1.000 soluções desse tipo?

Analisando essa espécie de processo judicial, que denominou *public law litigation* o Professor ABRAM CHAYES, da Universidade de Harvard, assim resumiu as suas características:

1. o escopo da demanda não é exógeno, mas definido primacialmente pelo juiz e as partes;
2. o contraditório não se estabelece de forma rigidamente bilateral, mas difusa;
3. a perquirição dos fatos não é histórica, de modo a submetê-los à lei existente, mas em previsão do direito novo a ser criado;
4. a solução judicial não se reporta a fatos passados, nem se limita às partes na causa, mas visa ao futuro, de modo flexível e largo, com importantes conseqüências para muitas pessoas, inclusive ausentes à relação processual;
5. a decisão não é imposta, mas negociada;
6. a sentença não esgota a jurisdição no caso, mas implica a participação contínua do juiz na realização do programa por ela traçado;
7. o juiz não é passivo, no sentido de a sua função limitar-se a dizer o direito aplicável à espécie; ele deve estimar os fatos e organizar o procedimento, para facilitar o encontro de uma solução justa e viável;
8. objeto da demanda não é uma lide entre partes sobre direitos próprios, mas uma reclamação sobre ações ou omissões políticas.

No direito brasileiro, só temos um processo judicial com essas características: é o dos dissídios coletivos de trabalho, previstos no art. 142, § 1.º da Constituição. Não é preciso salientar a sua importância crescente nos dias que correm, como remédio para o desbloqueamento da ação governamental e a paralise de um Legislativo inautêntico, em período de crise econômica.

Na verdade, a generalização desse procedimento se impõe, como instrumento eficaz de constituição da esfera do social, entre o privado e o público. O principal fundamento para tanto já existe em nosso direito positivo: são as disposições ditas programáticas da Constituição.

Com efeito, a doutrina jurídica nacional, embora rejeitando a tese de que essas normas constitucionais seriam tecnicamente ineficazes, assentou, no entanto, o princípio de que tal eficácia seria sempre limitada ou mediata, ou, em outras palavras, que as disposições preceptivas da Constituição criaram “direito subjetivo em seu aspecto negativo, não o gerando sob o ângulo positivo” como disse uma jurista. Em termos práticos, significa isto que o efeito jurídico das normas constitucionais programáticas só se manifestaria por ocasião de uma eventual disputa a respeito da compatibilidade, em relação a elas, de normas legais que contrariassem o sentido do preceito ou programa declarado na Constituição. Convenhamos que é pouco, ridiculamente pouco. Há casos, até, em que essa possibilidade de “criação de direito subjetivo em seu aspecto negativo” é pura *vue d'esprit*, pois lei alguma seria editada contrariando o preceito constitucional; o legislador ordinário simplesmente se omite.

A via do procedimento judicial de interesse coletivo, estabelecendo normas e fixando as condições para a correção de uma injustiça generalizada, é a verdadeira solução para a recusa de aplicação, pelo Legislativo e o Executivo, dos princípios solenemente proclamados na Constituição da República. Quando esta declara que “a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base no princípio da “expansão das oportunidades de emprego produtivo” (art. 160, VI), está *ipso facto* invalidando políticas e programas governamentais que geram o desemprego, como custo inabsorvido da incapacidade de planejamento ou do deliberado propósito de favorecer programas de redução da mão-de-obra nas empresas. Quando se lê que “a Constituição assegura aos trabalhadores “integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e excepcional-

mente, na gestão” (art. 165, *v*), não se pode cancelar todo efeito jurídico ao princípio, com fundamento na parte da norma — “segundo for estabelecido em lei” —; pois não é esta que assegura tal direito e, sim, a própria Constituição; a menos que se queira subordiná-la à lei, ou dar ao Congresso, pela sua simples inação, o poder de revogar, tacitamente, dispositivos constitucionais. Quando a educação é declarada, peremptoriamente, “direito de todos e dever do Estado” (art. 176), pode o Judiciário recusar-se a condenar o Poder Público a dar educação à legião de jovens brasileiros sem escola, sob o pretexto de que se trata de uma questão de natureza política, que não compete aos juízes resolver?

Escrevendo em momento de grande agitação política, o preclaro PEDRO LESSA advertia que o Poder Judiciário “diferencia-se dos outros dois poderes constitucionais pela natureza da função por ele exercida, *ratione muneris*, e não pela matéria, *ratione materiae*. Não há assuntos que por sua natureza sejam de ordem legislativa, ou de ordem administrativa, ou judiciária. Uma só matéria pode ser legislativa, executiva e judicial” (*Do Poder Judiciário*, Rio, 1915, p. 2).

De fato, o princípio da distinção dos Poderes não implica o estabelecimento de funções exclusivas, mas a distribuição de tarefas específicas entre órgãos diferentes, no Estado. De onde a natural colaboração entre eles. Já se observou, aliás, que a idéia de uma *separação* de poderes — vulgarizada na tradição francesa, mas não na norte-americana — trai o pensamento de MONTESQUIEU, que empregou reiteradamente a expressão “distribuição de poderes”, só falando em separação uma única vez, sintomaticamente, a respeito do Judiciário. *Ces trois puissances*, escreveu ele, *devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert* (*De l'Esprit des Lois*, livro XI, cap. VI).

O Judiciário, tal como os demais Poderes, pode tanto *estatuir* quanto *impedir*. O poder de estatuir, como o definiu MONTESQUIEU, consiste em determinar as matérias de sua própria competência, bem como corrigir o determinado por outrem. O impedimento é o poder de bloquear as decisões de outros órgãos, nos limites da organização política. O Judiciário impede, por exemplo, quando julga inconstitucional uma norma emanada do Legislativo. Trata-se agora, de reconhecer, amplamente, o poder judicial de estatuir em termos gerais e para o futuro, diante de um conflito de interesses coletivos. É, de resto, o que vem fazendo a nossa Justiça do Trabalho,

nos processos de dissídio coletivo de natureza econômica. Assim agindo, o Judiciário presta a sua colaboração indispensável ao progresso social, sem usurpar minimamente as atribuições do Legislativo, pois este, como bem salientara MONTESQUIEU, não é feito para tomar “resoluções ativas”.

A objeção de que as normas constitucionais ditas programáticas careceriam, para serem eficazes, de complementação por lei do Congresso Nacional, sobre ser insustentável, como acima frisei, já foi rejeitada indiretamente, em matéria de dissídios coletivos de trabalho, pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o próprio texto constitucional determina que a lei especifique as hipóteses em que as decisões judiciais podem estabelecer normas e condições de trabalho. Veio a Lei n.º 4.725, de 1965, e somente especificou — ainda em caráter absurdamente restritivo — como deveriam ser reajustados os salários. Pois a Justiça do Trabalho não se sentiu coartada, e com razão, por essa omissão legislativa, e passou a estabelecer, nos dissídios coletivos, outras normas e condições de trabalho, independentemente dos salários.

Resta a dificuldade de que, em nossa Constituição, somente nessa hipótese foi o Judiciário, explicitamente, autorizado a estatuir normas gerais, válidas e eficazes para toda uma categoria. Lembro, no entanto, que no regime constitucional norte-americano — de estrutura geral idêntica à do nosso — a Constituição não contém dispositivo algum dessa natureza; o que não impediu juízes e advogados de avançar, decididamente, nessa linha. Nem se diga que, lá, a *equity* justificaria o procedimento *propter legem*. Na verdade, ela é, tão-só, uma justificativa histórica, pois o sistema equitativo foi expressamente fundido no *common law*, para o qual, como não deixam de frisar os próprios juristas norte-americanos, a *public law litigation* é completa novidade.

Admitiria, no entanto, para dissipar escrúpulos tradicionalistas, que o assunto fosse regulado, entre nós, por lei ordinária, já que, como salientei, princípio algum constitucional a tanto se opõe.

Egrégio Conselho:

Se a reconstrução democrática da nacionalidade, após a aventura da segurança nacional, passa, como estou convicto, por uma organização autônoma da vida social, entre as fronteiras da ação do Estado e do interesse particular, ousou afir-

mar que as idéias aqui expostas representam a tradução atual do dever deste Colendo Conselho de “defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas” (Lei n.º 4.215, art. 18, I).

Dispondo-se os advogados brasileiros, com generosidade e competência, a atuar desde logo nesse campo, estarão firmando, perante uma sociedade sempre mais descrente dos que a comandam, sua velha tradição de especialistas em humanidade.

O Direito Administrativo como Ciência*

Carlos S. de Barros Júnior

Professor Adjunto de Direito Administrativo na
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Acedendo ao convite para proferir conferência nesta nossa Academia, só me dei conta da imprudência, ao deparar com o tema que me foi designado: *O Direito Administrativo como Ciência*.

Já me escapava a essa altura, a possibilidade de argüir méritos que me falecem ao trato de tão importante assunto.

Eis a razão pela qual quero deixar explícito que à difícil empresa não pôde fugir o agraciado; donde a palestra singela que ides ouvir e pelas deficiências da qual invoco a indulgência que merecem as vítimas da gentileza, do otimismo ou quiçá da malícia bondosa do nosso Presidente, que é a posição de quem se preza de falar-vos neste momento.

Talvez nenhum dos ramos do Direito apresente maiores dificuldades, para situá-lo como ciência, do que o Direito Administrativo. Ele regula uma atividade autoritária — a administração pública — exercida por um Poder que detém a força em maior grau.

E o Direito é contenção, limitação de poder.

Donde a asserção algo paradoxal de PROSPER WEIL: “*L’existence même d’un droit administratif relève en quelque sorte du miracle*”.

Quando se fala em existência do Direito Administrativo, alude-se à consideração dele como ciência, como parte autônoma da ciência do Direito.

O Direito é um conceito análogo que permite várias acepções.

Conferência pronunciada, como membro da Academia Paulista de Direito, na Associação dos Advogados, em 29.8.1979.

Todas elas, porém, seja a idéia tomada como fenômeno ou fato social, norma, justiça de que o direito seria objeto na vida social, sistema de princípios, são aspectos do Direito, como ciência.

Aliás, a noção de ciência não é fácil de definir, nem mesmo asseverar que o Direito, a rigor, seja ciência. Ao versarem as ciências, aludem os estudiosos mais às chamadas ciências exatas e às da natureza, tomando a idéia de ciência mais propriamente em seu sentido estrito. Isto se dá em virtude da maior complexidade dos fatos sociais, que não se coadunam com inferências tão precisas como as que são objeto das ciências teóricas e da natureza.

As classificações usuais, notadamente as de BACON, AMPÈRE, COMTE, SPENCER, não referem especificamente o Direito. Este se incluiria na Política ou na Sociologia.

O Direito, é um fato social, no sentido de ser um dos aspectos sob os quais pode a vida ser considerada, isto é, no plano da convivência, da sociabilidade humana. Ele emerge de relações entre homens na vida em comunidade. Estabelece condições para tornar possível essa coexistência. E o faz por meio de normas relativas ao agir no campo dessas relações e que se configuram como normas de conduta. Quando essas regras são consideradas indispensáveis à coexistência, à convivência humana, ao desenvolvimento dos princípios da solidariedade social, constituem as normas jurídicas.

Ciência do agir, ciência prática, é, pois, o Direito, e assim seria de considerar na classificação de ARISTÓTELES.

Santo TOMÁS DE AQUINO, referindo-se na *Suma Teológica*, ao conhecimento prático, assinala a distinção entre arte e prudência, esta tendo por objeto o agir (agere), aquela o fazer (facere). Trata-se de dois aspectos distintos da atividade intelectual elaboradora da ciência: *recta ratio agibilium* (prudência) e *recta ratio factibilium* (arte). Na arte há uma produção externa, resultante de ação transitiva, ao passo que a prudência corresponde a uma ação imanente. A primeira faz a boa obra, a segunda aperfeiçoa o sujeito da ação. Para haver prudência é necessário que o homem esteja disposto a agir retamente em vista dos fins a que deve ordenar a sua ação. Há uma prudência individual — a de cada homem na própria vida — é a prudência do chefe de família ou dos pais (p. ex. na educação dos filhos), a do Chefe de Estado ou dos governantes (prudência política, etc.). As ciências práticas (ao contrário das artes, quer se trate das artes mecânicas,

quer das belas artes) ordenam a ação para fins aplicando princípios superiores de ordem moral. São ciências prudenciais. É o caso do Direito, a jurisprudência dos romanos. Cabe então distinguir a prudência do legislador, do administrador ou do juiz.

Por sua vez, liga-se o Direito à idéia de justiça. É, aliás, noção fundamental, a do direito como objeto de justiça. Direito é aquilo que deve ser atribuído por justiça. *Suum quique tribuere*, o que se dá a cada um em função da justiça, por exigência da justiça.

A justiça, nas suas três modalidades, comutativa, distributiva e legal, é como que a matriz de toda a ordem jurídica.

Mas o Direito, se o consideramos como ciência, apresenta-se na vida social preponderantemente sob o aspecto de princípios, de normas que comandam o agir na vida em comunidade. É o conjunto de normas, princípios ou leis, indispensáveis à coexistência humana.

Mas, se dizemos que o Direito é mais aparentemente normativo, isto não exclui que ele represente por certo um fenômeno mais complexo, agrupando normas, poderes ou faculdades subjetivas, bem como relações e conexões entre pessoas e coisas. Relação pessoal e real, a “*realis et personalis hominis ad hominem proportio*”, a que alude DANTE, no seu *De Monarchia*.

São normas que disciplinam o agir em nome do justo. Donde o dizer-se que é fundamentalmente uma ciência normativa ética, pois a norma configura, em cada caso, a projeção de valores aceitos e havidos como de respeitar, por uma determinada comunidade e que, em consequência, devem ser dotados de coercibilidade. É a norma um retalho da vida humana objetivada, para conduzi-la no sentido do justo.

Assim, o Direito, no seu aspecto mais aparente, é regra social obrigatória, conjunto de normas coativamente impostas para tornar possível a convivência humana.

Consideradas tais regras num plano de proposições, de princípios sistematizados e leis positivas, constituem a ciência do direito.

Ciência prática, do agir, normatividade ética essencial à coexistência dos grupos humanos sob a inspiração preponderante do sentimento de justiça, tal é o Direito.

Ora, sob este aspecto de ciência normativa — observe-se: não na concepção estreita e peculiar, no estrito formalismo de KELSEN, mas apenas como visão preponderante da ordem jurídica — o Direito Administrativo tem assinalado o seu existir, como ramo autônomo da ciência jurídica, como reunião de normas que regulam a ação administrativa.

Com efeito, antes de seu aparecimento como ciência propriamente, antes que se efetivem as condições históricas necessárias a esse aparecimento, o que existe, no campo objeto dessa ciência, são apenas instituições administrativas, encontráveis em todos os tempos; mas não há confundir ciência do Direito Administrativo com regras de administração pública, rudimentares ou mais desenvolvidas, que sempre existiram, desde os mais antigos povos.

Tais normas, porém, só ganham corpo de doutrina, sistematizam-se a pouco e pouco, com o advento do Estado liberal. Só a partir de então, a normatividade desorgânica da administração, assume por assim dizer certa consistência e autonomia de sistema, que vai dar origem ao Direito Administrativo como ciência. Pois, como acertadamente assevera RANELLETTI, tarefa da ciência é sobretudo reunir e ordenar as partes individuais em um todo sistemático e tirar das particularidades os princípios comuns e gerais relativos a uma determinada ordem de fatos. De tal sorte — assevera o insigne administrativista — é tarefa da ciência jurídica determinar o conteúdo das normas jurídicas, relativamente aos sujeitos, objetos e relações que regulam, concebendo-as abstratamente, isto é, como figuras jurídicas típicas, delineando assim os vários institutos jurídicos e determinando os princípios pelos quais são regidos, as conexões e relações entre eles, sua posição respectiva, para alcançar os princípios jurídicos sumos, que dirigem um dado direito ou um dado ramo dele, para sua sistematização unitária.

No que diz respeito ao Direito Administrativo, a sua existência como disciplina autônoma se forma paulatinamente, a princípio concebida como o conjunto das normas positivas que ordenam a administração pública, tratando, pois, de sua organização e desenvolvimento, buscando a integral sistematização delas.

A despeito de certa divergência de opinião, que se nos depara entre estudiosos como ZANOBINI e GIANNINI, a propósito da origem do Direito Administrativo, indubitável é que, só após a Revolução francesa e a nova concepção de Estado dela

emergente, surgem as condições históricas, que carregam os pressupostos necessários à sua existência.

Está certo, como dissemos, que instituições administrativas sempre existiram. Desde que aparece o Estado não podem faltar a função administrativa e órgãos que a realizem.

RANELLETTI ensina com acerto que pode existir o Estado destituído de legislação, com direito todo costumeiro, como ocorreu em épocas remotas; que um Estado se pode conceber sem jurisdição. Mas que não pode existir, nem se pode imaginar sem administração, porque não realizaria os seus fins e cairia em dissolução.

O Direito Administrativo, entretanto, somente se desenvolve com o surgimento do Estado moderno, quando, como ficou dito, afirmam-se os pressupostos que condicionam a sua formação: atividade administrativa regulada por normas jurídicas exteriormente obrigatórias, isto é, que vinculam o poder público; e que essas normas sejam distintas daquelas que regem as relações privadas.

Nos Estados antigos — dí-lo ZANOBINI — se bem que a administração seja regulada por normas que lhe disciplinam a organização e a atividade, elas não são vinculantes para o Príncipe, de quem emanam. Para as autoridades que dele dependem tais normas têm antes o valor de instruções, de ordens de serviço, e a obrigação de sua observância se inclui no dever de obediência, não constituindo garantia para os direitos e interesses dos súditos. A este sistema — prossegue ZANOBINI — não faltam exceções notáveis; prescindindo do sistema inglês, mais do que qualquer outro baseado em princípios constitucionais, nos próprios Estados germânicos, eram os príncipes territoriais obrigados à observância das leis e se garantia aos súditos a faculdade de recorrer a autoridades especiais do Império contra a violação delas. Também em outros países, a pouco e pouco, certas normas de direito público se tornavam particularmente vinculantes e inderrogáveis. Isto não obstante, relativa era a observância das normas de direito público, especialmente sob a forma então vigorante do Estado de polícia que precedeu imediatamente a Revolução francesa, onde razões de necessidade ou de utilidade pública podiam determinar a derrogação de quaisquer normas. Somente nas relações de ordem patrimonial, quando o Estado desdobrava a sua personalidade para, na qualidade de Fisco, submeter-se às normas de direito privado, eram plenamente protegidos os direitos dos cidadãos. Tais exceções

não eram todavia suficientes para construir um sistema, no qual a administração se pudesse considerar submetida ao Direito e por este regulada. Ainda se faz preciso, para a existência do Direito Administrativo, que as normas jurídicas a que é submetida a administração, sejam distintas tenham uma particular individualidade e autonomia no sistema jurídico geral.

Essas condições, como dissemos, se realizam somente após a instauração dos governos constitucionais modernos, em seguida à Revolução francesa. Só então, afirmando-se o princípio da divisão dos poderes, com a sujeição do Executivo aos preceitos legislativos, ao princípio da legalidade na sua atuação, ficou a Administração sujeita a normas vinculantes, obrigatórias, fontes de relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos.

Por isso, escreve CÁIO TÁCITO, a propósito de tais eventos e circunstâncias, donde parte o desenvolvimento científico do Direito Administrativo: “a juridicidade da Administração pública é fruto do liberalismo político. Os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutos, o administrador — veículo da vontade do soberano — é, como este, irresponsável. A administração é, apenas, uma técnica a serviço de privilégios de nascimento. O estado de direito, ao contrário, submete o Poder ao domínio da lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica. O Direito Administrativo surge entre as cinzas ainda quentes do regalismo. A sua certidão de nascimento é, de acordo com o parecer de ZANOBINI, a Lei de 28 pluviose do ano VIII (1.800 do calendário gregoriano) que deu feição jurídica à administração francesa. O episódio central da história administrativa no século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como às autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro em limites traçados pelo Legislativo, sob vigilância do Judiciário”.

A partir dessa fase, inicia-se o desenvolvimento científico do Direito Administrativo, pela sistematização gradual dos seus princípios, notadamente pelos enunciados jurisprudenciais do Conselho de Estado francês que, no dizer pitoresco de PROSPER WEIL “a secreté le droit administratif comme une glande secrète son hormone”.

Vem a lançar recordar que o nosso direito administrativo, a par da valiosa contribuição do direito italiano, através

principalmente dos ensinamentos de ORLANDO, sofreu decisiva influência do direito francês, em vários dos seus principais temas.

Mas — prosseguindo na evolução a que nos referíamos — através de leis, dos princípios delas inferidos pela jurisprudência francesa, dos estudos de doutrina e lição dos intérpretes, foi-se formando a disciplina normativa autônoma da administração, que se configurou no chamado regime jurídico administrativo.

Passando por vicissitudes, várias, inclusive de ordem metodológica, processou-se, a partir da segunda metade do século XIX, a construção científica do direito administrativo.

A princípio concebido como a mera legislação administrativa sem pretensões dogmáticas, sistematiza-se, pouco e pouco, como ciência, assumindo a posição de disciplina autônoma, no universo da experiência jurídica.

Essa caminhada do direito administrativo para a sistematização científica foi repleta de vicissitudes, pois, pelas deficiências metódicas então imperantes, surgia mesclado com outras ciências, como a política, a sociologia e, notadamente com a chamada Ciência da Administração, ensinada nas universidades ao lado do Direito Administrativo, como uma espécie de filosofia da administração, de conteúdo incerto e que não logrou autonomia científica.

Do mesmo passo, reduzia-se o contexto da matéria do Direito Administrativo ao estudo dos textos das leis administrativas, excluía qualquer investigação sobre princípios gerais. Ao ponto de BATBIE definir o Direito Administrativo como a reunião das leis positivas segundo as quais deve mover-se a ação administrativa, pelo visto degeneração da ciência a mera exegese, segundo a qualificação de ORLANDO, pois, como retrucou acertadamente, é a lei que supõe o sistema orgânico do direito e, não, o sistema jurídico que supõe a lei.

É certo que o método moderno desbastou as investigações administrativas dessa mescla até certo ponto danosa, de elementos políticos, filosóficos, sociológicos e econômicos, mediante a revisão ou reconstrução da metodologia, na qual o citado ORLANDO foi *magna pars*. Acompanhar esse evoluir é tema vasto e complexo, impossível de exaurir nos limites de uma breve palestra. A trajetória científica se dá no sentido de excluir o excesso de elocubrações metajurídicas ou o uso de processos meramente exegéticos.

Nesse desenvolvimento, esboçou-se desde o início um dualismo de tendências bem característico: a orientação francesa e a alemã.

Na França, o grande fator de desenvolvimento da nova ciência jurídica é a jurisprudência do Conselho de Estado, órgão que assume grande autoridade, por efeito das condições políticas reinantes, e que detendo a poderosa arma da solução dos conflitos, mantém, até certo ponto subordinada, a própria competência judiciária.

ORLANDO acena para a coincidência que se nota entre o desenvolvimento do Direito Administrativo e o do Direito Romano. Num e noutro, é elemento poderoso de progresso o exercício da jurisdição.

A jurisprudência administrativa é, pois, em França, a fonte principal de estudo da matéria. Essa jurisprudência, as leis e regulamentos constituíam o Direito Administrativo. Empírica é, ao tempo, a orientação do Direito francês, apegado às normas positivas, sem a preocupação de sistema.

A despeito de ser, assim, de início, apenas uma exposição das normas positivas e das decisões jurisprudenciais, a escola francesa, diz ORLANDO, teve altos méritos. Além de ter tirado do caos das leis e decisões um conjunto de princípios científicos, os autores de então eram juriconsultos de alto valor, que tinham uma percepção nítida e segura do assunto. Sob um certo aspecto — a observação é de ORLANDO — eles podem ser comparados aos glosadores, dos quais têm a agudeza jurídica, o conhecimento profundo dos textos, a capacidade de paciência e estudo, embora fossem muito diversos o valor intrínseco das fontes a que uns e outros se aplicavam.

Adverta-se, porém — continua ORLANDO — que neste modo de formação a idéia central de ciência se apaga. A concepção é de todo material e prática e deu origem à chamada escola legalística ou exegetica.

Na Alemanha, a orientação foi diversa.

Ali também as origens do Direito Administrativo remontam ao princípio do século passado. Mas, desde o início, predomina a concepção sistemática e científica.

Ao contrário do que se deu na França, onde a ciência do Direito Administrativo nasce, por assim dizer *ex-novo*, pois a Revolução rompera totalmente com o passado, na Alemanha preexistia um sistema ou ordenação denominado “direito de

polícia” ou Ciência da Polícia, que era o precedente histórico do Direito Administrativo, a sua preparação.

Assim, pois, embora a constituição do Direito Administrativo como ciência autônoma coincida cronologicamente na França e na Alemanha, a maneira de formação difere profundamente. Num caso, o nexos de tradições científicas é rompido pela Revolução; a ciência não deriva de uma sistematização lógica, mas de uma necessidade puramente prática, inspirando-se quase que exclusivamente na jurisprudência e na exegese das leis. No outro, as profundas transformações políticas não logram romper completamente o nexos tradicional, o qual, já se baseava em algumas concepções sistemáticas que podiam dar à ciência uma base lógica, capaz de transmitir-se como firme tradição científica.

Com a valiosa contribuição italiana, um pouco mais tardia — embora na Itália se tenha publicado, em 1814, a primeira obra de Direito Administrativo — processou-se a evolução científica da nova disciplina jurídica — através do trabalho prático dos franceses, da doutrina alemã e a cooperação eficaz e notável dos autores italianos.

É claro que são estas apenas pinceladas essenciais e fugidias, pois essa evolução científica, afinal se opera mediante contribuição, equilibrada, da doutrina desses três países e de outros que *pari passu* lhes acompanham com achegas do mais alto valor.

Sistematiza-se, assim, através dessa evolução, o que veio a denominar-se regime jurídico administrativo.

Os princípios e normas que vão integrando o Direito Administrativo, estruturam-no e o sistematizam — superado o primeiro critério do *poder público* e da distinção dos atos de império e de gestão — ao redor da noção que passa a ser central no conteúdo da disciplina, a de serviço público. Idéia que preside a atividade administrativa, por vezes ampliada pela noção de utilidade pública e de interesse geral.

Para que possam ser satisfeitas as necessidades de interesse geral, deve a Administração dispor de meios de ação necessários a esse objetivo. Donde a noção de serviço público, regulado por um complexo de normas positivas, de princípios gerais, que regem a atividade administrativa e que configuram uma disciplina normativa autônoma.

Note-se que o Direito Administrativo, nascido sob o signo do Estado liberal, desenvolve-se no sentido de uma bipolaridade

assinalada por GIANNINI, que se traduz numa linha intermédia em que se acentua a autoridade, sem prejuízo da garantia da liberdade.

Essa a sua linha virtuosa de conciliação.

Destarte, na esteira dessas noções, constitui-se o novo ramo jurídico do direito público, que é o Direito Administrativo. Ele se compõe das normas que disciplinam a atividade da administração pública, com seus princípios gerais, característicos de qualquer ciência.

Dentre esses princípios avulta de início e em primeiro plano, como dissemos, a idéia de serviço público, apontada como um dos dogmas do direito administrativo clássico.

Já se disse que o serviço público é o eixo sobre o qual gravita o direito administrativo. O seu alfa e ômega, na expressão de um autor francês, ao referir-se à voga que teve a idéia no mencionado período clássico. Essa época veio a caracterizar-se, no concernente ao tema, por um regime uniforme de regras, pela observância de um regime exorbitante do direito comum ou regime de direito público.

A noção de serviço público domina então o cenário do direito administrativo e até mesmo do direito público, tanto que a idéia passa a ser preponderante para os realistas como DUGUIT p. ex., que chega a substituir por ela o conceito de soberania, ao conceber o Estado como uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes.

Dessa idéia de serviço público deduzem-se corolários que passam a enunciar-se na forma de preceitos ou caracteres necessários do mesmo serviço, assegurando-se ao poder público, em função deles, prerrogativas que constituem meios exorbitantes do direito comum e que conferem posição singular à administração pública.

De tal sorte, vai-se configurando a problemática do direito administrativo, com o estabelecimento de um conjunto de princípios e normas que o configuram como ciência autônoma.

Pela diferenciação de seus institutos e a fixação de seus princípios informativos alcança-se a autonomia deste ramo do direito que, relativamente novo, reveste-se de cada vez maior importância.

A análise desses institutos, mediante adequada metodologia, foi determinando os parâmetros ou coordenadas que deviam inspirá-los, bem como os seus desdobramentos,

enunciando-se os princípios fundamentais e derivados, de que tudo resultou o chamado processo de direito público ou regime jurídico administrativo, regime autônomo e diverso do de direito comum, caracterizado por regras especiais, teorias jurídicas especiais no que tange a prerrogativas e sujeições requeridas para a acertada atuação do poder público no campo administrativo. Sempre a bipolaridade do direito administrativo, a evadir qualquer excesso autoritário ou de desequilíbrio.

Este direito é, em certa medida autoritário, mas encontra os limites dos direitos fundamentais dos administrados, com o que se estabelece o equilíbrio do sistema. Não fosse ele fruto do liberalismo que, de início, deu ênfase, até maior, a esse aspecto de sua concepção.

Na elegante expressão de GIANNINI, a normatividade administrativa, teria dois polos “l’uno volto a presidiare l’autorità l’altro a presidiare la libertà”.

Sem embargo da exigência e necessidade dessa conciliação, inspira-se o regime jurídico administrativo no princípio mais amplo da supremacia do interesse coletivo sobre o particular. Mas esta concepção que informa todo o direito público, não afasta ou desconhece a referida bipolaridade, porquanto o cânone de que o interesse público prepondera sobre o interesse privado é temperado pela proteção dos interesses individuais.

O princípio da legalidade, que vincula a ação do poder público e assegura a legitimidade da ação administrativa, é outro preceito superior a presidir a ciência do direito administrativo.

A pesquisa e a análise dos vários institutos que integram a organização e a ação do poder público, no setor denominado administração, permitiu a inferência de uma série de princípios que vieram a constituir o corpo de regras jurídicas próprio desse setor da ação do poder público.

Alguns são fundamentais, verdadeiros preceitos matrizes de outros, deles corolários, a inspirar as soluções a alcançar no estudo dos institutos mais particularizados que completam com aqueles o conteúdo do regime jurídico administrativo.

Talvez possamos, ao mencionar tais preceitos gerais, remontar a cânones ainda mais altos — os princípios sumos de RANELLETTI — o que envolveria a própria consideração do primado da justiça distributiva, a prevalecer no campo do direito público em cotejo com a idéia da justiça comutativa, da esfera do direito privado.

Mas, como dissemos, entre os vários princípios que das coordenadas mais gerais informam mais concretamente o processo de direito público se nos depara como idéia matriz, como dogma do período clássico do direito administrativo, o do serviço público.

Trata-se de noção primordial, como ficou dito, cujos caracteres e consectários se erigiram em outros tantos preceitos derivados, que vieram a integrar, como elementos, o conteúdo do processo de direito público.

Atividades como as administrativas, indispensáveis ao bem comum, exigem regime especial que não pode ser o mesmo que rege as atividades do campo da iniciativa privada.

O regime especial a disciplinar tais atividades é o que se denominou serviço público. Serviço do público prestado ao público.

A origem do direito administrativo se verifica, assim, num clima jurídico em que duas idéias matrizes desde logo foram informativas da novel disciplina: o primado dos direitos individuais, que era uma idéia dogma da Revolução francesa, um dado primordial; mas, de par com ele, outra noção fundamental se põe como indispensável, a da necessidade de atuação regular do poder público no objetivo da satisfação dos interesses coletivos. Donde o segundo dos cânones, o do serviço público. Inicia-se a fase do Estado de direito e o aparecimento de normas autônomas diversas das que regulam a atividade particular e decorrentes da necessidade de maior atendimento dos interesses coletivos, a exigir procedimento diverso, mediante normas adequadas e exorbitantes das relativas ao direito comum.

A administração age e somente pode agir em função do serviço público. Seus poderes requerem adaptação ao atendimento de necessidades que sobrelevam os interesses individuais, regras especiais afeiçoadas às exigências dos serviços que ao Estado cabe atender.

Daí uma série concatenada de preceitos, subprincípios da idéia primordial, a condicionar a ação administrativa, no interesse do bem coletivo.

Assim, o da continuidade do serviço público, de tão fecunda inspiração e práticas conseqüências. Dele decorrem outros, como o da proibição da greve, o da substituição dos agentes, o da auto-executoriedade e auto-tutela dos atos, o dever de residência, o da obrigatoriedade do desempenho da

atividade pública, o da regularidade e do controle de serviço, o da especialidade.

De outra parte, e fruto do ambiente liberal, da afirmação do primado do indivíduo em face do Estado, concorre também o princípio da legalidade, para a regularidade da ação administrativa.

O preceito, estabelecido originariamente para garantir de forma preponderante a liberdade individual, evolui, na esfera da administração, para alcançar o necessário equilíbrio dela com as exigências da subordinação à autoridade. Caminha-se para a legalização administrativa. Opera-se o milagre a que alude PROSPER WEIL, de aceitar o Estado ser vinculado pelo Direito, e acrescenta: “cela mérite l'étonnement”.

Mas não há o que espantar. Tudo isso é o resultado da evolução da consciência jurídica dos povos, e nos acostumamos pouco e pouco a ver, com naturalidade, a limitação do Estado pelo Direito e sua submissão ao controle jurisdicional.

E desse preceito da subordinação da atividade administrativa à lei — noção mais geral — deduzem-se naturalmente outros: a presunção de verdade e legitimidade dos atos, das prerrogativas e sujeições da autoridades pública, bem como o preceito da posição privilegiada, do regime domínial público, da indisponibilidade e inalienabilidade dos direitos concernentes aos interesses coletivos, do desvio de poder, o da subordinação dos regulamentos à lei e do respeito por parte dos atos administrativos especiais ou individuais aos de natureza normativa (*legene patere quan fecisti* ou preceito da inderrogabilidade dos regulamentos), o da ampla responsabilidade. De não esquecer também, dentre os preceitos informativos, o da estruturação técnica da organização administrativa, qual seja o da hierarquia, princípio típico do direito administrativo.

O estabelecimento, a pesquisa, a análise e desenvolvimento desses vários princípios — enunciados assim exemplificativamente — configuram o contexto doutrinário do que constitui o regime jurídico administrativo que vai ensartar-se nos preceitos mais gerais, como o da preponderância dos interesses públicos sobre os particulares e da indisponibilidade daqueles interesses, tal como concebidos no campo do direito público, com idéias matrizes.

Tais princípios que assim se fixaram, como desdobramento da noção da supremacia do público sobre o particular, limitam-se, ponto de indiscutível relevância, pelo respeito aos direitos

subjettivos, adquiridos, pelo ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Havia, destarte, o direito administrativo, estabelecendo em seus lineamentos gerais, no curso da evolução assinalada, um regime jurídico próprio e adequado à prestação dos serviços públicos, alcançado um contexto uno e autônomo.

Mas o panorama até certo ponto tranqüilo do regime de direito público, dos dogmas clássicos elaborados, vem a sofrer abalos e desfigurações, na fase subsequente à Grande Guerra.

Não vamos adentrar, sob pena de estender desmesuradamente o tema, os aspectos históricos, econômicos e sociais, os acontecimentos que, a partir sobretudo deste século, determinaram as transformações que são hoje causa de perplexidade para os administrativistas e que acarretam a quase impossibilidade de definir o direito administrativo, ou, pelo menos, imensa dificuldade em fazê-lo.

Surgiram exigências cada vez maiores de intervenção do Estado na ordem social, notadamente na esfera econômica e, conseqüentemente, a necessidade de adequar a administração a esse novo setor de atividade.

Opera-se então "le virage" a que aludiu EISENMANN, e que consistiu na necessidade de submissão de serviços administrativos na sua integridade a regime de direito privado.

Essas esferas novas da atividade administrativa não puderam mais ser regidas pelo regime clássico, adequado aos serviços públicos típicos. Sua submissão ao direito privado pareceu indispensável para assegurar a flexibilidade de gestão necessária à sua eficácia e produtividade.

No desempenho de sua atividade econômica e cultural, viu-se o Estado compelido a adotar gestão adequada à índole do meio em que devia passar a agir.

As concepções clássicas, ligadas ao regime jurídico especial exorbitante do direito comum, caracterizado por seus princípios e dogmas peculiares, sucede atualmente, com a dispersão cada vez maior de entidades novas destinadas à ação administrativa, a necessidade de um repensar ou retomada dos problemas, para por em ordem a construção dogmática da nossa disciplina.

Certo é que sempre fora admitido pudesse a administração, ao lado do seu regime de direito público, praticar certos atos submetidos ao direito privado. Certos atos, notadamente alguns contratos, certas relações em matéria de pessoal, bens

e mesmo serviços, em que se entendia atuar o poder público como simples particular.

Mas, o que se observa, mais modernamente, e vem acarretando difíceis e intrincados problemas para o Direito Administrativo é que o Estado, premido por necessidade e exigências de intervenção mais ampla no domínio social e especialmente econômico, passou a submeter-se, em serviços seus, sobretudo de administração descentralizada, a regime fundamentalmente de direito privado.

Entre nós, cabe advertir para o estabelecimento obrigatório, desse regime, expressamente, pela Constituição, no concernente à exploração da atividade econômica pelas empresas do Estado.

Essa diversificação de regimes jurídicos, a disciplinar a ação administrativa, deu origem a complexos problemas, relativamente ao direito aplicável em diversas circunstâncias e modalidades dessa intervenção, com reflexo no próprio contexto do Direito Administrativo.

Esta Disciplina, que adquirira personalidade própria pela fixação do regime exorbitante do direito comum, se vê a braços com modificações fundamentais, como as assinaladas e por força dos fatores enunciados.

E de tal sorte, que atenta a diversidade de regimes, pode falar-se hoje em um direito administrativo *lato sensu*, a par de um direito administrativo *stricto sensu*, a sua parte autônoma e especial.

Em sentido inverso à tendência geral do direito moderno, para uma publicização do direito privado, observa-se no direito administrativo esse fenômeno de sua privatização parcial, em setores dos mais importantes de sua regulação.

Entidades privadas passam a desempenhar missões de interesse público, mas sob regime de direito privado. Fala-se num direito administrativo econômico, dada a relevância do setor público industrial e comercial e da necessidade de adoção de certo particularismo nas regras de sua disciplina, fenômeno versado, por exemplo, por LAUBADÈRE.

Essas circunstâncias acarretam certa confusão de idéias e orientações, conseqüente ao baralheamento de regimes jurídicos aplicáveis à atividade administrativa.

Se o desempenho administrativo passou a ser encargo tanto de pessoas públicas quanto privadas, vem a ponto saber

quais os critérios para a regência do direito público e do direito privado.

É a aporia que se nos depara e que traz de envolta dificuldade óbvias para a fixação dos limites do direito administrativo atual.

Haja vista que a noção de serviço público, do período clássico, já sofrera sérias restrições doutrinárias, perdendo a sua uniformidade conceitual em benefício do que se chamou a noção de interesse geral ou de utilidade pública, mais ampla do que a de serviço público, desencadeando mesmo a crise de sua noção.

Mas a dificuldade maior, atual, para os estudiosos do assunto, é estabelecer com exação a disciplina jurídica acertada para essas atividades oriundas da intervenção do poder público na área econômica.

Aí é que a teoria clássica, o regime exorbitante do direito comum se viu abalado nos seus lineamentos essenciais. A atuação do poder público mediante organismos de direito privado vinha alterar o próprio conteúdo do regime consagrado.

A solução para o que podemos considerar uma nova crise das noções fundamentais é a que tende, imbuída de um certo relativismo, a admitir, no que concerne à regência jurídica dessas novas entidades, sua submissão a um regime jurídico misto, de direito privado e de direito público, se bem que com preponderância daquele.

Os organismos mediante os quais atua o Estado, em regime de direito privado, no intento de tornar mais eficaz a sua ação, operam no campo da exploração econômica ou no âmbito cultural e assistencial, submetendo-se, quanto à gestão, a regime de direito privado.

Mas se os seus atos de gestão são por esse modo regulados, não deixam de ser as referidas entidades órgãos paraestatais — empreendimentos de interesse geral — que constituem processos de realização de serviços públicos virtuais, como os denominam BILAC PINTO e CÁIO TÁCITO, ou seja, serviços públicos em sentido amplo.

Substancialmente empreendimentos públicos, incidem, em função do interesse coletivo que visam a satisfazer, também sob a regência de normas de direito administrativo, na medida em que se refoge à esfera propriamente da gestão e sempre que com isto se concorre para acautelar o interesse público.

Na linha dessa reflexão, não existe impedimento em que, ao lado da gestão essencial privada, os serviços em causa se submetam também paralelamente a regras de direito público.

Torna-se necessário admitir, pois, que um amplo setor da administração se evade hoje a um regime uno do direito público para incidir em regras tanto de direito privado quanto de direito administrativo.

E o critério para a disciplina jurídica, dessa nova área da administração que surgiu com a intervenção mais ampla e diferenciada do poder público, parece que só poderá alcançar-se pela aplicação de um regime misto: de direito privado, no que diz respeito à gestão propriamente, para atender à índole desse setor de atuação; de direito administrativo, sempre que o aspecto da ação a ser regulada seja conexo ao interesse público que deva, nesse particular, ser atendido.

Donde o afirmar, com acerto, PROSPER WEIL: “le droit privé applicable à l'action administrative se trouve toujours teinté de la finalité de l'intérêt général e revêt un certain particularisme; il n'est jamais identique a celui qui s'applique dans les relations entre particuliers”.

O Direito Administrativo, para reconduzir-se à unidade, deve compreender, nos setores novos da atividade administrativa, a aplicação de normas públicas, de par com o direito privado de prevalente regência, pois que a ação administrativa, ainda quando exercida por empreendimentos sob gestão privada, permanece adstrita à consideração de seus fins de interesse geral.

Isto posto, nos serviços públicos *lato sensu* de que vimos cogitando, regidos pelo direito privado na gestão, subsistem em motivo da finalidade que os vincula, ou seja, a utilidade pública ou o interesse geral, as prerrogativas, sujeições e princípios essenciais que visam a assegurá-la. A este campo há que estender-se, pois, a abrangência do direito Administrativo.

O Direito não é uma ciência apriorística, formada de raciocínios meramente especulativos. Mas ciência prática do agir social e, no caso do Direito Administrativo, de disciplina do vasto campo em que se espraiam os serviços públicos.

Donde, na complexa regulação das atividades administrativas, a necessidade de atender, a todas as formas de sua realização.

Está o Direito Administrativo situado no campo dramático da evolução jurídica moderna, que busca uma linha de limite ou conciliação entre as necessidades de intervenção do Estado e a inviolabilidade dos direitos individuais.

No equilíbrio dessas idéias, que devem inspirar as instituições deste ramo jurídico e que constitui mesmo, em face da dispersão dos órgãos, do acréscimo qualitativo e quantitativo dos diversos encargos destinados à satisfação dos interesses gerais, o grande e torturante problema a ser transposto, para a fixação, sobre as incertezas atuais, dos lindes do direito administrativo de amanhã.

A todo o exposto, das reflexões aqui desenvolvidas, parece-nos que, na medida em que a ciência é um conjunto ordenado de princípios, um complexo de conhecimentos sistematizados, um corpo de preceitos e idéias-chaves sobre um determinado campo de conhecimento, há de o Direito Administrativo ser havido como ciência, como parte autônoma do Direito. Ciência que tem por objeto a disciplina jurídica da administração pública e cuja finalidade é assegurar a sua prestação legítima e regular.

Intenta o Direito Administrativo alcançar tal objetivo, sem prejuízo das prerrogativas dos administrados, das quais, como vimos, não se aparta.

Normatividade jurídica da ação administrativa, das prerrogativas e sujeições que visam a assegurar a atuação eficaz do poder público, do controle dessa atividade de interesse geral desenvolvida pelos diversos órgãos que a realizam, tais os pressupostos que são e terão que ser devidamente considerados, por essa ciência, para que o Estado de direito continue a ser, na posto que não de todo exata, mas, certamente bela e feliz expressão de LESSONA — aquele que é, ao mesmo tempo, criador e súdito da norma jurídica.

Outorga do Título de Professor Emérito a Sylvio Marcondes

A Redação

Em cerimônia realizada aos 27 de junho de 1979 foi outorgado o título de Professor Emérito ao ilustre mestre Sylvio Marcondes Machado.

Reuniu-se a Egrégia Congregação dos Professores desta Faculdade no Salão Nobre, e, diante de uma platéia de altas personalidades do mundo jurídico, professores, antigos alunos, familiares e amigos, foi introduzido o insigne professor, cujo nome figurará para sempre no quadro dos Eméritos Mestres desta Academia.

A saudação ao Professor Sylvio Marcondes foi feita por seu antigo aluno e hoje também professor desta Faculdade, Doutor Fábio Konder Comparato, que, recordando com saudade as aulas de Direito Comercial, mencionou a sedução que exerciam sobre seu espírito a lógica, a sistematização e a fluência que emanavam do mestre.

Ressaltou, pois, o espírito de verdadeira racionalidade sistemática, conciliado harmonicamente com a verdadeira razão de autoridade e a coerência com que foi dotado o grande mestre Sylvio Marcondes.

O novo professor emérito, em seu discurso de agradecimento, recordou os primeiros passos de sua carreira, desde aluno até docente, e prestou contas do compromisso que assumira ao receber de seu antecessor, o Professor Waldemar Ferreira, a cátedra de Direito Comercial.

Salientou seu empenho em dignificar o ensino jurídico, e sua dedicação ao desenvolvimento da Ciência Jurídica, objetivos que alcançou brilhantemente em toda sua profícua carreira docente, hoje coroada e reconhecida com a outorga do título de Professor Emérito.

Publica-se a seguir o discurso de saudação ao Professor Sylvio Marcondes, proferido pelo Professor Fábio Comparato, e posteriormente o discurso de agradecimento do homenageado.

Saudação de Fábio Konder Comparato

A vida do professor é semelhante à do homem da parábola, que lança a semente à terra, e que dorme e se levanta noite e dia, e a semente brota e cresce sem ele saber como. Pois a terra por si mesma produz, primeiramente o talo e as folhas, depois a espiga e, por último, o grão que enche a espiga. E quando o grão está maduro, importa ceifar, porque é chegado o tempo da colheita.

Para V. Excia., Senhor Professor Emérito, é chegado o tempo da colheita. Por mais de três décadas, sucederam-se a

semeadura, o cultivo e a maturação. Muitas dessas sementes, lançadas regularmente em cada sação, brotaram e cresceram sem que o semeador o notasse. Agora, sobrevindo o tempo da sega, vale a pena sopesar e avaliar a safra, que se anuncia abundante.

Quando, no início do ano letivo de 1956, como aluno bisonho do curso de bacharelado, tomei contato pela primeira vez com a personalidade de Sylvio Marcondes Machado, não poderia evidentemente imaginar que, vinte e três anos após, caber-me-ia a honra de saudá-lo, em nome desta Casa, pela consagração oficial de seus méritos docentes.

Lembra-me, ainda, com nitidez, a sedução que sobre meu espírito exerceram, desde as primeiras aulas, a ordem lógica, a fluência de exposição e a capacidade sistemática de S. Excia. Sem dúvida, a nossa turma já havia conhecido no primeiro ano do curso, com Goffredo da Silva Telles Jr., a atração intelectual do rigor lógico, aliado a um comovente apelo à sensibilidade, no que tange aos grandes valores da convivência humana. Mas julgávamos, então, que esse espírito claro e bem formado era algo de exterior e estranho ao âmbito do direito positivo; seria uma qualidade própria da estrutura mental de quem fora professor de lógica no antigo Colégio Universitário, não o apanágio do cultor de disciplina tão prosaica, como o direito comercial. De resto, a iniciação em outros ramos do Direito, privado e público, confirmava-nos, infelizmente, na falsa idéia de que o método de nosso saber estaria um tanto afastado dos tradicionais procedimentos de análise conceitual, de encadeamento dedutivo de proposições e de levantamento sistemático das idéias ou da realidade. O método de pensamento jurídico, imaginávamos, consistiria em curioso conglomerado de termos técnicos e proposições normativas, sendo o todo sempre estufado de citações doutrinárias ou jurisprudenciais.

Sylvio Marcondes, porém, convidava de pronto o estudante a entender a racionalidade do direito positivo, sob o seu aspecto estrutural. Os conceitos e as normas eram explicados por dentro, em sua inteligência essencial, e não mais com fundamento, apenas, na tradição e na autoridade. Essa análise lógica dos dados elementares da normatividade abria, lenta mas seguramente, a grande perspectiva do sistema jurídico, como carta geográfica do espaço normativo, no qual todas as questões se situavam precisamente, segundo as coordenadas de vigência e eficácia.

Tudo isso era apresentado com a elegância sóbria de uma exposição fluente, despida de artifícios oratórios. A impressão

que esse estilo provocou em meu espírito foi, sem dúvida, indelével, pois até hoje, ao iniciar uma preleção, tento insensivelmente imitar essa maneira de expor.

De resto, o rigor lógico de Sylvio Marcondes não transparecia, apenas, em preleções acadêmicas, mas também no exercício das funções de examinador. Digo-o por experiência própria, pois examinado que fui por ele duas vezes, em concursos docentes nesta Casa, tive que me haver com o escalpelo de sua análise dissecante, pondo a nu as contradições de meu pensamento.

Bem sei que o espírito sistemático e o rigor lógico-formal de raciocínio têm sido vivamente atacados, nos últimos tempos, como método privilegiado de ensino do Direito. A redescoberta da retórica, ou arte da argumentação, a ressurreição da velha tópica aristotélica e da problemática medieval — algumas vezes apresentadas, pela ignorância ambiente, como novidades absolutas — parecem lançar um certo descrédito sobre a forma sistemática de pensar o Direito, com o cuidado da conceitualização e do encadeamento conseqüente de proposições. Penso, no entanto, que como em tudo neste país, também aqui é preciso se precaver contra a atração da moda e o entusiasmo fácil pelo aparentemente novo, em meio tradicionalmente destituído de espírito crítico. Lembro, a propósito, o resultado lamentável da repercussão do método histórico no ensino do Direito entre nós. Chegando por aqui no último quartel do século passado, com o clássico atraso de algumas décadas em relação ao centro intelectual do mundo — na época, a Europa Ocidental — a compreensão histórica do Direito produziu, nas Academias de Recife e São Paulo, salvo uma ou outra exceção notável, a monótona repetição de banalidades de almanaque a respeito da evolução jurídica, apresentadas como o fruto do mais puro espírito científico. Na época da segunda guerra mundial, juristas do porte de um Tullio Ascarelli ou de um Enrico Tullio Liebman ajudaram-nos a entender o que é, realmente, fazer pesquisa histórica em Direito e em que sentido a crítica da razão histórica é essencial à compreensão da vida jurídica. Mas ainda hoje, por vezes, somos obrigados a sofrer dissertações de mestrado e doutorado, e até mesmo teses de livre-docência ou de titularidade, com o clássico “nariz de cera” pseudo-histórico, a principiar pelo Código de Hamurabi.

Não, a revalorização do método retórico não significa dispensar o jurista de um rigor lógico na construção da realidade normativa. O que se pode dizer, isto sim, é que o pensamento sistemático já não há de pretender à preponderância

nem, *a fortiori*, à exclusividade de antanho. O que se deve combater, hoje, com todas as armas da crítica e todas as veras da argumentação, é a degenerescência do espírito lógico-sistemático nesse triste amontoado de manuais falsamente didáticos, cujo vigor proliferativo só parece existir em função direta da inófia intelectual do conteúdo. Parafraseando observação conhecida, diria que os que afirmam ser o ensino jurídico no Brasil demasiadamente sistemático e abstrato não sabem o que é a lógica de um sistema nem a abstração de um conceito.

O verdadeiro método lógico-sistemático é, a um tempo, raiz e fruto daquelas grandes qualidades que Pascal atribuía ao espírito geométrico, a saber, a amplitude de vistas, a clareza de exposição, a certeza de conclusões. Mas, obviamente, sobretudo em Direito, o *esprit de géométrie* tem que ser completado pelo *sprit de finesse*, a lógica dedutiva pela dialética e a intuição axiológica.

Pois bem, em Syvio Marcondes esse espírito de verdadeira racionalidade sistemática concilia-se, harmonicamente, com a verdadeira razão de autoridade. Não há, assim, contradição alguma entre o estilo escorreito de suas preleções, que nunca se perdiam em labirintos doutrinários nem se demoravam em empilhar argumentos supérfluos, com o impressionante aparato bibliográfico de suas obras. Não obstante, essa conciliação parece pouco evidente a alguns. Recordo-me, por exemplo, que durante o desenrolar do concurso com que S. Excia. conquistou sua cátedra, um dos examinadores chegou a manifestar perplexidade com a cópia de opiniões doutrinárias trazidas à colação, no contexto da tese. Comparou, então, maldosamente, esse excelente estudo à festa à qual o anfitrião chama número excessivo de convivas, desprestigiando assim o convite e frustrando todos os não convidados. Essa impressão resulta de uma análise muito superficial do estilo de Syvio Marcondes. Ao contrário do que com freqüência e lamentavelmente se vê por aí, S. Excia. jamais sucumbiu à balda do psitacismo. Quem se der ao trabalho de ler sem ligeireza suas obras, perceberá facilmente que o pensamento de Syvio Marcondes não parte das opiniões alheias, mas que, ao contrário, estas últimas é que são escolhidas e apresentadas, na justa medida em que se adaptam ao fio de um raciocínio próprio, de invejável coerência.

É, de resto, na justa conciliação entre o espírito criador e o respeito à tradição que se situa o cerne do debate sobre a autonomia da dogmática jurídica. A *jurisprudencia* surgiu no Ocidente com os romanos e firmou-se, definitivamente, durante a extraordinária fermentação intelectual da Baixa Idade Média.

Em ambos os momentos, a fecundação do saber jurídico produziu-se graças ao conúbio das exigências de racionalidade com o culto das opiniões consagradas dos antepassados.

A descoberta dos *prudentes*, por via da dialética grega, de que *jus est aliquid rationis*, não abafou a velha convicção romana de que *stat pro ratione auctoritas*. Ora, nunca será demais sublinhar o fato de que, numa civilização fundada na tríade sagrada da *traditio*, da *pietas* e da *auctoritas*, a verdadeira função dos juristas não era reconhecida pelo povo na interpretação das leis, na elaboração de manuais doutrinários ou no comentário de decisões judiciais, mas, antes, no aperfeiçoamento do Direito por meio de *leges rogatae*, editos, fórmulas e *responsa*. A sabedoria do método romano de elaboração do Direito, como salientou Mommsen, jazia exatamente no fato de que os próprios juristas tinham autoridade para criar e modificar as normas jurídicas. A sua função social consistia, pois, na organização racional da realidade jurídica em vista do seu contínuo progresso e adaptação às novas exigências humanas. Os mesmos homens que, na expressão célebre de Savigny, conferiam ao seu pensamento uma segurança semelhante à do raciocínio matemático e pareciam fazer cálculos com os conceitos; os mesmos homens que votavam escrupuloso respeito aos *mores maiorum*, a ponto de tê-los por oráculos da vida prática, eram também os que entendiam a sua missão na *Urbs* como consagrada a coadjuvar, corrigir e mesmo completar o sistema jurídico tradicional *propter utilitatem publicam*. Seria, aliás, praticamente impossível o trabalho de absorção dos *ius gentium* e de elaboração do *ius honorarium* sem a prudência racionalizante dos jurisconsultos.

Na época do ressurgimento dos estudos jurídicos no século XI, com a criação da Universidade de Bolonha, o aparente conformismo da glosa mal escondia o espírito de profunda renovação cultural. Apesar da imagem denegridora que os humanistas do Renascimento nos legaram dos glosadores — *verbosi in re facilis, in difficilis muti, in angusta diffusi*, no dizer de Cujácio — parece óbvio que sem o direito romano comum, por eles elaborado, teria sido inconcebível a organização harmoniosa das novas relações burguesas, conseqüentes à revitalização urbana. Tenho, de outra parte, fundadas dúvidas quanto à verdade da tradicional idéia de que o *ius mercatorum* ter-se-ia desenvolvido, na bacia do Mediterrâneo, paralelamente ao direito romano comum, por obra exclusiva dos práticos. Como ignorar, por exemplo, o que representou para o renascente comércio a reelaboração da teoria contratual, centrada

em torno da *causa* e da autonomia da vontade, graças ao labor criativo de romanistas e canonistas?

Aliás, esse espírito inovador, fundado na tradição, era típico da mentalidade medieval, sendo muito estranho que deixasse de se manifestar tão só no mundo jurídico. Um Bernardo de Chartres, por exemplo, não justificava o valor da tradição, argumentando, pitorescamente, que ao subir aos ombros dos grandes antepassados é sempre possível ver mais longe? Um Gilberto de Tournai não advertia que os autores antigos não devem ser considerados senhores mas guias, e que a verdade está aberta a todos, não tendo sido ainda possuída totalmente por ninguém?

A obra de Sylvio Marcondes inscreve-se, sem dúvida alguma, nessa nobre linhagem. O seu ensaio sobre a limitação da responsabilidade do comerciante individual, que Angelo Grisoli reconheceu merecer um lugar de relevo na literatura internacional sobre o assunto, graças ao esforço de síntese, à riqueza e à seriedade da documentação, constitui belo exemplo desse pensamento criador, fundado na tradição. A solução proposta situa-se no âmbito das instituições já existentes, mas alargadas até o limite de suas possibilidades ainda inexploradas. É de se salientar, por sinal, que algumas teorias jurídicas foram, pela primeira vez entre nós, apresentadas por completo nessa obra, o que representou, por si só, inestimável serviço. Sei de um jovem bacharel de nossa Faculdade que teve nesse livro a primeira notícia do tema sobre o qual viria, alguns anos depois, a compor sua tese de doutoramento na Universidade Paris.

Ademais, superando o simples espírito de análise lógica e de exposição sistemática do Direito, S. Excia. tem sido fiel, ao longo dos anos, à concepção do jurista como autêntico engenheiro social. Em substanciosa monografia sobre o crédito bancário de aceitação, preconizou a introdução em nosso incipiente mercado de capitais das letras de câmbio de aceite das sociedades de crédito, financiamento e investimento antes do advento da Portaria Ministerial n.º 309, de 30 de novembro de 1959, que regulamentou a constituição e o funcionamento dessas instituições financeiras. Na aula inaugural dos cursos jurídicos de 1958 nesta Faculdade, que tive ocasião de assistir como aluno do quarto ano de bacharelado, Sylvio Marcondes enfatizou a importância do instituto das fundações para obviar o crônico problema do custeio da pesquisa científica. Encorajava, então, o legislador a dar aplicação do artigo 123 da Constituição do Estado; o que veio efetivamente a ocorrer com a instituição,

pela Lei estadual n.º 5.918, de 18 de outubro de 1960, da "Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo".

Por aí se vê como esse espírito lógico, sempre inclinado a ordenar racionalmente a realidade, soube evitar a tentação do academicismo desengajado e aplicar as suas qualidades intelectuais à solução dos novos problemas do nosso tempo. O que o atraía, afinal, não era a pureza desencarnada das idéias, mas a utilidade pública dos complexos e delicados instrumentos sociais construídos pela razão jurídica, em resposta aos desafios da História.

Daí por que a colaboração de Sylvio Marcondes à obra de renovação legislativa tem sido uma constante de sua longa carreira.

Já em 1940, atuou como relator geral da comissão mista, representativa do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo, da Associação Comercial de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado, para examinar o anteprojeto Valverde de Lei de Falências. Em 1943, retomou esse trabalho, já então como membro da comissão nomeada pelo Ministro da Justiça para a formulação de novo anteprojeto de lei de quebras, que veio, afinal, a ser convertido no Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945.

Em 1963, elaborou anteprojeto de disciplina jurídica de empresários e sociedades, depois incorporado ao projeto de Código das Obrigações de 1965. Voltou à tarefa em 1972, no quadro do anteprojeto de Código Civil unificado, posteriormente convertido no projeto governamental de 1974.

Nenhum desses trabalhos pode ser considerado estranho à sua função docente, pois o professor não é apenas o que ensina por preleções, mas também o que educa pelas suas obras e atividades públicas. Essa grande verdade deveria ser meditada por todos quantos comprometem, levemente, a dignidade da função docente, ao colaborarem oficialmente em empreitadas de supressão das liberdades ou de exploração do economicamente fraco. A estes, a juventude discente, com certa intuição dos valores, não costuma conceder anistia.

Receba, pois, Senhor Professor Emérito, em nome desta Casa e de seus antigos alunos, a justa homenagem de nossa oblação.

Discurso de Sylvio Marcondes Machado

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na turma de 1929; Doutor em Direito e Livre-Docente de Direito Comercial,

em 1941; Catedrático da disciplina, em 1957; Professor Emérito, em 1979. Eis os passos dos 50 anos de uma carreira universitária: da minha carreira, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Desses títulos, o primeiro foi alcançado pelo Curso de Graduação; os subseqüentes, conquistados em concursos de títulos e de provas, sendo, o último, conferido pela Egrégia Congregação desta veneranda Academia do Largo de São Francisco.

Em face da outorga generosa e para aquietar a consciência do beneficiário, julgo de meu dever aqui prestar contas do compromisso que assumi, ao receber, do mestre insigne e querido amigo Waldemar Ferreira, a tocha simbólica do revezamento no ensino da nossa ciência, que lhe proviera, sucessivamente, das mãos de Otavio Mendes, Frederico Steidel, Gabriel de Rezende, Brasílio Machado, Brasílio dos Santos, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada e Clemente Falcão. Pois, ao assumir as responsabilidades da cátedra ilustre, que me colocava ao lado dos eminentes Professores Ernesto Leme e Honório Monteiro, reconheci “Que de cuidados são necessários para corresponder a essa conspícua dignidade! Averiguar sem paixão a verdade, para poder amá-la apaixonadamente. Informar para orientar, propondo sem imposição. Trazer para a luz a lição objetiva da sabedoria, esquecendo na sombra a energia dispendida na sua procura. Não se apegar ao ortodoxo, apenas porque ortodoxo, e, ao contrário, favorecer o livre exame das idéias renovadoras. Não expor a ciência como algo esotérico e obscuro e, sim, fazer da palavra o retrato fiel dos conceitos, sem sacrificar, pelo rebuscado do verbo, a clareza do pensamento”. Ademais, assinalai o empenho assíduo e infatigável, necessário à realização desse magistério catedrático, dentro e fora das aulas, desdobrando-lhe a atividade, em tudo quanto possa ser útil à eficiência do ensino e ao desenvolvimento da ciência jurídica.

No exercício da ação didática, aqueles cuidados se dirigem ao cumprimento dos programas escolares, paradigmas que são do trabalho docente, cabendo ao professor desenvolvê-los com o equilíbrio adequado à visão de toda a paisagem da disciplina, sem limitar-se à aspectos de sua predileção particular, com sacrifício da harmonia lógica do conjunto. O desempenho que pude dar a essa parte da tarefa não há de ser mensurado pelo esforço que custou, mas submetido ao julgamento dos meus antigos discípulos.

Todavia, fora das aulas, as coisas são diferentes.

Todo professor, como todo estudioso, de qualquer ramo do saber, no afã constante de elaborar, com a inteligência, os conhecimentos da erudição, ou seja, de realizar cultura, é levado, por motivo das mais diversificadas tendências individuais, a eleger certas preferências, que persegue ao longo do tempo, em busca de alguma verdade. Para o jurista, esta verdade, seja qual for, nasce, viceja e perdura, ou fenece ou se transmuda, sempre no terreno fértil da realidade social, por força desta, no tempo e no espaço, e onde se expandem a pesquisa e as concepções dos doutrinadores, desde os princípios da filosofia, até as técnicas de dinamização do direito.

Dentre meus pendores extracurriculares, parece caber mencionar, nesta oportunidade de prestação de contas, a atenção constantemente solicitada pelo sugestivo tema do fenômeno da empresa, em suas implicações econômicas e jurídicas.

Já em 1940, na tese de concurso à livre-docência — “Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada” — propunha uma nova classificação das sociedades, pelo critério da ambivalência, pessoal e patrimonial, da contribuição dos sócios, o que importa em discernir o exercício administrativo de cada sócio (função de empresário), da sua responsabilidade capitalista (fator de produção). Latentes aí se achavam distinções integrativas do conceito de empresa.

Depois, tive a honra de participar da Comissão que, no Ministério da Justiça e sob a presidência do Ministro Alexandre Marcondes Filho, se dedicou, desde 1943, à elaboração do anteprojeto e do projeto, que, em 1945, se transformou na vigente Lei de Falências. Nesta, o mais longo dos diplomas falimentares brasileiros, a inspiração do fenômeno empresarial se manifesta, além de outras, em três reformulações fundamentais. Na primeira, restringiu à pessoa jurídica, sem estendê-lo aos sócios, o estado de falência da sociedade, a fim de legitimar, ela própria, a impetrar concordata. Na segunda, restaurou, sob a forma do inquérito judicial, a velha qualificação da falência, do Código de 1850, com o objetivo de verificar a probidade profissional do devedor, preliminar indispensável ao benefício concordatário. Na terceira, confiou à imparcialidade do juiz, nos limites da lei, o poder de concedê-lo, suprimindo a vontade, muitas vezes caprichosa ou interesseira, dos credores. Todas procurando desvendar o relevo da empresa, em paralelo com a figura do empresário, no traçado das primeiras linhas, de estrutura que veio a ser a consagrada no atual sistema falimentar francês.

Mais tarde, no ensejo de concorrer à cátedra, em 1957, e como fruto da permanente ponderação daquele assunto preferencial, dediquei a dissertação de concurso ao tema da "Limitação da responsabilidade do comerciante individual", onde, alongado capítulo sobre o conceito de empresa, seguido de outros, sobre o sujeito de direito, o patrimônio como objeto de direito e a concepção dualista da relação obrigacional, levaram, na conclusão, ao conceito e natureza, constituição, funcionamento, transmissão e extinção da empresa individual com responsabilidade limitada. E, se na discussão da tese, muito se argumentou quanto à prevalência da concepção objetivista, a que se filiava, qualificando a empresa como objeto, ou da subjetivista, atribuindo-lhe a qualidade de sujeito, ou da corporativista, apreciando-a como instituição, o certo é que a empresa saiu incólume, reafirmando sua inarredável posição, nos quadros do moderno direito brasileiro.

Por isso mesmo, distinguido com o convite para integrar Comissão Ministerial, presidida pelo Ministro Orozimbo Nonato e encarregada de elaborar anteprojeto de Código de Obrigações, apresentei, em 1964, como relator da matéria concernente a "Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil", articulado em que, absorvida a figura do comerciante, pela do empresário, baseava neste toda a estrutura armada sob o título — "Da Atividade Negocial". Na verdade, porque, não obstante serem os negócios jurídicos, isto é, os atos negociais, facultados a todas as pessoas e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o *exercício* coordenado *dos atos*, o transubstancia em *atividade*. E, assim como, partindo do conceito de negócio jurídico, o anteprojeto erigia um sistema de atos, cabia assentar os postulados normativos do exercício da atividade. *Atos negociais* e, portanto, *atividade negocial*. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício.

Entretanto, embora apresentados, em 1965, os Projetos de Código Civil e de Código de Obrigações, o Governo da República entendeu de ampliar o seu plano de unificação legislativa do direito privado, reunindo-os num só projeto, o de revisão do Código Civil. Para isso, o Ministério da Justiça constituiu, em 1969, Comissão que, indicada pelo renomado mestre Professor Miguel Reale e elaborando sob sua presidência e magistral

supervisão, entregou seu trabalho em 1972, o qual, revisto e aperfeiçoado, veio, por Mensagem do Poder Executivo, a converter-se no Projeto de Lei n.º 634, de 1975, da Câmara dos Deputados.

Integrado na Comissão, pela dignificante indicação daquele eminente colega, voltei a relatar a matéria da atividade negocial, cuja inclusão no projeto unificado se sustentava nos mesmos motivos da sua justificação no Projeto de Código de Obrigações. “A elevação e disseminação da cultura, o enorme progresso científico, a expansão da produção e circulação de toda sorte de bens, conduzem a um processo de democratização da riqueza, favorável à multiplicação dos atos econômicos e da sua prática por pessoas em número cada dia maior. Negócios jurídicos quase privativos de uma classe, como a dos comerciantes, passa a constituir rotina cotidiana de todos. Acelera-se o que, tão ao gosto da doutrina francesa, se tem admitido chamar “comercialização do direito civil”, corroborando um “civilismo do direito comercial”. Expressões de tendência para uniformizar o procedimento jurídico da prática econômica e fundi-lo num só corpo de lei, posto a serviço de todos os sujeitos, sem discriminações”.

E o novo projeto, a fim de não discriminar, nem mesmo terminologicamente, a atividade negocial de todos os sujeitos, eliminou a referência a “*empresário comercial*” e fez, da figura pura e simples do “empresário”, o diapasão de todos os instrumentos do sistema, eliminando, pois, o adjetivo “comercial” e substituindo as “sociedades comerciais”, pelas “sociedades empresárias”. Nos singelos e precisos termos, dos seguintes preceitos, os primeiros permanentes e o último transitório.

“Art. 1.003 — Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

“Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”

“Art. 1.009 — Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro.”

“Art. 2.091 — Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de

lei, não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.”

Fórmula que já não é simples traslado de concepções vigorantes em direito comparado, mas, sim, solução que se preconiza, para o direito brasileiro reordenar o exercício das atividades econômico-jurídicas dos cidadãos. Realmente, neste último quartel do século XX, era da energia nuclear, da tecnologia, da cibernética, e de tantas outras revelações do engenho humano, em todos os campos, inclusive o das realidades sociais, não se afigura admissível que nosso direito, naquela matéria, permaneça atado aos padrões da mercancia e dos atos de comércio, do vetusto Código de 1850. Superados que se acham pela dinâmica empresarial, basta considerar a imensa variedade de serviços, criada pelo progresso tecnológico e que não cabe na acanhada enumeração do Regulamento 737, mas hoje constitui objeto da ação empreendedora de inumeráveis empresários, para justificar a abrangência dos conceitos legais ora propostos.

A determinação do conceito de empresa, no campo do Direito, deve ser precedida da definição da empresa econômica. O Direito é tradução da vida social nos seus múltiplos aspectos, inclusive o econômico e, por isso, o fenômeno jurídico não pode ser fixado senão à luz de seus pressupostos, donde a utilidade de referir, ainda que sumariamente, o conceito econômico de empresa.

Na evolução da ciência econômica, considerado que produzir é criar utilidade e identificados os fatores de produção — trabalho, natureza e capital — a eles se agregou, por força da revolução industrial, a figura do empresário, coordenador dos ditos fatores e responsável pelo risco da colocação dos produtos no mercado. Salário, renda, juros e lucro são as remunerações correspondentes, respectivamente, a cada um desses elementos da produção, que se conjugam na empresa. E, se parâmetro “é todo elemento cuja variação de valor modifica a solução de um problema, sem lhe modificar a natureza”, é certo que a diversidade de combinações possíveis na estrutura da empresa não lhe tira, à vista daqueles parâmetros, a unicidade de seu conceito econômico, assim enunciado por Pinto Antunes: “Empresa é um dos regimes de produzir, onde alguém (empresário), por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade (riscos), a fim de obter uma utilidade, vendê-la no mercado e tirar, da diferença entre o custo da produção e o preço da venda, o maior proveito monetário possível”.

Na ciência do direito, entretanto, a essa unidade de concepção econômica não corresponde um conceito unitário da empresa, conforme a brilhante exegese de Alberto Asquini, cuja palavra agora invoco, pela lucidez da lição com que pôde dar fim a uma ardorosa polêmica.

Observando que nos contatos iniciais da prática com o novo Código Civil, sobre o tema da empresa, se criou uma certa desorientação, que é preciso superar, afirma ele ser o conceito de empresa o de um fenômeno econômico poliédrico, que assume, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis, em relação aos diferentes elementos que aí concorrem. As definições jurídicas de empresa podem, por isso, ser diversas, segundo o diverso perfil com que o fenômeno econômico é considerado. Essa a razão da falta de definição legislativa e, ao menos em parte, do desencontro das opiniões na doutrina.

E, considerando a unicidade do conceito econômico, continua: “Asseverar, porém, que a noção de empresa foi acolhida no Código com determinado significado econômico, não quer dizer que essa noção econômica seja imediatamente utilizável como noção jurídica. Apresentando o fenômeno econômico de empresa, perante o Direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário. Assim, onde o Código, para indicar um aspecto jurídico específico da empresa econômica, adota um particular *nomen juris*, este deve ser respeitado; nos demais casos, onde a palavra empresa é usada pelo Código — por comodidade de linguagem ou pobreza de vocabulário — com significado jurídico diferente, cabe ao intérprete esclarecer este significado.

Por essas e outras ponderações, o mestre italiano passa a focalizar os quatro perfis jurídicos do conceito econômico da empresa.

Perfil subjetivo — O Código Civil e as leis especiais consideram, muitas vezes, a organização econômica da empresa pelo seu vértice, empregando a expressão em sentido subjetivo, como sinônima de empresário. Essa metonímia justifica-se, porque o empresário não só está na empresa (em sentido econômico), como dela é a cabeça e a alma; isso, porém, não impede que, na linguagem jurídica, o uso do vocábulo “empresa”, por “empresário”, seja uma metáfora, que pode ser evitada, ainda quando este seja uma pessoa jurídica.

Perfil funcional — Dado que a empresa econômica é uma organização produtiva, que, por definição, opera no tempo,

guiada pela atividade do empresário, ela, sob o aspecto funcional ou dinâmico, manifesta-se como uma força especial em movimento, que é a atividade empreendedora dirigida para determinado escopo. Se o nosso vocabulário não dispõe de outro termo simples, como a palavra empresa, para exprimir o conceito de atividade empreendedora, difícil é resistir ao seu emprego em tal sentido, muito embora não se trate de um uso exclusivista.

Perfil patrimonial — Proporcionando a atividade empreendedora a formação de um complexo de relações jurídicas a cuja frente se encontra o empresário, o fenômeno da empresa, projetado no terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial, distinto, por seu fim, do remanescente patrimônio do empresário. Mas é de notar-se que as doutrinas tendentes a personalizar tal patrimônio especial e, com isso, identificar a empresa como sujeito de direito, não foram esposadas pelo ordenamento jurídico; nem o foi a construção propensa a fazer dele um patrimônio juridicamente separado do restante patrimônio do empresário.

Perfil institucional — Ao esboçar esse perfil, Asquini esclarece haver colocado em último lugar a conceituação de empresa como instituição, porque, se nos anteriores ela é observada à luz do interesse individualista do empresário, aqui, sob o aspecto corporativo, é considerada como uma especial organização de pessoas, formada pelo empresário e prestadores de trabalho, seus colaboradores. O empresário e seus colaboradores — dirigentes, empregados, operários — não constituem simplesmente uma pluralidade de pessoas, ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fins individuais; antes, formam um núcleo social organizado, em função de um objetivo econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos colaboradores singulares: a obtenção do melhor resultado econômico na produção.

A doutrina dos perfis jurídicos do conceito econômico de empresa, embora estabelecida por Asquini à vista do Código Civil da Itália, não exprime, contudo, peculiaridades do direito italiano. Ao contrário, tem inteiro cabimento no direito brasileiro, onde também se apresentam aqueles perfis.

A Consolidação das Leis do Trabalho determina, no seu artigo 2.º: “considera-se *empregador* a empresa”. Atribui, portanto, a esta, a qualidade de sujeito de direito e, assim, traça-lhe o *perfil subjetivo*. Já no artigo 448, ao dispor que “a mudança na *propriedade* ou na estrutura jurídica da empresa não afetará

os contratos de trabalho dos respectivos empregados”, a considera *objeto de direito*, isto é, no seu *perfil objetivo*. E a Constituição Federal, ao assegurar direitos dos trabalhadores, neles inclui o do artigo 158, n. V, onde prevê a “*integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos*”, colocando em foco o *perfil institucional*.

Dentro dessa mesma proficiente doutrina, complementando-a no direito brasileiro, é que o Projeto de Código Civil almeja compor o *perfil funcional* da empresa, atribuído por Asquini “à atividade empreendedora dirigida para determinado escopo”. Nesse sentido dispõe, nos textos já mencionados, que considera empresário, ou sociedade empresária, o agente de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

A substituição das restritas figuras do “comerciante” e da “sociedade comercial”, pelas do “empresário” e da “sociedade empresária”, muito mais abrangentes, não constitui, na realidade, inovação do Projeto, no direito brasileiro. Ao contrário, coloca-se no caminho aberto pela nossa legislação comercial e onde pretende cumprir uma nova etapa, reclamada para o progresso jurídico da economia nacional.

Realmente, o Código Civil, interrompendo a prevalência de princípio generalizadamente adotado, ao permitir, em seu artigo 1.364, que as sociedades civis adotem as formas estabelecidas nas leis comerciais *inclusive a das sociedades anônimas*, dispõe: “*mas serão inscritas no Registro Civil e será civil o seu foro*”. Reagindo contra a restrição e sustentando a necessidade de derogá-la, Miranda Valverde, no comentário à lei de 1940, por ele projetada, assim se manifesta, sobre o citado preceito

“Anacronismo indesculpável. Sob o regime anterior ao Código Civil, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1917, as sociedades anônimas estavam integralmente submetidas às leis reguladoras da espécie. Inscreviam seus atos constitutivos no Registro do Comércio e respondiam perante a jurisdição comercial. Pode dizer-se que elas se comercializavam, quando civil o seu objeto. A forma prevalecia sobre a natureza do objeto de exploração. A lei atual, *reatando* a tradição, e consoante a orientação seguida pelas legislações mais adiantadas, declara que a *forma anônima* imprime cunho mercantil

à sociedade, qualquer que seja o seu objeto de exploração. Conseqüentemente, a sociedade anônima ou companhia há de reger-se pelas leis e usos do comércio.”

Pois bem. A lei vigente, de 1976, mantém a linha da tradição reatada em 1940. Todavia, isso, ao que parece, agora já não basta e, diante da multiplicação das empresas, é necessário ir para diante. Na verdade, reservar a sociedade anônima como forma única, adotável para a chamada “mercantilização” das empresas não comerciais significa, ainda e tão somente, conservar odioso privilégio de foro àquelas cujo porte econômico permita a adoção, dispendiosa e complexa, de tal tipo societário. Aliás, dos problemas que a concepção empresarial do Projeto pretende resolver, afigura-se suficiente, a esse propósito e nos limites do discurso, colocar uma questão crucial: por que afastar do processo falimentar, garantia da igualdade dos credores, e da ação de concordata, garantia da continuidade dos empreendimentos, aqueles que não praticam mercancia, mas, grandes, médios ou pequenos, sociedades ou indivíduos, exercem atividade de empresário?

A unicidade do conceito de empresário e o perfil funcional da empresa, preconizados pelo Projeto de Código Civil granjearam o consenso dos especialistas do País. De fato, divulgados amplamente seus textos, o originário e o revisto, o Anteprojeto despertou, como não poderia deixar de acontecer, a maior atenção pública, manifestada em mais de um milhar de sugestões, críticas e emendas, formuladas, não só por muitas e diversas entidades, como, individualmente, por juristas, economistas, empresários e outros interessados, das quais cerca de uma centena objetivaram o seu livro sobre a Atividade Negocial. E quanto a esta, a verdade é que, salvo uma ou outra opinião isolada — radical do tipo contra tudo e contra todos — nem uma só objeção específica se levantou em oposição aos conceitos empresariais do Anteprojeto, que, assim, puderam ser consagrados no Projeto enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional.

Mas não é só. Na Câmara dos Deputados, a Comissão Especial designada para estudar o Projeto recebeu, quanto à Atividade Negocial, dezenas de sugestões de Deputados, concretizadas precisamente em 62 propostas de emendas, versando questões várias, mas nenhuma, sequer de redação, contrária àqueles textos fundamentais, o que significa, em conseqüência, o consenso da opinião pública, manifestada por seus legítimos representantes.

Fastos que levam a prognosticar os rumos do moderno Direito Comercial Brasileiro, na direção da meta, cada vez mais próxima, do auspicioso advento do Direito Empresarial.

Direito Empresarial, apto a coordenar preceitos de outros ramos do Direito, notadamente o Fiscal e o do Trabalho, para permitir o necessário equilíbrio entre prerrogativas e deveres, públicos e privados, pertinentes ao desempenho da economia nacional. Direito Empresarial que, na imensidão continental do território e na explosão demográfica da sua gente, há de incentivar a livre iniciativa, difundir a empresa brasileira, incrementar a fraternidade do trabalho e do capital. Direito Empresarial, cuja problemática jurídica poderá, na ordem econômica, ser o cadinho de propício desenlace, de questões políticas e sociais, suscitadas pelo desenvolvimento e futuro da nossa grande Nação.

Meus Senhores.

Neste momento singular em que, à honra de receber o título de Professor Emérito da Faculdade de Direito, outorgado pela magnanimidade da sua Egrégia Congregação, acumulo o conforto das amáveis palavras de saudação de meu antigo e exemplar aluno, o ilustre Professor Fábio Konder Comparato; a satisfação da investidura de meu sucessor, novo titular de Direito Comercial, o ilustre Professor Mauro Brandão Lopes, recepcionado na oração do ilustre Professor Oscar Barreto Filho — três mestres exímios, a mim ligados por afetuosa amizade; e a grata presença de tantos prezados colegas, amigos e estudantes — somente me resta dizer: a todos, por sua prestigiosa participação, o meu caloroso muito obrigado.

Professor Titular Amauri Mascaro Nascimento

A Redação

Em 15 de maio de 1979, teve lugar no Salão Nobre da Faculdade de Direito a solenidade de posse do novo Titular de Direito do Trabalho, Prof. Amauri Mascaro Nascimento. A Professora Nair Lemos Gonçalves, no discurso de saudação, destacou a importância da obra do mestre, cujas pesquisas, amplas e atuais, abrangem o Brasil e os principais países, e "constituem subsídio seguro, não só para estudo dos alunos e especialistas, como também para os órgãos governamentais encarregados dos problemas do trabalho".

No discurso de agradecimento, o novo titular salienta dois aspectos importantes no campo do Direito do Trabalho no Brasil: a relevância que deve ser dada aos bens do trabalho, fruto do espírito do homem e fator de liberdade para a humanidade, e o aspecto social que envolve a organização dos sindicatos, que devem ser livres e responsáveis.

Homenageia ainda o Prof. Emérito Cesarino Júnior, por sua capacidade e pioneirismo no Direito Social, e termina com uma oração à Academia, fonte de inspiração a poetas e juristas, que sempre ergueram bem alto a bandeira da liberdade e cujos mestres sempre mostraram ao país os caminhos do Direito e da Justiça Social.

O Novo Titular

O novo titular de Direito do Trabalho, Professor Dr. Amauri Mascaro Nascimento, nasceu em Campinas, Estado de São Paulo, aos 4 de setembro de 1932, filho do Professor Alcides do Nascimento e da Professora Alice Mascaro Nascimento.

Fez os cursos ginásial e científico no Colégio Cesário Motta, em Campinas, concluindo o último no Instituto Caetano de Campos, em São Paulo.

Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tendo sido orador da sua turma, de 1957.

Foi secretário geral da União Nacional dos Estudantes.

Ingressou no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, especializando-se em Teoria Geral do Estado e Filosofia do Direito.

Prestou concurso para Promotor de Justiça do Estado de São Paulo em 1958, classificou-se em 2.º lugar e assumiu diversas Promotorias de Comarcas do interior do Estado de São Paulo.

Em 1961, por concurso, ingressou na Justiça do Trabalho Segunda Região, como Juiz do Trabalho substituto. Foi promovido, por merecimento, em 1967, para Juiz Titular Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento. Desde 1961 é Juiz Diretor do Fórum e a partir de 1978 recebeu convocações para substituição no Tribunal Regional do Trabalho.

Começou a carreira docente em 1964 lecionando Instituições de Direito Público e Privado na Faculdade de Economia, Administração de Empresas e Ciências Contábeis da PUC de São Paulo, da qual se tornou Professor Contratado de Legislação Social e, a partir de 1974, de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito. Em 1968 foi contratado Professor Titular de Direito do Trabalho das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo.

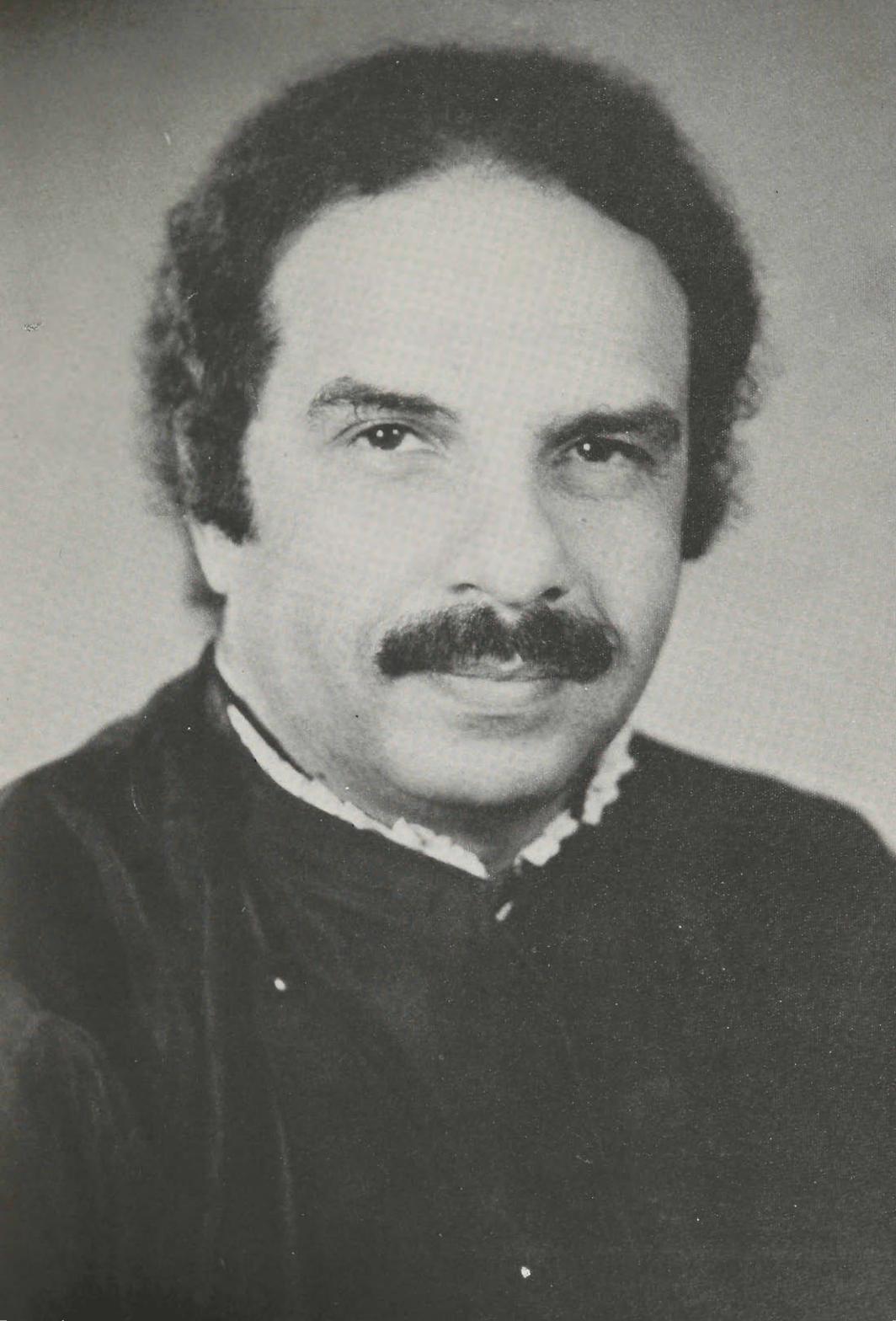
Na Universidade de São Paulo iniciou carreira em 1974, como Professor Assistente-Doutor lecionando Filosofia do Direito. No mesmo ano defendeu tese de livre-docência perante banca constituída pelos professores Dr. José Pinto Antunes, Dr. José Cretella Júnior, Dr. José Martins Catharino, Dr. Messias Pereira Donato e Dr. Osiris Rocha, obtendo aprovação e se tornando Professor do Departamento de Direito do Trabalho.

Em 1978 obteve o grau de Professor-Adjunto de Direito do Trabalho. Em novembro desse mesmo ano, prestou concurso para Professor Titular de Direito do Trabalho, defendendo a tese "Conflitos Coletivos de Trabalho" perante banca examinadora integrada pelos professores Doutores Cretella Júnior, Geraldo de Camargo Vidigal, José Martins Catharino, Geraldo Bezerra de Menezes e Orlando Gomes, merecendo classificação em primeiro lugar.

O Professor Amauri fez várias conferências em cursos de aperfeiçoamento, de especialização e seminários, sobre temas de sua especialidade, como "Transferência de Empregados", "Temas Fundamentais de Filosofia do Trabalho", "A Nova Lógica de Interpretação do Contrato de Trabalho", todas realizadas na Universidade de São Paulo.

Foi conferencista no "Simpósio sobre Juizes Classistas" da Justiça do Trabalho, a convite das Federações de Empregados e Empregadores, realizada no Palácio do Itamaraty.

Na Associação dos Advogados de São Paulo, em ciclo de Palestras, proferiu: "Execuções Trabalhistas", "Principais Repercussões do Novo Código Civil no Processo Trabalhista"; na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, discursou sobre:



Professor Titular de Direito do Trabalho,
Dr. Amauri Mascaro Nascimento.

“Medida Liminar nas Reclamações Trabalhistas sobre Transfereência de Empregados”, “Contrato de Trabalho”, “Estabilidade e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”, entre outros.

O Novo Titular é membro de Associações, Nacionais e Internacionais, ligadas à área de Direito e Letras. Pertence à Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho, da qual foi presidente em 1977; é Acadêmico da Academia Paulista de Direito, da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

No Estado de São Paulo, pertence ao Instituto dos Advogados e ao Instituto de Direito Social; é membro da União Brasileira de Escritores, do Centro Interamericano de Direito Processual do Trabalho e do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. É conselheiro da Associação dos Magistrados Brasileiros.

Bibliografia

O Professor Amauri Mascaro Nascimento escreveu diversas obras importantes no campo do Direito do Trabalho. É autor dos seguintes livros:

- *O Salário no Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1968.
- *Fundamentos do Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1970.
- *Instituições de Direito Público e Privado*. São Paulo, Atlas, 1972 (em co-autoria).
- *Contrato de Trabalho*. São Paulo, LTr, 1971.
- *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1975.
- *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, LT, 1976.
- *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1978.

A Posse

A 15 de maio de 1979, reuniu-se a Congregação de Professores no Salão Nobre desta Faculdade, para receber solenemente o novo Titular de Direito do Trabalho, Professor Amauri Mascaro Nascimento.

O homenageado foi introduzido no doutoral pelos Professores Goffredo da Silva Telles, João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, e Rui Barbosa Nogueira; e foi convidada para saudá-lo a Professora Nair Lemos Gonçalves, que ressaltou as quali-

dades do Novo Titular, como magistrado, mestre e autor de importante bibliografia especializada.

Em brilhante exposição, o Professor Amauri agradeceu a saudação e teceu considerações sobre o papel social da disciplina que leciona, e os aspectos filosóficos que emanam da ideologia do Direito Social.

Publica-se a seguir o Discurso de Saudação ao Novo Titular, proferido pela Dra. Nair Lemos Gonçalves, e o discurso de Agradecimento do Professor Amauri Mascaro Nascimento.

Discurso de Saudação de Nair Lemos Gonçalves

“Der Mensch vermag gar manches durch zweckmässigen Eigenschaften gleichmässig in ihm vereinigen.”

Gebrauch einzelner Kräfte, er vermag Ausserordentliche durch Verbindung mehererer Fähigkeiten; aber das Einzige, gans Unerwartete leistet er nur, wenn sich die sämtlichen

GOETHE

É justo nosso orgulho de saudar o novo Titular de Direito do Trabalho, AMAURI MASCARO NASCIMENTO, o colega, o professor, o magistrado, o jurista por todos admirado.

Dele muito pode esperar o Direito do Trabalho porque, nascido em Campinas em 4 de setembro de 1932, tem pela frente uma vida inteira de profícua atividade, que se pode avaliar por seu passado brilhante.

A partir de 1968 produziu praticamente um livro por ano, abrangendo a maioria dos temas de Direito do Trabalho e da Segurança Social, além de numerosos artigos em revistas especializadas e conferências em quase todos os Estados brasileiros.

Não parou aí, pois esteve sempre ativo na magistratura do trabalho onde, pelos seus méritos galgou, por eleição, a Presidência da Associação dos Magistrados da Justiça de São Paulo da 2.^a Região e foi, repetidas vezes, convocado para o Tribunal Regional da mesma Região.

Marcante sua atuação no magistério, onde vem granjeando um amigo em cada aluno desta Faculdade e das outras instituições universitárias a que pertence: Pontifícia Universidade Católica e Faculdades Metropolitanas Unidas.

Foi ainda membro fundador da Academia Paulista de Direito, na qual ocupa, na qualidade de Acadêmico Titular, a Cadeira n.º 30, tendo por patrono o grande EVARISTO DE MORAES;

da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e do Instituto de Direito do Trabalho de São Paulo, que ajudou a organizar e cujos cursos vem prestigiando. É membro também do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto de Direito Social, do “Instituto Latinoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” e da “Asociacion Iberoamericana de Derecho del Trabajo”.

Qualidade rara nota-se na obra do Professor AMAURI: Suas pesquisas, que são amplas, abrangendo os principais países e atualizadas não só quanto ao Brasil, visam sempre ao aperfeiçoamento das instituições para que atendam à realidade brasileira e constituem, por isso, subsídio seguro não só para estudo dos alunos e especialistas, mas também para os órgãos governamentais encarregados dos problemas do trabalho.

Profundamente interessado em filosofia, especialmente a do direito, entrou em 1972 para o corpo docente desta Faculdade como Professor Assistente Doutor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Só depois, em 1974, convidado pelo eminente Professor Emérito ANTONIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR, então Chefe do Departamento de Direito do Trabalho, transferiu-se para este último Departamento e, conseqüentemente, para o campo de especialização que escolhera como magistrado e no qual elaborara a maioria de seus trabalhos científicos. Na área do Trabalho tornou-se Professor Livre Docente, Professor Adjunto e alcançou o mais alto galardão da carreira universitária.

Vem lecionando nesta Faculdade em todos os níveis: ciclos institucional e de especialização, curso de pós-graduação onde, a partir de 1975, ministrou disciplinas de direito comparado, focalizando o contrato individual de trabalho, o processo trabalhista e o direito protecionista do trabalho, com pleno êxito e classes numerosas.

Sua colaboração foi preciosa na organização dos cursos interdisciplinares de extensão universitária em direito do trabalho e previdência social, realizados pelo Departamento de Direito do Trabalho, cujo Conselho muito vem lucrando com a sua eficiente participação.

Nada teve de fácil sua rápida carreira, pois deve todas as posições a sérios e árduos concursos de provas e títulos.

Dedicado ao ramo do direito que se preocupa em equilibrar as forças do capital e do trabalho, o econômico e o social, ou melhor, a justiça social e o desenvolvimento econômico, sem esquecer a garantia de direitos individuais impostergáveis,

possui o Professor AMAURI as qualidades pessoais indispensáveis ao especialista: humildade, própria dos verdadeiros sábios, espírito humanitário, perseverança e continuidade nos estudos para o necessário aprimoramento da cultura, força de trabalho dos maduros jovens que sabem o que desejam da vida, sem lhe faltar a capacidade para o trabalho em equipe, único realmente compatível com as tarefas universitárias e reconhecido pela Conferência Geral da UNESCO, quando inclui, como qualidade imprescindível ao pesquisador científico, entre outras, a

“disposição para comunicar-se com outros não só em círculos científicos e tecnológicos como também fora desses círculos, que implique disposição para trabalhar em equipe e em contexto multiocupacional”
(Recomendação sobre *status* de Pesquisadores Científicos, aprovada em 20-11-74, em Paris. Trad. de Leonidas Gontijo de Carvalho in *Ciência e Cultura* vol. 30 (12, dezembro de 1978, p. 1.441)

Aos pais, ALICE MASCARO NASCIMENTO e ALCIDES NASCIMENTO, já falecidos, teve a felicidade de proporcionar em vida muitas alegrias e orgulho quando se revelou estudante dedicado, eficiente e inteligente e obteve as primeiras vitórias nos concursos de Promotor Público, Juiz do Trabalho, doutoramento em filosofia, livre docência e Professor Adjunto de Direito do Trabalho.

Exemplar esposo e pai, encontra na Sra. NEUZA COSTA NASCIMENTO a companheira perfeita e incentivadora, que sabe compreender as renúncias a que está obrigado o profissional intelectual, até mesmo aos momentos de repouso, recreação e contato familiar tão importantes. E nos filhos SÔNIA APARECIDA e MARCELO tem mais um poderoso motivo para lutar e progredir.

Deixemos que a obra fale pelo seu autor, a fim de tornar menos incompleto o retrato do Professor AMAURI MASCARO NASCIMENTO, que tentamos traçar no exíguo espaço próprio desta solenidade, onde todos aguardam com ansiedade a palavra do novo Mestre.

“O Direito do Trabalho surge como a mais autêntica expressão de humanismo jurídico e como a grande arma de renovação social, pela sua total identificação com as necessidades e aspirações concretas do grupo social diante dos problemas decorrentes da denominada questão social”. . “é a mais legítima manifestação da ordem jurídica voltada para o homem como

a medida de todas as coisas . . .” (*Iniciação ao Direito do Trabalho*, 3.^a ed., S. Paulo LTr., 1978, p. 24).

“O Juiz do Trabalho é a figura do equilíbrio no relacionamento entre a grande massa trabalhadora e a elite empresarial . . . Valoriza o homem, nivelando na mesa de audiência o hipossuficiente e o economicamente forte . . . Promove o diálogo que jamais foi entabulado ou reata o diálogo que veio a ser interrompido . . .” (*Curso de direito processual do trabalho*. S. Paulo. Saraiva, 1978, p. 11)

O contrato de trabalho significa

“um ideal de humanismo na preservação da dignidade do homem que trabalha e uma forma de liberdade pessoal consubstanciada na livre escolha de emprego” (*Compêndio de direito do trabalho*, 2.^a ed. S. Paulo, LTr/Ed. Univ. S. Paulo, 1976, p. 279)

Depois de esclarecer o predomínio do entendimento de que o salário deve ser pago, ainda que nulo o contrato de trabalho, com fundamento ou na irretroatividade da declaração da nulidade, ou no princípio que veda o enriquecimento ilícito, afirma o Professor AMAURI que, de outro modo

“Seria . . . premiar o infrator, dispensando-lhe um tratamento privilegiado perante os demais empregadores que são obrigados a suportar os ônus decorrentes da relação de emprego. Além desse aspecto de equidade de tratamento, é preciso entender que o empregado que desenvolve uma atividade ilícita nem sempre o faz com o fim de descumprir a lei, mas com o propósito de encontrar meios de subsistência. Importaria numa dupla punição, a penal a que se sujeita se efetivamente comete a infração criminal e a trabalhista, não prevista em lei, privá-lo do salário”. (*O salário no direito do trabalho*. S. Paulo, LTr., 1975, p. 112)

Sobre as formas de solução dos conflitos do trabalho entende o novo Mestre que

“ . . . o direito do trabalho precisa de técnicas ágeis, de fácil aplicação, institucionalizadas, para acompanhar na mesma velocidade o ritmo das modificações, fim para o qual só a lei não é suficiente, porque seu processo de elaboração é demorado e inadequada, porque seria inviável leis para resolver cada conflito coletivo”. (*Conflitos Coletivos de Trabalho: funda-*

mentos do sistema jurisdicional brasileiro. S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 79)

Da rápida visão que procuramos dar da maneira como o Professor AMAURI MASCARO NASCIMENTO utiliza, em sua brilhante carreira, as qualidades que lhe são próprias, é fácil concluir haver ele atingido aquele ideal goethiano que lembramos no início desta saudação.

Ao novo titular, todas as felicidades.

Discurso de Posse de Amauri Mascaro Nascimento

Desculpem-me, mas não me estenderei. Não que dê ao ato relevância menor do que a que tem. Ao contrário. Não encontro meios de traduzir toda sua magnitude. Assim, limito-me ao essencial. Creio na valorização do trabalho. Dou-lhe a primazia no Estado do bem-estar social.

Perde-se no tempo a época na qual o dualismo entre contemplação e ação separou em uma antinomia injustificável o *homo sapiens* do *homo faber*.

Felice Battaglia, na sua monumental *Filosofia del Lavoro*, oferece-nos lições nunca demais repetidas:

“Enquanto o trabalho foi considerado atividade inferior em relação ao pensamento, enquanto os bens do trabalho apareceram como inferiores em relação aos da mente, havendo, de um lado, homens contemplativos e, de outro, homens condenados a ocupar-se na matéria, não houve certamente possibilidade de tomar-se o trabalho como apresentando significação educativa.”

Hoje, o homem intelectual é homem do trabalho, a atividade manual é manifestação da personalidade e a sociedade empresarial só se completa e dinamiza como sociedade de trabalho.

Sei bem que a idéia de uma sociedade de trabalho, pressupondo a igualdade, acabaria levando-nos à ameaça da liberdade.

Ninguém deseja como princípio fundamental de convivência humana, a supressão da liberdade.

Mas é preciso reconhecer que as vias do liberalismo mal praticado nos levaram à questão social que desde a Revolução

Industrial do Séc. XVIII desafia a nossa capacidade de encontrar soluções eficazes contra os seus indesejáveis efeitos.

Por outro lado, as instaurações coletivas conduziram alguns povos à perda do direito de iniciativa da qual resulta o sacrifício da individualidade e a formação de grupos humanos inertes e massificados sem espaços maiores para a liberdade de cada um.

É preciso continuar a árdua tarefa da escolha do terceiro caminho, síntese dos dois anteriores, e construir uma organização política e social mais justa na qual as liberdades formais transformem-se em liberdades reais e os resultados da produção econômica, do progresso técnico e do desenvolvimento científico possam ser desfrutados por todos.

A começar pela compreensão do trabalho.

O trabalho não é mercadoria. O trabalhador não é objeto lançado em um mercado de trabalho. O salário não é preço do trabalho, passível das oscilações da lei da oferta e da procura.

O mercantilismo dessas concepções, depois das idéias sobre o sentido do trabalho, do Renascimento e do Idealismo, não pode ser aceito.

É responsável pela política legislativa que pode levar o Direito do Trabalho à negação dos seus próprios fins.

O trabalho é desdobramento do espírito enquanto atividade, parte integrante do homem, da sua personalidade, do seu próprio ser.

Com o trabalho e onde está o trabalho, estará presente o ser humano que o presta e que dele é indissociável.

O contrato de trabalho, pelo seu significado, não é apenas a forma jurídica do vínculo entre empregado e empregador. Tem natureza mais expressiva porque além do conteúdo jurídico tem um conteúdo ético também, que deve levar as suas partes a um relacionamento fundado em propósitos de harmonização dos interesses contrapostos.

Para que o homem não entorpeça na fábrica ele deve receber cuidados voltados para o seu bem-estar físico e moral. A relação entre o homem e o fator técnico exige uma legislação tutelar da saúde, da integridade física e da vida do trabalhador em condições de cumprir as suas finalidades. Não é possível, como diz Cabanellas, o sacrifício de vidas humanas pela simples necessidade de aumentar ou melhorar a produção.

São louváveis, portanto, as atenções dispensadas pela Organização Internacional do Trabalho para induzir os Gover-

nos a fixar certos objetivos concretos, a traçar normas destinadas à redução excessiva do trabalho, à adaptação dos horários de serviço em moldes de maior flexibilidade, permitindo trabalho, formação e tempo livre, principalmente nos grandes centros urbanos que consomem horas de trajeto entre a moradia e o local da atividade.

Noto uma reação contra a desumanização da vida.

Expressa-se no inconformismo dos grupos profissionais que, premidos pelas condições insustentáveis em que se acham, reagem contra as leis e protestam pelas suas modificações.

Tenho a esperança de que conseguiremos encontrar, nas transformações das nossas leis trabalhistas confiadas ao debate da Nação, as soluções que atendam às aspirações da sociedade civil.

Dentre elas, ponho em destaque a importância da garantia do emprego contra dispensas imotivadas e acompanho os juristas que têm mostrado as vantagens que poderá trazer.

Inexistindo razões de ordem econômica, financeira, técnica ou disciplinar, nada justifica despedir o empregado, privando-o da fonte da qual recebe os meios para a sua subsistência pessoal e familiar. Outros sistemas jurídicos, como o da República Federal da Alemanha, puseram em prática o direito ao emprego e vedam a rescisão do contrato de trabalho por ato unilateral e imotivado do empregador. Razões existem para que em nosso País medidas análogas sejam adotadas. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, apesar dos benefícios econômicos que trouxe, contribuiu para a instabilidade do emprego e a rotatividade do trabalhador entre as empresas do mesmo setor, em prejuízo do seu nível salarial que em decorrência dessa prática não se eleva na mesma medida do aumento do custo de vida.

Há, de outro lado, como efeito da mesma causa, o constrangimento do empregado em exercer o direito de ação para reclamar perante a Justiça do Trabalho as reparações cabíveis sem pôr em risco o emprego; desse modo, a nulidade da despedida imotivada é indispensável e inadiável conquista jurídica e social, condição mesma da manutenção dos direitos trabalhistas durante o desenvolvimento do vínculo empregatício e que não pode ficar fora do quadro das medidas com as quais procuramos aperfeiçoar o nosso sistema legal.

Toda análise que se faça das relações coletivas de trabalho deve considerar que sempre há uma latente reivindicação do grupo profissional. Seria ilusório supor que os trabalhadores estão satisfeitos e nada mais pretendem do Estado e dos empre-

gadores. Assim, os conflitos trabalhistas são uma constante na vida dos grupos sociais; precisamos aprender a conviver com eles e institucionalizar mecanismos permanentes de solução que permitam o diálogo antes da decisão judicial. Temos sempre que renovar as condições de trabalho para que, sendo mais favoráveis ao trabalhador, sem prejuízos do equilíbrio da economia, mantenha-se a estabilidade social.

Quando falham todas as tentativas de negociação coletiva, é à jurisdição que deve ser atribuída a função de decidir as controvérsias e é o processo judicial o instrumento da nossa civilização para a composição dos conflitos de interesses.

Porém, a jurisdição só poderá desempenhar bem as suas funções nos dissídios coletivos desde que disponha dos instrumentos legais para que possa agir com maior amplitude diante das pretensões contrapostas. Merece atenta análise da Nação o novo critério proposto, de aumentos salariais em índices que reflitam o crescimento da produtividade e os lucros do empregador, verificados através de critérios técnicos e periciais. Seria uma experiência nova de participação do empregado nos lucros e no desenvolvimento econômico, instituída pela via judicial.

Antes, porém, da transferência do conflito para a esfera do Estado, quer para a mediação da Delegacia Regional do Trabalho, quer para a jurisdição da Justiça do Trabalho, a autocomposição das partes deve ser incentivada pelas leis, criando-se na própria empresa um canal permanente de negociação. Nesse ponto, o arquivado anteprojeto do Código do Trabalho, de autoria do ilustre jurista Evaristo de Moraes Filho, apresentou soluções que, devidamente reavaliadas, podem dar às empresas uma função social e não apenas econômica, nos moldes exercitados em outros países, preconizados pela nossa constituição federal e em consonância com as medidas que são anunciadas, permitindo a sua melhor execução.

O Direito Sindical brasileiro padece do mal, superável, da contradição.

Nasceu embalado no colo do Estado, acalentado pela cantiga da Carta Constitucional de 1937, em cujos braços envolventes viveu a adolescência de um período intervencionista, do qual só agora procura libertar-se, sem que os elos que o prendem ao Estado, transpostos para a CLT, tenham sido quebrados.

O sindicato, para constituir-se, depende de carta de reconhecimento expedida pelo Ministério do Trabalho. O reconhecimento pode ser negado. Se concedido, o Estado tem o poder de retirá-lo, como também, pode interferir na administração

do sindicato. Os estatutos sindicais são padronizados. Confere-se ao sindicato o direito de cobrar contribuições, mesmo de não associados, desde que pertencentes à categoria.

Esse sindicalismo é de direito público.

Se pretendemos um sindicalismo de direito privado, as leis precisam ser reformuladas, não se afastando das diretrizes gerais traçadas pela Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho.

A contradição permanecerá enquanto ficarmos com um pé no passado e outro no futuro, entre as leis sindicais vigentes e as idéias de renovação segundo o princípio da liberdade sindical.

Precisamos, antes de mais nada, definir a filosofia sindical que pretendemos seguir. De nada adianta querer um sindicalismo democrático e praticar um sindicalismo corporativista.

Penso que a autonomia sindical absoluta não é fácil numa sociedade que não tem o costume de praticá-la. Em teoria implica, como nos ensina Giuliano Mazzoni, na autonomia de organização, na autonomia de administração e no exercício da autotutela. Da primeira resultaria o pluralismo sindical, e o pensamento predominando no Brasil segue o princípio do sindicato único. Da segunda seguir-se-ia a proibição ao Estado de intervir no sindicato, e entre nós já seria um passo significativo submeter essa intervenção ao controle judicial. Da terceira resultaria a exacerbação da greve e o alheamento do Estado das disputas sociais entregando-se os grupos às pressões recíprocas, e a greve no nosso meio tem sido um recurso extremo do qual os trabalhadores lançam mão só quando estão premidos pelas dificuldades, para a satisfação das suas necessidades vitais mínimas.

Portanto, a idéia de sindicalismo que podemos ter não deve situar-se nos extremos das linhas do pensamento. Não seguimos o sindicalismo revolucionário e não devemos manter o sindicalismo de participação no qual o sindicato exerce funções delegadas do Estado e este obsorve os líderes sindicais.

Precisamos de um sindicalismo livre, mas não irresponsável, e que saiba dosar a dimensão dos seus passos.

Necessitamos de um sindicalismo patronal que na pauta das negociações coletivas recuse-se a tudo, menos a um dever fundamental, único capaz de conquistar a indispensável confiança dos trabalhadores: a sinceridade nas informações sobre a capacidade da empresa em absorver aumentos salariais, para

que as convenções coletivas transformem-se num meio normal e rotineiro de entendimento.

Esses são os aspectos que julguei oportuno ressaltar nesta ocasião.

Quero dizer, também, o significado desta Faculdade para mim.

Dela sempre recebi incontáveis estímulos.

Fui aluno de alguns dos seus eminentes professores catedráticos e titulares de modo que não é de hoje que a todos respeito e admiro.

Esta não só é a Academia dos grandes momentos históricos nacionais desde os seus primórdios até os nossos dias; não só é a fonte na qual os maiores poetas encontraram inspiração, os maiores juristas defenderam a liberdade, os mais notáveis estadistas empolgaram a Nação, os mais aureolados romancistas receberam as suas primeiras motivações.

É, também, a Academia de Castro Alves, do período romântico e da poesia social, sonorizando os gritos pela abolição da escravatura nos versos de "Vozes d'Africa", "O Navio Negroiro", "A Canção do Africano" e tantas outras poesias; a Academia das idéias trabalhistas que Júlio de Castilho levou para o Rio Grande do Sul em 1891, antecipando-se às primeiras constituições das Américas; a Academia dos pronunciamentos de homens com a autoridade de Rui Barbosa e que proclamaria no Rio de Janeiro na conferência do Teatro Lírico a necessidade de leis de proteção ao trabalhador; a Academia dos estudantes que sempre se levantaram quando o ideal exigiu; a Academia dos eminentes mestres que sempre mostraram ao País os caminhos do Direito e da Justiça Social.

Presto minha homenagem ao Emérito Professor Cesarino Júnior.

Seu nome está inscrito na história do Direito do Trabalho.

Colhemos, hoje, a safra nos campos em que semeou desde 1938, com incansável e lúcida atividade que o levou a construir onde antes nada havia.

Com muito carinho agradeço as palavras com que a Professora Nair Lemos Gonçalves recebeu-me em nome da Congregação.

Sou obrigado a concordar quando diz que o homem pode realizar muito quando se empenha com todas as forças de que é dotado.

Devo, no entanto, acrescentar que, quanto a mim, só os esforços de nada valeriam.

Sem que o acaso me favorecesse, não estaria aqui.

Combinam-se, na trama da vida, o determinismo e o acaso.

Talvez sejam acertadas as afirmações que Raul de Leoni faz em forma de poesia :

“O homem desperta e sai cada alvorada
Para o acaso de cousas... e, à saída,
Leva uma crença vaga, indefinida
de achar o Ideal nalguma encruzilhada...”

Comemora-se hoje o octogésimo oitavo aniversário da publicação da Encíclica “Rerum Novarum”.

Insisti em que minha posse solene se realizasse hoje.

É o meu preito às idéias que difundiu, de uma ordem social mais justa, voltada para o homem e para a paz social.

Agradeço a presença dos Juizes do Tribunal Regional do Trabalho, meus incansáveis colegas de magistratura, que me prestigiam com suas presenças.

Tenho a certeza de que farei com os demais professores do meu Departamento um trabalho de equipe, único compatível com os fins da atividade universitária.

Muito obrigado, meu e dos meus familiares.

Novo Titular de Direito Comercial, Mauro Brandão Lopes

A Redação

Saudado pelo Professor Oscar Barreto Filho, foi recebido como Titular da Cadeira de Direito Comercial o Professor Mauro Brandão Lopes, em cerimônia realizada aos 27-6-79.

Em seu discurso de posse, o Professor salientou sua preocupação com a Ciência do Direito e com o próprio ensino do Direito, que pode acarretar a formação de maus juristas e maus profissionais, mostrando que a causa dessa situação reside na aceleração da mudança social.

Ao lado desse quadro negativo, todavia, o novo Titular exalta a existência de juristas consagrados, que, como legisladores lutam contra as leis casuísticas e imperfeitas, como juizes aplicam as leis à luz do interesse público e como advogados vêem a lide como a busca da verdade jurídica.

O Novo Titular

O professor Mauro Brandão Lopes nasceu em Poços de Caldas, Minas Gerais, aos 8 de junho de 1916. É filho do Dr. Juarez do Prado Ferreira Lopes e de D. Maria da Glória Brandão Lopes.

Fez o curso ginasial no Colégio São Luís, em São Paulo, onde se diplomou em 1932. Ingressou então na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo colado grau aos 18 de janeiro de 1938.

Cursou a Universidade de Yale, nos Estados Unidos da América do Norte, no período de março de 1946 a junho de 1949, e obteve o título de Master of Arts em Ciência Política e, na Faculdade de Direito de Yale, fez cursos de verão sobre Labor Law and Arbitration, ministrado por J. Frey e O. Fraenkel, e sobre Legal Principles of Competitive Economics, por Abe Fortas e Thurman Arnold.

O professor Mauro Brandão Lopes iniciou sua carreira de docente na Escola de Sociologia e Política de São Paulo, instituto anexo à Universidade de São Paulo, onde lecionou no período de 1949 a 1956.

Foi também professor na Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, onde lecionou Sociologia Industrial, de 1958 a 1961, e Direito Comercial, de 1961 a 1970.

Exerceu ainda o cargo de regente da cadeira de Direito Comercial da Universidade Mackenzie, no ano letivo de 1962, substituindo o Professor George Marcondes Coelho de Souza.

Foi professor livre docente de Direito Comercial, tendo ingressado nesta Faculdade de Direito em 23 de março de 1961, como assistente da cadeira, e a 11 de fevereiro de 1965 passa a livre docente e regente da referida cadeira, cargo que exerceu até 1971. O curso diurno foi por ele regido de 1969 a 1971.

Substituiu o Professor Sylvio Marcondes durante seu afastamento para elaboração do Código Civil, inclusive junto à Congregação. E, em 1976 passou a professor adjunto do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

É membro do Instituto de Direito Social, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Cursos

O Professor Mauro Brandão Lopes, sempre voltado à cultura da Ciência, ministrou diversos cursos e conferências, tanto nesta Faculdade como em outras Universidades do país e do exterior.

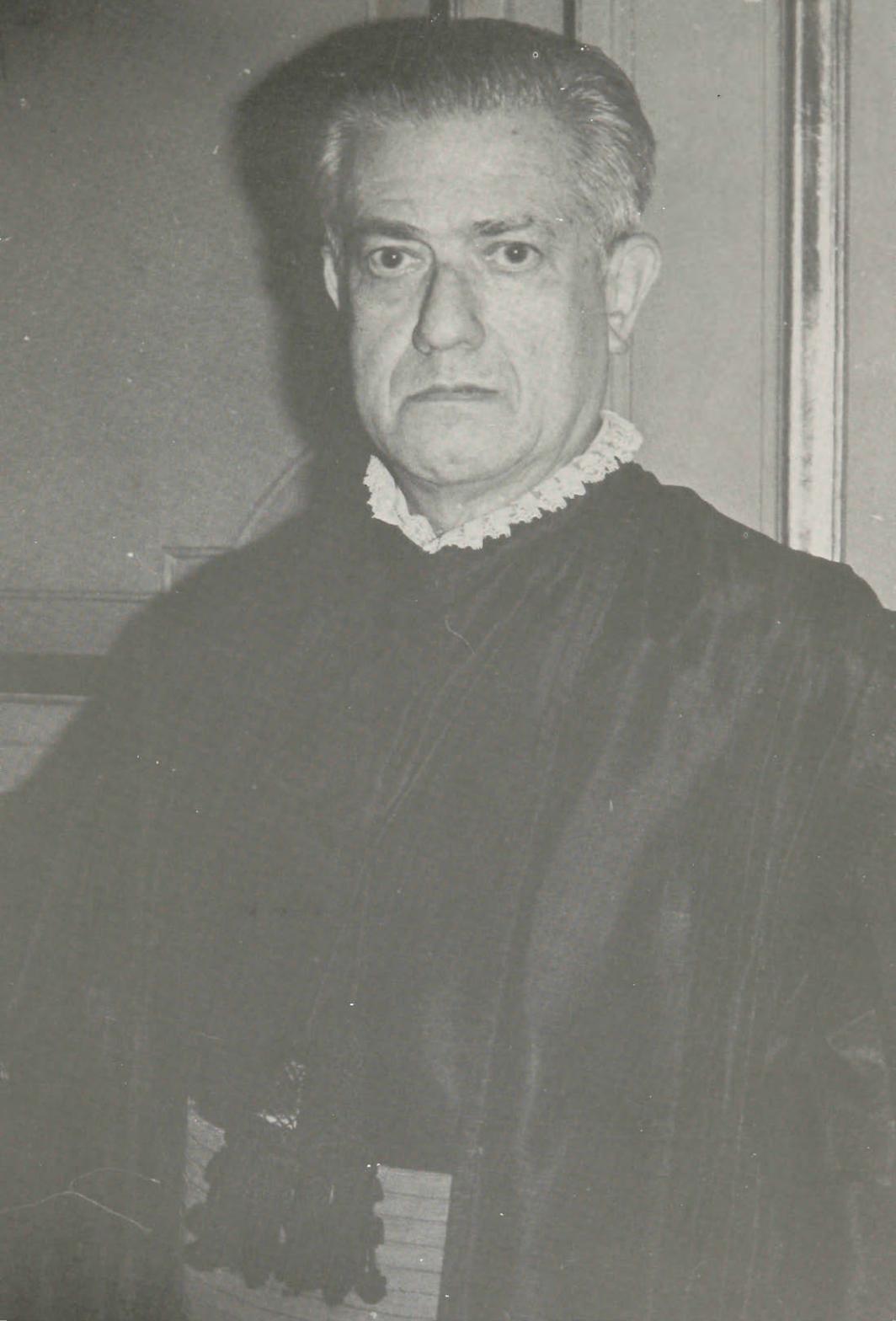
Na Escola de Sociologia e Política de São Paulo, lecionou no curso sobre doutrinas e ideologias políticas do Ocidente, instituições políticas democráticas e partidos políticos.

Na Escola de Administração de Empresas de São Paulo, na cadeira de Sociologia Industrial, ministrou cursos sobre o trabalho na empresa e sobre empresa e sociedade; na cadeira de Direito Comercial, abordou os seguintes assuntos: disciplina legal da atividade empresarial e títulos de crédito.

Em nossa Faculdade, além dos cursos normais de graduação, ministrou as seguintes disciplinas, a nível de pós-graduação: Sociedades Mercantis em Direito Comparado, Títulos de Crédito em Direito Comparado, Falência e Títulos Societários no Direito Comercial Comparado.

Além dessas atividades didáticas, o Professor Mauro pronunciou uma série de conferências, sobre os mais variados assuntos, aqui no Brasil e em Universidades no exterior:

— “A estrutura política da Rússia Soviética”, no Instituto Rio Branco, do Ministério das Relações Exteriores.



Professor Titular de Direito Comercial,
Dr. Mauro Brandão Lopes.

— “Partido e Estado na União Soviética”, na Escola Superior de Guerra, em 1952.

— “O funcionamento das Instituições Democráticas”, na Associação Comercial de São Paulo, em 1952.

— “Partidos políticos”, na Universidade de Minas Gerais, em 1955.

“A grande depressão e seus reflexos políticos” — Faculdade de Ciências Econômicas da PUC de Campinas, em 1959.

— “O processo político nos Estados democráticos e nos Estados totalitários, na Faculdade de Higiene e Saúde Pública da USP em 1960.

— “Sistema eleitoral e democracia”, na Escola Paulista de Medicina, em 1963.

— “Bird’s eye view of Brazilian political history”, na Universidade de Georgetown, em Washington D.C., em 1966.

— “Letra de câmbio e nota promissória: emissão e circulação”, na Associação dos Bancos do Estado de São Paulo, em 1972.

— “As inovações sobre a letra de câmbio e a nota promissória, na Lei Uniforme de Genebra”, na Associação dos Advogados de São Paulo, em 1973.

— “As sociedades não personificadas — sociedade em comum e sociedade em conta de participação”, na Câmara Municipal de São Paulo, em 1974.

— “Os títulos de crédito” na Associação dos Advogados de São Paulo, em 1975, e projeto do Código Civil, no mesmo local.

— “Títulos de crédito na sistemática do mercado de capitais”, no curso de especialização em Direito Comercial, da PUC de São Paulo, em 1975.

— “As funções do agente emissor de certificados” na Sociedade dos Usuários de Computadores e Equipamentos subsidiários, em 1976.

— “Os novos títulos de emissão das sociedades anônimas”, no Instituto dos Advogados de São Paulo, em 1977.

— “Títulos de créditos novos na Lei 6.404/76”, no Centro de Estudos de Extensão Universitária.

— “Os valores mobiliários de emissão de companhias na Lei 6.404/76”, no Departamento de Direito Comercial, em comemoração ao Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

— “As ações e os demais títulos de emissão das sociedades anônimas” nas Faculdades Metropolitanas Unidas.

— “Partnerships, companies and corporations in Brazil”, na Câmara Americana de Comércio.

— “A empresa pública no Brasil e nos Estados Unidos”, na Universidade de Brasília, em 1976.

— “Coligações, consórcios e grupos de sociedades” no seminário de Lei de S.A. promovido pelo Unibanco, em 1977.

— “Aquisição de cotas sociais pela sociedade”, em seminário organização pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial e Associação Comercial de São Paulo, em 1977.

— “A responsabilidade de diretores de instituições financeiras nas Leis 6.024/74 e 6.404/76, na Universidade de Brasília, em 1977.

O Professor Mauro B. Lopes, devido à sua formação cultural, sempre foi aberto aos problemas dos estudantes e portanto, muito chegado a seus alunos para orientação ao estudo.

De início, foi encarregado das aulas práticas e isso possibilitou grande entrosamento na discussão dos problemas levantados em classe. Nas aulas teóricas mantém o mesmo relacionamento com os estudantes, conseguindo com isso grande rendimento escolar.

Quando da reforma universitária e conseqüente criação dos Departamentos, o Prof. Mauro desempenhou tarefas relativas à contratação de professores, elaboração de programas, provas de reavaliação, etc. Foi subchefe do Departamento de Direito Comercial desde 1974; orientou alunos de graduação e pós-graduação, teses de mestrado e foi membro das Comissões examinadoras nas defesas de tese de mestrado, de doutoramento e exames de qualificação de bacharéis, pertencentes aos diversos Departamentos desta Faculdade de Direito e também da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Atividades Profissionais

O Professor Mauro foi juiz do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, nos períodos de fevereiro de 1942 a fevereiro de 1946, e de julho de 1949 a dezembro de 1961.

Exerceu o cargo de membro do Conselho Técnico da Diretoria da Associação Comercial de São Paulo e também o

de Conselheiro do Instituto de Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, até 1958.

Foi assessor jurídico da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Sindicato dos Lojistas do Comércio de São Paulo.

É advogado militante no foro de São Paulo desde 1938, e presta assessoria contínua a empresas dos setores de publicidade, reflorestamento, mineração e a holdings do setor financeiro.

É membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.

O Professor Mauro elaborou diversos pareceres sobre matérias de sua especialidade, tanto para informação de processos como para resposta a consultas a ele formuladas.

Produção científica

A contribuição científica do Professor Mauro Brandão Lopes é muito importante, no campo do direito comercial e em Política Social. Suas obras são publicadas pelas mais renomadas editoras e seus artigos figuram nas revistas especializadas.

Artigos

- Ensaio sobre a atual situação política do Brasil. In: *Digesto Econômico*, 10(115), 1954.
- Facções políticas, máquinas eleitorais e partidos políticos. In: *Digesto Econômico*, 10(118), 1954.
- Ensaio sobre as antinomias existentes no pensamento político moderno. In: *Serviço Social* 14(71), 1954.
- Absolutismo e democracia na Inglaterra do século XVII: Hobbes, Locke e a Revolução de 1688. In: *Introdução ao Pensamento Político*, São Paulo, Federação do Comércio do Estado, 1955.
- Considerações sobre o eleitorado democrático. In: *Correio Paulistano*, de 5, 8, 10 e 12 de junho de 1955.
- Sistema eleitoral e democracia. In: *Correio Paulistano*, 22 e 24 de junho de 1955.
- O multipartidarismo e o processo legislativo brasileiro. In: *Correio Paulistano*, 26, 28, 30 e 31 de julho de 1955.
- Sistema partidário e maioria absoluta. *Correio Paulistano*, 30-10-1955.
- A incompreensão do regime político brasileiro. *Correio Paulistano*, 17-11-1955.
- Mill e a posição liberal. *Correio Paulistano*, 27-11-1955.
- Requisitos de um sistema eleitoral sadio. *Correio Paulistano*, 7 e 11-12-1955.
- Influência da Constituição sobre os partidos políticos norte-americanos. *Correio Paulistano*, 5-1-1956.

- A estrutura político-partidária e a segurança nacional. In: *Estudo Sócio-político da Vida Nacional*. São Paulo, Instituto de Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado, 1958.
- Cambial. Ineficácia de cláusula ou pacto de vencimento antecipado, em separado. Cláusula incompatível com a natureza do título. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 10(3), nova série, 1971.
- A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto de Código Civil. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 13(15/16) nova série, 1974.
- Natureza jurídica do 'leasing'. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 13(14), 1974.
- Endosso-mandato e requerimento de falência: In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 14(18), nova série, 1974.
- O direito de preferência do acionista e a evolução da sociedade anônima no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, 14(19), nova série, 1975.
- Os agentes emissores de certificados, os certificados de depósito de valores mobiliários e a custódia de ações fungíveis. In: *Balancete Mensal: Revista da Associação dos Bancos no Estado de São Paulo*, 3(31), jul. 1976.
- Ainda a custódia de ações fungíveis. In: *Balancete Mensal: Revista da Associação dos Bancos do Estado de São Paulo*, 3(32), ago. 1976.
- Incorporação de Reservas e Distribuição de ações bonificadas. In: *Diário do Comércio & Indústria* de 9, 11, 16, 18 de julho de 1977.
- A Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas. In: *Diário do Comércio & Indústria*, 20-12-77.

Livros:

- *Ensaio sobre a conta de participação no direito brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.
- *A natureza e o regime legal do cheque bancário*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
 - *Cambial em moeda estrangeira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
- S.A. — *Titulos e contratos novos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

Além dessas obras, o Professor Mauro B. Lopes ainda executou trabalhos para a Comissão elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, e efetuou tradução de obras especializadas de autores estrangeiros, principalmente norte-americanos.

Posse

No dia 27 de junho de 1979, às 20,30 horas, reuniu-se a Congregação dos professores da Faculdade de Direito, no Salão

Nobre, para receber o novo titular de Direito Comercial, o Professor Mauro Brandão Lopes.

O diretor da Faculdade, Professor Antônio Chaves, presidiu a sessão, ao lado da vice-diretora, Doutora Nair Lemos Gonçalves e da Secretária da Faculdade, Doutora Drinadir Coelho, e estando presentes numerosos professores, amigos e alunos do novo Titular.

A saudação foi feita pelo Professor Oscar Barreto Filho, que, em brilhante exposição, salientou as qualidades do Professor Mauro Brandão Lopes como docente, sempre preocupado com o bom rendimento de seus alunos; como profissional, exercendo funções variadas, e como colega e amigo exemplar, além de cultor da ciência e do saber.

A seguir, o Professor Mauro agradeceu a homenagem que lhe foi prestada, prometendo lutar sempre pela dignificação do ensino e da cultura jurídica, e termina agradecendo aos mestres desta Escola o exemplo que sempre representaram para ele, especialmente o Professor Oscar Barreto Filho, que ora o saúda.

Saudação do Professor Oscar Barreto Filho

Bem merece Mauro Brandão Lopes esta festa de inteligência e de amizade, em que se reúnem seus colegas e alunos para homenageá-lo pela ascensão ao grau máximo da carreira universitária.

Cedo madrugou para as coisas do espírito, guiado pelas mãos experientes do pai, advogado e humanista que muito apreciava a literatura portuguesa, possuidor que era de uma valiosa camiliana. Não lhe faltou também, por influência materna, a iniciação musical, no estudo do piano.

Terminados os estudos básicos, cursou Mauro, sucessivamente, a velha Academia do Largo de São Francisco, formando-se com a turma de 1937, e a Escola Livre de Sociologia e Política, hoje integrada na Universidade de São Paulo.

Bacharel formado, além da advocacia militante no foro de São Paulo, desde agosto de 1938, prestou continuamente assessoria jurídica a várias empresas e entidades de classe do comércio. Em largo período, de fevereiro de 1942 a dezembro de 1961, desempenhou a função de Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com a proficiência atestada pelas várias reconduções que obteve naquela função.

Contemplado com bolsa de estudo, cursou o nosso homenagem a Universidade de Yale, Estados Unidos da América do Norte, no período de março de 1946 a junho de 1949. Com esforço e dedicação, obteve o título de *Master of Arts* em Ciência Política e, ainda, na Faculdade de Direito de Yale, fez cursos de verão sobre *Labor Law and Arbitration*, ministrado por J. Frey e O. Fraenkel e sobre *Legal Principles of Competitive Economics*, por Abe Fortas e Thurman Arnold.

Foram estes anos, passados na atmosfera agradável e sob o céu azul de New Haven, estudando e passeando nos relvados das campinas da velha Universidade, os melhores e mais saudosos de sua vida, segundo me confidenciou o próprio Mauro. À despreocupação e à esperança da mocidade, ainda cresceu a companhia querida da esposa Maria Júlia e do filhinho Ricardo.

Deve-se à vivência na secular escola de Elihu Yale o interesse sempre renovado de Mauro pelas coisas da arte; não se esqueça que, a par das escolas profissionais, na instituição da Nova Inglaterra também existem departamentos de teologia, filosofia, belas artes, música, drama e até um teatro universitário. E, naturalmente, tudo isso influenciou o moço sensível e talentoso para a integração de sua personalidade.

Encetou Mauro Brandão Lopes suas atividades didáticas como professor de Ciência Política, na Escola de Sociologia e Política de São Paulo (onde lecionou de 1949 a 1956), e de Sociologia Industrial, na Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (de 1958 a 1961), na qual também foi professor de Direito Comercial (de 1961 a 1970).

Ingressou em nossa Faculdade de Direito, como assistente, em 1961, passou a Livre-Docente de Direito Comercial em 1965, substituindo por largo tempo o Professor Sylvio Marcondes na regência da cadeira, inclusive na Congregação e no Curso de Pós-Graduação durante o seu afastamento para elaborar o Anteprojeto de Código Civil. Em 1976, passou a Professor Adjunto.

Participando sempre de programas de extensão universitária, proferiu cursos e conferências na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, no Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores (1949), na Escola Superior de Guerra (1952), na Federação do Comércio do Estado de São Paulo (1954), na Universidade de Minas Gerais (1955), na Universidade Católica de Campinas (1959), na Associação dos Bancos no Estado de São Paulo (1972) e na Associação dos Advogados de São Paulo (1973)

Convidado pelo Governo norte-americano, pronunciou conferência sobre a história política do Brasil na Universidade de Georgetown, em Washington D.C. (1966).

Desde o início de sua atividade de formação e orientação de alunos, ministrando aulas práticas como assistente, o Professor Mauro sempre manteve estreito contato com os estudantes.

Inspirado pelo que viu nos Estados Unidos, trouxe para a nossa Academia um relacionamento menos formal do que o tradicionalmente existente entre estudantes e professores, de modo a propiciar intercâmbio mais freqüente de idéias e de experiências.

Dotado de fácil comunicação, consegue o Professor Mauro desempenhar sem esforço sua tarefa, e reconhecem seus alunos de sucessivas turmas que em verdade tem ele o dom de ensinar.

Igual *performance* vem desempenhando o nosso mestre na regência dos cursos de pós-graduação de que foi incumbido, a partir de 1973, nas áreas de Sociedades Mercantis, Títulos de Crédito e Falências em Direito Comparado. Por ocasião da promulgação da nova lei de sociedades anônimas, proferiu também conferências a respeito de vários aspectos atuais do novo estatuto das companhias.

Importante é a produção científica do Professor Mauro Brandão Lopes, não somente no campo do Direito, como no da Ciência Política, ramo a que primeiramente se dedicou.

Numerosos artigos seus, a respeito de história do pensamento político, teoria política e problemas políticos brasileiros foram estampados na imprensa diária e também em revistas especializadas, entre 1954 e 1958, além de traduções das obras de McIver, *O Estado*, e de excertos de autores diversos, incluídos em *Estudos de Ecologia Humana* e *Estudos de Organização Social*, sob a direção do Prof. Donald Pierson (1948).

No tocante ao Direito, além de sem-número de artigos, estudos e ensaios, a partir de 1964 publicou os seguintes livros: *Ensaio sobre a conta de participação no direito brasileiro*, *A natureza e o regime legal do cheque bancário*, *Cambial em moeda estrangeira*, *Sociedade anônima: títulos e contratos novos*, *A disciplina brasileira de cisão no direito societário*.

Colaborador constante da *Revista de Direito Mercantil*, editada sob os auspícios do nosso Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado Tullio Ascarelli, tem versado de preferência as inovações introduzidas em nosso direito empresarial

por leis recentes, tais como o contrato de “leasing”, os novos títulos das sociedades anônimas, a custódia de ações fungíveis.

É também membro do Instituto de Direito Social, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário e do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Prova de reconhecimento do mérito do nosso homenageado de hoje está no convite que recebeu do eminente Professor Miguel Reale, a fim de colaborar na redação final de parte relativa aos títulos de crédito, no Anteprojeto de Código Civil, ora em tramitação no Congresso Nacional.

A contribuição científica de maior relevância do Professor Mauro Brandão Lopes é, sem dúvida, representada pela sua monografia a respeito da disciplina da cisão societária, oferecida para concurso à cátedra de Direito Comercial.

Nesse livro, o autor adota uma posição culturalista, pois, além das normas operacionais que regulam o instituto da cisão, investiga e apresenta os fundamentos dogmáticos do tema, indagando os princípios que informam e legitimam, no plano axiológico, a disciplina legal.

O autor situa-se numa perspectiva abrangente, centrada, abarcando numa visão ampla e integrada aspectos do direito societário, patrimonial, obrigacional, falimentar e processual.

Detém-se na análise dos institutos, sem limitar-se à mera exposição dos ordenamentos legislativos alienígenas, perquirindo acerca dos fundamentos doutrinários do instituto.

Revela ainda o autor sua preocupação metodológica na parte introdutória, ao discorrer sobre os conceitos de “construção jurídica” e de “integração” do texto legal. Ao apresentar o plano de trabalho, o autor evidencia o maior cuidado na elaboração do tema, de modo a apreciá-lo no seu todo, como estrutura “orgânica” e não decomposto em seus aspectos específicos, cada um isolado dos demais.

A importante contribuição científica do autor, todavia, reside no afastamento da inadequada visão que pretende caracterizar a cisão como instrumento de *desconcentração* societária, ou, ao revés, de *concentração* societária.

O autor refoge desses conceitos sedícios para, com felicidade, situar o instituto da cisão a partir da *teoria do patrimônio*, que se explica essencialmente como um fenômeno de fragmentação patrimonial, dando origem a patrimônios separados.

Partindo do conceito de patrimônio separado, considera o autor a nova categoria a que a lei brasileira prende a cisão: a “parcela de patrimônio”, que constitui o núcleo central da cisão.

Com apoio na doutrina comparada, segundo a qual o fragmento de cisão é necessariamente um *active business*, o autor delinea nova síntese, com a projeção do instituto da cisão na teoria da empresa, desvinculada da pessoa do empresário. Pode-se discordar da tese, porém não se pode negar a consistência da argumentação expendida.

Somente quem conhece na intimidade o Professor Mauro, pode avaliar devidamente a sua personalidade rica de conteúdo humano, de inteireza moral e de sensibilidade artística, que se expressam nos menores atos.

No meio da cidade grande, apertado entre os edifícios de apartamentos, logrou Mauro construir o seu refúgio familiar, onde, na calma e quietude do estúdio situado no sótão, executa as suas atividades de professor e de advogado, ouvindo os acordes de selecionadas músicas clássicas. Nos vagares de sua labuta, encontra ainda tempo para ler prosa e poesia.

Na sua postura de homem tranqüilo, cumpre com exatidão os deveres de pai de família, nunca olvidando as tarefas profissionais, com a serena convicção de que o homem foi feito para o trabalho. Entende, conforme o ensinamento do Livro Santo, que do trabalho derivam as maiores alegrias e satisfações que se pode ter na vida terrena, pois somente ao homem que sabe cultivar e guardar, reserva o Senhor Deus o paraíso das delícias (*Gênesis*, 2, 15).

Pelo seu esforço, pela sua pertinácia, pela sua dedicação, pela sua seriedade de propósitos, o Professor Mauro Brandão Lopes está à altura das tradições da cátedra que, no passado, foi honrada pelas figuras exponenciais de Frederico Vergueiro Steidel, Waldemar Ferreira e Sylvio Marcondes Machado, nomes tutelares do Direito Comercial brasileiro. Em suas mãos, tenho a certeza de que a bandeira não cairá.

Tenho dito.

Agradecimento de Mauro Brandão Lopes

No correr dos anos, desde que me convidou para assistente, o Professor Sylvio Marcondes, estive neste salão em posses solenes de vários professores; e surpreendeu-me com frequência, por inesperado, o tema central escolhido. De nenhum

deles indaguei a razão da escolha, às vezes por acanhamento, diante de tratamento distante, embora sempre cortês, deles recebido, outras vezes sem explicação razoável, porque tinham comigo relacionamento cordial ou se tinham mesmo tornado meus amigos. Só se desfez o mistério ao me encontrar na contingência, e não havia fugir dela sem descortesia, de lhes falar com seriedade e sem tecnicismos em tão especial momento. Como hoje comigo acontece, eles também sentiram a necessidade de dar forma explícita à preocupação básica sobre a própria ciência do direito ou o seu ensino, ou ambos os temas, porque são indissociáveis.

Como é natural, professores de direito devem se preocupar com sua ciência; mas a preocupação de muitos deles, como hoje a minha, ia além do cuidado do estudioso com a sua disciplina. Não se trata do domínio do artífice sobre o seu material, nem da elaboração de formas e métodos novos; trata-se do crescente temor de rejeição do próprio produto. Se me permitem mudar a imagem, sente-se no Brasil que a árvore do direito tradicional não mais dá bons frutos. Nem vale o conselho de não confundir o direito pátrio com o conjunto amorfo (o não-sistema) das leis brasileiras: nas leis está o direito, e a má qualidade daquelas demonstra que coisa grave está ocorrendo com este. E de outro lado não se pode ensinar bem um direito mau.

Deixem-me abandonar por um instante as imagens, sempre necessárias mas sempre más, e tome direta responsabilidade por esta posição. Estou é mesmo afirmando que o direito brasileiro não mais constitui um sistema, não mais tem o rigor conceitual e a congruência interna, necessários para sua aplicação adequada na feitura das leis e no ensino dos jovens. E estas duas características do não-sistema brasileiro levam a leis más; as leis más nele introduzem conceitos ainda mais defeituosos em mais acentuada incongruência, e estes levam a leis ainda piores, em círculo vicioso difícil de romper.

No ensino, a imprecisão de conceitos e a incongruência interna da massa amorfa das leis brasileiras, aliadas ao despreparo dos alunos, produzem maus juristas e os produzem em grande quantidade. Ora, os maus juristas são maus legisladores, e enxertam nas leis a sua má formação conceitual; os maus juristas são maus juizes, e traduzem leis más em pior jurisprudência; e, ainda mais sério, os maus juristas são maus advogados, e fazem de sua profissão busca contínua de meios e modos, não propriamente de burlar os objetivos de leis boas, mas de usar as más contra adversários dedicados à mesma

tarefa, fazendo lutas desleais das lides forenses, em que todas as manobras não só são possíveis, como são mesmo esperadas, e muitas vezes elogiadas.

Este quadro é parcial, sem dúvida, e por isso incorreto, e exige a nota qualificadora das muitas exceções existentes, os juristas vencedores do meio educacional de que emergem. Como legisladores lutam eles para deter a avalanche de leis casuísticas e imperfeitas; como juízes aplicam leis ruins à luz de interesse social arduamente pesquisado, fazendo saneadora obra legislativa no nível do judiciário; como advogados vêm a lide como busca da verdade jurídica no esforço conjugado de partes, advogados, e magistrados; e como professores lidam pacientes com alunos despreparados e rebeldes ao estudo.

O quadro, contudo, é predominantemente negativo, e resulta no desprezo generalizado pelo direito, com suas nefastas conseqüências — a improvisação no embuste, inculcando muitas vezes arbítrio por lei, e a adoção indiscriminada de institutos estrangeiros, por vezes ultrapassados na própria sociedade em que surgiram e aqui apresentados como as mais avançadas das técnicas existentes, as duas levando a altíssima mortalidade legislativa, com leis que se reformam umas às outras e com transplantes sucessivos de rejeição imediata.

Até aqui descrevo falhas e não indico consertos. Mas como o bom médico, diante de enfermidade que não sabe prevenir nem curar, por isso mesmo e com maior afinco busca prevenção e cura, assim também o jurista, diante de males que diretamente afligem o seu ofício, não se pode eximir de pesquisa das causas. Ora, a causa genérica dos desconsertos do mundo moderno vem sendo apontada desde o início do século por filósofos e sociólogos como estando na aceleração da mudança social; e o diagnóstico é uniformemente o mesmo, centrando-se sempre no mesmo fenômeno, a industrialização desordenada. E todos os estudiosos, ao versar o tema, prendem esse movimento de aceleração da mudança, em última análise, à revolução industrial inglesa, as que a sucederam principalmente nos Estados Unidos, no Japão, e na Alemanha ocidental, e por fim à atual revolução tecnológica global.

Desta revolução tecnológica, de tão crucial relevância para a humanidade, nota Kenneth Boulding, economista e pensador social eminente, escrevendo em 1966, que o mundo atual é tão diferente do mundo em que ele mesmo nasceu como do mundo de Júlio César, e situa a própria geração no centro da história econômica do homem. Na verdade, o desejo de verificar esta assertiva de Boulding levou Toffler, ao citá-la

no seu *Choque do Futuro*, a dividir os últimos 50.000 anos da existência do homem em 800 gerações de 62 anos cada uma, ressaltando então que 650 delas foram vividas em cavernas, que só durante as últimas 70 puderam os homens comunicar-se por escrito, só durante as últimas 6 fizeram uso da página impressa, só durante as últimas 4 souberam medir o tempo com razoável exatidão, e que os bens materiais de uso diário nas grandes nações do ocidente, na sua esmagadora maioria, só se produziram na última geração. Neste sentido, nesta geração, a última das oitocentas, está a verdadeira linha divisória da história econômica da humanidade, embora evidentemente não a espiritual. Como se vê, o critério de Boulding e Toffler, para separar em duas metades a história econômica, é o critério da rapidez da mudança, sob o impacto da tecnologia moderna.

Nesta nova era, a segunda metade da história, a agricultura não mais domina a vida do homem, como se vê do exemplo mais notável neste setor, os Estados Unidos, onde as áreas de cultura alimentam duzentos milhões de americanos, nelas se empregando menos de 6% da população; e para esta situação caminha toda a Terra, porque nações de estrutura social agrária, com industrialização rudimentar, são nações dominadas. O homem moderno vive na cidade, e a cidade, produto do processo de industrialização, que desde o início gera mudança acelerada, é desagregadora e destruidora de valores na direta proporção de seu tamanho.

E neste movimento desagregador insere-se um outro, de direta incidência no ensino do direito; é o movimento que teve o caráter inicial de rebelião de jovens, em seus inúmeros matizes, mas se firmou, como parte de movimento mais amplo, com a presença de diferente estrutura mental. O novo fenômeno é indubitável, e os seus traços básicos tiram-se da leitura de Marshall McLuhan em livros sucessivos: ao lado do modelo da página impressa, outro existe, gestaltiano, de apreensão instantânea de situações totais.

A primeira mentalidade, assim como a página impressa, é de caráter linear e discursivo, determinando o pensamento consubstanciado em encadeamento lógico, o instrumento essencial do jurista, e é de aceitação imediata; a segunda é de difícil caracterização, porque ao reduzi-la a pensamento lógico nega-se a sua essência, restando de tal sorte o caminho da descrição fragmentada e da vivência direta. Ora, esta nova mentalidade distingue-se da primeira pela rejeição do conceito lógico: usam-no os seus representantes como homens que, em terra

estranha, aprendem, dos rudimentos da língua nativa, apenas o estritamente necessário para a comunicação indispensável. Entre eles mesmos, usam de comunicação não-conceitual, como a música, o gesto, a imagem, a dança. Por tudo isto é possível afirmar como conflito fundamental a competição entre o jornal de molde tradicional e o jornal de som e imagem, entre o livro e a novela de TV, entre a música de ritmo total e a música temática, de estrutura complexa, chamada de erudita quase como repúdio à primeira.

E não se trata, como patente da leitura de McLuhan, de maneirismos de contestadores; trata-se de características de duas gerações pelo menos, a primeira delas atuante no mundo econômico, em competição com a anterior, que logo suplantará só para ceder o lugar à seguinte, ainda mais inovadora. Este quadro seria angustiante, e trágico para a disciplina jurídica, se as gerações fossem monolíticas; felizmente não são. Os conquistadores, quando ocupam território sem eliminar os vencidos, acabam assimilados; mas, de outro lado, asavas sucessivas de conquistadores introduzem na sociedade vencida, e ao mesmo tempo vitoriosa, traços culturais perturbadores que sempre a transformam radicalmente.

Também a sociedade brasileira está em violenta transformação, com a conseqüente inexactidão conceitual do direito pátrio e sua incongruência interna; e à imprescindível tarefa de renovação é essencial a continuidade das gerações de bons juristas. Assim, daquela tarefa é parte fundamental a renovação do ensino jurídico; as duas tarefas fundem-se numa única. O grande desafio aí está, mas dos grandes desafios, adequadamente enfrentados, como pretende Toynbee em outro e mais amplo contexto, surgem as grandes realizações. E de qualquer modo a alternativa parece ser a vitória do não-direito, já claramente em sub-reptícia formação, prenunciando período de caos social, pois as sociedades sãs dependem de sólidas estruturas jurídicas; sem elas não há boa administração da justiça, e sem esta não se pode sequer falar de comunidade política, mas só de dominação de facções em insuportável alternância.

No passado, os remédios a males sociais encontraram-se com freqüência em termos locais; e não seria a primeira vez que uma nova ordem social viesse a surgir como resultado de resistência localizada forçando compromisso vital. Mas examinemos um precedente histórico, não muito lembrado entre nós, sobre resistência a mudança indesejada, e duas tentativas modernas de disciplinar a transformação de sistemas jurídicos,

para só depois considerar o igualmente grave problema do ensino jurídico.

O precedente histórico situa-se no início do século XVII. Refiro-me à resistência liderada por Edward Coke, então o mais alto magistrado do reino inglês, contra as pretensões de James I de ampliar as suas prerrogativas. Desde o seu início, é bom lembrar, o movimento absolutista transcendia fronteiras; e embora não-coincidentes no tempo as etapas nacionais, foi irresistível nos vários países do ocidente europeu, dominando-o por mais de dois séculos e marcando-o profundamente, com exceção da Inglaterra; de outro lado, lembrem ainda, o escocês James I, ao subir ao trono inglês, vinha de firme tradição de apoio francês, e trazia consigo o gosto pelo poder absoluto. Não vou aqui rememorar a história inglesa do período; quero apenas indicar a arma que contra James I usou Edward Coke, a concepção medieval do poder supremo na comunidade, contrapondo-a à pretensão monárquica do poder como prerrogativa do rei.

Coke foi assim o grande campeão do *common law*, o conjunto orgânico de normas formado nos cinco séculos anteriores, impondo-se como a lei fundamental do reino, considerada como a corporificação da própria razão, declarada pelos juizes, mas não por eles elaborada, com o parlamento no papel de árbitro último nessa declaração. Nessa lei fundamental, para Coke e os juristas e pensadores que o precederam, encontrava o rei bem definidos os seus direitos e deveres, como também os encontravam o parlamento e cada cidadão em toda a escala social. E nessa linha vitoriosa consolidou-se afinal na Inglaterra a teoria da supremacia do parlamento, enquanto, nos demais países do oeste europeu, a prerrogativa última do soberano, i.e., do detentor do poder executivo, se transferia para o Estado. E na Inglaterra, sob a idéia central de que o soberano inglês é o parlamento, desenvolveu-se a luta política subsequente, até a conquista do pleno sufrágio popular e o alijamento dos reis, e de quaisquer outros intrusos, do governo da coisa pública.

No conflito inglês do século XVII, do qual saiu vitoriosa a concepção medieval de que o direito reside na própria nação, está assim a origem da diferença básica entre dois conceitos de soberania — o surgido na Inglaterra, i.e., o conceito de soberania popular no parlamento, e o mais difuso, e muito mais perigoso, de soberania do Estado. Mesmo que a referência usual se faça hoje indiscriminadamente à soberania nacional, na Grã-Bretanha moderna ela reside no parlamento

como órgão representativo, enquanto nas demais nações ela reside no Estado, seja qual for a sua forma de governo, com todas as possíveis nuances de maior ou menor autoridade. Ora, na luta, de que saíram vencedores Coke e a magistratura britânica, a arma ideológica usada foi exatamente a concepção visada pelos absolutistas, a idéia do direito como existente na própria nação, e dela tirada pelo jurista.

Passo em seguida às duas tentativas modernas de disciplinar a transformação de sistemas jurídicos; e deixo sem discussão, por evidente, o fato de ser esse disciplinamento indispensável, e mais importante do que planos nacionais de desenvolvimento, porque a alternativa não é estagnação econômica mas o caos social.

Das duas tentativas, a primeira está no movimento liderado pela *American Bar Association*, que é entidade de direito privado, sem conexões governamentais exceto de prestígio. Na sua *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, enfrentou ela problema grave, o de influir nas legislaturas estaduais a fim de uniformizar leis divergentes; e a divergência constituía então verdadeiro escândalo, notadamente no campo do direito comercial, porque o comércio interestadual e as práticas financeiras, sem cuidar de fronteiras, se contrapunham frontalmente às diversas legislações estaduais. Para isso a Associação, por meio de seu órgão especializado, preparou, desde a sua fundação em 1878, leis-modelos, até agora mais de 25 delas, além de leis específicas inúmeras. Das leis-modelos, mais de uma dezena foi adotada pela maioria dos Estados, tendo a mais notável delas, a *Model Business Corporation Act*, em revisão posterior, tido influência inegável nas nações do oeste europeu, e recentemente no Brasil como se pode notar na nossa última lei sobre sociedades anônimas.

Acentuo neste movimento aspecto notável para o meu tema, a sua influência estabilizadora na transformação de institutos jurídicos; e não tenho mesmo receio de afirmar — são juristas os homens que evitam o caos norte-americano. A sociedade norte-americana neste século apresenta, de todas as outras, a mais radical mudança; na verdade, dela, e não da União Soviética ou da China, vêm-nos e à Europa os traços mais marcadamente revolucionários em todo o campo social. E a influência estabilizadora, no disciplinamento da inevitável transformação, vem do debate institucionalizado, em círculo nacional de juristas, sob entidade estável e respeitada; impedem-se assim avanços e recuos desencontrados e desagregadores. E o assentimento de legislaturas estaduais aos modelos

da *National Bar Association*, observo afinal, apoia-se no fato de a sua *National Conference of Commissioners* nenhuma violência fazer a grupo algum, antes a todos os Estados pedir apoio e subsídio para o seu trabalho, encontrando estes assim o seu próprio interesse no modelo final, submetido às assembleias legislativas; em outras palavras, no movimento norte-americano das leis-modelos está o cerne da concepção, na Inglaterra defendida por Edward Coke contra James I, a concepção do direito encontrado na própria comunidade, e não imposto por ato de império.

A mesma idéia está presente nas leis da Comunidade Européia, a segunda tentativa de disciplinamento da transformação de sistemas jurídicos, em que me quero apoiar, não para transplante de resultados, mas como exemplo a seguir. O Tratado de Roma estabeleceu como alvo genérico da Comunidade, entre outros, a aproximação das leis dos Estados membros, na medida necessária para o funcionamento adequado do mercado comum; como alvo mais específico, também entre outros, a adoção de normas reguladoras das atividades econômicas e o conseqüente estabelecimento de estatuto comum sobre a concorrência; e como alvo, agora mais precisamente definido, a adoção de uma sociedade anônima européia, de status internacional no âmbito da Comunidade. Quanto ao último destes alvos, dois projetos sucessivos foram já publicados, o primeiro em 1970 e o segundo em 1975, este último sendo ainda considerado, em processo demorado, com o objetivo de chegar a texto apto a obter o assentimento de toda a Comunidade. Também aqui, notem, a idéia fundamental é que o direito não se impõe; as leis, como já se viu no caso norte-americano, só se podem encontrar na comunidade mesma a que se destinam, porque nela reside a soberania popular nos Estados-Nações.

Voltemos agora à situação brasileira, reflexo da situação mundial. O disciplinamento da mudança, também aqui imprescindível, só pode vir, a exemplo dos paralelos invocados, de uma aliança de juristas, em entidade fundada com o objetivo declarado de restaurar o prestígio do conceito jurídico rigoroso e do discurso tecnicamente ordenado à luz da lógica. Ora, pela sua longa tradição e pela sua atual influência no mundo jurídico brasileiro, não vejo como possa esta Escola eximir-se da responsabilidade de promover esta aliança, reunindo neste e em todos os demais Estados o talento necessário para canalizar e disciplinar a transformação, que se não poderá impedir, consubstanciando-a afinal em projetos viáveis, a serem aceitos por toda a nação por intermédio de legislatura federal representativa.

Esta não é todavia a tarefa toda. É preciso também reatar no ensino a linha da boa tradição, formando novos juristas. Ora, se hoje nas escolas de direito a contestação atinge o conceito jurídico e a sua inserção em discurso lógico, esta é a arma a ser usada na luta pela renovação, a exemplo de Coke contra James I, ao usar como arma a concepção jurídica que este impugnava. E é experiência minha nesta Casa, no meu trato com estudantes, que eles reagem negativamente tanto ao argumento ruim como ao argumento bom em tema árido por inatual, mas não ao argumento lógico em tema vital, que este eles sempre acolhem, mesmo que o não saibam usar. A dificuldade está, assim, também no envelhecimento do direito brasileiro e de sua linguagem, que é preciso reformular e refazer, se não quisermos que à míngua de juristas desapareça o direito nacional, e passe o Brasil nesse campo vital a colônia de outra nação.

Não se trata, contudo, de luta sem quartel; não se trata de destruir a nova mentalidade surgida, refazendo-a à imagem e semelhança do jurista de geração anterior. Ao invés, trata-se de levar as novas gerações a compreender e adotar o discurso jurídico escorreito, deixando incólume a riqueza nova que trazem, o seu diferente estilo de vida e as suas diversas personalidades, em todos os seus aspectos — lingüísticos, culturais, artísticos. O novo mundo será diferente, como todo mundo novo, e é bom que o seja, contanto que se preserve entre as gerações a conexão vital da comunicação no campo jurídico, porque a alternativa é a barbárie.

A mais difícil e mais delicada parte de minha tarefa de hoje enfrento afinal — é dizer, embora de modo forçosamente inadequado, da enormidade de minha dívida para com os professores desta Escola, com os quais aprendi, e vou continuar aprendendo, pelo preceito e pelo exemplo, a arte difícilíssima de pensar na nossa comum disciplina. É confissão que era preciso fazer de público; e a faço aqui, com o protesto de minha grande gratidão.

E agora ao Professor Oscar Barreto Filho o meu agradecimento pela sua grata saudação, que, se defeito tem, está na extrema generosidade e simpatia, generosidade e simpatia que são traços constantes de sua harmoniosa personalidade.

Professor Titular Tércio Sampaio Ferraz Júnior

A Redação

Aprovado com distinção em Concurso à Cadeira de Introdução ao Estudo do Direito, tomou posse como Titular o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em 16-8-79, e foi solenemente recebido pela Congregação em 14-11-79.

Apesar de extremamente jovem, o novo titular é portador de um extenso e profícuo curriculum, que inclui cursos de Doutorado realizados no Brasil e no exterior, em Direito e Filosofia, além de uma série de conferências e discursos, realizados no Brasil, na Europa e nos Estados Unidos, sempre na língua original de cada país.

Em seu discurso de agradecimento, o Professor Tércio relembra saudosamente dois grandes mestres que muito o incentivaram em sua carreira universitária, já falecidos: o Professor Dino Fontana e o Professor Teófilo Cavalcanti Filho.

Fez ainda uma retrospectiva do ensino jurídico no Brasil, desde a sua instauração, em 1827, até nossos dias, ressaltando os problemas que enfrenta atualmente.

Reafirmou sua vocação ao magistério, verdadeiro sacerdote, e prestou seu compromisso para com o ensino jurídico, a educação e o desenvolvimento da Ciência.

O Professor Titular

Tércio Sampaio Ferraz Júnior nasceu em São Paulo, aos 2 de julho de 1941, filho do Dr. Tércio Sampaio Ferraz e de D. Dulce Barros Sampaio Ferraz.

Fez seus estudos secundários no Colégio São Luiz, de 1952 a 1959, e bacharelou-se em Direito pela Universidade de São Paulo, tendo colado grau em 1964. Ao mesmo tempo, licenciou-se em Filosofia, também pela Universidade de São Paulo.

No período de 1965 a 1968 estudou em Mainz, Alemanha, conquistando o título de Doutor em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universitaet zu Mainz, em 1968.

Fez o curso de Doutorado nesta Faculdade, concluindo-o em 1970.

O Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior iniciou suas atividades didáticas no ano de 1969, como Instrutor da disciplina "Filosofia do Direito", nesta Faculdade; como professor contratado da Faculdade de Filosofia de São Bento, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e como professor da disciplina "Filosofia da Ciência, Epistemologia e Lógica", da Escola de Sociologia e Política de São Paulo, cargos que exerceu até 1970.

Lecionou ainda “Filosofia da Ciência”, matéria depois denominada “Filosofia e Lógica”, na Fundação Armando Álvares Penteado, desde 1969.

Foi professor Assistente-Doutor, encarregado do curso de Bacharelado-noturno de 1971 a 1973, e encarregado dos seminários de Teoria Geral do Direito, em nível de pós-graduação.

Na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, foi Professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, ambas em nível de pós-graduação.

Na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul ministrou o curso de Sociologia do Direito, também em nível de pós-graduação.

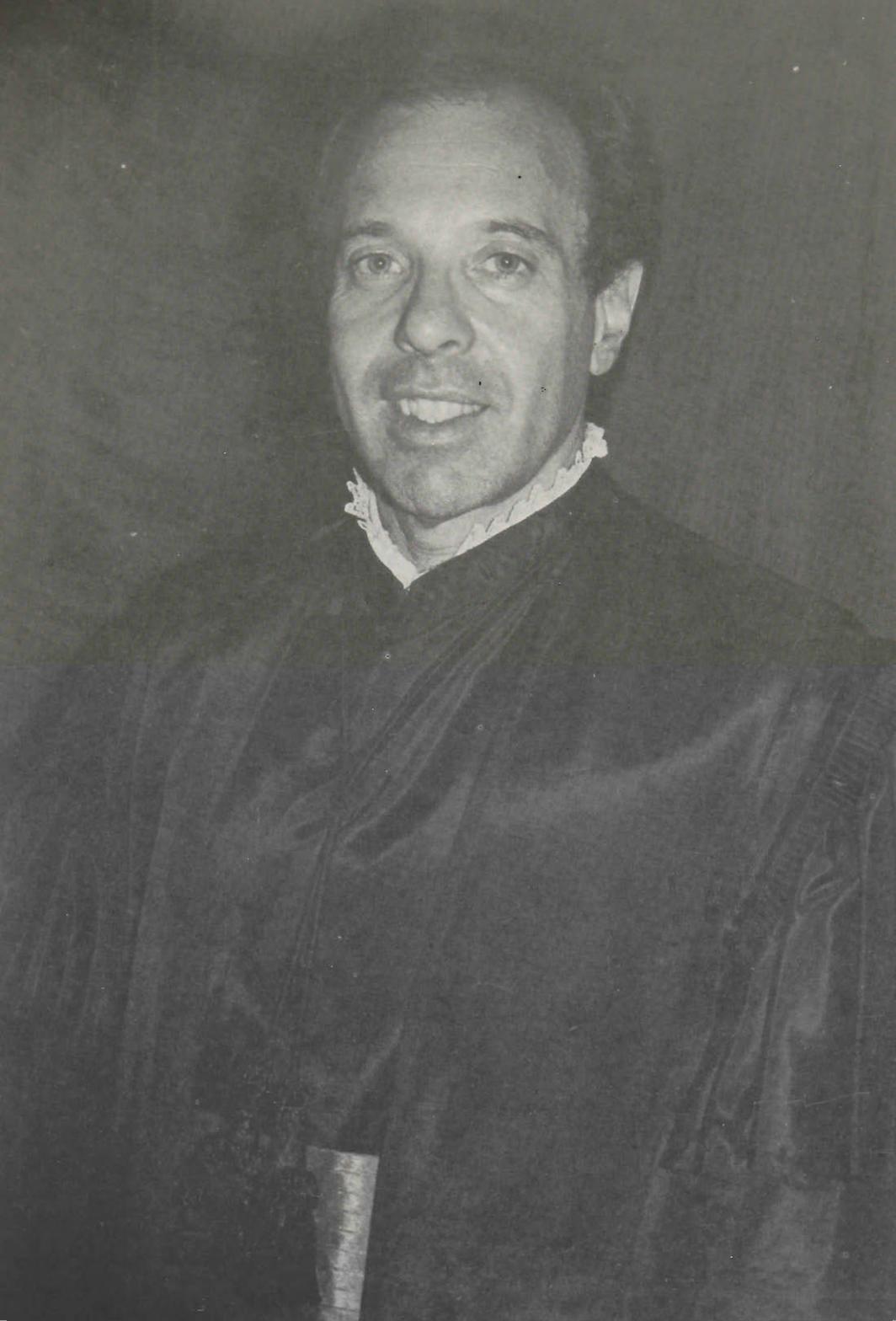
Em nossa Faculdade exerceu o cargo de Professor Livre-Docente, na regência de três cadeiras: Filosofia do Direito (1974-1978), Introdução ao Estudo do Direito (1978), ambas no curso de Bacharelado, e, já a nível de pós-graduação, regeu o curso de Sociologia do Direito, desde 1976.

Foi ainda professor contratado da Fundação Getúlio Vargas, para a administração do curso de “Sociologia do Direito”, a nível de mestrado, e “Teoria da Legislação” em nível de Bacharelado em Administração Pública, em 1977.

Obtém, em 1974, a livre-docência de Filosofia do Direito, nesta Faculdade. Em 1979, concorre à titularidade da Cadeira de Introdução ao Estudo do Direito, em concurso realizado de 12 a 14 de março de 1979. É aprovado com média 9,26 e, em 16-8-79, torna-se titular da referida cadeira, em substituição ao Professor Goffredo da Silva Telles.

Em cursos de extensão universitária, de graduação e seminários, abordou diferentes temas, ligados à sua área de especialização. Em entidades situadas no Estado de São Paulo, como AASP, Ministério Público, Rotary Club, Universidades e Faculdades isoladas, proferiu conferências e cursos sobre: Sistema Jurídico, Lógica Jurídica, Relações entre Ideologia e Direito, Legitimação do Procedimento Judiciário, além de outros assuntos ligados à Filosofia, Sociologia, Comunicações e Artes, como Relações entre Lógica e Dialética em Aristóteles, Kant e Hegel, Teoria das Categorias de Emil Lask, Técnicas de Comunicação, etc.

Em outras capitais do país, proferiu palestras, e ministrou aulas e cursos em diferentes entidades, abordando os seguintes temas: Análise sociolinguística do discurso judiciário, no curso de pós-graduação da PUC — Rio de Janeiro; sobre Sociologia



Professor Titular de Introdução ao Estudo do Direito,
Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

do Discurso Judiciário, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba; sobre Limites Constitucionais à intervenção do Estado na Economia, no 1.º Congresso Londrinense de Direito; sobre Filosofia do Direito no Curso de aperfeiçoamento em Ciências Jurídicas, em nível de pós-graduação, na Universidade Regional do Nordeste, etc.

Participou, ainda, de Congressos, Seminários, Painéis de Debates, Jornadas, como por exemplo, Congresso Interamericano de Filosofia, realizado em Santa Maria-RS; Congresso sobre a modernização dos cursos de pós-graduação em Direito, em Brasília em 1977, apresentando, sempre, trabalhos de grande valor doutrinário.

Participou de uma Comissão convocada pela Associação dos Advogados de São Paulo para elaborar uma proposta de Reforma Constitucional para o Brasil, do que resultou um documento enviado às autoridades.

No exterior, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior representou o Brasil em Congressos e fez uma série de conferências em Universidades. Na Alemanha, na J. Gutenberg Universitaet Zu Mainz, pronunciou conferência sobre “Die Wertphilosophie Miguel Reales — II Seminar; e sobre “Der systembegriff in seiner Geschichtlichen Entwicklung und der Rechtssystembegriff, no Rechtsphilosophisches Colloquium da J. Gutenberg Universitaet zu Mainz.

Foi representante do Brasil no Congresso Internacional de Direito e Filosofia Social, realizado em Gardone — Milão, em 1967; no Congresso Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social, realizado na Bélgica, em Bruxelas; e no de Filosofia do Direito e Filosofia Social de Madrid, Espanha, de 1973, entre outros.

Foi coordenador do Seminário “Os Estados Unidos como modelo político, econômico, social e cultural”, realizado em Harvard, em 1976, e participou ainda de um Congresso sobre o Ensino Jurídico realizado em Mar del Plata, Argentina.

Finalmente, o Professor Tércio foi membro de Bancas Examinadoras em concursos de Mestrado e Doutorado em Direito, Doutorado em Filosofia e Ciências Sociais e Livre-Docência em Filosofia, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Rio de Janeiro.

O Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior participa ainda de atividades de criação, organização, orientação e desenvolvimento de Centros de Ensino e Pesquisa. É assessor cultural da

Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo; foi assessor do CNPq — Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, na área de Ciências Sociais.

É membro do Instituto Brasileiro de Filosofia, do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho, além de participar de outras entidades de ensino e pesquisa.

Bibliografia

O Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior apresenta rica e extensa bibliografia, abrangendo as áreas do Direito, da Filosofia, da Sociologia, da Lógica, Religião, Política e Comunicações em geral, tanto livros e monografias como artigos, publicados em revistas especializadas.

Suas obras foram escritas em diversas línguas, além do português.

Livros e Monografias

- *Die Zweidimensionalitaet des Rechts als Voraussetzung fuer den Methodendualismus von Emil Lask*, Anton Hain Verlag, Meisenheim Glan, 1970.
- *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo, Saraiva, 1973.
- *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, EDUSP, 1976.
- *A ciência do Direito*. São Paulo, Atlas, 1977.
- *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979
- *Democracia e participação*. Brasília, 1979.

Artigos e Trabalhos Didáticos

- Reforma agrária e reforma da Constituição. In: *Carta aos Padres*. São Paulo, 15(16-18), 1963.
- O proletário e a revolução. In: *Carta aos Padres*. São Paulo, ago. 1963.
- Aspectos econômicos da Reforma Agrária. In: *Carta aos Padres*. São Paulo, set.-out., 1963.
- Política de desenvolvimento. In: *Carta aos Padres*. São Paulo, nov. 1963.
- Análise da realidade política brasileira. In: *Boletim da Universidade Católica de Campinas*. Campinas, 1, 1964.
- A Igreja e as ideologias atuais. In: *Boletim da Universidade Católica de Campinas*, 2, 1964.
- O problema econômico das Paróquias. In: *Carta aos Padres*. São Paulo, maio-jun., 1964.

- O significado da pintura moderna. In: *Boletim do Rotary Club de S. Paulo-Norte*. São Paulo, 01.XIII, 1964.
- La noción Aristotélica de Justicia. In: *Atlantida*. Madrid, 3(38), mar-abr., 1969.
- Justicia y Tópica Jurídica. In: *Estudios de Derecho*, 29(77), mar. 1970.
- Algumas observações em torno da cientificidade do Direito segundo Miguel Reale. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, 19(74), 1969.
- O papel da Dialética em Aristóteles, Kant e Hegel. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, 20(80), 1970.
- Einige Bemerkungen zu Miguel Reales Begriff der Wissenschaftlichkeit des Rechts. In: *Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie*. v. 1 — LVI/2 Wiesbaden, 1970.
- Da possibilidade de o governo das coletividades ser confiado a cientista. In: *Anais do Simpósio sobre Ciência e Humanismo*. São Paulo, 1971.
- Curva e Demanda, Tautologia e Lógica da Ciência. In: *Ciências Econômicas e Sociais*. Osasco, 6(1), 1971.
- Direitos do Homem, Positivização do Direito e Perversão ideológica. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Granada, 12(2), 1972.
- O direito ao delito? Observações em torno da "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen. In: *Por que?* Supl. do Centro de Pesquisas Experimentais, 2. Distribuído por Tribuna da Imprensa — Rio de Janeiro, 13-6-73.
- Direitos do Homem. In: *Por que?* Supl. do Centro de Pesquisas Experimentais, 1. Distribuído por Tribuna da Imprensa. Rio de Janeiro, maio, 1973.
- O papel da dialética em Aristóteles, Kant e Hegel. In: *Revista de Estudos Universitários*. São Paulo, 3(3), 1971.
- Pragmatische Funktionen des juristischen Redens. In: *Anuario de Filosofia del Derecho*. Madrid, 1973.
- Dimensão axiológica do direito. In: *Presença Filosófica*. Rio de Janeiro, 3(3), out.-dez., 1977.
- Pesquisa jurídica: avaliação e perspectivas. Publicação do CNPq. Brasília, 1977.
- A filosofia como discurso aporético. In: *Revista Latinoamericana de Filosofia*. Buenos Aires, 1(1), mar., 1975.
- Concepção de Sistema Jurídico no pensamento de Emil Lask. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, 26(103), 1976.
- A noção de norma jurídica na obra de Miguel Reale. In: *Ciência e Cultura*. São Paulo, 26(11), 1974.
- A presença do pensamento alemão na Filosofia do Direito no Brasil. Ed. bilingüe port./alem. In: *Beitrag zu den Brasilianisch deutschen Beziehungen*. Bad-Godesberg, 1978.
- Perversão ideológica nos Direitos Humanos. In: *Ciência Penal*. São Paulo, 3, 1974.
- Alguns aspectos pragmáticos da tomada de decisão com especial referência ao Mercado Bursátil. (em colab.) In: *Revista Brasileira de Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro, 1, set.-dez., 1974.

Há ainda uma série de artigos do Professor Tércio que serão publicados em revistas especializadas:

- Rhetorisch-pragmatische Analyse der Erlaubnisnorm. a sair in: *Festschrift fuer Theodor Viehweg*.

- 11 de agosto de 1927 — Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, a sair na Revista *Estudios de Derecho*. Medellín — Colombia.
- O Estado Interventor e a Ordem Econômica na Emenda Constitucional de 1969. A sair no volume em homenagem ao Prof. Cesarino Júnior.
- Pressupostos Filosóficos da Interpretação, a sair em livro em homenagem ao Prof. Recaséns Siches.

O Professor Tércio publicou ainda uma série de artigos sobre Direito, Política e correlatos, em jornais de grande circulação na Capital.

No *Jornal da Tarde*, da Empresa “O Estado de São Paulo”, publicou:

- O Dilema Americano — em 11-3-73.
- Governo e Consenso — 17 e 18-2-76.
- Vale a pena votar? — 9 e 10-3-76.
- Executivo e Tecnocracia — 1-4-76.
- A Morte da Democracia — 29-4-76.
- A Massificação do Ensino — 13-7-76.
- O Ensino Jurídico — 15-9-76.
- A Intervenção na Economia — 5-10-76.
- A Crise da Sociedade Disciplinar — 3-11-76.
- A Centralização do Poder — 22-12-76.
- Apenas um dos Momentos da Crise — 9-2-77.
- Essas Leis são Sérias? — 25-1-77.
- Para que serve um Congresso? — 26-4-77.
- A Democracia Relativa — 3-6-77.
- A Burocultura — 17-6-77.
- Ciência e Política — 8-7-77.
- Memórias do Direito no Brasil — 11-8-77.
- Comércio e Relações Internacionais (Resenha) de Celso Lafer — 27-8-77.
- O Imperativo da Legalidade — 31-8-77.
- Direito e Violência — 15-9-77.
- A Violência Legal é Legítima? — 6-10-77.
- Em busca da Dignidade Perdida — 15-10-77.
- Democracia: Realidade ou Utopia? — 29-10-77.
- Os Dilemas do Estado Interventor — 24-11-77.
- Terrorismo e Estado de Direito — 25-11-77.
- O AI-5 e a Crise Constitucional — 6-12-77.
- Uma Política de Avanços e Recuos — 18-1-78.
- Rumo à Democratização — 9-2-78.
- Poder Central — 20-2-78.
- Os Direitos Humanos são também Relativos? — 28-3-78.
- A Democracia de Geisel — 6-4-78.

No *Jornal do Brasil*, publicou:

- A Dimensão Social da Democracia — 30-10-77.
- Pelé e o Significado do Voto — 1977.

- As Fábricas de Acadêmicos — 17-12-77.
- A Palavra da Igreja, Política e Ideologia — 20-1-78.
- Judiciário e Cassações — 27-3-78.

Em *O Estado de São Paulo*, publicou:

- Liberdade de Imprensa e Escândalo — 16-12-77.

Além desses artigos publicados, o Professor Tércio é autor de resenhas, que foram publicadas em periódicos especializados, e de verbetes sobre vários assuntos, publicados em enciclopédias.

A Recepção ao Novo Titular

Aos 14 de novembro de 1979, reuniu-se a Congregação dos Professores da Faculdade de Direito, no salão nobre, para a cerimônia de recepção ao novo Titular, Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

A sessão, presidida pelo Diretor, Professor Antônio Chaves, contou com a presença de personalidades do mundo jurídico, professores, alunos, amigos e familiares do homenageado.

O Professor Miguel Reale, num brilhante discurso, salientou as qualidades do novo Titular, como cientista, cultor da Ciência Jurídica, Filósofo e Professor, além de mencionar a importante contribuição bibliográfica do Prof. Tércio.

O novo Titular agradeceu a homenagem que lhe foi prestada, ao Professor Miguel Reale, por cujas mãos entrou na Faculdade, ao Professor Goffredo, paraninfo de sua turma, e reafirmou sua vocação ao magistério, verdadeiro sacerdócio, prestando seu compromisso para com o ensino jurídico, a educação e o desenvolvimento da Ciência.

Saudação do Professor Miguel Reale *

Quando percorro a Congregação desta Faculdade verifico que apenas dois dos presentes não foram meus alunos. Isto me traz um sentimento misto de vaidade e saudade. De vaidade por ter podido contribuir à informação e formação de jovens que escolheram esta Casa para se dedicar às tarefas sempre árduas e renovadas da Ciência Jurídica. De saudade antecipada de quem está vos falando talvez pela última vez, porquanto o ano próximo, deverei deixar por força de lei as funções de professor. Sentimento especial porque me cabe a

*. O discurso de saudação do Professor Miguel Reale foi tomado por gravação e revisto pelo autor.

alegria de saudar o jovem professor e caríssimo amigo Tércio Sampaio Ferraz Filho, cuja vocação para os estudos filosóficos me foi dado conhecer desde o início das primeiras aulas de Filosofia do Direito. Ainda não havia Departamento, ainda não era hábito realizar seminários, mas isso não impedia ao professor, efetivamente dedicado à sua disciplina, de compreender desde logo quais eram aqueles que revelavam aptidão e capacidade para trazer à Ciência do Direito mais do que simples presença, uma contribuição criadora de protagonista.

Desde o início percebi que o colega, que hoje recebemos com tanto carinho, tinha qualidades excepcionais para o exercício do magistério. O magistério é uma das tarefas mais difíceis e complexas das que podem ser confiadas ao homem, porquanto não bastam o preparo, a erudição, ou o conhecimento por mais pormenorizado que seja de um campo do saber, mas exige compreensão de seu sentido cultural e ético e sobretudo sentimento de responsabilidade perante as gerações futuras. Costumo dizer que nós, professores, gozamos de um privilégio que é o de nos prolongarmos no tempo através de nossos alunos, e daqueles com os quais tivemos um diálogo espiritual; a nossa personalidade permanece, perdura com uma forma especial de temporalidade.

Ensinar, na realidade, não é função voltada para o passado, nem tampouco visão retrospectiva do que se viveu, mas é, antes de tudo, vivência do presente em sentido prospectivo de futuro. Esta a missão do professor, a sua dignidade específica, algo que lhe assegura uma categoria própria no plano das atividades espirituais.

Meu caro Tércio, a sua presença muito jovem como titular nesta Faculdade não surpreende a quem pôde acompanhar desde o início a sua atividade. Lembro-me, como se fosse hoje, de sua visita à minha casa em companhia de seu nobre progenitor. Foi um momento em que senti profunda emoção, ao perceber com que sentimento de responsabilidade o jovem professor, já em formação, ia deixar o Brasil para completar sua cultura na Alemanha.

Destacando-se por alguns anos do que lhe era mais caro, Tércio deu exemplo de dedicação, à qual se referiram com entusiasmo professores como Von Rintelen e Theodoro Viehweg. Teve o sentimento de que lhe cabia demonstrar que o brasileiro não é esse improvisador displicente a que se referem alguns quando tratam dos problemas da América Latina, mas, ao contrário, um homem como qualquer outro do mundo da

cultura mais elevada, capaz de se dedicar com afinco e seriedade às funções da pesquisa e à revelação de novos conhecimentos.

A feitura de sua tese, elegendo um tema original como era o de Emil Lask na temática cultural alemã, sobretudo no âmbito da Filosofia Jurídica, já demonstrava uma de suas qualidades que é aceitar o desafio de assuntos ainda não versados, de investigações que exigem poder de iniciativa e também perseverança na busca das origens e pressupostos das doutrinas. A sua tese, defendida com brilhantismo e distinção na Alemanha, converteu-se em seu trabalho de doutoramento que esta Casa conserva com orgulho, como uma contribuição ao mesmo tempo de natureza histórica e dogmática. Aliás, em toda a sua obra a compreensão lógico-normativa do Direito jamais andou separada da visão histórica e da compreensão social dos conteúdos das regras jurídicas. A perspectiva histórica de Lask, que foi sem dúvida o grande iniciador de uma das perspectivas mais fecundas da Filosofia do Direito contemporâneo, fixou, de maneira clara, o rumo que ia ser seguido ao longo de sua vida de estudioso. A convivência intelectual com mestres alemães, prolongando aquela que já levava do Brasil, foi aos poucos modelando o seu novo sistema da compreensão da Ciência Jurídica.

O Direito, meus amigos, neste século tão atormentado, tem passado por transformações profundas, exigindo novas fórmulas compreensivas. Não é apenas o cuidado deste ou daquele problema isolado que, hoje em dia, se insere na preocupação do jurista. É antes a compreensão totalizadora da experiência jurídica e, ao mesmo tempo, a busca de novas formas de captação dessa realidade e de novos processos de interpretação das prescrições normativas, em função de seus destinatários, sejam eles órgãos do Estado ou pessoas comuns que compõem a sociedade civil.

Ora, os seus livros seguem essa nova orientação, com consciência dos valores que já nos são próprios. No Brasil, infelizmente, o diálogo cultural, inclusive no campo do Direito, tem sido, por assim dizer, triangular. Não brota da íntima vivência da linha de pesquisa brasileira, mas tem sido, ao contrário, o reflexo do pensamento estrangeiro em nosso País, através de sucessivas gerações, de tal maneira que uma geração dialoga com a anterior servindo-lhes de mediação alguns escritores estrangeiros, cujas obras nem sempre superam as aqui elaboradas.

Se há um programa que merece nosso apoio é o de superar essa forma de alienação cultural que ainda nos domina, não raro devido ao fátuo desejo de ostentar erudição, pois, uma cultura somente adquire plena maturidade quando se desenvolve no íntimo de sua própria experiência, na imanência de seus próprios valores. Isto não significa, de maneira alguma, desvinculação com as grandes fontes inspiradoras européias ou norte-americanas, mas sim a consciência de que nós devemos receber o pensamento estrangeiro como quem acolhe em sua casa uma visita que vem enriquecer a nossa convivência, sem nos privar de nossa intimidade. O sentimento próprio da cultura jurídica brasileira está cada vez mais se afirmando, e esse é um dos pontos que desejo pôr em realce em seus escritos, que não se limitam a invocar autores alienígenas, como se fossem autênticas ou merecedoras de fé somente as “verdades importadas”. O primeiro dever de um jurista é conhecer, antes de mais nada, o que já foi pensado e escrito no Brasil, sabendo manter um diálogo “interna corporis”, seja acolhendo idéias, seja as submetendo ao crivo de uma crítica serena e construtiva. É tão-somente assim que lograremos assumir posição autônoma e relevante no diálogo universal das idéias.

É claro que, quando nada possuímos em dado campo da ciência, será inútil fabricar valores postiços, mas esse artificialismo é tão condenável como o ato pretensioso de voltar as costas às contribuições dos escritores nacionais. São dois males que, a bem ver, maculam as culturas subdesenvolvidas.

Mas voltemos ao sentido da obra do colega que hoje recebemos, para salientar como um valor positivo, que em nenhum de seus livros encontro um entusiasta do formalismo jurídico. Alegra-me, com efeito, verificar que Você não se satisfaz com os aspectos exteriores da “regula juris”, perdendo de vista a problemática existencial, social e histórica. É isto o que observo quando se dedica à análise do “sistema do Direito”, o qual não é visto como um simples escalonamento de proposições normativas, à maneira de Kelsen, mas sim como um complexo arquitetônico de modelos que se entrelaçam, se conflitam e se contradizem, e num processo que reflete acertos e contradições da vida humana. O desejo de ver na norma jurídica o que nela há de pergunta e não apenas de resposta é bem o caminho exigido do jurista pertencente a uma sociedade em acelerada mudança. É o que observo, outrossim, naquela que considero, talvez, a sua obra mais sistemática e internamente mais bem travada, a “*Teoria da norma jurídica*”. Mais uma vez a regra

de Direito não é vista apenas como enunciado lógico, mas apreciada sob ângulo bem pouco cultivado na Ciência Jurídica universal que é o da pragmática jurídica.

A sua contribuição, meu caro amigo Tércio, à pragmática jurídica revela aspectos de grande originalidade confirmando a sua capacidade analítica, ao mesmo tempo amorosa de concreção. Não há razão alguma para se estabelecer alternativa entre *lógica*, de um lado, e *experiência*, do outro. Jamais me conformei com a desolada afirmação de Wendell Holmes de que a vida do Direito não tem sido Lógica mas sim Experiência. Penso que o dever do jurista, sobretudo nas épocas de crise de estrutura, não é aceitar essa alternativa entre Lógica e Experiência, mas, ao contrário, correlacioná-las numa unidade viva que nos dê o sentido real da norma jurídica. Parece-me ser essa a diretriz de suas pesquisas e de seu compromisso cultural.

Quando terminei a leitura de seu trabalho *Teoria da Norma Jurídica*, não digo que tenha concordado com todas as suas conclusões, pois, em meu espírito vi nascer uma série de perguntas e de dúvidas. Isto não deve causar surpresa, porquanto até mesmo as ciências exatas, tal como a Epistemologia contemporânea o demonstra, somente são ciências por serem refutáveis, por exigirem a todo instante a sua própria revisão, a fim de atingir-se o valor de verdade, que será tanto mais nosso quanto mais o espalharmos pelo mundo, e será tanto mais nosso quanto mais exigir de nós novas pesquisas e novas investigações.

A inexauribilidade do valor da verdade é como a inexauribilidade do valor da justiça. Por mais sentenças justas que houver, jamais deixará de haver possibilidade de novas e mais adequadas sentenças justas. Por mais que possamos responder a novas perguntas restará sempre uma dúvida, restará sempre uma aporia, restará sempre uma nova alternativa a estimular nosso pensamento. É essa compreensão viva e existencial do Direito que faz com que Tércio Sampaio Ferraz Júnior dê tamanha importância ao problema da comunicação, da Tópica, da Retórica. Não se trata evidentemente da Retórica passada, oca e vazia, que se perdia apenas nos sentidos expressionais exteriores e convencionais, mas de uma nova técnica de persuasão, da Lógica do razoável que é inseparável do Direito, cuja problemática implica uma harmonia essencial, e sempre difícil, entre os fins almejados e a "decisão do poder"

Eis outro aspecto que me agrada em sua contínua pesquisa: *não ter receio do poder*. Ai do jurista que fecha os

olhos para o poder, porquanto está, sem o perceber, abrindo caminho para o arbítrio. O poder deve ser afrontado pelo jurista para ser colocado onde e como ele deve ser situado, ou seja, como poder de decisão encapsulado num complexo de pressupostos axiológicos e fáticos. O seu conceito de “decidibilidade”, que está a merecer de sua parte mais completos desenvolvimentos, é central para a compreensão da norma jurídica, sobretudo para que nós juristas assumamos cada vez mais a responsabilidade que temos de tornar racional e lógico mesmo aquilo que muitas vezes é fruto de pressões e de interesses irracionais. A tragédia, usemos esta palavra sem receio, a tragédia é que a responsabilidade do jurista nasce do dever de interpretar e aplicar uma regra de cuja elaboração bem poucas vezes é partícipe. Nasce, pois, do fato de que nos cabe interpretar uma regra que muitas vezes não é expressão de uma elaboração racional e lógica na tranqüilidade do saber científico, mas, ao contrário, representa o resultado de pressões obscuras de interesses nem sempre compatíveis com a dignidade dos atos humanos.

Não cabe a nós, juristas, elaborar as normas, mas cabe a nós interpretá-las; e como, no fundo, a regra de direito é a sua interpretação, a nossa responsabilidade se converte, tudo somado, e se apura no ato hermenêutico. A hermenêutica, cuidadosamente entendida, dinamiza a Ciência do Direito, aparta-lhe as arestas, quebra resistências, insere o preceito particular no contexto geral do ordenamento, supre lacunas, integra, em suma, as prescrições legais particulares no conjunto do ordenamento jurídico, que não se reduz a um sistema formal de regras, mas é antes uma realidade viva e dinâmica, para cujo entendimento concreto é indispensável não converter a norma jurídica em meras formas lógicas. Nada é mais necessário, hoje em dia, ante a sereia da Axiomática jurídica, que nos tenta com os seus valores falazes de certeza isenta, do que a compreensão concreta, experiencial das regras de direito!

É graças a essa visão concreta que conseguiremos operar o direito como instrumento do bem comum, o qual, como já dizia em minha tese de concurso em 1940, não é senão a justiça objetivamente entendida. Bem comum que, como diz Luigi Bagolini, deve também ser compreendido como intersubjetividade, diálogo cada vez mais eqüitativo e intercambiável no seio da comunidade. É na linha desse pensamento que, penso eu, situa sua obra, e espero que ela se enriqueça, cada vez mais, de sentido existencial.

**Discurso de agradecimento do Professor
Tércio Sampaio Ferraz Júnior.**

Vivo, neste instante, um momento importante da minha vida. Passados os anos da escolaridade, os felizes caminhos da universidade, os anos probatórios do doutoramento, da docência-livre, eis-me agora chegando a um ponto decisivo da carreira. E a posse solene, o ato festivo de recepção do novo professor significa, sem dúvida, a manifestação de apreço dos colegas, dos alunos. É um ato alegre e feliz.

Não posso negar, contudo, que em meio à efusividade material deste momento, minha mente divaga, assaltada pela notícia inesperada da morte de um antigo mestre, ainda dos bancos escolares, meu professor de português e latim no velho Colégio São Luís, e que foi um dos primeiros a estimularem o meu pensamento, a minha imaginação e a minha vontade para a realização de uma carreira acadêmica. A morte do professor Dino Fontana faz-me lembrar esta outra figura exemplar de dedicação ao trabalho, às excelências da vida simples e meritória do mestre humilde que foi Theófilo Cavalcanti Filho, cuja morte rompeu bruscamente uma carreira que deveria estar culminando neste momento, nesta Faculdade, nesta disciplina.

Perdoem-me todos, se é a morte a idéia que ronda o meu sentimento neste instante. Mas ela não vem de todo despropositada. Afinal já Platão assinalava que a filosofia é uma meditação sobre a morte e a reflexão sobre a vida e seus sucessos, escreveu Cícero, é uma *commentatio mortis*. E a morte de que se trata é a de dois mestres queridos, a morte de alguém cuja vida foi dedicada ao magistério, esta profissão que muitos identificam a um sacerdócio, mais pungente e angustiante, contudo, que a própria vida sacerdotal, porque um sacerdócio de transcendência imediata, que termina e se renova a cada geração que passa.

A morte destes dois mestres e amigos faz-me pensar, afinal, no compromisso que assumo neste instante: o compromisso do ensino, da educação e do desenvolvimento da ciência. Um compromisso que é uma espécie de juramento de fidelidade a certos princípios e objetivos, mas que é também a exigência de uma tomada da realidade que vivemos.

Desde o instante em que as civilizações primitivas foram encontrando a sua forma própria, ethos vivencial, surgiu a educação como maneira pela qual os povos procuram perpetrar seu modo de ser material e espiritual. A educação, como disse

Jaeger na sua Paideia, enquanto função da comunidade humana é algo tão generalizado e necessário, é processo que permeia tão profundamente toda a realidade social, que é natural que simultaneamente a reflita e sobre ela aja. Como agente e reflexo, a educação nas suas relações com o sistema social não só desperta debates sobre o seu papel específico, como espelha os problemas com os quais a sociedade se defronta perenemente. É uma das expressões mais recentes e angustiantes destes problemas é o libelo de certas correntes niilistas, anarquistas e utópicas, como o de Ivan D. Illich, que clama por uma desescolarização da sociedade, que luta pela eliminação de todas as instituições sociais, sobretudo, as estruturas centralizadas e burocráticas, conformando-se, no máximo, com instituições espontâneas de tipo descentralizado e associativo. O ataque radical ao Estado, à escola, à universidade, ao hospital, ao hospício que ali se encontra apresenta sugestões alternativas com baixo índice de realismo e coerência. Mas serve, ao menos, o necessário de reavaliação agônica do sistema educacional.

Como professor universitário de uma Faculdade de Direito de honrada e expressiva tradição como é o Largo de São Francisco, há dois temas que exigem a minha atenção e a minha palavra, sobretudo, neste momento da vida brasileira. Um deles se refere à educação como meio de aperfeiçoamento humano em termos de participação do homem nos resultados do desenvolvimento para o qual ele contribui. O outro se reporta à educação como instrumento deste desenvolvimento.

No caso da educação jurídica entre nós é preciso reconhecer, friamente e sem retóricas ilusões, que, inicialmente, no período que vai da sua instauração em 1827 até o fim da 1.^a República, as funções sociais construtivas ao estudo do direito eram generalizantes e pouco profissionalizantes. A criação dos cursos jurídicos ocorria numa conjuntura marcada pelo individualismo na organização política do Estado, pelo liberalismo nas relações econômicas e pelo romantismo da literatura. O país era ainda dominado por um sistema tradicional de autoridade, ligado à estrutura familiar, como o pai, o padre ou o chefe político local. Neste contexto, os cursos jurídicos viriam a representar a lenta penetração de padrões técnicos, a tentativa de substituição dos padrões tradicionais de autoridade, de vida econômica e social, por um sistema legal, nacional e impessoal, que pretendia repousar sobre princípios gerais e ser aplicado segundo critérios objetivos. Os juristas que se formavam, contudo, não foram, desde o início, estritos

profissionais do direito. Muito mais do que isto, os bacharéis eram elementos nas instituições políticas do país, como legisladores, administradores, diplomatas, literatos. Por isso, durante mais de um século, as Faculdades foram mais um ambiente material de curiosidade e debate intelectuais. Nelas, a formação curricular tinha uma importância relativa na formação cultural em que se lia, se doutrinava e se discutia História, filosofia, economia, traçando-se as linhas básicas do estilo nacional, desta figura por vezes chamada pejorativamente de bacharel. O certo, porém, é que a formação do jurista era feita para além da própria instituição curricular.

Na verdade, mesmo para aquela elite a educação era apenas um veículo de adestramento em técnicas letradas, de transmissão de hábitos intelectuais simbólicos de condição de homem civilizado. De resto, permanecia a concepção dominante de que era antes pelo convívio e pela própria experiência cotidiana que se adquiria o traquejo para desempenhar os papéis sociais existentes.

É certo que, no correr dos anos, esta situação se alterou, principalmente em virtude dos surtos de crescimento urbano, das tendências para a industrialização, das mudanças na participação popular no processo político, do crescimento vegetativo, da formação de novos padrões de vida. Apesar disso, as transformações não foram tão profundas nem homogêneas, de modo a provocar uma revolução na forma como a educação jurídica é avaliada. Não se nega que houve modificações, pela importação de técnicas, conhecimentos e valores. Apesar disso, o processo de assimilação destas importações encontrou uma herança que dificulta a sua atualização plena, donde a sua força relativamente baixa, sobretudo nos dias de hoje, para desencadear inovações essenciais.

Quem observa, embora limitada e superficialmente, a realidade brasileira pode notar que a educação universitária permanece um privilégio econômico e social. De um lado, porque só uma minoria pode arcar com os ônus diretos e indiretos da educação dos imaturos. De outro, porque a compreensão da importância da instrução e sua valorização social dependem de convicções compartilhados, em geral, por pequenos círculos sociais dominantes. Ou seja, a desigualdade econômica, social e cultural, afetada por diferenças regionais, tende a fomentar condições impróprias ao aproveitamento das oportunidades educacionais. Além disso o impacto negativo de uma sociedade subdesenvolvida estabelece uma contradição

entre as necessidades prementes de renovação e os usos educacionais vigentes. Em consequência, o ensino do direito, diante de uma sociedade que sofisticava e racionaliza suas técnicas, valores e princípios, atesta a presença de mecanismos educacionais seletivos, rígidos e generalizantes, que lhe dá uma feição elitista e aristocratizante.

O iluminismo educacional acreditou, durante muito tempo, que a escola e a universidade constituíam um fator, até mesmo decisivo, do progresso e do desenvolvimento humano. A história tem comprovado, porém, o caráter ilusório deste esquema simplista. Nem sempre a pura expansão das oportunidades educacionais altera a diferença entre os homens em termos de participação no desenvolvimento social, fruto do seu trabalho. Assim, às vezes, quando a educação realiza a função de integrar o jovem no mercado profissional, ela pode estar apenas viabilizando os padrões de igualdade e desigualdade prevalentes na sociedade.

No caso brasileiro, o estilo de desenvolvimento praticado no período de após-guerra, foi caracterizado por uma ênfase na produção de bens de consumo, basicamente destinados às classes mais altas dos grandes centros urbanos, privilegiando-se tecnologias intensivas no uso de capital, gerando uma estrutura de trabalho bastante desigual. Cresceu desigualmente a demanda profissional, ocorrendo desníveis acentuados de remuneração, acentuando-se desde então a concepção de renda. Mas o processo de industrialização repercutiu muito mais em termos de expansão quantitativa do ensino do que qualitativa.

É sabido, neste sentido, que o ensino jurídico conheceu, sobretudo na década de 70, uma enorme e desequilibrada expansão. Mas este crescimento acabou por acentuar a pequena abertura e estreita diferenciação na estrutura de empregos. Começamos a formar cada vez mais juristas, sem que isto provocasse, porém, uma alteração no mercado de trabalho, pois continuamos a formar um tipo de jurista com estreitas possibilidades de atuação numa sociedade que se transforma. E o efeito final, em termos de política educacional, é, então, óbvio: embora estejamos, aparentemente, mobilizando maior soma de recursos e fatores, na realidade consumimos riquezas para expandir um tipo de ensino jurídico que não proporciona o rendimento necessário e desejável.

O valor do ensino para um povo é determinado historicamente, pelas vinculações da experiência educacional com os

interesses e ideais sociais, particulares ou comuns, das classes existentes. Sabemos que, no Brasil, até a implantação da República e os surtos sociais, políticos e econômicos do segundo quartel deste século, o *uso social* que se deu à instrução manteve-a presa a interesses e concepções que a converteram plenamente em um símbolo de *status*. Ser ou não ser instruído equivalia a ser ou não ser ignorante, atrasado, dependente. Isto fez com que todo o ensino tomasse um sentido divorciado das necessidades sociais preenchidas fora da instituição escolar, dando a esta última um caráter diletante, como se a educação fosse um mero componente do perfil do homem civilizado.

Pois bem, este contexto social marcou profundamente o ensino jurídico entre nós. Ele explica, talvez, de um lado, o alheamento do próprio estudante dos problemas da educação e, de outro, a descontinuidade e a relativa ineficácia das reformas do ensino jurídico.

Quanto ao primeiro ponto é preciso reconhecer que, na maioria das Faculdades de Direito, o estudante permanece incapaz de se dar conta da situação imprópria, inadequada e indesejável do ensino que se lhes oferece, prevalecendo um certo silêncio e mesmo indiferença que significa antes uma acomodação à concepção diletante e aristocratizante da sua formação, onde o diploma conta mais que o benefício social do aprendizado. Prevalece a idéia de que o tirocínio necessário para a execução das tarefas sociais é obtido muito mais no comércio social da vida cotidiana. Na verdade, pesquisas têm revelado que tanto professores quanto alunos de direito, de graduação e de pós-graduação têm o ensino como atividade secundária, donde se observou que qualquer modificação na estrutura tradicional dos cursos jurídicos implicaria um impacto que encontraria na apatia da maioria um enorme e relevante obstáculo. Embora haja importantes exceções, e as recentes mobilizações em termo de problemas da formação jurídica nesta casa, por parte de alunos e mestres, são uma saudável manifestação de inconformismo, a verdade é que as pressões para mudar são, em geral, pequenas, pressionando-se, ao contrário, para a perpetuação de um ensino desvinculado da realidade, genérico, ilustrativo e diletante.

Quanto ao segundo ponto referente à ineficácia das reformas, é preciso dizer que o lado mais dramático, talvez, da realidade educacional jurídica entre nós está, provavelmente, na conversão do professor numa simples peça da empresa educacional, dele não se esperando, senão, uma produção este-reotipada, obtidas por vias rotineiras. Com isto, o professor,

para quem o magistério é subemprego, ou não tem uma visão adequada do lado construtivo de seu papel intelectual ou se a tem, não dispõe de recursos para pô-la em prática e desiste com o tempo. Com isto, uma das fontes mais eficientes para despertar a consciência crítica das Faculdades é silenciada e mentalizada no seu nascedouro. Por sua vez, os teóricos da educação, os reformadores educacionais, os que têm acesso aos centros de poder que definem a política do ensino, acabam falando para si mesmos, elaborando planos nacionais que valorizam excessivamente grandes objetivos, e que não encontram eco nem aproveitamento na realidade do dia-a-dia.

De um modo geral, desde o século XIX, a expansão da técnica e a ampliação da divisão do trabalho, com o desenvolvimento do capitalismo, levaram à necessidade da universalização do saber ler, escrever e contar. A educação, pouco a pouco, deixou de constituir uma ocupação ociosa, para ser uma fábrica de homens utilizáveis e adaptáveis. Isto nos conduziu a concepções desenvolvimentistas da educação, cuja preocupação maior consiste em formar indivíduos cada vez mais adaptados ao seu trabalho, capacitados, porém, a modificar o seu comportamento em função das mutações sociais. Não interessa o homem embrutecido pelo trabalho sufocante do desenvolvimento acelerado, mas um ser consciente de sua responsabilidade na vida social. Mas é isto que o ensino jurídico vigente não está conseguindo.

Na prática, o inserir-se profissionalmente na sociedade torna-se um ato burocrático, onde o importante é o êxito oficial, o saber reconhecido institucionalmente, numa sociedade em que o diploma substitui a certidão de nascimento. O sistema de ensino jurídico passa a funcionar, então, apenas como pré-requisito para a conquista de situações sociais mais valorizadas, na medida em que confere *status*.

Mesmo este *status*, porém, varia de estudante para estudante. Para os que vêm das classes mais abastadas, certamente o permanecer na Faculdade não representa dificuldades de ordem financeira. Assim, o *status* conferido pelo diploma de bacharel é aí apenas a confirmação de uma situação já existente. Entretanto, na medida em que descemos na escala social, esta permanência significa esforço e o *status* conferido passa a ter mais peso. Os currículos, o estilo de ensino, o conteúdo dos programas, contudo, são feitos para os primeiros e não para os segundos que, vendo no diploma uma alternativa de ascensão social, acabam por suportar um ensino que não

toma em conta as suas aspirações. Ele sai da Faculdade e ou não encontra emprego, ou não consegue enfrentar um mercado altamente concorrente ou desiste e volta para o seu lugar de origem. Mais uma vez, o aumento meramente quantitativo de bacharéis tende a diminuir a importância do ensino ou, então, a aumentar o tempo de formação profissional em que o diploma já não é mais suficiente: é preciso, também, pós-graduação. Só que, neste caso, não estamos transformando, mas apenas reforçando o *status quo*.

Meus amigos, por favor, não me vejam como um pessimista. Muito menos como um cético. Meu propósito, ao levantar levemente a cortina que cobre a realidade educacional jurídica entre nós, não foi o de declarar o meu próprio desfalecimento diante de uma tarefa que parece incomensurável e sem horizontes. Ao contrário, foi o de estabelecer o compromisso de educador que não quer dobrar diante de dificuldades e, muito menos, deseja encobrir a realidade para gozar os benefícios da pseudo-inconsciência.

A educação é como a conformação lenta do mármore bruto. Exige tanto paixão como perspectiva. Somente quem tem a vocação do ensino terá a certeza de não desmoronar quando a realidade, do seu ponto de vista, for demasiado mesquinha ou demasiado exigente para o que ele quer lhe oferecer. Para quem não pode enfrentar como homem o destino de sua época, devemos reconhecer: que ele se recolha no seu silêncio, simples e quietamente. Mas se ele puder fazê-lo, exija-se dele o compromisso da sua vocação. E é para este compromisso que estou aqui.

Obrigado.

Professor da Faculdade de Direito na Academia Brasileira de Letras Jurídicas

A Redação

Aos 16 de outubro de 1979, tomou posse da cadeira n.º 11 na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, o Professor Rubens Limongi França, docente de Direito Civil desta Faculdade. Eleito em março, o novo Acadêmico proferiu o elogio de seu patrono, Ministro Alfredo Valladão, pelo qual sempre sentiu “especial e reverente sentimento, que, extravasando os lindes da admiração, por sua personalidade e obra multifária, tornou-se profundo e verdadeiro fascínio”; e o de seu antecessor, Oscar de Aragão, jurista baiano, notável por sua contribuição ao Direito, caracterizando-se pelo chamado “Jornalismo Jurídico”, segundo o qual mantinha o público especializado em dia com a problemática jurídica”.

Foi designado para saudar o Professor Limongi o Professor Haroldo Valladão, que, em brilhante discurso faz referência à grandiosa obra científica do Novo Acadêmico, ao seu espírito inovador, dizendo: “Fostes, sois e sereis o genuíno e valoroso combatente de nossas hostes, um jurista eficaz — o que prega e realiza, o que abre novas veredas e retifica as existentes, critica e altera, construindo”.

Limongi França, depois de Cesarino Júnior, Miguel Reale e Alfredo Buzaid, é o quarto professor das Arcadas a ser guindado à Academia.

A Posse

A mais numerosa assistência, reunida em toda a vida da Academia, compareceu ao Instituto dos Advogados Brasileiros para assistir à solenidade de posse do Professor Rubens Limongi França na Cadeira n.º 11.

A sessão foi presidida por Othon Sidou, Presidente da ABLJ, com a participação do Acadêmico Pontes de Miranda, presidente honorário. Foram especialmente convidados a integrar a mesa altas personalidades do mundo jurídico, como o Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, Professores das Faculdades de Direito de todo o país, juizes e conselheiros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na saudação ao novo Acadêmico, o Professor Haroldo Valladão aludiu à profícua carreira docente e literária do Professor Limongi França, iniciada ainda estudante do 4.º ano de Direito, ao seu espírito inovador, dizendo: “Fostes, sois e sereis o genuíno e valoroso combatente de nossas hostes, um

jurista eficaz — paradigma — do grego como acadêmico o que prega e realiza, o que abre novas veredas e retifica as existentes, critica e altera, construindo”

A brilhante carreira jusliterária do Professor Limongi França teve início quando foi premiado num concurso promovido entre universitários pelo Presidente da República, por ocasião das comemorações do centenário de Rui Barbosa, em novembro de 1940, com a obra *A Proteção Possessória dos Direitos Pessoais e o Mandado de Segurança*.

O Presidente da Academia ressaltou, no encerramento da sessão, “o pragmatismo da esquematização, a precisão literária e a segurança conceitual dessa contribuição jurídica de um quartanista de Direito”

Nascido aos 15 de outubro de 1927, o novo Acadêmico cursou a Faculdade Paulista de Direito, da PUC, de 1946 a 1950, tendo se doutorado em 1959, sendo, portanto, o Decano dos Doutores em Direito dessa Universidade.

Em nossa Faculdade ingressou em 1963, como Professor Assistente Doutor, passando em seguida a Livre-Docente. Regeu o curso de Direito Civil no período de 1964 a 1977, tendo regido também o de Direito Romano. A partir de 1973 torna-se Professor do curso de Pós-Graduação.

O Professor Limongi França é autor de importantes obras jurídicas, tanto livros de doutrina como artigos e comentários, publicados em periódicos especializados e em separatas de revistas. É o idealizador da Enciclopédia Saraiva do Direito e da Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, publicações das quais é o encarregado do planejamento e o coordenador.

Depois da homenagem do Professor Haroldo Valladão, o Professor Limongi França agradeceu emocionado, com maravilhoso discurso, em que profere o elogio de seu patrono Ministro Alfredo Valladão e o de seu antecessor, Oscar de Aragão, agradecendo a benevolência dos acadêmicos que o recebiam e descreve sua longa caminhada até a atual posição.

O auditório aplaudiu de pé o novo acadêmico e o Presidente da Academia, depois de fazer o costumeiro resumo final, encerrou a sessão.

Discurso de saudação do Professor Haroldo Valladão

O nosso encontro nesta jovem, em pleno viço, já robusta e vitoriosa, Academia Brasileira de Letras Jurídicas — casa nacional de alta cultura jurídica — era inevitável.

Somos trindade acadêmica desta solenidade, brasileiros autênticos, o patrono de vossa cadeira, *Alfredo de Vilhena Valladão*, vós, e o orador que tem a honra, mais, muito mais, a alegria de ora vos saudar.

Jus sanguinis sois, novel acadêmico, paulista multissecular, oriundo dos *Galvão de França*, da vila de Guaratinguetá, dos bandeirantes de Piratininga e de Henrique da Cunha que veio na expedição colonizadora de Martim Afonso, e nós, o patrono e o orador, pertencemos aos *Vilhenas, Valladões, Teixeiras*, mineiros há trezentos anos.

Jus soli, integramo-nos teluricamente, nascidos no século atual, vós, na Vila de Tremembé, do Norte de São Paulo, do vale do Rio Paraíba, e o orador na Paulicéia; Alfredo Valladão, do Século XIX, na bicentenária cidade da Campanha da Princesa — que ele imortalizou em obra com esse título, quatro tomos, 1937-1945 — ali daquela terra vizinha da vossa, do Sul de Minas, do outro lado da famosa cordilheira, da Serra da Mantiqueira, transposta pelos bandeirantes na garganta, próxima, do Embaú. Estamos geograficamente unidos sob a proteção de Nossa Senhora Aparecida, de devoção caríssima dos paulistas e mineiros da região, desde a antiga Capela, depois Santuário, hoje Basílica.

Jus academici, cultivamos amorosamente, os três, a mesma ciência, apaixonados cultores do Direito, o patrono há quase um século, o orador há quase meio século e vós por perto de trinta e cinco anos.

Tendes, porém, ainda maior ligação com a didática pois, professor, nasceste em casa que era Escola isolada, onde lecionava vosso pai, o saudoso e ilustre mestre *Arnaldo França*. Sois um professor integrado, *jus sanguinis, jus soli*.

Jus laboris, permanecemos sincronizados: o patrono, professor da Faculdade de Direito de Minas Gerais, depois Universidade, e da Universidade do Rio de Janeiro, a primaz do Brasil (7-IX-1920), hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro; vós, das duas grandes instituições didáticas de vosso Estado, a Faculdade Paulista de Direito da PUC, e a Universidade de São Paulo, sucessora da gloriosa Academia de São Paulo, de 1828; o orador, das Universidades Federal e Católica do Rio de Janeiro. E continuamos professores.

E nos derrotastes, pois tivestes o privilégio de nascer em dia celebrado, o de ontem. 15 de outubro.. mas, como dizem os franceses, hélas!, que pena, de 1927 ..

Quinze de outubro é o Dia Nacional do Professor. Fostes, assim, um predestinado.

A palavra Academia origina-se de bosque perto de Atenas, o jardim de Academos, onde Platão, o grande mestre da dialética que ensinou e dissertou para o mundo, reunia os discípulos para os seus célebres Diálogos sobre temas filosóficos, políticos e, *principalmente, jurídicos*, segundo demonstra, em especializado capítulo sobre a doutrina de Platão, o notável jurista-filósofo, doutor Reynaldo Galindo Pohl, em recente obra, *Guion Historico de la Ciencia del Derecho*, T. I, El Salvador, UCA editores, 1978, ps. 158 e ss. Foram, mesmo, aqueles Diálogos, reunidos em livros, AS LEIS, e, especialmente, em síntese admirável, na obra *Polítéia*, também traduzida por *Constituição*, ou melhor, por *República* ou *Da Justiça*.

Na Itália, quando visitei, pela primeira vez, Florença, fui recebido por um ilustre colega em belo e antigo Palácio, fora, também, da cidade, na sua parte alta, em Careggi, onde funcionara tradicional Academia Platoniana. .

Ficaram, assim, os estudos jurídicos ligados ao próprio nascimento da Academia, e a nossa, por ser de Letras Jurídicas, situa-se, altaneira, no planalto acadêmico.

Exemplo decisivo dessa conjunção original da Academia com o Direito verificou-se, centenariamente, no Brasil, onde os Cursos Jurídicos de Olinda e São Paulo chamavam-se, inicialmente, pelos Estatutos aprovados pelo Decreto (da Assembléia Legislativa) de 11 de novembro de 1831, Capítulo 1, 2.º, 9.º, Capítulo IV (Matérias que devem ser ensinadas na Academia Jurídica), *Academias Jurídicas*, para o ensino das diversas disciplinas e foram as nossas imortais *Academia de Direito* de São Paulo e *Academia de Direito* do Recife.

Quando estudei e me formei em direito em 1921, os estudantes ainda chamavam-se acadêmicos de direito.

O vosso *curriculum operis et vitae* é simplesmente maravilhoso.

Difícil conceber-se como, jovem cinquentenário, o integrou em tão poucos anos. . .

Bacharel em direito de 1950 pela Faculdade Paulista de Direito, da PUC de São Paulo, ali doutor em direito, 1959, assistente (1952), regente (1960), de direito civil, estende logo suas atividades didáticas à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vindo a ser livre-docente (1963), regente dos cursos de direito civil (desde 1964) e direito romano

(1965), professor do curso de pós-graduação (a partir de 1973) e, a seguir, professor adjunto. E continua ali em pleno exercício. Amplia-se como professor convidado, conferencista e membro de comissões examinadoras, de várias Universidades e Faculdades brasileiras. Jurista militante, pertenceis ao Instituto dos Advogados Brasileiros, e ao de São Paulo e sois Procurador de 1.^a Categoria da Previdência Social.

Como publicista sois formidável: desde logo autor de cerca de trinta volumes de direito, a começar pelo notável Manual de Direito Civil, em seis tomos, 1965-1969, compreensivo de toda matéria, nesta distribuição original: Parte Geral, Personalidades e Direitos de Família, Direito das Heranças, Direitos Reais, Obrigações em Geral, e Contratos e Obrigações Extracontratuais.

Vêm a seguir estudos monográficos admiráveis, em assuntos de alta relevância, alguns deles com mais de quinhentas páginas, A Proteção Possessória dos Direitos Pessoais e o Mandado de Segurança, Do Nome Civil das Pessoas Naturais, Princípios Gerais de Direito. A Posse no Código Civil, Direito Intertemporal Brasileiro, Formas e Aplicação do Direito Positivo, O Direito, a Lei e a Jurisprudência, Unificación del Derecho Obligacional y Infratual Latinoamericano, A Lei do Divórcio Comentada e Documentada.

Aditem-se cerca de trinta separatas de colaboração, tradução de artigos jurídicos do alemão e do inglês, livros sobre legislação e jurisprudência de vários institutos jurídicos, e muitos verbetes do Repertório Jurídico Brasileiro.

Não parou aí, porém, vossa valiosa e tão larga bibliografia jurídica.

Integrou-se, ultimamente, com duas grandes realizações: a primeira, *Idealização, Planejamento e Coordenação da Enciclopédia Saraiva do Direito*, para a qual escreveu cerca de duzentos e cinquenta verbetes sobre os mais diversos temas jurídicos, já tendo sido impressos trinta e quatro volumes. E a segunda, *Idealização, Planejamento e Coordenação da Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, já com seis volumes publicados.

Vê-se que não só fostes um grande e exímio autor de obras jurídicas mas, também, um eficiente coordenador de importantes repertórios e enciclopédias jurídicas.

Fazeis cultura e estimulais e congregais e conseguis que outros ilustres juristas também o façam.

Neste sentido passo-vos o título que ocasionalmente me deram pela produção e intensificação de trabalhos culturais em diversas sociedades e agremiações, nacionais e internacionais, pois tendes mais direito de usá-lo.

Vós é que sois, em verdade, um *executivo*. cultural!

Na rápida apreciação que este discurso autoriza, de vossa grandiosa obra científica, desejo proclamar logo o vosso traço marcante, a vossa estrela polar, e que, para minha felicidade foi, também, a do patrono, de Alfredo Valladão, e que me esforço por seguir: “o espírito inovador e renovador”

Fostes, sois e sereis, o genuíno e valoroso combatente de nossas hostes, um jurista eficaz — paradigma, do grego como acadêmico — o que prega e realiza, o que abre novas veredas e retifica as existentes, critica e altera, construindo.

Recorde-se Alfredo Valladão com suas arrojadas atividades, de 1904, no livro, Rios Públicos e Particulares, onde previa o aproveitamento das quedas de Itaipu; nos Projetos de Código das Águas e de disciplina social da indústria hidrelétrica, de 1907 e 1931; na sua proposta vitoriosa no 1.º Congresso Jurídico Nacional de 1908, de substituição do Projeto de Código Civil pelo de um *Código de Direito Privado Social*, unidos os Códigos Civil e Comercial e incluído o *Direito do Trabalho* — que a Itália viria realizar, muito depois, 1939 a 1942; na sua sugestão de 1912, desacolhida pelo Senado Federal, de incluir no Código Civil a condenação do abuso do direito. É o mesmo ideal reformista que norteia a minha vida de jurista.

Esse notável espírito inspira, basicamente, toda vossa produção jurídica.

Assim o planificastes, e começastes o vosso curso de direito civil, procurando e conseguindo salvar um esclerosado ramo do direito, o milenário *jus civile*, daqueles quase bisseculares *Códigos Civis*, da aurora do Século XIX — ressurreição romântica para todo o direito privado, vastos, pesados, magníficos e intocáveis monumentos legislativos para glória eterna de governantes coroados, reis e rainhas, de Maria Tereza da Áustria e de Napoleão...

E o preservastes quando os Códigos Civis soçobram no mundo contemporâneo, divididos, seccionados, despedaçados, partidos, repartidos, multiplicados, e já se acham atomizados em especializados pequenos códigos, leis, decretos, regulamentos, atos normativos da administração pública direta e indireta e de entidades privadas, convenções coletivas.

Destaque-se — simples amostra — o tratamento que destes na Parte Geral do Direito Civil, aos direitos privados da personalidade, matéria lacunosa, como salientastes, em nossos manuais e tratados da matéria.

De outra parte, ainda tomando como referência o vosso mesmo curso de direito civil, desejo elogiar a exposição modular, atualizada e reformada, nos seis tomos, de cada uma das clássicas divisões, ali consideradas nas *coordenadas permanentes* para cada tema, que eu chamei os respectivos *pontos cardiais* na justificação do meu Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas: vertical, o *histórico*; horizontal, o *comparativo*; superior, o *doutrinário, jus-naturalístico*; realístico, as *experiências*, na jurisprudência, que é a tábua de logaritmos do jurista, nos costumes e na prática do povo...

E, coroando a assim pluralizada dissertação, vêm sempre o debate, a crítica e a vossa apreciação fundamentada.

O tratamento dos assuntos é, pois, cerrado, denso, mas claro, cristalino, exemplar.

Muito me agrada, ademais, considerar na sua variedade publicista, ao lado daquele curso magistral, os vários estudos monográficos que dedicastes, em uma visão espetacular, ao que eu chamo os altiplanos do direito.

Iniciastes estes vãos pelas cumeadas da ciência jurídica com essa monografia de mais de seiscentas páginas, verdadeiro tratado, sobre o “Nome da Pessoa Natural”, de valor excepcional, tese de vosso doutorado, 1956/59, na PUC de São Paulo.

Mantivestes o nível e o superastes, publicando, em 1961, estudo profundo e fundamental, *Direito Natural e Direito Positivo*, divisor de águas do pensamento jurídico, concluindo pela sagrada opção que foi, também, a do patrono e do orador, do acolhimento do direito natural autêntico.

Continuais nos cimos, versando, em outro vitorioso embate, na tese de livre-docente para a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, altíssimo tema, *Princípios Gerais do Direito*, 1966/1968.

E dessas celestiais paragens não sairíeis, pois publicastes esta pequena obra-prima que é o vosso “Direito Intertemporal”, Atingistes, com esse direito, o direito dos direitos, nas alturas máximas, onde ele se une ao Direito Internacional Privado, para regência do domínio da lei no espaço e no tempo, a resolver os conflitos interespaciais e intertemporais.

E como estamos a ver, não sois homem de exaurir-se, nos daríeis em 1974, ainda no firmamento de nossa ciência, esta linda monografia, O Direito, a Lei e a Jurisprudência, onde conclui admitindo o direito natural não como modelo exato, completo, imitável, pelas regras positivas qual queria a antiga escola “jus-naturalista”, conhecida na história do direito pelos seus excessos, mas como *fonte e fundamento do direito positivo*.

Permito-me declarar que em 1961, em artigo publicado na revista *Doctor Communis*, da Pontifícia Academia Romana de Santo Tomás, à qual me honro de pertencer, intitulado: *Legge Naturale e Leggi Umane*, sustentei o mesmo ponto de vista, citando a doutrina jurídica dos meados do século em prol do renascimento do direito natural na Inglaterra, França, Estados Unidos... Cite-se, assim, padrão clássico da supremacia do direito natural, célebre decisão do grande Juiz inglês, Lord Coke, no famoso Dr. Bond’s “case”, negando valor a uma lei do Parlamento inglês, por contrária ao princípio de direito natural segundo o qual ninguém pode ser juiz em causa própria.

Pude, então, escrever naquele artigo e repito-o: “Potremo dire che nella concezione tomistica la legge naturale è come il sole che illumina e riscalda l’universo intero ma non lo fa sempre allo stesso modo per tutti gli esseri, nè impedisce la luce e il calore artificiale. — Incomprensibile la vita umana senza il sole e la vita giuridica senza la legge naturale. — Si osservino i momenti tristi delle leggi umane, le ore in cui il diritto positivo precipita nel fuoco e nel fango delle guerre, delle rivoluzioni, delle grandi crisi e persecuzioni, e allora le uniche norme che sussistono, quelle che tutti — gli stessi negatori del diritto naturale — invocano con un apello generale, impetuoso, drammatico, per salvare le nazioni, i popoli, gli uomini — sono le sublimi norme della legge naturale” (Rev. cit., XV/243).

Vede como para vos saudar eu tive de subir às regiões montanhosas do Direito.

E chegamos ao cume, alcançamos os píncaros, o direito natural, a divisa da nossa Academia: *recta ratio* (reta inteligência), que é o próprio direito natural.

Nem escapastes ao âmbito do direito comparado e internacional. Veja-se esse atuante e construtivo estudo, “La Unificación del Derecho Obligacional y Contractual Latinoamericano”, em edição trilingüe, espanhol, português e francês, São Paulo, 1976.

Nesta saudação, Senhor Acadêmico Rubens Limongi França, encontramos-nos três juristas, no livro e nas aulas,

unidos pelos mesmos ideais, integrados no mesmo culto, unísso-nos no amor à ciência jurídica, o patrono, Alfredo Valladão, vós, e o orador que vos saúda.

Só posso exprimir a minha admiração pela vossa sábia personalidade, vos oferecendo a divisa que adotei para minha vida cultural, que está perfeita na vossa: “Nulla dies sine linea nec schola”. Nulo é o dia em que não escrevo uma linha, nem dou uma aula.

Recebei-a: é vossa.

Discurso do Acadêmico Rubens Limongi França

Se, alguma feita, dado me fora escolher a cadeira para a qual pudesse vir a ser eleito, como membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, não trepido em afirmar, sem a mais remota sombra de inverossimilhança, que houvera desde logo preferido aquela cujo patrono é a veneranda figura de Alfredo de Vilhena Valladão.

Sem que nisto ressuma desdouro algum, em relação às demais celebridades que exornam esta autêntica elite de *primi inter pares*, doutores entre os doutores, do presente e do passado, sempre senti, pelo nune tutelar da Cadeira n.º 11, especial e reverente sentimento, que, extravasando os lindes da admiração, desde que travei conhecimento com a sua personalidade e a obra multifária, se delineou, no melhor de minha estrutura intelectual, como profundo e verdadeiro fascínio.

A primeira referência mais expressiva que ouvi a respeito do Mestre, recordo-me bem, data do ensejo em que, havendo eu pronunciado em nome de ex-alunos, o elogio fúnebre de Florivaldo Linhares, lá pelos idos de 1951, travei conhecimento com Haroldo Valladão, o qual, tendo viajado a São Paulo para compor banca examinadora do concurso para a cátedra de Direito Internacional Privado, esteve presente a essa outra cerimônia.

Tal foi o brilho com que Haroldo Valladão se desempenhara daquele mister que, nos meios acadêmicos se propalava tratar-se do filho do Ministro Alfredo Valladão, e, dado o talento, a erudição, a perspicácia, do ilustre continuador da sua obra.

Assim, para logo vi-me duplamente motivado. Pela evocação do genitor e pela impressão marcada e pujante do descendente.

Com este encetei breve mas definitivo contato, e anos mais tarde, amadurecido em fraterna e rica Amizade, jamais desnaturada pela não menos profunda reverência, que, desde então, sempre lhe tenho devotado.

Quanto a aquele, à medida que lhe ia conhecendo a biografia e a bibliografia, posto que não tive o privilégio do contato pessoal, fui deparando que, efetivamente, a árvore se parece com o fruto, e vice-versa, sobretudo naquilo que ambos têm de desbravadores na *selva salvaggia* do Direito.

Haroldo Valladão, ora recém-chegado de brilhante peregrinação cultural por Salonica, Atenas, Washington, México e Bogotá, e já a caminho de La Paz, e que, sem experimentar esmorecimentos, dignou-se enaltecer a minha posse anuindo generosamente em receber-me, em nome da Academia, é um prócer bem à maneira paulista, fruto talvez da predestinação de haver nascido em Piratininga. Ao abrir, pela vez primeira, entre sorrisos e vagidos, os olhos para a garoa da Paulicéia, teria recebido desde logo os fluidos dos *sertanistas* e, calçando botas de sete léguas, há décadas sucessivas, em permanente e milagrosa juventude, tem levado para os quatro cantos do Mundo o luminoso testemunho da nossa melhor cultura jurídica. A ponto que, a esta altura — ao modo de Antonio Raposo Tavares, após haver galgado os grimpas dos Andes e avistado o Pacífico — bem poderia dizer para nós, os seus discípulos de hoje, e, sobretudo, para os discípulos da posteridade: “Se a mais terras não fui, foi porque não havia mais terras!”

Já Alfredo Valladão, parecido na pujança, mas diverso na individualidade, é um precursor à maneira própria dos caracteres étnicos do Estado natal, particularmente daquela região esplêndida e alcandorada onde Campanha da Princesa, em pleno Segundo Império, florescia como a “Atenas Sul Mineira. . .”

Filho do Comendador Manoel Ignácio Gomes Valladão e de D. Maria Amália de Vilhena Valladão, vem de uma dupla tradição intelectual. Com efeito, enquanto o pai era já advogado provisionado, jurista autodidata, especialista em Direito Canônico e exímio professor de latim, a mãe era sobrinha-neta de Bárbara Heliodora, a “Heroína da Inconfidência”, certamente a mais expressiva prócer da mulher ativista e intelectual de nosso país.

A ascendência, o talento, o ambiente de estudo, de fé e de trabalho do lar doméstico; o abençoado matrimônio com D. Izabel dos Reis Teixeira, da mesma gente e da mesma

terra; a aplicação diuturna e incansável, — são alguns dos elementos para a explicação de sua brilhante trajetória de intelectual, jurista e homem público, quer nos bancos acadêmicos do Largo de São Francisco, ao lado de Alcântara Machado e Magalhães de Azeredo; quer na Faculdade de Belo Horizonte, onde teve como colega de magistério a Afrânio de Mello Franco; quer na cátedra do Rio de Janeiro, bem assim no Tribunal de Contas.

Do mesmo modo, o que concerne à vasta e polifacetada obra, cuja opulência chega a dificultar uma visão de conjunto de quanto levou a efeito, quer no campo do Direito Privado, quer no do Direito Público, quer ainda, por notável premonição histórica, no do próprio Direito Social.

Parece, entretanto, que não estaríamos longe de uma sinopse razoável do seu trabalho, se disséssemos que a presença do inovador nas searas do Direito se faz sentir principalmente ao longo de cinco medulares coordenadas:

- A unificação do Direito Privado.
- A criação do Direito das Águas.
- A reforma do Tribunal de Contas.
- A definição da doutrina constitucional do Ministério Público.
- E o prenúncio da Reforma Social pelas conquistas da Ciência Jurídica.

Sabemos todos de patriotas que se fizeram célebres por uma única contribuição relevante, e nem sempre da envergadura de qualquer das assinaladas.

Pois, Alfredo Valladão, com sua acuidade, com o seu tirocínio, com o seu senso de oportunidade, com a sua intuição, com o seu gênio, não se deixou fascinar pela contemplação de si mesmo, quando de alguma de suas descobertas, e, devotado, diuturna e aplicadamente, ao serviço da Pátria e do Direito, como incansável paladino, à medida em que se lhe amadurecia a Ciência e aprimorava a Sabedoria, foi amanhando gradativamente novas searas, sem outra preocupação que a doação de si próprio em holocausto ao mais alto sentido do Bem Comum.

No que tange à *unificação do Direito Privado*, cuja semente, na lição de Silvio Meira, se deve ao insígne Teixeira de Freitas, não é preciso dizer da importância de Alfredo Valladão na corajosa retomada do tema, à altura em que, praticamente esquecidas as lições do genial mestre baiano, se discutia o Projeto Bevilacqua.

Desassombradamente, ao lado de Bulhões Carvalho, reerogue a esplêndida bandeira, de tal forma que, seis anos depois, em 1908, quando do Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, pôde contar com quase unânime aprovação.

Na mesma esteira seguiu Inglês de Souza em 1912; em 1941, vêmo-la trilhada por Orozimbo Nonato, Hanemann Guimarães, Philadelpho Azevedo; e, em 1962, a definitiva consagração, com esse outro monumento da nossa cultura jurídica que é o Anteprojeto de Código das Obrigações de Caio Mario da Silva Pereira, nesta parte seguido de perto pelo Projeto da Comissão de Juristas, de 1975.

Quanto à *criação do Direito das Águas*, já em 1904, enriquecia a cultura jurídica com a clássica monografia “Rios Públicos e Particulares”.

Os conhecimentos especializados que aí se demonstraram o conduziram à autoria do Projeto do Código de Águas, acompanhado de preciosa Exposição de Motivos.

A matéria respectiva foi posteriormente reunida, em 1931, complementada por opulenta réplica às críticas feitas ao projeto, bem assim por alterações que o autor julgou fazerem-se necessárias.

Esse precioso repositório é o que há entre nós de mais importante sobre o assunto e é com a respectiva referência que Cid Tomanik Pompeu arremata a excelente bibliografia que acompanha o verbete “Direito de Águas” especialmente escrito, a nosso pedido, para a “Enciclopédia Saraiva do Direito”, (vol. 26, São Paulo, 1979).

Contribuição não menos significativa é a que tange à reforma do *Tribunal de Contas*.

Fruto de longa meditação, desenvolvida durante mais de cinco anos, como representante do Ministério Público junto àquele colegiado, em 1911, publicou os “Estudos sobre o Tribunal de Contas”, onde, segundo as próprias palavras, apontou defeitos e propugnou, em longa e percuciente explanação, a respectiva reforma, tendo em vista os seguintes aspectos fundamentais: a) as delegações do Tribunal nos Estados; b) o registro dos contratos; c) as despesas reservadas; d) a execução das sentenças do Tribunal; e e) as contas do exercício no Congresso.

Em belíssimo trabalho sobre o assunto, o não menos ilustre filho, Haroldo Valladão, assinala com oportunidade que “veio a ser Alfredo Valladão, logo vitorioso, pois, a lei de fins de

1911, 2.511, de 20 de dezembro, ao regular a Tomada de Contas ao Governo pelo Congresso Nacional, consagrava expressamente as medidas propostas... quanto ao registro dos contratos e às despesas reservadas, arts. 4.º e 5.º”

Mas os ideais jurídicos de Alfredo Valladão não se circunscreveram a meras atitudes intelectuais, tendo chegado mesmo às raias do destemor e do heroísmo.

Deixemos que fale a respeito o preclaro descendente, em cujas palavras, o amor filial, longe de torcer, só faz emoldurar a objetiva verossimilhança:

“Alfredo Valladão era um jurista integral.

Propôs, em artigo e em obra, ação direta do Ministério Público contra a administração federal que não enviava ao Tribunal os contratos que realizava.

.

E veio o batismo de fogo para Alfredo Valladão, representante do Ministério Público junto ao Tribunal, para exercer a nobre e corajosa atribuição que propusera e a lei citada consagrara no seu art. 5.º, 2.ª alínea.

Houve um contrato de alto vulto que ficou célebre, sobre cunhagem de moeda de prata na Alemanha, objeto de largos e acesos debates pela Imprensa, por volta de 1913, contrato que o Ministro da Fazenda enviou ao Tribunal de Contas para registro.

Alfredo Valladão, simples representante do Ministério Público, cargo então de demissibilidade plena, *ad nutum*, apresentou tal contrato ao Tribunal para julgamento, em petição instruída com exemplar do Diário Oficial que o publicara.

E o Tribunal negou o respectivo registro, fato que teve a maior repercussão pública no país.

Apesar de alertado do perigo que correria com uma possível demissão do cargo, com a perda do emprego único que tinha, pois não advogava por entender que tal não deveria ser lícito a um membro do Ministério Público — Alfredo Valladão jogou a sua vida econômica e a de sua família na defesa da Fazenda Pública, para efetivar, para realizar na prática, na jurisprudência, um ideal que defendera como escritor e obtivera fosse consagrado em lei.”

Com razão, pois, assim conclui Haroldo Valladão a magnífica narrativa desse verdadeiro exemplo para os trabalhadores do Direito de todos os tempos:

“Foi esta a sua glória e, também se diga, a de o Governo que não o demitiu!”

Entretanto, o denodo de Alfredo Valladão no atinente ao seu espírito reformador aí não parou.

Apenas nomeado Ministro do Tribunal de Contas, em 1914, deu seqüência a múltiplas campanhas, particularmente sobre a *publicidade* das sessões daquele sodalício, até então incompreensivelmente secretas, inovação essa que, ao lado de muitíssimas outras, o fez vencedor gradativamente laureado com a promulgação da Reforma do Tribunal, nos termos do Decreto 13.247, de 1918; da Lei 4.362, de 1923; e dos textos das nossas Constituições, desde a de 1934 (art. 101).

Notável oportunidade e peculiaridade, outrossim, encontramos na sua *teoria do Ministério Público*, cujos membros, a seu ver, deveriam ser, como o forem, proibidos de advogar.

É que, na sua incisiva e peregrina clarividência, essa instituição “se apresenta com a figura de *um verdadeiro poder do Estado*”.

E acrescenta:

“Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. . .”

“Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele — o que defende a Sociedade e a Lei, perante a Justiça, parta a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.”

Segundo fora de se esperar, essa colocação do insígne Mestre e Magistrado teve a maior repercussão em nosso país e fora dele.

Tendo servido de base para a Justiça ao Distrito Federal, mediante a sua adoção pelo depois Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edmundo Muniz Barreto, tem sido reiteradamente consagrada em sucessivos Congressos do Ministério Público, com freqüente unanimidade, conforme recentemente se deu em Brasília, em cujo conclave a bandeira de Alfredo Valladão foi brilhantemente desfraldada pelo Procurador de Justiça Manoel Octaviano Junqueira Filho.

Mas, além do campo do Direito Científico, nas esferas do Sistema Legal, vemo-la vingar, à semelhança de outras de suas colocações, em nossas próprias leis magnas, tal como se deu para logo com a Constituição de 1946, onde o Ministério

Público foi estruturado num título próprio, o terceiro, arts. 125 a 128, de permeio ao Título II, “Da Justiça dos Estados” e ao Título IV, “Da Declaração de Direitos”.

Igual orientação não deparamos na Constituição de 1967 que insere o tema na Seção IX, arts. 137 a 139, do Capítulo VIII, “Do Poder Judiciário”

Na tentativa de corrigir esse engano a Emenda n. 1, de 1969 regulou o assunto na Seção VII, arts. 94 a 96, do Capítulo VIII, “Do Poder Executivo”, vindo, pois, a cair em oposta impropriedade.

Mas de toda essa hesitação do nosso legislador, posto que o de 1969, de alguma forma é o mesmo de 1967, uma verdade promana ostensiva e patente. É a lição límpida e incontrastável do Mestre! O Ministério Público não é órgão nem do Legislativo nem do Executivo, muito menos do Judiciário. É o Quarto Poder do Estado conforme ficou assentado pela própria voz do povo, através da última Assembléia Constituinte da nossa história, a saber, a de 1946!

Por fim, é impressionante a antevisão do grande jurisconsulto a respeito da *Questão Social*, o que testemunham as suas “Conclusões Aprovadas e Justificação para um Código de Direito Privado Social”, de quando do Primeiro Congresso Jurídico de 1908.

Adrede a deixamos para o final da consideração da sua imensa e preclara obra jurídica!

É que aí, além do Jurisperito, se revela o Humanista!

É que aí está a chave da clarividência jurídica de Alfredo Valladão!

Porque, em verdade, senhoras e senhores, não há Direito sem o sentido do humano!

Nem é por certo apenas o Direito a simples arte da Justiça.

Já os conditores romanos ensinavam que o Direito *é a arte do bem e do equitativo, est ars boni et aequi*, e que os preceitos do Direito, *juris praecepta*, são *alterum nom laedere, sum cuique tribuere*, mas, sobretudo, viver honestamente, *honeste vivere!*

Com efeito, a Justiça é tão só *uma* das múltiplas virtudes morais, que caminham ao lado das teologais, a Fé, a Esperança e a Caridade.

Virtude sendo, não se constitui numa categoria estanque, porque não existem hábitos práticos isolados. Ninguém pode ser

justo, por exemplo, sendo covarde. E a esta altura, pois, a Justiça rende tributo à Fortaleza. Como justo, outrossim, a ninguém é dado ser, se não tiver o amor do próximo. E desta feita a Justiça se entretece da virtude magnífica da Caridade!

O mesmo se diria no concernente à Veracidade, à Modéstia, a *todas* as virtudes, morais e mesmo teologais, pois quem logrará ser justo, sem ter *Fé* no Direito e *Esperança* na Justiça, manifestações que são do imenso equilíbrio universal e da presença sempiterna da Harmonia Cós mica e Divina!?

Alfredo Valladão foi o jurista que foi, porque, antes de mais nada, foi um apaixonado do próximo e um iluminado da predestinação!

Como vistes, apenas aludi, *en passant*, às cinco fundamentais coordenadas do pensamento jurídico de Alfredo Valladão. Tal a substância e o relevo que apresentam, que, qualquer delas, tomada em separado, fora mais do que suficiente para imortalizar um pensador.

E o surpreendente é que, o Mestre venerando, não foi apenas jurisconsulto, senão também historiador e literato de prol.

Com efeito, “Da Aclamação à Maioridade” (Rio, 1934), “Brasil e Chile na Época do Império” (Rio, 1959) e sobretudo a magnífica monografia em quatro volumes “Campanha da Princeza”, com nada menos de 1677 páginas, são testemunho da melhor técnica historiográfica, à maneira de Capistrano de Abreu; ao mesmo tempo que os vols. III e IV desta última obra, constituem exemplo de extraordinária visão histórico-sociológica.

Por outro lado, “Vultos Nacionais” (Rio, 1955) obra histórica e literária, e particularmente trabalhos como aquele, tão evocativo e tocante, sobre o “Centenário de Casamento de Manoel Gomes Valladão e Maria Amalia de Vilhena Valladão”, publicado no “Jornal do Comércio” de 23 de novembro de 1952, evidenciam o cultor dos valores afetivos e estéticos da vida, tudo com a roupagem impecável de excelente vernáculo talhado com estilo incisivo e forte.

Conforme averiguais, nem um nem muitos panegíricos seriam bastantes para abarcar a obra e a personalidade de Alfredo Valladão, senão um verdadeiro ciclo de conferências ou ensaio vertical da lavra de autor que por muito tempo se venha a dedicar à elucidação, não apenas do conteúdo e do valor de quanto nos legou o Mestre, mas ainda, e sobretudo,

ao *alcance* da respectiva contribuição científica, literária e pessoal, para o amadurecimento de um sem número de aspectos do processo histórico-jurídico-cultural de nossa Terra!

Quanto a Oscar de Aragão, o acadêmico que me antecedeu na cadeira n.º 11, com obra notável, só fez realçar a marca luminosa da evocação do Patrono.

Jurisconsulto baiano, pelo nascimento, pela formação e pela atividade, foi homem da mesma cepa de onde brotaram Teixeira de Freitas e Ruy Barbosa, Aliomar Baleeiro e Orlando Gomes, e tantos outros dignos mestres da Ciência Jurídica Nacional.

Promotor Público, no início da carreira, depois Juiz, em 1930, com cerca de trinta e três anos, optou pela profissão de Advogado Militante, na qual veio a falecer aos oitenta e dois anos, tendo patrocinado questões civis, comerciais e administrativas, com numerosa clientela, fiel até os últimos dias de sua profícuca existência, o que fazia de Oscar de Aragão verdadeiro patrimônio cultural vivo de Salvador, da Bahia e de todo o País.

Com o patrono tinha em comum a antevisão de alguns aspectos importantíssimos do Direito como por exemplo a "Aeronavegação e a Astronáutica", tema a que dedicou esplêndida monografia, já em 1930, e o "Direito ao Sossego" uma das mais importantes manifestações dos "Direitos Privados da Personalidade", assunto de que tratou com grande pioneirismo, posto que o fez em 1952, através de ensaio publicado na "Revista dos Tribunais", Bahia, vol. 49.

Mas o aspecto que mais o caracteriza, ao longo de quatro dezenas de trabalhos, é o que, na expressão do eminente confrade Custódio de Azevedo Bouças, se pode denominar de "jornalismo jurídico", no sentido de *comunicação* destinada a manter o público especializado, em dia com a polimorfa, instável e crepitante problemática jurídica, bem assim das respectivas soluções.

Desse modo, além de outras contribuições, quando da publicação do recente Código de Processo Civil, monumento das letras jurídicas (cujo projeto se deve à pena luminosa de Alfredo Buzaid, e à indicação de Alberto Moniz da Rocha Barros), com cerca de oitenta anos de idade, foi um dos seus críticos mais vivazes, como bem demonstram os artigos que publicou no "Mensageiro Jurídico", dirigido por Custódio Bouças, ressaltando-se, entre outros, aqueles sobre a "Destruição de Autos Findos" (n. 26), "Inspeção Judicial" (n. 27),

“Julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*” (n. 28), “Preparo do Recurso de Apelação” (n. 29), “Embargos Infringentes” (n. 30), “Prova Pericial” (n. 24 e 25) e “Uniformização da Jurisprudência” (n. 43 e 44).

Ao falecer, deixou, como canto do cisne, excelente monografia sobre a “Ação Rescisória”, escrita em colaboração com o eminente Presidente Perpétuo da Academia.

Já em 1930, das obras de Oscar de Aragão dizia o crítico Carlos Chiacchio: “Sabe o que diz e diz bem o que sabe. É um escritor de matéria concreta, mas escritor, antes de tudo”. E acrescenta: “ressalta, em moldes de estilista simples e sintético, o profundo sentimento cívico dessas páginas de Oscar de Aragão.”

Palavras escritas de quando do segundo livro, ao tempo da melhor juventude de meu ilustre antecessor, caíram, de vez por todas, como verdadeiro vaticínio, pois esses atributos o acompanharam e, mais ainda, se foram aprimorando, ao longo da existência, tão bela quanto larga, e tão larga quanto profícua!

Com a bênção intelectual de meu Patrono e do meu Antecessor, de cujos vultos e de cujas obras, não me foi dado traçar senão perfunctório esboço, *permissa venia* do ilustre Presidente Othon Sidou, dos Presidentes Honorários Pontes de Miranda e Custódio Bouças e dos demais Acadêmicos, adentro-me pelos umbrais deste Panteon da cerebração jurídica brasileira.

Foi longa a caminhada!

Fisicamente, ela começou numa ensoralada manhã valeparaibana, de março de 1943, quando, na alacridade dos quinze anos, havendo-me despedido de pais, irmãos, parentes, amigos, conhecidos, da plataforma de um vagão da Central do Brasil, ouvi o sino daquela estação, — no dizer de Homero Senna — “de tijolinhos vermelhos” para logo secundado pelo longo e último apito da locomotiva, que, num atritar estrídulo de trilhos e de rodas, pronto se fez em marcha e, na primeira curva, em presságio pungente e resoluto, cobriu de cinzento fumo a silhueta das torres da Matriz, o colar sinuoso e luciluzente do sereno Rio e o vulto azul e alcantilado da Mantiqueira.

Naquela mesma tarde, em violento contraste, descia de um bonde no bairro de Higienópolis, por entre a garoa fina

e fosca da Paulicéia, o rosto castigado por inesperado vento agressivo e cortante, tendo na mão um guarda-chuva e uma mala quase vazia, o coração lacerado pelas primeiras mágoas e saudades, mas a mente firme, como que antever os percalços da luta, segura da determinação de não desertar a liça e de ser fiel à vocação até às últimas conseqüências.

Intelectualmente e moralmente, porém, o início vem de mais longe.

A respeito da formação intelectual devo prestar neste momento indizível tributo de gratidão a todos os meus Mestres de todos os cursos, desde D. Nenê Moraes, em cuja escolinha me alfabetizei logo na primeira infância, até catedráticos do mais alto desenvolvimento científico como Alexandre Correia, meu professor de Direito Romano e cicerone em Filosofia do Direito.

A todos eles, mesmo aos mais obscuros e aos menos informados, inclusive àqueles aos quais, em nossa imatura insatisfação e irreverência, considerávamos “maus professores”, a todos, quer queira, quer não, devo parcelas relevantes da minha estrutura cultural.

Mas a um deles não posso deixar de deferir particular realce, a saber, o filólogo Jerônimo de Aquino, meu professor de Português no Ginásio Nogueira da Gama, de Guaratinguetá. Grande incentivador de vocações como a de Brito Broca, Francisco de Assis Barbosa, Soares Amora, Homero Senna, os irmãos Lacaz, Meirelles Teixeira e tantos outros, — a ele devo tudo do pouco que aprendi na arte de escrever e de dizer, tal a calorosa, minudente e pertinaz dedicação com que, em classe, promovia a boa linguagem, cultuava a arte poética e divulgava os autores de prol.

Já quanto ao início e à própria substância da minha orientação moral, e mesmo jurídica, devo-os fundamentalmente ao ensinamento vivo de meu Pai.

Na meninice, na adolescência, na idade adulta, na sedimentação da maturidade, foi sempre o meu modelo constante e insubstituível.

A marcada imagem desse varão caboclo de quatro costados tem-me acompanhado diuturnamente, posto que, com o falecimento, em nada feneceu, realçando-se, antes, pelo contrário, em lúcidos e expressivos contornos!

Nas horas mais diversas das mais variadas épocas da vida sempre estive a vê-lo, arcanjo protetor, inarredavelmente ao meu lado, sendo-me difícil distinguir, quando se tratava ou se trata de uma evocação ou de uma presença.

E é assim que o diviso Ora debruçado sobre os cadernos e exercícios escolares, no afã de bem orientar os que se iniciavam sob os seus cuidados de mestre-escola; ora no cabo do arado, a rasgar entranhas da terra avoenga, com a força e a determinação de semeador convicto; aqui a enfrentar com sobranceira os chefetes políticos e os asseclas do coronelismo; ali, já encanecido, a topar um entrevero devido a desmandos de empregado de uma autoridade; desta feita, a compor-se com invasores de suas terras, num gesto de bom senso selado pela figura da transação consuetudinária; de outra, de joelhos, contrito, em oração, diante do altar do Santíssimo, rendendo graças e culto a Deus Nosso Senhor...

“Caráter” e “dignidade” foram as palavras que mais ouvi de sua boca, durante toda a minha infância e todo o lapso da adolescência que passei no aconchego do lar doméstico. Lições de caráter e exemplos de dignidade foram o que mais presenciei da parte dessa figura a um tempo provinciana e universal de homem justo!

Assim, tudo quanto porventura tenha podido aprender no colégio e nos cursos superiores, na pesquisa universitária e na preparação das obras científicas, nada mais significa, senão adminículos eruditísticos que, por assim dizer, foram dando corpo, foram especificando, foram complementando noções básicas e viscerais, adquiridas nos bancos dos primeiros ciclos escolares, bem assim no próprio seio da casa paterna.

A ponto que aqui me vejo diante de vós, para esta cerimônia que considero a mais alta e completa coroação da minha carreira de escritor, de professor e de devotado cultor do Direito. E, procurando auscultar a indagação que detecto em vossos semblantes, como que neles deparo uma certa expressão de perplexidade.

É que, vindo de Piratininga, com sangue e alma de desbravador, por certo me estais a perguntar: — “Paulista! que é feito das tuas esmeraldas? Mostra-no-las se de fato as encontraste e as trouxeste contigo!”

Ao que vos respondo: “Guardadas as proporções, repete-se o passado! As esmeraldas não existem Não são nem mesmo turmalinas. ”

Mas eis que, desta feita, um milagre se opera. É o milagre da amizade, da deferência, da benevolência.

E é por isso que hoje aqui me recebeis!

Porque a vossa grandeza, considerando mais a labuta do que o resultado, mais a faina da busca do que o quilate de quanto se logrou, pode perpetrar a maravilha de contar os meus pobres calhaus, tais como se de fato tivessem o brilho, a beleza, o encantamento.. — o valor das esmeraldas!

INDICE

HOMENAGEM

Goffredo da Silva Telles Junior em seu Jubileu de Cátedra A Redação	13
O pensamento Jurídico-Filosófico do Professor Goffredo Telles Junior Aloysio Ferraz Pereira	41

DOCTRINA

O Legado de Hobbes à Filosofia do Direito e do Estado Miguel Reale	57
Tecnologia Antônio Chaves	63
O Novo Código Tributário da Alemanha: como se deve legislar Ruy Barbosa Nogueira	77
Os Enfoques Universalista e Regionalista no Direito Internacional Haroldo Valladão	85
O Novo Direito do Mar e a América Latina Vicente Marotta Rangel	97
J. E. Labbé e a Natureza Jurídica do Casamento Romano José Carlos Moreira Alves	109
Reflexões sobre o Método do Ensino Jurídico Fábio Konder Comparato	119
Estado, Jurisdição e Garantias (Um Capítulo de História Constitucional) Nelson Saldanha	139
Do Discurso sobre a Justiça Tércio Sampaio Ferraz Júnior	153
A Revogação da Sentença no Direito Lusitano Moacyr Lobo da Costa	167

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

A Teoria da Interpretação segundo Tullio Ascarelli Miguel Reale	195
Sugestões para a Contribuição de Juizes e Advogados à Reconstrução da Nacionalidade Fábio Konder Comparato	211

O Direito Administrativo como Ciência Carlos Schmidt de Barros Júnior	225
---	-----

CRÔNICA DAS ARCADAS

Outorga do Título de Professor Emérito a Sylvio Marcondes A Redação	243
Saudação do Professor Fábio Konder Comparato ..	243
Discurso de Sylvio Marcondes Machado	249
Professor Titular Amauri Mascaro Nascimento — A Redação ..	261
Discurso de saudação de Nair Lemos Gonçalves	264
Discurso de posse de Amauri Mascaro Nascimento	268
Novo Titular de Direito Comercial, Mauro Brandão Lopes A Redação	275
Discurso de saudação ao Professor Mauro Brandão Lopes Oscar Barreto Filho	281
Agradecimento de Mauro Brandão Lopes	285
Professor Titular Tércio Sampaio Ferraz Júnior — A Redação	295
Saudação do Professor Miguel Reale	301
Discurso de agradecimento do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior	307
Professor da Faculdade de Direito na Academia Brasileira de Letras Jurídicas — A Redação	315
Discurso de saudação do Professor Haroldo Valladão	316
Discurso do Acadêmico Rubens Limongi França	323

Mr. Fábio Konder Comparato salue le Professeur Sylvio Marcondes	243
Discours de Mr. Sylvio Marcindes Machado	249
Le Professeur Titulaire Amauri Mascaro Nascimento	
La Rédaction	261
Discours de réception par le Professeur	
Nair Lemos Gonçalves	264
Le discours de Mr. le Professeur	
Amauri Mascaro Nascimento	268
Le Nouveau Titulaire de Droit Commercial: Mauro Brandão Lopes	
La Rédaction	275
Discours de Réception par le Professeur Oscar Barreto Filho	281
Le Discours de Remerciements par le Professeur	
Mauro Brandão Lopes	285
Le Professeur Titulaire Tércio Sampaio Ferraz Júnior	
La Rédaction	295
Le Discours de réception par le Professeur Miguel Reale ..	301
Discours de Remerciements de Mr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior	307
Un Professeur de la Faculté de Droit dans l'Académie Brésilienne de Lettres Juridiques	
La Rédaction	315
Discours de Réception par le Professeur Haroldo Valladão	316
Discours de l'Académicien Rubens Limongi França	323



IMPRESA OFICIAL DO ESTADO S/A

SÃO PAULO - BRASIL

1981

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).