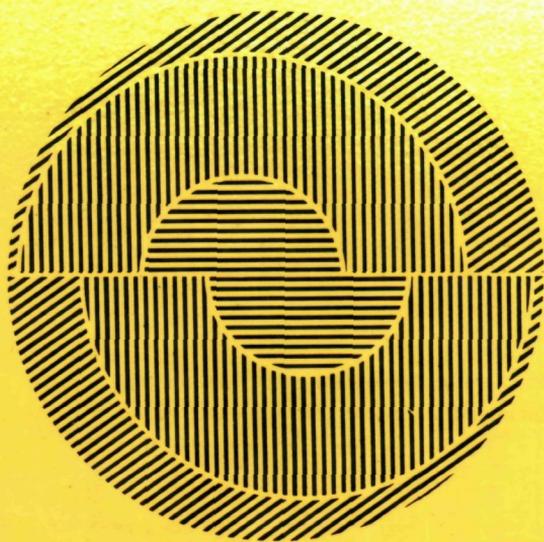


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1979  
ANO 16 • NÚMERO 62

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 16 n. 62 — abril/junho 1979

**Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal**

---

---

**Fundadores:**

**Senador AURO MOURA ANDRADE  
Presidente do Senado Federal  
(1961—1967)**

**Dr. ISAAC BROWN  
Secretário-Geral da Presidência  
do Senado Federal  
(1946—1967)**

---

---

**Direção:**

**LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL**

---

---

**Chefe de Redação:**

**ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR**

---

---

**Capa de GAETANO RÉ**

**Composição e Impressão:**

**Centro Gráfico do Senado Federal**

**Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília-DF**

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 16	nº 62	abr./jun. 1979
-----------------	----------	-------	-------	----------------

---

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração  
são de responsabilidade de seus autores

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 30,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria  
de Edições Técnicas

SOLICITA-SE PERMUTA  
PIDESE CANJE  
ON DÉMANDE L'ÉCHANGE  
WE ASK FOR EXCHANGE  
SI RICHIERE LO SCAMBIO

Revista de informação legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-  
Brasília, Senado Federal.

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,  
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.  
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-  
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

### COLABORAÇÃO

	<i>Pág.</i>
Os enfoques universalista e regionalista no Direito Internacional — Pela Justiça Social Internacional — <i>Haroldo Valladão</i> .....	5
A denegação de justiça no Direito Internacional: doutrina, jurisprudência, prática dos Estados — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i> ...	23
Democracia e representação — <i>A. Machado Pauperio</i> .....	41
Comunicação, Estado e Sociedade — <i>R. A. Amaral Vieira</i> .....	49
Trabalho e sistemas políticos — <i>Paulo A. N. Figueiredo</i> .....	55
Da responsabilidade do Prefeito pela não-promulgação das leis — <i>Rubem Nogueira</i> .....	101
Evolução das Leis do Inquilinato — <i>Luis Antonio de Andrade</i> .....	107
Índio — <i>Antônio Chaves</i> .....	117
Direito patrimonial de família no Projeto do Código Civil brasileiro e no Direito português — <i>Clovis V. do Couto e Silva</i> .....	133
Estudo comparativo entre o Código Civil e o Projeto de Código Civil de 1975 em matéria de regime de bens entre os cônjuges — <i>Fabio Maria de Mattia</i> .....	169
Alguns aspectos da obrigação alimentar — <i>Marco Aurelio S. Viana</i> ...	191
Da necessidade de nova intervenção do legislador para restabelecer a harmonia entre o Direito Civil e o Processo Civil — <i>Alcino Pinto Falcão</i> .....	211
Interpretação no Direito de Autor — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	219
Algumas considerações sobre o capital estrangeiro (ilegalidade das discriminações sem base na lei federal) — <i>Arnoldo Wald</i> .....	259
Teoria finalista da ação — <i>Everardo da Cunha Luna</i> .....	265
Contencioso administrativo — <i>Edylcéa Nogueira de Paula</i> .....	271
Funcionário público — <i>Raimundo Viana</i> .....	281
Princípios gerais de Direito Agrário — <i>Igor Tenorio</i> .....	289
Breves notas sobre as origens da regra de inamovibilidade dos juizes no Direito francês — <i>Carlos Alberto Provençano Gallo</i> .....	297

### INFORMÁTICA JURÍDICA

Uma visão atualizada dos sistemas computarizados de informações jurídicas .....	305
---	-----

### PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	319
---	-----

# Os enfoques universalista e regionalista no Direito Internacional

Pela Justiça Social Internacional

Professor HAROLDO VALLADÃO

Presidente da Comissão Jurídica  
Interamericana — Caracas, 1978

## SUMÁRIO

**1** — Objeto do trabalho: colocação em evidência, princípios e normas do Direito Internacional, sob os signos do universalismo e do regionalismo. **2** — O moderno Direito Internacional 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 Direito Internacional, sob o signo universalista. **4** — A precária posição dos juristas. **5** — O Direito Internacional europeu, regionalista, individualista, fragmentário, aristocrático. **6** — Sua exacerbação no século XIX, domínio da África e Ásia. **7** — O Direito Internacional americano, regional, mas com espírito universalista, comunitário, orgânico, democrático. **8** — O primeiro encontro entre o Direito Internacional europeu e o americano: Haia, 1907. **9** — O reconhecimento europeu do Direito Internacional 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 solidariedade 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 o signo 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 Internacional <sup>(1)</sup>, **Jus inter gentes**, 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...

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",

(1) Vd. H. Valladão, "Democratização e Socialização do Direito Internacional", Rio, 1961, ps. 16 e ss., e em francês, "Démocratisation et Socialisation du Droit International", Paris, Sirey, 1962, pages 16 et ss.; em castelhano, Colegio do México, México, 1963.

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 República**, onde consolidava o absolutismo com o conceito básico do "poder soberano", "**puissance perpétuelle et absolue de la République**".

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 Vitória**, 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 **inter gentes** fora da base privado-individualista do Direito romano.

Note-se como ele respondeu 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, abstraíndo 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 **jusnaturalismo** 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 “eclético” **Vattel**, 1714-1767, que era “nettement individualiste”, fazendo predominar “l'intérêt de l'État 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, Inglaterra 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 États non chrétiens, comme de ceux qui n'ont 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 réciprocité 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 selecionar 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, **Klüber**, **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 à 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 europeias. 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”.

Completo-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 Direito Internacional no século XIX e princípios do século XX, vindo do continente americano, com o seu Direito Internacional 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 europeias, dizendo-se “cristãs” e “civilizadas”, lhes dispensavam sob as exigências da política e da moral (**H. Valladão**, “Democratização e Socialização do Direito Internacional”, cit.). No Brasil, **Pimenta Bueno** e, depois, **Clóvis Bevilacqua** tiveram ocasião de verberar os atentados das grandes potências contra os direitos do cristianíssimo e civilizado Império do Brasil.

(2) Em uma autorizada crítica do Direito Internacional europeu, **C. H. Alexandrowicz**, cursos na Académie de la Haye (Recueil, 100/207 e 123/123, 1968) mostrou que a Europa se estabeleceu, no século XIX, como uma espécie de “founder 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 concluiu tratados (assim Portugal, Espanha, Holanda, França) com Estados das mesmas Índias, citando o Tratado de Poona, 1769, entre o Vice-Rei de Goa, em nome da Coroa de Portugal, e Peshova, Chefe do Estado de Marathra, que veio a ser aplicado em 1960 pela Corte da Haia no litígio entre Portugal e a Índia acerca dos “enclaves” de Diu e Nasser.

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: "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 concluía-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 **Bolívar, Artigas, O'Higgins, San Martín** 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**, "Democratização e Socialização do Direito Internacional", 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", pág. 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 Internacional 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 extradição até do nacional, salvo para os crimes políticos, da abolição do corso... E continuaram nos Tratados Continentais de Santiago e de Washington, de 1856, 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 vencido (3).

E os dois supremos princípios verdadeiramente constitucionais, de um autêntico Direito Internacional, o da proscricção 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**, “Democratização e Socialização do Direito Internacional”, 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 de bellatio”, qual se pode ver das lições do autorizado internacionalista **F. de Martens**, expressando sentir geral no Velho Mundo, **Bluntschli**, **Carnazza Amari**, **Piedelievre**...

(3) Esse nobre padrão jurídico do Brasil e o seu amor pela solução pacífica dos conflitos internacionais explicaram sua convocação ao alto cenário internacional 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 superárbitro nas reclamações de nacionais da França, Itália, Alemanha e Bélgica contra o Chile, em consequência da Guerra do Pacífico, 1864/5.

No entanto já surgem, em nosso continente, obras de Direito Internacional que versam problemas internacionais **americanos**; assim, de autores sul-americanos, **Seljas, Rafael**, I., "El Derecho Internacional hispanoamericano, público e privado", 5 volumes, 1884/1886, e **Alcorta, A.**, "Curso de Derecho Internacional", Buenos Aires, 1886. E da própria Europa, **Pradier Fodéré** 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 1º volume de 1886 e os outros seguindo-se em número de 6, até 1906. No título e na introdução (nº XV) acentuava que consideraria o Direito Internacional "au point de vue des principes, 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", vol. I, 1901, págs. 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 1ª 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**, "Democratização e Socialização do Direito Internacional", cit.). Note-se que na 1ª Conferência, 1889, se esboçara o ideal de codificação do Direito Internacional, concretizado na 2ª Conferência Internacional Americana, México, 1902, aprovado na 3ª Conferência, Rio, 1906, em Convenção, ratificada, criando a Comissão Internacional de Juristas Americanos destinada a preparar um Código de Direito Internacional Público e outro de Direito Internacional Privado 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 ser 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 1ª 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 1ª, 1889, às seguintes, do México, 1902, Rio, 1906, Buenos Aires, 1911, Santiago, 1925, Havana, 1928, Montevideu, 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 2ª Conferência Internacional de 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 XX (4).

Reuniam-se **pela primeira vez os Estados independentes do mundo**, e nesta assembléia 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 comprometessem 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 de muitos Estados da América Central e do Sul. Na ocasião o delegado do Brasil, **Rui Barbosa**, levantou na Conferên-

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

cia "une question grave, la plus importante de toutes pour la paix du monde et pour la civilisation du globe" e que se fosse então resolvida, "ce serait la bénédiction de cette conférence", a da **abolição do direito de conquista**, "le fléau de la conquête, toujours à 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 2ª Conferência de 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.

9. É muito importante constatar e proclamar que a Europa teve, afinal, de reconhecer o valor do Direito Internacional americano.

Proclamou-o o Presidente da Conferência, **Nelidof**, Delegado da Rússia, na sessão de encerramento: "Pour la première fois, des représentants de tous les États constitués se sont trouvés réunis, afin de discuter les intérêts qui leur sont communs et dont l'objectif est le bien de l'humanité tout entière. En cela, ajoute-t-il, l'association à nos travaux des représentants de l'Amérique Latine a contribué incontestablement au trésor commun de la science avec des éléments nouveaux et très précieux, dont la valeur nous était imparfaitement connue jusqu'à présent."

10. Assegurado em Haia, em 1907, o princípio da igualdade dos Estados, desenvolveu-se o **processo da democratização do Direito Internacional** e já num sentido menos individualista.

No Brasil, logo em 1910, o insigne jurista **Clóvis Bevilacqua** rompe novos horizontes ao Direito Internacional, declarando textualmente: "Partindo da idéia da sociedade dos Estados, **dá-se por fundamento ao direito público internacional, não a soberania, princípio de direito interno, mas a solidariedade, fenômeno social de alta relevância**, pelo qual devemos entender: a consciência de que as nações cultas têm interesses comuns, que transbordam de **suas fronteiras, e para a satisfação dos quais necessitam umas do concurso das outras**; e, ainda, a consciência de que a ofensa desses interesses se reflete sobre todas elas, de onde a necessidade de garanti-los por um acordo comum" (**Direito Público Internacional**, I, pág. 13).

À idéia de soberania, norte do moderno Direito Internacional ao surgir nos séculos XV e XVI, substitui **Bevilaqua** a de **solidariedade**, base democrática e socializadora do autêntico Direito Internacional dos meados do século XX. Havia, pois, aquele grande jurista de acrescentar que tal solidariedade, a princípio só entre Estados da Europa e da América, se estendia aos povos da América do Sul e aos mais importantes da Ásia, concluindo com estas belas palavras: "E a sua tendência é estender-se a **todos os povos da terra, para proteger os fracos e atrasados**, e conferir a plenitude dos direitos, aos que se organizarem regularmente. Mais do que se imagina comumente, o sentimento de solidariedade, que é uma das formas em que se concretiza a idéia de justiça, vai dominando nas relações internacionais, quebrando os velhos moldes da prevenção diplomática e da protéria a blasonar, apontando para os canhões". Aí se achava antecipada a idéia socializadora da proteção de todos os povos fracos e atrasados.

11. As relações internacionais, profundamente abaladas em consequência da Primeira Guerra Mundial, 1914-1918, vão determinar, numa justa reação dos espíritos, um surto progressista democrático do Direito Internacional através das propostas de paz do Papa **Benedicto XV**, 1917, indicando uma arbitragem internacional generalizada e das vindas da América, do Presidente **Wilson**, com célebres declarações de 6 e 8 de janeiro de 1916, 11 de fevereiro e 14 de junho de 1918, nas quais se punham os interesses dos povos, a sua vontade acima da dos governantes e se pleiteava a fundação de uma Sociedade Geral das Nações com as garantias mútuas de independência política e integridade territorial absolutas, que assegurasse a paz e a justiça e resolvesse todos os litígios internacionais.

E, afinal, o Tratado de Paz, de Versailles, de 20 de junho de 1919, consagrando-as em maior parte, abria-se com o Pacto da Sociedade das Nações, postulando a criação de uma Corte Permanente de Justiça Internacional, e praticamente se encerrava, no Título XIII, com a formação da Organização Internacional do Trabalho, visando à "paz universal", "fundada sobre a base da **justiça social**".

Se a Assembléia da Sociedade das Nações possuía organização democrática, todos os Estados-Membros com igualdade de votos, o seu poderoso Conselho seguindo o tradicional sistema aristocrático europeu das grandes potências, assegurava-lhes cinco lugares permanentes, perpétuos e, nas deliberações respectivas, ainda num individualismo clássico se mantinha, em geral, o princípio da unanimidade.

Confirma-se então na Europa e se proclama a contribuição americana para o direito internacional, em particular pelo jurista germânico **Karl Strupp**, que intitulava a edição francesa de sua obra "Droit Public Universel, Européen et **Américain**", 1927. Ao mesmo tempo os Estados americanos, numa obra admirável de codificação do Direito Internacional, iniciada, preparada e concluída por uma Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro, de 1912 a 1927, aprovam na 6ª Conferência Pan-Americana de Havana, 1928, uma série de Convenções, **precursoras** no mundo, todas

em vigor, ratificadas por muitos Estados americanos, versando a *Condição dos Estrangeiros, Tratados, Funcionários Diplomáticos, Agentes Consulares, Neutralidade Marítima, Asilo, Deveres e Direitos dos Estados nos Casos de Lutas Civis, Direito Internacional Privado (Código Bustamante)* e na de Montevideu, 1933, sobre Extradicação. No mesmo ano de 1928, a 10 de dezembro, abria-se em Washington a Conferência Internacional Americana de Conciliação e Arbitragem, de que resultou a *Convenção Geral de Conciliação Interamericana* e o *Tratado de Arbitragem Interamericana*, amplo e obrigatório, de Washington, 5 de janeiro de 1929, em vigor, ratificado por vários Estados.

Mas a Sociedade das Nações veio logo a ter o seu prestígio destruído por não poder coartar as deletérias atividades de conquista de territórios e de colonialismo, com a revolta de dois de seus membros iniciais e do próprio grupo das grandes potências, do Japão invadindo e ocupando parte da China, a Mandchúria, 1932, da Itália guerreando e anexando a Etiópia, outro membro da Sociedade, 1935; com o "colonialismo" renascido em certas formas de Mandato e, afinal, com a incorporação pela Alemanha, da Áustria e de parte da Tcheco-Eslováquia, 1938, com a agressão da Finlândia pela Rússia, 1939, todos membros da Sociedade, sem que esta nada pudesse fazer.

Caminhava, assim, para a dissolução o grande órgão de Genebra, abafado por tão grosseiras violações do Direito Internacional e **no entanto la-se reforçando a solidariedade continental nas Américas**, em particular com a resolução pacífica pelos Estados americanos do grande conflito do Chaco entre a Bolívia e o Paraguai, com o não-reconhecimento de aquisições territoriais pela força, *Declaração de 3 de agosto de 1932*, *Protocolo de 21 de junho de 1935* e *Ata de 21 de janeiro de 1936*, e *Tratado de Paz, Amizade e Limites de Buenos Aires*, entre os dois Estados, de 21 de julho de 1938.

E em 30 de janeiro de 1936 outra voz se ergue das Américas, a do Presidente **Franklin Roosevelt**, ressaltando o sucesso do acordo Bolívia-Paraguai, para convocar uma Conferência Extraordinária Interamericana, a da **Consolidação da Paz**, de Buenos Aires, dezembro de 1936, visando proteger melhor a manutenção da paz entre as Repúblicas Americanas, por várias medidas que seriam "em prol da paz mundial", "servindo para complementar e reforçar os intentos da Sociedade das Nações", com esta frase lapidar: "Todos temos desfrutado **as glórias da independência**. Encaminhem-nos, agora, para as que **nos oferece a interdependência**". (Rio, dez., 1936.)

E a conferência pôde proclamar a "existência de uma democracia **solidária** americana" e mais que "a comunidade internacional americana, aceitava os seguintes princípios: **a)** la proscrición de la conquista territorial y, en consecuencia, ninguna adquisición hecha por la violencia será reconocida; **b)** está condenada la intervención de un Estado en los asuntos internos y externos de otro Estado; **c)** es ilícito el cobro compulsivo de las obligaciones pecuniarias; y **d)** toda diferencia o disputa entre las naciones de América, cualquiera que sean su naturaleza y su origen, será

resuelta por la vía de la conciliación, del arbitraje amplio o de la justicia internacional.”

Foi mais longe a Conferência no verdadeiro pensamento democrático, de extensão mundial dos progressos jurídicos, propugnando, ainda, pela possibilidade de adesão e acessão por todos os Estados aos Tratados e Convenções das Conferências Interamericanas, na Resolução pela **Universalização do Regime Jurídico Internacional**.

12. Com a Segunda Guerra Mundial, 1939 a 1945, desaparece a Sociedade das Nações e funda-se, logo após a Paz, a Organização das Nações Unidas, através da Carta de São Francisco, de 26 de junho de 1945, vigorando de 24 de outubro seguinte, que decorreria da célebre Carta do Atlântico, de 14 de junho de 1941, repudiando a conquista territorial ou de outra espécie, estabelecendo o princípio da autodeterminação dos povos, prevendo a cooperação econômica e a renúncia ao emprego da força, das Declarações das Nações Unidas de Washington, de 1º de janeiro de 1942, e da Declaração de Moscou, de 30 de outubro de 1943, para a criação “de uma organização internacional baseada no princípio da igualdade soberana de todos os Estados pacíficos e aberta a todos os Estados, grandes e pequenos”.

Em verdade o preâmbulo da Carta e seus artigos 1º e 2º consagram princípios fundamentais de Paz, Justiça, Cooperação, Igualdade soberana de todos os Membros, da integridade territorial e da independência política de qualquer Estado etc., enfim, numa “união de esforços para a manutenção da paz e da segurança internacional... para promover o progresso econômico e social de todos os povos”. Infelizmente em outros textos, e sobretudo na sua aplicação, viram-se a exclusão inicial de vários Estados, dos neutros durante a guerra de 1939-1945, as dificuldades a princípio criadas para a admissão de novos Membros, e admitiu-se predomínio no Conselho de Segurança dos cinco grandes Estados, membros permanentes com o direito de veto, art. 27, nº 2... Mas progrediu-se em muitos pontos sobre a Sociedade das Nações, por exemplo, na substituição, para as deliberações do princípio da unanimidade pelo da maioria, qualificada, ou simples, arts. 18, nºs 2 e 3, 20, 67, nº 2, 72, nº 2, 89, nº 2, 90, nº 2, 109, nº 3, 110, nº 3, e, afinal, em 1955, na Resolução, Ação Unida para a Paz.

Avançou ainda mais a Carta das Nações Unidas, determinando se promovesse a Cooperação Internacional Econômica e Social, arts. 61 e seguintes.

Mas a grande luta democrática dentro da ONU se desenvolveu no sentido de sua universalização, sempre postulada e defendida pelos Estados latino-americanos (Ata de Chapultepec, 1945), e afinal vitoriosa a partir de 1955 com a abolição do colonialismo (propugnada nas importantíssimas X Conferência Internacional Americana, de Caracas (1954), e Conferência Afro-Asiática de Bandung) e a integração hoje de, praticamente, quase todas as nações do mundo, principalmente da África, com a independência de vários povos, em especial das colônias portuguesas e ainda, do Caribe.

13. O ideal socializador do Direito Internacional, inicialmente previsto, segundo vimos, na América Latina, adquirira grande força com a Declaração de Princípios Americanos aprovada em Lima, na 8ª Conferência Interamericana, a 24 de dezembro de 1938, onde propugnava-se pela conservação da ordem mundial “bajo el régimen de la ley, de la paz basada en la justicia y del bienestar social y económico de la humanidad”; e se resolvia que: “7ª — La reconstrucción económica contribuye al bienestar nacional e internacional, así como a la paz entre los pueblos.”

O Presidente **Franklin Roosevelt** levaria esse alevantado ideal pan-americano à comunidade internacional incluindo-o na Carta do Atlântico, de 14 de agosto de 1941, em forma avançada: “Quinto — Desejam promover, no campo da economia, a mais ampla colaboração entre todas as nações com o fim de conseguir, para todos, **melhores condições de trabalho, prosperidade econômica e segurança social.**”

Já nos fins da guerra, os Estados americanos, na célebre Declaração de Princípios da Comunidade Americana, do México, fevereiro-março de 1945, reconheciam solenemente entre as “normas diretrizes das relações entre os Estados que a compõem”, as seguintes: “15 — A colaboração econômica é essencial à prosperidade comum das nações americanas. A **miséria** de qualquer dos seus povos, quer sob a forma de pobreza, de desnutrição ou de insalubridade, **afeta cada um e por conseguinte todos em conjunto**”. “16 — Os Estados americanos consideram **necessária a justa coordenação** de todos os interesses a fim de criar uma **economia de abundância**, na qual se aproveitem os recursos naturais e o trabalho humano, com o objetivo de elevar as condições de vida de todos os povos do Continente.”

Colocava-se no mais alto nível a **cooperação econômica internacional**, proclamava-se o interesse e a necessidade para todos os Estados de cooperar para a melhoria das condições de vida de todos os povos, enfim, sustentava-se o contrário do que escrevera **Voltaire** no século do individualismo: “Telle est la condition humaine que souhaiter la grandeur de son pays, c'est souhaiter mal à ses voisins. Il est clair qu'un pays ne peut gagner sans qu'un autre perde.”

E o pan-americanismo, de um **ideal** dos patriarcas da independência, **de diplomático** nas conferências internacionais americanas, **de militar** na última guerra, teria de se realizar, objetivamente, e veio a ser **jurídico** com a Carta dos Estados Americanos, de Bogotá, 30-4-1948, reafirmando no art. 5º os princípios da comunidade internacional americana: “**h**) a justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura; **l**) a cooperação econômica é essencial para o bem-estar e para a prosperidade comuns dos povos do Continente”, tratando, porém, de tal cooperação nos artigos 26 e 27 de maneira tímida.

Mister se fazia, porém, dar um real impulso à cooperação econômica interamericana, qual o plano **Marshall** dera à europeia, alçando-a dos estudos e pareceres, tímidos e burocráticos daquele Conselho, para uma ação decisiva, ampla e rápida dos Chefes de Governo dos Estados ame-

ricanos, de completa e efetiva assistência aos Estados subdesenvolvidos do Continente. Foi o que propôs o Presidente do Brasil, Dr. **Juscelino Kubitschek**, em maio de 1958, com a "Operação Pan-Americana, OPA", a cooperação ativa dos Estados americanos, visando, no Continente, "eliminar o subdesenvolvimento" e suprimir a "impiedosa coexistência da miséria e do excesso de riquezas", afinal adotada "pelos ministros do Exterior dos Estados americanos, em 24 de setembro de 1958".

Chegava-se, assim, ao último estado do pan-americanismo, **econômico-social**, em forma ativa e positiva.

14. Mas o ideal brasileiro da Operação Pan-Americana, pela sua manifesta justiça e eqüidade na ajuda efetiva aos Estados subdesenvolvidos, não podia ficar restrito aos Estados americanos. Impunha-se a sua universalização.

Assim foi proposto, solenemente, pelo Brasil, na sessão inaugural da XVI Assembléia-Geral das Nações Unidas, em setembro de 1960.

O Presidente dos Estados Unidos, **John Kennedy**, em março de 1961 enviava mensagem ao Congresso propondo a plena efetivação dos ideais da Operação Pan-Americana, com a "Aliança para o Progresso", para dar um sólido fundamento social e econômico à estrutura interamericana, visando nesse novo Plano as necessidades sociais dos países, a elevação dos níveis de vida da América Latina.

Finalmente chegaria a vez das Nações Unidas, que viria dar dimensão universal às iniciativas brasileiras e norte-americanas, com a Resolução de 19 de dezembro de 1961, da XVI Assembléia, estabelecendo a "Década do Desenvolvimento", um programa para a Cooperação Econômica Internacional, complementada pela Resolução de 3 de agosto de 1962, do seu Conselho Econômico e Social, pondo ênfase na necessidade do fortalecimento da independência econômica dos países menos desenvolvidos.

Dai a Conferência das Nações Unidas, de Genebra, de março-abril de 1964, sobre Comércio e Desenvolvimento, com a presença de 120 Estados, que adotou resoluções importantíssimas para ajuda financeira aos Estados menos desenvolvidos e ao seu comércio internacional, constante da obrigação para os Estados desenvolvidos de reservar 1% de sua renda nacional para assistir aqueles países e da remoção de barreiras e outorga de um regime preferencial para as exportações de produtos primários manufaturados dos mesmos países. Muito relevante, ademais, para o desenvolvimento econômico foi ter essa Conferência se tornado definitiva como órgão da Assembléia-Geral com uma Junta Permanente de Comércio e Desenvolvimento, que se instalou em Nova Iorque, em abril de 1965, afinal **institucionalizada** como novo órgão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, a UNCTAD, com sede naquela cidade e sucessivas reuniões pelo mundo, estimulando, para sua finalidade, Agências Especializadas das Nações Unidas e de outras organizações internacionais.

15. Mas o aperfeiçoamento que se impõe na ordem internacional, qual se vem fazendo na ordem interna, consistirá em estabelecer que a cooperação para o desenvolvimento econômico-social e a integração são deveres de todos os Estados, são obrigações jurídico-internacionais.

A esse ponto chegaram os Estados americanos quando da 2ª Conferência Extraordinária Interamericana do Rio de Janeiro, de 17/30 de novembro de 1965, ao aprovar a Ata Econômica Social do Rio de Janeiro, com a seguinte declaração: "Ser indispensável incorporar ao sistema interamericano, no campo econômico-social, os princípios de segurança, solidariedade, cooperação e assistência mútuas, com caráter de obrigatoriedade jurídica, sem prejuízo de que os Estados-Membros adotem de imediato as medidas pertinentes para pôr em prática os princípios expressos na presente Ata."

Representava no clássico Direito Internacional uma autêntica revolução, um passo agigantado para dar-lhe aquela dimensão econômico-social que, sob a égide da justiça social, veio, a partir do começo do século, a socializar o conservador Direito Privado e, após as grandes guerras, o próprio Direito Constitucional.

Significou na verdade a última etapa de sua democratização, iniciada em Haia, em 1907, e coroada no Rio, em 1965, como obra gloriosa das Américas. Mas na revisão final da Carta da OEA, em Buenos Aires, não se manteve aquele caráter de obrigatoriedade jurídica...

16. Todavia continuam no mundo, e mui justamente, as lutas, em tal sentido, dos Estados em desenvolvimento para a sua plena integração no progresso econômico e social (5).

Enfoque-se na mesma linha, e em ponto alto, a notável **Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados**, aprovada pelas Nações Unidas em 1975.

Mas não bastam apenas textos legislativos, internos ou internacionais. **Mister se faz cuidar de sua efetivação.** Com tal finalidade, considere-se a Resolução do IHLADI, Undécimo Congresso, de Madri-Salamanca, 5-12 de outubro de 1977, sobre a Nova Ordem Econômica Internacional, na qual defendemos e vimos aprovada esta conclusão: "3ª La equidad y la justicia social constituyen las bases esenciales del orden económico internacional. A la luz de estos principios deben ser interpretadas y aplicadas las normas del Derecho internacional económico."

17. Teremos de marchar, agora, para uma nova campanha, a da Reforma da Justiça Internacional.

Apresentamo-la em discurso inaugural como Presidente da Sessão do Institut de Droit International de Nice, 1967, com o título: "As Novas Di-

(5) Vd. **Haroldo Valladão**, "Democratização e Socialização do Direito Internacional", e o livro "Novas Dimensões do Direito: Justiça Social", 1961, Desenvolvimento, Integração, capítulos: I — As novas dimensões do Direito Internacional; II — Aos juristas da integração sem violência; III — Da organização judiciária para os problemas internacionais do desenvolvimento econômico e social; VI — Reforma agrária, magno problema jurídico do século; VII — João XXIII, "Pater et Magister Gentium"; VIII — Espaço e corpos celestes não pertencem ao homem; e IX — O direito do espaço interplanetário.

mensões do Direito Internacional". Ali, após ter exaltado a Justiça Social como "o verdadeiro ideal tanto em direito interno como em direito internacional", mostramos que "devem ser mudados os limites de lógica formal dos processos de arbitragem e julgamento, atualizando a justiça internacional" (H. Valladão, "Novas Dimensões do Direito", cit., págs. 5 e 7).

Esse espírito renovador já havíamos manifestado como Vice-Presidente da Reunião de Juristas de Montevidéu, 1966, para um Projeto criando um Tribunal da ALALC, nestes termos: "Impõem-se, para o novíssimo direito econômico e social internacional novíssimas e avançadas soluções no campo jurisdicional e muitas delas se encontram satisfatoriamente nos textos do Tratado e no ato especial da Comunidade Econômica Européia sobre sua Corte de Justiça, e, ainda, no Tratado de Integração Econômica Centro-Americana." Estávamos e estamos sempre na Democratização e Socialização do Direito Internacional (H. Valladão, "Novas Dimensões", cit.).

Na mesma diretriz, dando ao assunto o máximo prestígio, escrevia esse insigne pensador americano de nossa época, Don Rafael Caldera, em 1974: "Na minha opinião, a grande mudança que o Direito Internacional espera e exige deveria ser feita através da Justiça Social Internacional."

Impõe-se, realmente, uma ampla abertura nos organismos judiciários e no processo, internacionais, qual vem ocorrendo no direito interno, por exemplo, no direito do trabalho, no direito tributário, no direito econômico...

Não pode a justiça ser apanágio exclusivamente dos juristas, nem permanecer com métodos de trabalho seculares, num irascível confronto pela vitória, de escritos e discursos infundáveis, de uma verdadeira guerra sem sangue. Precisamos de cortes e tribunais múltiplos, especializados, até de órgãos parajudiciais, não só de juristas, mas integrado também por outros altos expoentes culturais, conhecedores dos fatos e das relações internacionais, que se reúnam com novo espírito, o da conciliação ou da reconciliação, rápida e eficaz, sem verbalismo nem papelada, sem vencedores nem vencidos.

**18.** Nesse esboço jurídico e histórico, observamos no Direito Internacional duas fases de seu nascimento e evolução, ambas regionais, a se desenvolverem e se sucederem, uma européia, aristocrática, absolutista, individualista, outra americana, democrática, humana, social, para se encontrarem e chegarem na etapa contemporânea, a grandiosa síntese final, em que predominaria o uno e pleno internacionalismo, que é uma espécie de universalismo, o do globo terrestre.

A internacionalização é a constante de nossos tempos. Em verdade tudo atualmente tende a se internacionalizar de imediato, idéias, novidades, descobertas, comportamentos, leis e convenções.

O conhecimento humano e a conseqüente repercussão e o respectivo relacionamento dos homens e dos povos superam tempo e espaço. São instantâneos e universais pelos novíssimos sistemas de comunicação (até por satélites), ultrapassando o nosso fim do século XX, as grandes desco-

bertas dos séculos XV e XVI, da imprensa, da bússola, da nova navegação marítima, das Américas e das Índias, hoje com a aviação, o rádio, a televisão, o átomo e o espaço exterior.

Constatamos, assim, que todo direito novo e novíssimo nasce no século atual; o do trabalho e os aéreo, nuclear, espacial — internacionalizados, para todo o mundo, pois a internacionalização é a forma, a marca universalista do Globo Terrestre. Do planalto internacional é que ele desce para o direito interno, em códigos, leis, regulamentos, decisões.

Assim foi com o verdadeiro Direito Internacional que se constituiu, no Tratado de Versalhes, de 1919, a Sociedade das Nações, a Corte Internacional de Justiça e a Organização Internacional do Trabalho. Esta, a base imortal do direito do século XX, do **direito social**, através desses felizes textos: “visando a paz universal”, “fundada na Justiça Social”. Também é de 1919 a criação do direito aéreo, com a célebre Convenção de Paris, de 1919.

E, ultimamente, as certidões de nascimento dos novísimos direito atômico ou nuclear e direito interplanetário ou do espaço exterior, são convenções internacionais. Para o primeiro, os Estatutos da Agência Internacional da Energia Atômica, da IAEA, aprovados pelas Nações Unidas em 1956, e a Convenção sobre Responsabilidade Civil sobre Usos Pacíficos da Energia Nuclear, de **Viena, 1963**. Para o segundo, o Tratado sobre Espaço Cósmico ou Ultraterrestre, de Londres, Moscou e Washington, 1967.

Quando saiu o primeiro satélite artificial, em outubro de 1957, escrevemos em jornais do Rio e logo em novembro de 1957, em intervenção e projeto, aprovado, de criação de um Comitê de Direito Interplanetário, e na 10ª Conferência Interamericana de Advogados, de Buenos Aires, proclamamos a necessidade imediata de um direito interplanetário, sob **autêntico signo universalista** para regular os problemas do espaço ocupado pelos satélites, **espaço solar ou interplanetário**, da galáxia solar. Falamos, ainda, de um remoto direito **inter gentes** planetárias, caso encontrasse o homem, nos satélites e planetas a descobrir, seres inteligentes. Afirmamos, mesmo, que o espaço e os corpos celestes seriam não apenas **res communes omnium**, mas **res communes omnis** “universi”. E acrescentamos que o novíssimo direito jamais nasceria com o pecado original do Direito Internacional europeu da ocupação de terras e escravização dos respectivos habitantes (**H. Valladão**, “Paz, Direito, Técnica”, 1969, cap. “Direito Interplanetário e Direito Intergentes Planetárias”). Foram vitoriosos esses pontos de vista na Conferência seguinte, XI, da mesma FIA (**H. Valladão**, “Novas Dimensões do Direito”, cit., 334 e ss.).

Finalmente, na Sessão do Institut de Droit International, de Bruxelas, 1963, ao se estudar a matéria, Regime Jurídico do Espaço, propus, sendo aprovado, no preâmbulo da Resolução, substituir a expressão “esprit général” pela própria “esprit **universel**”. Ainda no art. 1º da Resolução, correspondente ao art. 2º, do Tratado antes referido, propus, sendo aprovado, que, em vez de se proibir a apropriação **nacional**, se dissesse, **qualquer** apropriação, do espaço e corpos celestes. (Ann. 1963, vol. II, p. 68).

# A denegação de justiça no Direito Internacional: doutrina, jurisprudência, prática dos Estados

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati)

## I. *Sentido próprio e alcance da denegação de justiça*

O conceito de denegação de justiça, tão freqüentemente utilizado na prática arbitral e judiciária, assim como na doutrina, sempre apresentou grandes dificuldades à determinação precisa de seu sentido e alcance, por definição ou enumeração. No entanto, o conhecimento adequado da noção de denegação de justiça, em relação à aplicação da regra do esgotamento dos recursos de Direito interno no processo internacional, é relevante para a própria determinação da responsabilidade internacional dos Estados.

O termo *denegatio justitiae* incorporou-se ao vocabulário do Direito internacional no transcorrer de longa evolução histórica, cujas origens remontam à baixa Idade Média, estreitamente ligada à proteção outorgada pelo príncipe a seus súditos no exterior, cuja sanção por excelência era a concessão de represálias privadas<sup>(1)</sup>. É na instituição destas últimas, a partir dos séculos XIII e XIV, que se encontram as raízes históricas da denegação de justiça: com base na idéia da responsabilidade coletiva, as cartas de represália eram concedidas pelo príncipe ou rei para se assegurar a justiça onde houvera ela sido negada<sup>(2)</sup>. A origem da denegação de justiça está, assim, intimamente vinculada à da regra do esgotamento dos recursos internos<sup>(3)</sup>.

(1) Charles de Visscher, "Le déni de justice en droit international", 54 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1935] p. 370; A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, N.Y., MacMillan, 1947, p. 34.

(2) Ch. de Visscher, *op. cit.*, pp. 371/372 and n. 4; Lord McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, pp. 297/304, and vol. III, pp. 414/415.

(3) Cf. A. A. Cançado Trindade, "Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law", 12 *Revue Belge de Droit International* [1976] pp. 499/527; Vide também A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Nederlands Tijdschrift voor International Recht/Netherlands International Law Review* [1977] pp. 373/392.

Nos séculos XVI e XVII, o sistema de represálias privadas apresentou os primeiros sinais de declínio em alguns dispositivos de tratados, em decorrência da ascensão do Estado moderno, centralizando poderes e politicamente organizado, e detentor do exercício da função de proteção dos nacionais no exterior. Relacionada àquela função protetora, a denegação de justiça tornou-se um conceito do Direito internacional *costumeiro* (4).

Ao fim do século XVIII os Estados, como sujeitos e órgãos do Direito internacional, haviam assumido exclusivamente a proteção dos interesses de seus nacionais no exterior, e a noção de denegação de justiça passou a ser utilizada em relação a alguma falha da justiça protetora (já desvinculada da antiga prática de represálias privadas). Condenou-se a justiça privada, e a nova teoria, com a predominância de uma concepção unitária do Estado, passou a favorecer uma sistematização dos deveres e responsabilidades internacionais dos Estados; por outro lado, entretanto, mostrou-se de certo modo restrita devido a um exagero da noção de soberania (5).

A cristalização mais recente do conceito de ilegalidade no Direito internacional tornou de certa maneira supérflua uma interpretação ampla do termo “denegação de justiça”; daí a necessidade de se examinar a falha da justiça protetora *em cada caso específico*. Spiegel adverte que “toda a teoria da responsabilidade internacional se baseia em um *standard* que varia de acordo com as diversas circunstâncias do ato em questão. O termo “denegação de justiça” não transmite as características inatas daquele *standard*, pois este último depende não só da pessoa responsável pelo ato em questão, como também de diversas outras circunstâncias, como a situação do país como um todo” (6). De fato, é quando se tenta determinar o *âmbito* da noção de denegação de justiça que surgem sérias divergências.

A jurisprudência dos tribunais internacionais fornece muitos exemplos de tal dificuldade. Assim, por exemplo, advogou-se ponto de vista particularmente amplo da denegação de justiça, tanto no caso *El Triunfo Company (EUA) v. El Salvador* (1902) (7), quanto no caso *Robert E. Brown (EUA) v. Grã-Bretanha* (1923) (8), em que se afirmou que não só os atos dos tribunais, mas também os dos governantes de um país — recaindo assim sob os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário — poderiam acarretar e contribuir para a configuração da denegação de justiça. A sentença no caso *Interoceanic Railway of Mexico et al. (Grã-Bretanha) v. México* (1931) (9), igualmente, sustenta a teoria de que a responsabilidade por denegação de justiça pode não restar necessaria-

(4) A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, p. 63.

(5) Ch. de Visscher, *op. cit.*, p. 373.

(6) H. W. Spiegel, “Origin and Development of Denial of Justice”, 32 *American Journal of International Law* [1938] pp. 79/80.

(7) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 458/479.

(8) *Ibid.*, vol. VI, pp. 120/131.

(9) *Ibid.*, vol. V, pp. 178/190 and 133.

mente com as autoridades judiciais apenas, mas também com as não-judiciais, embora no caso se tivesse concluído que não ocorreria denegação de justiça.

Adotou-se noção mais estreita de denegação de justiça no caso *Antoine Fabiani* (França v. Venezuela, 1896) <sup>(10)</sup>, envolvendo falhas de execução de uma sentença arbitral estrangeira provida de *exequatur* interno; a denegação de justiça foi então considerada em relação a atos de autoridades judiciais (negação de acesso aos tribunais, atrasos indevidos, pressão do Executivo sobre os tribunais, suspensão do processo). No caso *Cotesworth e Powell* (Grã-Bretanha v. Colômbia, 1875) <sup>(11)</sup>, examinou-se a denegação de justiça no contexto de má conduta na administração da justiça e impossibilidade de execução de um julgamento (devido a um ato de anistia livrando o culpado das conseqüências de seus atos); traçou-se uma distinção entre a denegação de justiça e atos de injustiça notória (cf. *infra*), o primeiro conceito cobrindo, e.g., atrasos indevidos e recusas dos tribunais a proferir julgamentos de modo apropriado, e o segundo aplicando-se a sentenças pronunciadas e executadas em manifesta violação do Direito (estendendo-se, assim, além da recusa de acesso aos tribunais).

No caso *Janes (EUA) v. México* (1925) <sup>(12)</sup>, configurou-se a denegação de justiça em relação à falha das autoridades em apreender um homicida, ao passo que, no caso *Massey (EUA) v. México* (1927) <sup>(13)</sup>, disse ela respeito à falha das autoridades em punir um homicida, tendo-se afirmado que a responsabilidade pode existir por atos de má conduta de quaisquer funcionários, qualquer que seja seu *status* ou posição hierárquica. No caso *North American Dredging Company of Texas (EUA) v. México* (1926) <sup>(14)</sup>, manteve-se uma cláusula Calvo, impedindo o reclamante de apresentar o caso a seu governo (em relação à matéria contratual em questão), mas a cláusula não seria operante no evento de uma denegação de justiça em violação do Direito internacional.

No caso *Martini* (Itália v. Venezuela, 1930) <sup>(15)</sup>, considerou-se a denegação de justiça em relação a uma decisão de uma Corte de Cassação nacional, cobrindo as questões da conduta dos juízes e de julgamentos errôneos ou injustos (dos tribunais internos), contrários a sentenças internacionais. No caso *Neer (EUA) v. México* (1926) <sup>(16)</sup>, levantou-se a

(10) *Ibid.*, vol. X, pp. 83/139.

(11) In J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898, pp. 2050/2085. E cf. também o caso *Interocean Transportation Company of America (Great Britain) v. United States* (1937), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* [1935/1937] (ed. H. Lauterpacht), pp. 276/278 and pp. 272/274, para a regra do esgotamento dos recursos internos.

(12) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 82/98 and 138.

(13) *Ibid.*, pp. 155/164.

(14) *Ibid.*, pp. 26/35.

(15) *Annual Digest of Public International Law Cases* [1929-1930] (ed. H. Lauterpacht), pp. 153/158. Cf. também debate (sobre procedimentos em tribunais internos) no caso *Salem* (EUA v. Egito, 1932), in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 1188/1203.

(16) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 60/66 e 138.

questão da denegação de justiça em relação a *standards* internacionais, considerando-se desnecessária ou impertinente a distinção entre seu sentido lato (i.e., aplicando-se a atos das autoridades do Executivo e Legislativo, assim como a atos dos tribunais) e seu sentido restrito (aplicando-se a atos do Judiciário) (17). De modo semelhante, no caso *Eliza* (EUA v. Peru, 1863) (18), sustentou-se que o tratamento de estrangeiros deveria ser determinado em relação ao Direito internacional (a denegação de justiça, no caso, consistindo em falha em dar efeito a uma decisão judicial de proteção).

No caso *Chattin* (EUA) v. *México* (1927) (19), elaborou-se uma distinção entre responsabilidade indireta e direta, a primeira abrangendo, e.g., falta de proteção pelo Judiciário contra atos de indivíduos lesando um estrangeiro, e a segunda resultando de atos de funcionários do governo não relacionados com atos ilícitos prévios de indivíduos; a situação seria idêntica em relação ao dano, se causado pelo Judiciário ou pelo Executivo, e a denegação de justiça propriamente dita só ocorreria em relação a atos que implicassem ou acarretassem responsabilidade indireta.

Seria pertinente aqui observar que, por muito que tenham os casos acima clarificado a questão da denegação de justiça, desenrolaram-se eles no contexto mais amplo do tratamento de estrangeiros, em época em que o exercício da proteção diplomática era o mecanismo por excelência da implementação da responsabilidade internacional do Estado. Isto não é mais inteiramente verdadeiro hoje (20), tendo tal prática se tornado alvo de críticas com fundamentos distintos (*infra*), e tendo as condições e circunstâncias da vida internacional, e o comportamento e as atitudes dos Estados nas relações entre si, modificado sensivelmente.

Não obstante, a jurisprudência (acima) revela uma certa uniformidade de opinião em um ou dois pontos: a ação internacional não pode se efetuar até que se tenham esgotado em vão os recursos do Direito interno com o conseqüente estabelecimento de uma denegação de justiça, e não se pode presumir tal denegação até que se esgotem sem sucesso os recursos internos. Tal foi a posição tomada, e.g., nas Arbitragens Venezuelanas de 1903. O árbitro da Comissão Ítalo-Venezuelana sustentou no caso *De Caro* que, como o reclamante não se valera do direito — sob o Código de Processo Civil venezuelano — de interpor um recurso diante de um tribunal nacional, não poderia receber reparação pelos danos: “certamente antes que pudesse ele recorrer a um tribunal internacional, uma vez terminada sua ação diante do tribunal [interno],

(17) Cf. *ibid.*, p. 61.

(18) A. de La Pradelle/N. Politis, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, vol. II, Paris, Éd. Internationales, 1957, pp. 271/280. Em sua *note doctrinale* muito citada sobre o caso, os autores se referem à “notion du déni de justice, dont le caractère fuyant et complexe semble défier toute définition” (*ibid.*, p. 280).

(19) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 282/312.

(20) Reconhece-se hoje que o apogeu dos temas da denegação de justiça e do esgotamento dos recursos internos, tal como tradicionalmente abordados no tratamento de estrangeiros particularmente, pertence ao passado; cf. Roberto Ago, “First Report on State Responsibility”, *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, p. 137.

deveria estar ele em condições de demonstrar a ocorrência de real denegação de justiça concernente ao assunto de sua apelação" (21). E no caso *Puerto Cabello etc., Railway*, o árbitro da Comissão Britânico-Venezuelana declarou que não se poderia presumir uma denegação de justiça uma vez que a companhia reclamante havia preferido utilizar-se da ação diplomática sem ter recorrido previamente aos tribunais internos venezuelanos para solucionar as questões em litígio (22).

O problema do alcance da denegação de justiça foi também discutido no processo diante da Corte Internacional. Assim, no caso *Losinger*, por exemplo, o agente do governo suíço (Sr. Sauser-Hall), em seu argumento oral de 5 de junho de 1936, traçou uma distinção entre denegação de justiça no Direito interno e no Direito internacional. No Direito interno a expressão abrangia casos de recusa de acesso aos tribunais, ao passo que no Direito internacional compreendia obstrução de acesso aos tribunais competentes, atrasos indevidos, obstáculos no processo de esgotamento dos recursos internos precedendo um pedido de proteção diplomática. A partir do momento em que o reclamante pudesse estabelecer com certeza a ineficácia dos canais legais, estaria ele apto, de acordo com o Direito internacional, a tentar obter reparação no plano internacional por intermédio de seu governo (23).

Na qualidade de consultor do governo belga no caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Henri Rolin declarou, muito pertinentemente, diante da [antiga] Corte Permanente de Justiça Internacional, em 19 de março de 1939, que era possível delinear duas correntes teóricas de pensamento sobre a questão da denegação de justiça: "há os que entendem a denegação de justiça em sentido lato, como compreendendo a violação do Direito internacional, e há os que, ao contrário, consideram-na como a falha no funcionamento formal do órgão judiciário nacional, mas que reconhecem, ao lado disso, como caso de responsabilidade internacional a violação de um compromisso internacional por uma jurisdição nacional" (24).

O tópico da denegação de justiça tem sido alvo de atenção de diversas tentativas de codificação do Direito sobre responsabilidade do Estado (principalmente por danos causados a estrangeiros) efetuadas por

(21) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 643/644.

(22) *Ibid.*, vol. IX, p. 527 (o caso também ilustra o efeito da falha em esgotar recursos internos face a uma *demand for interest*). Outros casos poderiam ser aqui citados, como, e.g., o caso das reclamações de *R. Gelbtrunk* e "*Salvador Commercial Co.*" et al. (El Salvador v. EUA, 1902), em que, levando em conta a regra do esgotamento dos recursos internos, os árbitros determinaram que uma reclamação internacional se justificaria em caso de denegação de justiça ou quando um recurso aos tribunais internos tivesse sido claramente inútil ou em vão; decidiu-se no caso que os reclamantes tinham direito a compensação. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 476/478. Mas no caso do *S.S. "Lisman"* (EUA v. Grã-Bretanha, 1937), embora o reclamante não tivesse ainda esgotado os recursos internos, sua reclamação foi examinada pelo árbitro em virtude de alegações de denegação de justiça; mas, enfim, como o árbitro não encontrasse mérito algum na reclamação, foi esta consequentemente rejeitada. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1789/1790 e 1793.

(23) CPJI, caso *Losinger*, Série C, n. 76; Pleadings, Oral Statements and Documents; p. 313.

(24) CPJI, caso da *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Série C, n. 88; Pleadings, Oral Statements and Documents; p. 418.

órgãos internacionais, entidades privadas ou indivíduos. Essas tentativas revelaram uma certa diversificação no abordamento do problema em questão. O projeto sobre proteção diplomática de 1925 do *American Institute of International Law* (25) e o *Restatement of Law* de 1965 do *American Law Institute* (26) parecem adotar um conceito amplo de denegação de justiça, imputável a um Estado por atos não especificamente de seus tribunais mas de suas autoridades em geral. Enquanto alguns textos deixam a questão aberta (27) ou nela não se detêm (28), a grande maioria dos trabalhos de codificação sobre o tema conceberam a denegação de justiça como pertinente a atos dos *tribunais* nacionais em particular: tais foram os casos, e.g., do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros, preparado em 1930 pelo *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht* (29), assim como do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos Internacionais, elaborado em 1932 pelo Professor Roth (30).

Mas mesmo aqueles que identificaram a denegação de justiça nos atos de órgãos *judiciais* apenas discordaram entre si quanto ao *âmbito* da denegação de justiça. Podem-se distinguir duas correntes principais de pensamento: primeiramente, a que sustenta que a denegação de justiça abrangeria também os “julgamentos manifestamente injustos” dos tribunais nacionais, tal como advogado pelo Projeto de 1929 da *Harvard Law School* (31), e pelo *Institut de Droit International* em sua sessão de 1927 (32). Mas é pertinente observar que, em seu Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Danos a Estrangeiros, de 1961, os professores Sohn e Baxter, de Harvard, preferiram simplesmente não empregar a expressão “denegação de justiça”, e utilizar ao invés dela os termos “denegação de acesso a um tribunal ou uma autoridade administrativa” e “denegação de um *fair hearing*” (33). De modo semelhante, as Bases de Discussão (especial-

(25) Artigo IV, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 227.

(26) *Foreign Relation Law of the United States*, ns. 178/182, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1971] — II, p. 195.

(27) Artigo 34 do “Projeto de Alejandro Alvarez sobre os Princípios Básicos do Direito Internacional” (como emendado e adotado pela *Académie Diplomatique Internationale*, 1935), cit. in 15 *Revue de Droit International* [1935] p. 538.

(28) Projeto de 1926 da *International Law Association* do Japão, in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, p. 141; resolução de 1956 do *Institut de Droit International* sobre a regra do esgotamento dos recursos internos, in 46 *Annuaire I.D.I.* [1956] — II, p. 358; resolução de 1965 do *Institut de Droit International* sobre o caráter nacional de uma reclamação internacional apresentada por um Estado por dano sofrido por um particular, in 51 *Annuaire I.D.I.* [1965] — II, pp. 260/262. E cf. o trabalho do *Institut* de suas sessões de 1900 sobre responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros, e de 1931/1932 sobre proteção diplomática de nacionais no exterior.

(29) Artigo 3(3), cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, p. 150.

(30) Artigo 7, cit. *ibid.*, p. 152.

(31) Artigo 8, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 229.

(32) *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1927] — III, pp. 330/335; cf. principalmente artigos 5 e 6 das resoluções, pp. 331/332.

(33) Artigos 6, 7 e 8, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, pp. 143/144.

mente nºs 5 e 6), elaboradas em 1929 pelo Comitê Preparatório da Conferência de Haia para a Codificação do Direito Internacional, procederam por meio de enumeração, sem empregar a expressão “denegação de justiça” (34). E, novamente, em 1930, o artigo 9 dos dispositivos adotados pela Terceira Comissão da Conferência de Codificação de Haia evitou utilizar o termo “denegação de justiça” (35).

A segunda corrente de pensamento representa possivelmente a mais restrita interpretação do conceito de denegação de justiça, igualando-o a denegação de *acesso* a tribunais internos. Tal foi a posição advogada em 1926 por G. Guerrero em seu relatório ao Comitê de *Experts* para a Codificação Progressiva do Direito Internacional da Liga das Nações: “a denegação de justiça consiste em recusar a permissão a estrangeiros de acesso fácil aos tribunais para defender os direitos que o ordenamento jurídico nacional lhes concede; a recusa por parte do juiz competente de exercer jurisdição também constitui uma denegação de justiça” (36). No ano seguinte, o Projeto de Tratado, de autoria do Professor Strupp, sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, também caracterizou a denegação de justiça como denegação a estrangeiros de *acesso* aos tribunais nacionais (37).

A noção de denegação de justiça foi também interpretada restritivamente em Parecer sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado, proferido em 1962 pela Comissão Jurídica Interamericana (Parecer da maioria), representando os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos sobre a matéria; o Parecer dispôs que “o Estado não é internacionalmente responsável por uma decisão judicial que não seja satisfatória ao reclamante” (38).

Um exame da literatura jurídica especializada no tema revela a mesma variedade de abordagem do problema da denegação de justiça. Dentre os expoentes de uma interpretação mais ampla do termo situam-se, e. g., Hyde, para quem a expressão abrange as falhas por parte de qualquer departamento ou agência do Estado relativas a qualquer dever para com os estrangeiros imposto pelo Direito internacional ou por tratado com seu país (39), e Fitzmaurice, que defende a aplicação do ter-

(34) Cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 223, e cf. pp. 223/225 para outras Bases de Discussão pertinentes.

(35) Cf. *ibid.*, p. 226, e cf. pp. 225/226 para outros artigos pertinentes. De modo semelhante, a Arbitragem Geral Panamenho-Americana de Reclamações prescindiu do termo “denegação de justiça”; cf. H. W. Briggs, *The Law of Nations*, 2.ª ed., N. Y., Appleton-Century Crofts, 1952, p. 679.

(36) Cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 222.

(37) Artigo 6, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1969] — II, pp. 151/152.

(38) Doc. OEA/Ser. I/VI.2, CLJ-61, p. 8. Para as posições conflitantes dos EUA sobre o assunto, cf. doc. (de setembro de 1965) OEA/Ser. I/VI.2, CLJ-78, pp. 7/9. E sobre o *background* da prática latino-americana, cf. materials in *Yearbook of the International Law Commission* [1956] — II, p. 226.

(39) C.C. Hyde, *International Law*, 2.ª ed. rev., vol. II, Boston, Little-Brown & Co., 1945, pp. 909/917.

mo a todo dano envolvendo a responsabilidade do Estado, cometido por tribunais ou quaisquer órgãos do governo em sua capacidade oficial em relação à administração da justiça <sup>(40)</sup>.

Entretanto, a maioria esmagadora de especialistas favorece, com variações, uma definição mais restrita de denegação de justiça, adequadamente limitada à conduta errônea de tribunais ou juízes, i.e., do órgão judicial encarregado da administração apropriada da justiça: tal é a posição tomada por Borchard <sup>(41)</sup>, Durand <sup>(42)</sup>, Bevilaqua <sup>(43)</sup>, Anzilotti <sup>(44)</sup>, Strisower <sup>(45)</sup>, Accioly <sup>(46)</sup>, Ch. Rousseau <sup>(47)</sup>, Henri Rolin <sup>(48)</sup>,

- 
- (40) G. G. Fitzmaurice, "The Meaning of the Term *Denial of Justice*", 13 *British Yearbook of International Law* [1932] pp. 108/114. E cf. também D.W. Greig, *International Law*, Londres, Butterworths, 1970, pp. 420/425. Similarmente, Moussa adota em princípio a concepção ampla de denegação de justiça, mas acrescenta que apenas em casos em que a denegação não resulta do prosseguimento dado ao processo já começado é que poderá a regra do esgotamento dos recursos internos ser suspensa em seus efeitos em virtude de denegação de justiça; A. Moussa, "L'étranger et la justice nationale", 41 *Revue Générale de Droit International Public* [1934] p. 455, e cf. pp. 441/459. Irizarry y Puente objeta à concepção restrita da denegação de justiça com base no argumento de que esta última pode ocorrer em caso de um departamento coordenado do governo deixar de agir, desse modo envolvendo tanto o Executivo quanto o Legislativo. Para ele, a definição ampla de denegação de justiça apresenta quatro elementos constitutivos, a saber: recusa de acesso aos tribunais; recusa de decisão, atraso na decisão, ou aplicação errônea da lei a um caso; falta de legislação ou legislação inadequada; e falha administrativa. Mas o pedido por parte do estrangeiro de proteção diplomática por denegação de justiça seria barrado se o direito de fazer valer seus direitos nos tribunais internos fosse proscrito por limitações estatuídas, ou no caso de uma cláusula Calvo, ou se o julgamento do tribunal tiver se tornado *res judicata*. Contudo, o termo denegação de justiça compreende em princípio atos ou omissões de todos os ramos do governo (Executivo, Legislativo e Judiciário), afirma o autor. Admitindo a possibilidade de um julgamento interno definitivo ou final ser *impeachable* pelo estrangeiro com base em denegação de justiça, Irizarry y Puente acrescenta que do ponto de vista do Direito internacional a eficácia legal de uma sentença final deve depender "da obrigação internacional do Estado de não administrar a justiça de uma maneira notoriamente injusta". J. Irizarry y Puente, "The Concept of *Denial of Justice* in Latin America", 43 *Michigan Law Review* [1944] pp. 383/385, 395/401 e 405/406; o autor, assim, cautelosamente endossa a tese do *standard* internacional de tratamentos de estrangeiros.
- (41) E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 330/343; E. M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", 1 *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* [1929] — I, p. 246.
- (42) Ch. Durand, "La responsabilité internationale des États pour déni de justice", 38 *Revue Générale de Droit International Public* [1931], pp. 711/712.
- (43) C. Bevilaqua, *Direito Público Internacional*, Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1911, vol. I, p. 219; e cf. também S. Sefériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1935] — I, pp. 73/76.
- (44) D. Anzilotti, "La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", 13 *Revue Générale de Droit International Public* [1906] — pp. 20/25.
- (45) Observações do autor, in 33 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1927] — I, pp. 476/479, e cf. discussões in 33 *Annuaire I.D.I.* [1927] — III, pp. 120 e ss.
- (46) H. Accioly, "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1959] — I, pp. 378/385.
- (47) Charles Rousseau, *Droit International Public*, Paris, Rec. Sirey, 1953, pp. 374/376 (incluindo também "julgamentos manifestamente injustos").
- (48) Henri Rolin, "Le contrôle international des juridictions nationales", 3-4 *Revue Belge de Droit International* [1967/1968] pp. 10/18, e cf. pp. 181, 188 e 202.

Oppenheim-Lauterpacht <sup>(49)</sup>, Brownlie <sup>(50)</sup>, Kelsen <sup>(51)</sup>, Castberg <sup>(52)</sup>, Ago <sup>(53)</sup>, Brierly <sup>(54)</sup>.

As conotações distintas do termo “denegação de justiça” em adjudicações internacionais têm dado margem a um certo ceticismo acerca de sua utilidade. Deve-se o sentido impreciso do termo (interpretações restrita e lata), segundo Lissitzyn, ao fato de que “a determinação de certas controvérsias quase nunca dependeu do sentido atribuído ao termo. Em quase todos os casos a verdadeira questão sempre consistiu em [determinar-se] se um Estado era ou não responsável internacionalmente por determinado ato ou omissão, e se tal ato ou omissão poderia ou não ser denominado denegação de justiça. Donde o uso incidental do termo na maioria dos casos” <sup>(55)</sup>. Conclui o autor, desse modo, que dever-se-ia evitar o termo tanto quanto possível, mesmo porque “os atos ou omissões específicos supostamente abrangidos por ele podem ser enumerados e definidos expressamente” <sup>(56)</sup>.

Esse ponto de vista é contestado por Freeman, que vê na expressão vaga de “denegação de justiça” uma característica dos “ramos vivos e em crescimento da ciência jurídica” em períodos de formação, emanando não exatamente de desacordo terminológico, mas sim de teses conflitantes remontando às próprias raízes da responsabilidade do Estado propriamente dita <sup>(57)</sup>. No decorrer de sua elaborada análise do tema, Freeman utiliza a expressão “denegação de justiça” em relação a falhas do Estado em sua obrigação internacional de estender proteção *judicial* aos direitos dos estrangeiros.

O exame de Freeman da distinção entre a responsabilidade sob o Direito interno e sob o Direito internacional, ou da relação entre Direito interno e o Direito internacional no que tange à proteção judicial,

- (49) L. Oppenheim, *International Law — a Treatise* (ed. H. Lauterpacht), vol. I, 8th ed., London, Logmans, 1967, pp. 359/361.
- (50) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 514/516.
- (51) H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, Holt-Rinehart and Winston, 1966, pp. 370/371.
- (52) Observações do autor, in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, p. 64.
- (53) Observações do autor, *ibid.*, pp. 35/39.
- (54) J. L. Brierly, *The Law of Nations* (6a. ed., ed. H. Waldock), Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 286/291. E para uma avaliação do termo, cf. J. G. de Beus, *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico*, Haia, M. Nijhoff, 1938, pp. 147/201, e pp. 130/132 para a regra do esgotamento dos recursos internos; e sobre a relação entre esta regra e a denegação de justiça (e. g., na prática das Comissões de Reclamações EUA-México), cf. também: F. S. Dunn, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, N.Y., Columbia University Press, 1933, pp. 199/273 e 24.
- (55) O. J. Lissitzyn, “The Meaning of Denial of Justice in International Law”, 30 *American Journal of International Law* [1936], p. 645, cf. pp. 638/645.
- (56) O. J. Lissitzyn, *op. cit.*, p. 646. Anos depois, na sessão de 1954 do *Institut de Droit International*, o *rapporteur* Verzijl levantou a questão se a denegação de justiça deveria ser abordada por meio de definição ou enumeração, verificando então que a grande maioria dos participantes preferia as fórmulas globais à enumeração de casos de denegação de justiça; Verzijl acrescentou que “si cela est recommandable pour le concept de *déni de justice*, il semble en être de même aussi pour la delimitation du domaine du *local redress* préalable et obligatoire”. Observações do autor, in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, p. 97.

constitui possivelmente uma de suas principais contribuições ao estudo da matéria. No Direito interno a noção de denegação de justiça era processual (i.e., deve haver acesso aos tribunais do país, e o juiz deve administrar a justiça apropriadamente), não se estendendo a violação de direitos sob o Direito substantivo. No Direito internacional o problema era diferente: "as obrigações do Estado em relação a seus nacionais, e seus direitos mútuos perante os tribunais são uma coisa; os deveres impostos pelo Direito internacional com respeito à proteção judicial dos nacionais de outros Estados são outra coisa bem diferente. A denegação de justiça na esfera internacional tem uma importância consideravelmente maior do que o conceito no Direito interno, destinando-se [...] a garantir e salvaguardar os direitos dos estrangeiros. Dever-se-ia, pois, tornar necessária a modificação da definição processual tradicional" (58).

A concepção restrita da denegação de justiça como uma recusa processual de acesso aos tribunais reduziu demasiadamente as regras que regem as obrigações do Estado concernentes ao tratamento judicial dos estrangeiros; por outro lado, a concepção lata da denegação de justiça, abrangendo todo ilícito internacional contra estrangeiros por parte de qualquer agência do Estado, gerou muita incerteza em torno dos princípios. Conseqüentemente, ambas as posições extremas foram rejeitadas por Freeman, que esposou um conceito moderadamente estreito de denegação de justiça, denotando "uma certa má conduta por parte do Judiciário ou órgãos funcionando na administração da justiça a estrangeiros"; dessa forma, o termo passaria a ter "valor definitivo ao indicar um tipo específico de ilícito internacional e ao colocar em nível compreensivo a análise da conveniência ou fundamento de determinada reclamação sob a regra do esgotamento dos recursos internos" (59). Para Freeman, assim, "as obrigações implícitas no conceito de denegação de justiça são duplas: primeiramente, elas cobrem a operação processual do mecanismo judiciário; e, em segundo lugar, elas compreendem o tratamento substantivo que se deve estender aos estrangeiros pelos tribunais ou quaisquer outros órgãos encarregados pelo Estado da função de administrar a justiça" (60).

(57) A.V. Freeman, *op. cit.*, pp. 182/183, e cf. p. 175.

(58) *Ibid.*, p. 178, e cf. pp. 13/27 e 72/115.

(59) *Ibid.*, p. 106, e cf. pp. 105/115 e 177. Observou Jaenicke que as várias definições propostas de denegação de justiça revelam que "a ênfase no direito do estrangeiro à proteção judicial é colocada no aspecto institucional e organizacional dos recursos" (e.g., independência e imparcialidade dos tribunais, concessão de audiência adequada, oportunidade de apresentar provas relativas a dispositivos contra atrasos do processo, e assim por diante); um fator fora de dúvida parece ser o de que "a proteção legal contra uma denegação de justiça pressupõe uma jurisdição civil e criminal em funcionamento, e o de que deve o estrangeiro ter acesso aos tribunais civis para processar e defender seus direitos civis contra outros nas mesmas condições que os cidadãos (nacionais)". G. Jaenicke, "Judicial Protection of the Individual within the System of International Law", in *Gerichtsschutz gegen die Exekutive/Judicial Protection against the Executive*, vol. 3, Max-Planck — Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln, Heymann/Oceana, 1971, pp. 303/304.

(60) A. V. Freeman, *op. cit.*, p. 51, e cf. p. 67. E para o levantamento do autor das várias formas de denegação de justiça na prática internacional, cf. *ibid.*, capítulos VIII a XIV, pp. 196/390.

Também preocupado com um entendimento claro do termo, Jiménez de Aréchaga advertiu que “o sentido do termo *denegação de justiça* não deveria ser empregado como um método de se restringir ou ampliar o âmbito da responsabilidade do Estado; a objeção óbvia é a de que a denegação de justiça e a responsabilidade do Estado não são expressões co-extensivas, e a de que a responsabilidade do Estado por atos do Judiciário não se exaure no conceito de denegação de justiça” (61). Mas isto não equivale a afirmar que o sentido da denegação de justiça torna-se tão-somente uma questão de terminologia; é também uma questão de importância prática, uma vez que a maioria dos tratados de arbitragem que utilizam a noção de denegação de justiça não a definem (62). Por conseguinte, “os tratados concluídos com base no conceito tradicional de denegação de justiça, tal como desenvolvido no direito de represálias e ensinado por escritores como Vattel, Fauchille e Anzilotti, deveriam ser interpretados à luz daquele conceito, que se restringe à recusa de acesso aos tribunais e ao atraso indevido em proferir decisões. Um julgamento manifestamente injusto, ou qualquer outra violação de regras internacionais pelos tribunais, pode dar origem à responsabilidade do Estado, mas a reclamação de que um julgamento [no ordenamento interno] é injusto não se sujeita *per se* a arbitragem sob aqueles tratados. Tornar-se-ia necessário um acordo especial para arbitrar tal reclamação” (63).

Uma corrente de pensamento que propôs uma distinção entre os sentidos *formal* e *material* ou *substantivo* da denegação de justiça clarificou até certo ponto a significação e o alcance daquele conceito. Um de seus maiores expoentes, Charles de Visscher, observou que, enquanto no passado a denegação de justiça já tinha se transformado no fundamento de todas as reclamações internacionais, só em época relativamente recente é que foi sistematizada a teoria geral da responsabilidade internacional dos Estados, e a definição de denegação de justiça tornou-se o campo de batalha entre Estados expansionistas interessados em estender ou ampliar o seu sentido e outros Estados tentando restringir a aceção do termo tanto quanto possível. Só mais recentemente é que propriamente se reconheceu que a responsabilidade internacional do Estado não se reduzia à denegação de justiça, e nem tampouco era esta última o único fator a engajar tal responsabilidade (64).

As diferenças terminológicas tornaram-se supérfluas em face do problema básico das condições de existência da responsabilidade inter-

(61) E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, p. 555, e cf. pp. 553/555.

(62) E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pp. 555/556.

(63) *Ibid.*, p. 556, e cf. pp. 556/557. Para um debate sobre denegação de justiça, se abrangendo ou não julgamentos injustos, à luz do caso *Barcelona Traction*, cf. E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility of States for Acts of the Judiciary”, in *Transnational Law in a Changing Society—Essays in honor of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lisitzyn), N. Y., Columbia University Press, 1972, pp. 171/187.

(64) Charles de Visscher, *op. cit.*, pp. 385 e 419.

nacional. Tal como concebida *stricto sensu* pelos autores clássicos, a denegação de justiça consistia na recusa de acesso aos tribunais ou em atrasos indevidos e obstáculos injustificáveis contra estrangeiros; Vattel, por exemplo, distinguiu diversos modos pelos quais a denegação de justiça poderia ocorrer, a saber, denegação de acesso aos tribunais ou atrasos indevidos — o sentido *formal* da denegação de justiça — e julgamentos manifestamente injustos — o sentido *material* da denegação de justiça <sup>(65)</sup>.

Charles de Visscher adotou o sentido formal do termo, ao definir a denegação de justiça em seu curso de 1923 na Academia de Direito Internacional <sup>(66)</sup>; mas, em seu curso em Haia de 1935, propôs ele uma definição mais ampla do termo, abrangendo igualmente os julgamentos manifestamente injustos, e cobrindo assim todas as falhas na função do Estado e obrigação internacional de conceder proteção judicial aos estrangeiros <sup>(67)</sup>. Sustentou-se, assim, que o termo denegação de justiça possuía dois aspectos principais, a saber: denegação de justiça *formal ou processual*, caso os tribunais nacionais não operassem ou não fossem acessíveis aos estrangeiros ou quando irregularidades (tais como atrasos indevidos) ocorressem no curso ordinário do processo, e denegação de justiça *material ou substantiva*, em caso de julgamentos manifestamente injustos em violação de preceito legal claro ou em caso de falha do Estado em fornecer recursos internos como requerido pelo Direito internacional; esta distinção encontrou apoio expresso também nos escritos de Kaufmann <sup>(68)</sup>, Guggenheim <sup>(69)</sup> e O'Connell <sup>(70)</sup>. Scelle preferiu discorrer sobre tipos *orgânico e funcional* de denegação de justiça, o primeiro ocorrendo quando não se permitisse o funcionamento do mecanismo institucional nacional para reparação de danos, e o segundo ocorrendo quando o mecanismo para a reparação estivesse organizado, mas a decisão final tivesse sido manifestamente injusta <sup>(71)</sup>.

Agravou-se o problema da denegação de justiça pela antinomia clássica entre os *standards* nacional e internacional de tratamento de es-

(65) *Ibid.*, pp. 388/389; acrescentou ele que a denegação de justiça aparecia com muito mais clareza em seu aspecto formal do que em seu aspecto material (*ibid.*, p. 395).

(66) Cf. Charles de Visscher, "La responsabilité des États", 2 *Bibliotheca Visseriana* [1924] — II, pp. 99/100.

(67) Charles de Visscher, "Le déni de justice...", *op. cit.*, pp. 390 e 392, e cf. p. 389 n. 2. Desse modo, rejeitou o autor tanto o ponto de vista restrito, limitando a responsabilidade à recusa de acesso aos tribunais, quanto a tese mais ampla, estendendo o termo a toda e qualquer ofensa contra o estrangeiro (e assim esvaziando o termo de todo significado técnico e dando origem a incertezas); cf. *ibid.*, pp. 392/393 e 388, respectivamente. A respeito da definição de denegação de justiça proposta pelo autor (em seus aspectos formal e substantivo), cf. também: Charles de Visscher, *Théories et réalités en Droit International Public*, 4.ª ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 307/317.

(68) Erich Kaufmann, "Règles générales du Droit de la paix", 54 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1935] — IV, pp. 431/432.

(69) Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Genève, Georg & Cie, 1954, pp. 13/14.

(70) D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed., vol. II, London, Stevens, 1970, pp. 945/950.

(71) Observações do autor, in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, p. 79, e cf. pp. 78/81.

trangeiros, antinomia subjacente ao tema. García Amador percebeu tal dificuldade quando, em seu Segundo Relatório sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros (1957) à Comissão de Direito Internacional da ONU, observou que "em matéria de responsabilidade pela conduta de órgãos judiciais o problema fundamental é o seguinte: o ato ou omissão causador do dano deve ser julgado em conformidade com um *standard* internacional ou com o próprio direito interno do país?" (72) García Amador tentou apresentar uma síntese da matéria ao associar a noção de denegação de justiça à questão da violação dos direitos individuais fundamentais: "o problema não pode e não deveria ser apresentado em termos de posições opostas irreconciliáveis, como ocorria na prática no passado. Os atos e omissões em questão aqui são, naturalmente, os que violam direitos humanos *fundamentais*" (73), declarou ele.

De fato, seu Projeto revisto de 1961 sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros sustentava que considerar-se-ia como ocorrida uma denegação de justiça se os tribunais nacionais privassem os estrangeiros de certos direitos humanos fundamentais (direito de acesso a salvaguardas, direito a audiência pública, outros direitos em matérias criminais), ou se fosse proferida uma decisão manifestamente injusta (excluído o erro judicial não gerando a responsabilidade do Estado), ou se uma decisão de um tribunal nacional ou internacional não fosse executada com o claro intuito de causar-lhes danos (74).

## II. *Interação entre denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos*

(72) *Yearbook of the International Law Commission* [1957] — II, p. 112, cf. pp. 110/112.

(73) *Ibid.* Para uma avaliação do *standard* de "tratamento nacional" e do *standard* "mínimo" no contexto do direito do tratamento de estrangeiros, cf. A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leyden, Sijthoff, 1940, pp. 62/123.

(74) Artigo 3, cit. in *Yearbook of the International Law Commission* [1961] — II, pp. 46/47, e cf. pp. 46/48 para os artigos 4 a 6; no que diz respeito à denegação de justiça, comparar artigos 4 e 15 (3) do projeto original com os artigos 3 a 16 e 18 do projeto revisto. Abordando, de modo semelhante, a clássica antinomia entre o padrão interno e o padrão mínimo internacional no tratamento de estrangeiros, Jennings sugeriu que podem eles vir a passar por novos desenvolvimentos sob o recente impacto do direito relativo à proteção dos direitos humanos, que, juntamente com o direito da responsabilidade do Estado *vis-à-vis* estrangeiros pode ainda, eventualmente, atingir uma síntese. Cf. R. Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law", 121 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1967] — II, p. 488, cf. pp. 486/494. Escritores soviéticos contemporâneos que abordaram o Direito internacional e a responsabilidade do Estado, ao invés de se deterem no tema da denegação de justiça e matérias afins, parecem ter preferido concentrar-se em outros aspectos mais recentes do direito da responsabilidade internacional dos Estados (incluindo a responsabilidade do Estado por atos afetando a paz internacional, e por atividades perigosas tais como testes nucleares, poluição do meio-ambiente, e assim por diante): cf. G. I. Tunkin, *Droit International Public — Problèmes Théoriques*, Paris, Pédone, 1965, p. 192, e cf. pp. 191/227; resenha bibliográfica de P. Kouris de D. B. Levine, "La responsabilité des Etats dans le Droit international contemporain" [em russo, Moscou, 1966], in 72 *Revue Générale de Droit International Public* [1968], pp. 269/272; e, para um abordamento semelhante, cf. também: P. Reuter, "Principes de Droit international public", 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1961], pp. 592/593 e 599; R. Quadri, "Cours général de Droit international public", 113 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1964] pp. 456/457 e 468/471.

Tendo considerado o sentido próprio e o alcance da denegação de justiça, podemos agora examinar sua interação com a regra do esgotamento dos recursos do Direito interno no processo legal internacional. Como observou o árbitro Huber no caso da *Zona Espanhola de Marrocos* (Reino Unido v. Espanha, 1924, Reclamação nº 53, de M. Ziat e B. Kiran), é princípio reconhecido do Direito internacional que, em países em que os estrangeiros estejam sujeitos à jurisdição territorial, uma reclamação internacional baseada em uma alegação de denegação de justiça “não é admissível a não ser que as diferentes instâncias da jurisdição local competente tenham sido previamente esgotadas” (75). De modo semelhante, observou Freeman, a regra do esgotamento dos recursos internos é “um imperativo que opera em interação com o conceito de denegação de justiça para formar a base da maioria das reclamações internacionais” (76).

Com efeito, tanto a prática diplomática quanto a adjudicação internacional deram margem a uma certa confusão entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos. Na prática, a denegação de justiça como fundamento da interposição diplomática pode perfeitamente relacionar-se com a regra do esgotamento dos recursos internos como pressuposto de tal interposição. Assim, não é surpreendente que, na prática diplomática, tenha-se confundido o termo *denegação de justiça* com o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, uma vez que o termo tem sido usado para significar a ausência ou falha de tais recursos (77). Sugeriu-se, por exemplo, que a sentença da Comissão de Arbitragem no caso *Ambatielos* (ampliando o âmbito da regra do esgotamento dos recursos internos de forma a abranger também os recursos processuais) (78) poderia ter sido “o resultado de uma certa confusão entre o esgotamento dos recursos internos e a denegação de justiça *stricto sensu*” (79).

(75) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 731. E cf. as observações subsequentes de Huber sobre denegação de justiça in *46 Annuaire de l'Institut de Droit International* [1956], p. 40.

(76) A. V. Freeman, *op. cit.*, p. 410. Guerrero referiu-se à denegação de justiça como sendo elemento essencial da regra do esgotamento dos recursos internos; cf. observações in *45 Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, pp. 67/68; cf. também os comentários de Bourquin sobre o assunto, *ibid.*, pp. 52, 54 e 57, e in *46 Annuaire I.D.I.* [1956], p. 29. Sobre a relação entre a denegação de justiça e a regra do esgotamento dos recursos internos, cf. também D. P. O'Connell, *op. cit.*, vol. II, pp. 845/846. Na prática dos tratados, consideravelmente vasta, que diz respeito à questão da denegação de justiça, podem-se distinguir duas posições básicas: a que considera competente o órgão internacional para decidir controvérsias acerca da denegação de justiça, e a que mantém que o estabelecimento de uma denegação de justiça é um pressuposto da competência do órgão internacional de proferir uma decisão final no caso em questão. Para exemplos de ambas as posições, cf. as listas de tratados enumerados in G. Gaja, *L'Esaurimento dei Ricorsi Interni nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè 1967, pp. 143/144 n. 20; e sobre a questão dos “atrasos razoáveis”, cf. *ibid.*, pp. 166/168, n.º 51.

(77) O. J. Lissitzyn, *op. cit.*, p. 637.

(78) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp. 83 ss., esp. p. 119.

(79) Roger Pinto, “La sentence *Ambatielos*/The *Ambatielos Award*”, *94 Journal du Droit International* (Clunet) [1957], p. 599. Ademais, “perante a Corte Internacional de Justiça, o governo britânico tratou a reclamação grega como se esta tivesse em vista o funcionamento defeituoso dos tribunais ingleses, uma denegação de justiça” (*ibid.*, pp. 599/601).

Mas por mais inter-relacionadas que possam estar essas duas questões, permanecem elas não obstante distintas. A noção substantiva de responsabilidade internacional diz respeito à obrigação do Estado de reparar as conseqüências de um ato ilícito a ele imputável; nesse contexto, observa Charles de Visscher, a denegação de justiça é distinta do dever de esgotamento dos recursos internos. A primeira é um tipo de ato internacionalmente ilícito constituído pela falha do Estado em seus deveres de proteção judicial a estrangeiros; o segundo constitui uma regra processual afetando menos as condições de existência da responsabilidade do que as condições de exercício da reclamação <sup>(80)</sup>.

Possivelmente uma das principais contribuições de Eagleton ao estudo do problema foi sua clarificação da relação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos. "Uma denegação de justiça só pode surgir nos casos em que se aplique a regra do esgotamento dos recursos internos", afirmou ele; "as duas regras são interligadas e inseparáveis: deve-se tentar utilizar os recursos internos até que ocorra uma denegação de justiça; uma denegação de justiça é uma falha nos recursos internos" <sup>(81)</sup>. Baseado em dados fornecidos pela prática dos Estados, acrescentou ele que o termo *denegação de justiça* era comumente usado em relação à "falha dos recursos judiciais", o que refortalecia o argumento de que tal denegação só se configurava quando falhavam os recursos internos <sup>(82)</sup>. A regra do esgotamento dos recursos de Direito interno exercia, desse modo, uma dupla função: em caso de sucesso, a operação dos recursos internos serviria para isentar uma responsabilidade precedente; em caso de insucesso, criaria uma responsabilidade original, ou então afirmaria uma responsabilidade final, e era esta segunda e última fase que fornecia exemplos de denegação de justiça <sup>(83)</sup>.

Pode-se abordar a relação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos de ângulo diferente, se se considerar a denegação de justiça como o fundamento de uma reclamação internacional

---

(80) Ch. de Visscher, "Le déni de justice...", *op. cit.*, p. 421, e cf. pp. 426/427; e para um estudo mais recente da questão, cf. A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* [1977-1978] pp. 333/370, esp. pp. 364/370.

(81) Clyde Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, N. Y., University Press, 1928, p. 113. O autor salienta que "praticamente sempre se discute a denegação de justiça em conexão com a regra segundo a qual os recursos internos devem, em primeiro lugar, ser esgotados"; Clyde Eagleton, "Denial of Justice in International Law", 22 *American Journal of International Law* [1928], p. 542.

(82) C. Eagleton, "Denial of Justice...", *op. cit.*, pp. 543/544, cf. pp. 543/554.

(83) *Ibid.*, p. 551. Ponderou Eagleton que, embora surgisse mais frequentemente nos tribunais, a denegação de justiça poderia também incluir "ações legislativas ou executivas que interfiram com o processo de obter reparação legal"; a denegação de justiça denotaria "a falta de reparação, que é geralmente um processo judicial, e inclui falhas judiciais em razão de influências do Executivo ou Legislativo; por outro lado, não pode ser ampliada para abranger todas as ilegalidades que ocorram resultando em reclamações internacionais". Enfatizando a necessidade de uma terminologia precisa, afirmou Eagleton que "o termo denegação de justiça deveria ser limitado em seu alcance"; cf. *ibid.*, pp. 541/550.

em que a questão básica seja “o que o Estado reclamado, através da instrumentalidade das instituições [de reparação], fez ou deixou de fazer em detrimento do reclamante”, e se se considerar como a questão básica subjacente à regra do esgotamento dos recursos internos “o que o reclamante fez ou deixou de fazer em detrimento de si próprio ao utilizar-se dessas instituições” (84). Encarando desse ângulo o problema, talvez se possa sugerir — como de fato o fez Mummery — que as regras relativas à denegação de justiça podem derivar de raízes diferentes das do princípio do esgotamento dos recursos internos; mas mesmo assim, como Mummery prontamente acrescentou, tanto uma como outra dizem respeito secundariamente a aspectos opostos: “o princípio da denegação de justiça, ao que o reclamante fez ou deixou de fazer, em seu próprio detrimento, assim contribuindo para o dano; a regra do esgotamento dos recursos internos [...] ao que o Estado reclamado fez ou deixou de fazer, i.e., forneceu ou deixou de fornecer, em detrimento do reclamante, deixando assim de prover um recurso eficaz” (85). Por isso, em última análise, “não obstante os *standards* diferentes que assim permeiam as duas regras, freqüentemente os casos de aplicação de uma regra serão de valor no contexto da outra; em particular, casos de denegação de justiça nos tribunais fornecerão às vezes exemplos *a fortiori* de recursos legais internos ineficazes” (86).

Tanto o *Institut de Droit International* quanto a Comissão de Direito Internacional da ONU discorreram sobre a questão do relacionamento entre a regra do *local redress* e a denegação de justiça. A questão foi debatida na sessão de 1954 do *Institut* (87), e também levada à atenção da Comissão de Direito Internacional pelo *rappporteur* García Amador em 1957-1958, ao discutir a relação entre a denegação de justiça e a cláusula Calvo sob o título geral de “esgotamento de recursos internos” (88).

No caso *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares, 1964), a Corte Internacional de Justiça, ao proceder significativamente à junção da quarta exceção preliminar espanhola (de não-esgotamento de recursos internos) ao mérito, observou que a alegação de falha no esgotamento dos recursos internos encontrava-se, no caso, “inextricavelmente inter-

(84) D. R. Mummery, “The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies” 58 *American Journal of International Law* [1964] p. 412.

(85) D. R. Mummery, *op. cit.*, pp. 412/413, n. 114.

(86) *Ibid.*, p. 414. Mais recentemente, indicou Fawcett que as questões de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos podem em certos casos (e.g., recursos ineficazes) apresentar-se inter-relacionadas e fazer com que toda a questão seja juntada ao mérito; J.E.S. Fawcett, “General Course on Public International Law”, 132 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* [1971], cap. XIV, p. 528.

(87) Cf. 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* [1954] — I, pp. 9/10, 24, 27/32, 35/39, 40/45, 50/57, 64, 67/68, 69, 72, 74, 76/83, 84, 88/97, 105 n. 1, 111; cf. em particular observações de Bourquin *ibid.*, pp. 51 e 57. Cf. também 46 *Annuaire I.D.I.* [1956] pp. 2/3, 12, 25/26, 29, 32/33, 40, 270, 277, 279/281, 309 e 313.

(88) Cf. *Yearbook of the International Law Commission* [1958] — II, pp. 58/59, e cf. também *Yearbook I.L.C.* [1957] — II, p. 112.

ligada à questão da denegação de justiça que constitui a maior parte do mérito”, pois “a objeção do reclamado de que os recursos internos não se esgotaram confronta-se, em todo o decorrer do processo, com a argumentação do reclamante de que foi, *inter alia*, precisamente na tentativa de esgotar os recursos internos que se foi vítima das supostas denegações de justiça” (89). A discussão da matéria prosseguiu nas audiências de 1969 perante a Corte, e particularmente no argumento oral do Professor Guggenheim, consultor da Espanha, de 23 de maio de 1969 (90). Também abordou a questão o juiz Tanaka, em sua explicação de voto no caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970) (91).

### III. Conclusões

Difícilmente se pode duvidar de que a denegação de justiça esteja intimamente ligada à regra do esgotamento dos recursos internos, com os dois conceitos interagindo para formar a base da maioria das reclamações internacionais. Entretanto, tem-se atribuído uma variedade de sentidos à denegação de justiça, cercado de dificuldades a determinação de seu âmbito e alcance. A jurisprudência internacional sobre o tema bem pode levar à suposição de que se trata de um problema a ser examinado à luz do *cas d'espèce*. Tal atitude, contudo, pouco auxiliaria o intérprete, e não forneceria indicações sobre o modo de abordar o problema.

Se se caracterizasse como denegação de justiça qualquer ilícito internacional (pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário) imputável ao Estado, a expressão se esvaziaria de todo sentido técnico. Com efeito, as tentativas de codificação da matéria e a grande maioria da literatura especializada no tema deixam hoje pouca margem de dúvida de que o termo aplica-se própria e particularmente em relação a falhas na atividade *judicial* do Estado. Assim, *em seu sentido próprio*, a denegação de justiça implica na recusa de um Estado em estender proteção judicial aos direitos dos estrangeiros através de seus recursos e dos tribunais nacionais (92).

Como o Comissário-Presidente Van Vollenhoven afirmou pertinentemente em seu Parecer no caso *Chattin (EUA) v. México* (1927), se a

(89) Caso da *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1964], p. 46.

(90) Cf. CIJ doc. C.R. 69/25 (tradução) de 23 de maio de 1969, pp. 2/4 e 15/25.

(91) Caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1970], explicação de voto do Juiz Tanaka, p. 144, e cf. pp. 141/160. Também sobre a “relação íntima” entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos, cf. L. Martínez-Agulló, “El Agotamiento de los Recursos Internos y el Caso de la ‘Barcelona Traction’”, 23 *Revista Española de Derecho Internacional* [1970] pp. 344/348 e 373/374; A. Mijangos de la Muela, “El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales”, 2 *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* [1963] p. 44.

(92) Ch. de Visscher, “La responsabilité des États...”, *op. cit.*, p. 90.

denegação de justiça “se aplicasse a atos do Executivo e das autoridades legislativas assim como a atos das autoridades judiciárias [...], não existiria ilícito internacional algum que não fosse abrangido pela expressão “denegação de justiça”, e a expressão perderia seu valor como uma distinção técnica”<sup>(93)</sup>. Longe de ser tão-somente um problema terminológico, a questão da denegação de justiça depara-se com os fundamentos da responsabilidade do Estado no Direito internacional.

Com relação ao esgotamento dos recursos do Direito interno, a denegação de justiça diz respeito a falhas no dever do Estado de prover tais recursos<sup>(94)</sup>. O termo compreende propriamente falhas nos recursos judiciais e no trabalho dos tribunais nacionais, em suma, na atividade do ramo *judicial* do Estado. No exercício da função de proteção, os tribunais nacionais podem incorrer em faltas acarretando denegação de justiça em casos de, e.g., atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais. Mas subsiste uma questão disputada e em grande parte discutível: a de se definir se se pode estender substantivamente o termo denegação de justiça a casos de julgamentos manifestamente injustos<sup>(95)</sup>.

(93) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 286, cf. pp. 282/312. E cf. também o caso *Saïem* (Egito v. EUA, 1932), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 1202, cf. pp. 1163/1237.

(94) Sobre a complementaridade de direitos e deveres (das partes interessadas) no processo de esgotamento de recursos do Direito interno, cf. A.A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 80, pp. 333/370, esp. pp. 352/360; A.A. Cançado Trindade, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1560/1634 (no prelo, ed. 1980).

(95) No decorrer das audiências (diante da Corte Internacional de Justiça) de 1969 do caso da *Barcelona Traction*, Henri Rolin, co-agente e consultor da Bélgica, alegou que a denegação de justiça propriamente dita incluiria atos concernentes ao conteúdo da decisão judicial interna, mas tal ponto de vista foi contestado por Paul Guggenheim, consultor da Espanha, que replicou que “as regras para a configuração de uma denegação de justiça propriamente dita relacionam-se a uma recusa de acesso aos tribunais, recusa de proferir uma decisão ou um atraso no processo em detrimento de um estrangeiro, e nada mais”. CIJ doc. C.R. 69/25 (tradução) de 23 de maio de 1969, p. 2, e cf. pp. 2/4 e 15/25. Em linhas semelhantes, o memorial belga no caso manteve uma visão ampla de denegação de justiça (imputável a órgãos judiciais, governamentais ou administrativos), enquanto o contramemorial espanhol advogava visão mais restrita de denegação de justiça, compreendendo ou denegação de livre acesso aos tribunais ou atrasos indevidos na apresentação da sentença. Em relação a esse debate no caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase), um dos juizes da Corte Internacional de Justiça alegou subseqüentemente que, para que criassem responsabilidade internacional, as decisões judiciais internas deveriam ser flagrantemente injustas, notoriamente *unfair* e manifestamente inequitativas. Cf. E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit. supra* n. 63, pp. 171/187. Sobre esse ponto, cf. dados coletados in Lord McNair, *International Law Opinions*, vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, pp. 295/322, esp. 305/311. — Há autores que preferem distinguir entre denegação de justiça e injustiça manifesta: A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5.ª ed. rev., Madrid, Aguilar, 1969, pp. 308/309; A. O. Adede, “A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law”, 14 *Canadian Yearbook of International Law* [1976] pp. 86/92; para Accioly, as decisões manifestamente injustas devem ser apreciadas como tais, e a injustiça manifesta acarreta a responsabilidade do Estado; H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, Rio, Imprensa Nacional, 1933, pp. 303/304; Bevilacqua prefere enumerar casos em que se configuraria uma denegação de justiça: cf. Clóvis Bevilacqua, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio, Liv. Francisco Alves, 1910, p. 219.

# Democracia e representação

A. MACHADO PAUPERIO

A má compreensão do princípio da liberdade de crença levou a democracia, desde o início, no mundo moderno, a ser encarada apenas como forma de governo e não como filosofia de vida. Não foi por outra razão, aliás, que, enquanto a Declaração da Independência, de THOMAS JEFFERSON, de 1776, se referiu quatro vezes a Deus, a Constituição dos Estados Unidos, promulgada alguns anos depois, manteve-se sem clara coloração filosófica.

Como forma de governo, a democracia, via de regra, julga erigir-se através de três princípios cardiais: 1º) o governo do povo por si próprio ou *self-government*; 2º) a soberania do povo ou da nação; 3º) a representação ou governo do povo através de seus representantes. No fundo, como é fácil verificar-se, o povo é o sujeito do governo, da soberania e da representação.

A teoria clássica, a rigor, pretende que cada um não obedeça senão a si mesmo e que todo governo seja exercido pelos próprios governados. Em tal democracia, não tem lugar o governo de órgãos minoritários erigidos sobre a multidão. A democracia, assim, passa a ser uma espécie

---

O autor, Arthur Machado Pauperio, professor titular da Faculdade Nacional de Direito, em seu livro *Teoria do Estado Democrático*, já vislumbrara o verdadeiro problema da representação, que foi então enfocado em termos objetivos. Agora, no presente ensaio, à guisa de sùmula, coloca a questão em termos mais precisos ainda, focalizando com coragem o sempre atual tema da seleção democrática dos governantes, problema crucial do Estado de nossos dias.

de panteísmo político, como diz DONOSO-CORTÉS, em que o governo se confunde e se dilui no povo.

Em última análise, a autoridade democrática pressupõe como seu real fundamento o **consensus** do povo. Tal consentimento, porém, não deixa de ser-lhe causa secundária. Porque a obediência subordina-se ao mando legítimo e racional que a autoridade representa.

O governo implica em poder e organização, em administração e decisão, que não são compatíveis de ser exercidos por todos, nem mesmo por uma maioria. O caráter, a capacidade e o valor cívico não estão na maioria, senão na minoria.

O governo direto do povo é, pois, utópico e irrealizável, mormente nas grandes nações do mundo moderno.

A soberania do povo, por sua vez, dentro dos postulados democráticos clássicos, reside na vontade popular, compreendida esta como expressão da maioria numérica. A soberania da nação reside também na vontade do povo, embora compreendido este como um todo coletivo e orgânico.

A soberania, entretanto, não é mais que, a rigor, a qualidade da comunidade perfeita, que se basta a si própria e possui um poder de jurisdição que é supremo em sua esfera.

Com DABIN, negamos, de certo modo, a existência de um sujeito titular da soberania, considerando-a como uma qualidade intrínseca ao Estado.

Como não há hoje, todavia, praticamente, possibilidade de democracia direta, a representação tornou-se a única possibilidade de realizar-se, embora por ficção, o chamado governo do povo pelo povo.

O povo soberano pretende governar-se a si próprio através de seus representantes.

Mas o povo não pode governar, embora possa e deva controlar, sendo mesmo o problema central da democracia e do controle do poder pelo povo.

Tal princípio, verdadeiro dogma político, se tem valor, entretanto, tem apenas valor genérico, querendo traduzir a fonte do poder, mas jamais o modo de exercê-lo.

Na representação política, para a qual se trasladaram elementos do mandato civil, tivemos de início o mandato imperativo, mas hoje o poder

não se transmite do eleitor ao eleito, pois este exerce poder próprio e independente, embora em nome do povo ou da nação.

Em suma, no ato eleitoral, exerce-se uma técnica de designação do pessoal governante.

É que, como já dizia TOCQUEVILLE, “para os partidários da democracia importa menos encontrar o meio de fazer o povo governar do que fazer com que o povo escolha os mais capazes”.

Este foi o problema que polarizou o pensamento da política americana na fundação da República. Como dizia MADISON no *Federalista*, “a finalidade de qualquer Constituição é ou deve ser, primeiro, conseguir para governantes homens que possuam no mais alto grau a sabedoria para distinguir e a virtude para realizar o bem comum da sociedade; e, em segundo lugar, tomar as precauções mais eficazes para conservá-los virtuosos enquanto continuarem a exercer o cargo”.

O sistema representativo, desse modo, não é propriamente um sistema de representação, mas um sistema de organização da Nação.

Como defende ORLANDO e reitera SIOTTO-PINTÓR no início do nosso século, superada a idéia do mandato, desaparece do conceito de representação qualquer conteúdo jurídico valorativo, por desaparecer qualquer responsabilidade do representante sancionada por normas de direito.

O conceito de representação está hoje, mesmo, em declínio, tendo praticamente perdido o conteúdo específico, para confundir-se com o conceito de ofício e de função pública, ou seja, de atividade exercida em proveito coletivo.

O caso do Sumo Pontífice, sempre lembrado, eleito pelo colégio dos cardeais, é bastante claro para demonstrar que, nem por isso, se torna o Papa representante de seus eleitores.

Os chamados representantes não representam, rigorosamente, a Nação, constituindo apenas um órgão da mesma, como sustenta, em geral, com os autores alemães, CARRÉ DE MALBERG.

Para tal corrente, liderada sobretudo por LABAND, a Assembléia eletiva é apenas um órgão do Estado, como qualquer outro, não se podendo induzir, pelo fato de ser eletivo, que tenha uma natureza diversa, de ordem representativa. A competência de tal órgão não procede da vontade dos eleitores, mas diretamente da Constituição e das leis do Estado.

Na realidade, como entendia MONTESQUIEU, não sem razão, a finalidade da eleição é, sobretudo, escolher os mais capazes para a tarefa do governo. E esta opinião — como esclarece PINTO FERREIRA —, em tese desenvolvida fulgurantemente, foi a que mais se ajustou à realidade constitucional contemporânea.

Nesse sentido, a democracia deve ser, como diz SARTORI, um sistema seletivo de minorias eleitas em competição.

Entre a teoria francesa do mandato, de índole ortodoxa, e a teoria da competição, desenvolvida por PENDLETON HERRING em *Politics of Democracy*, e particularmente por SCHUMPETER em *Capitalism, Socialism and Democracy*, a prática política contemporânea vai aderindo cada vez mais à segunda.

Entre nós, cabe aos partidos políticos a responsabilidade inicial de selecionar os que devem ser objeto da escolha popular. Convenhamos em que esta seleção raramente atende aos interesses do bem comum. Por sua vez, a seleção de segundo grau, feita pelo povo, também deixa muito a desejar.

Na seleção dos membros do Poder Judiciário, recorreu-se a um dos melhores processos da democracia, qual seja o do sistema do mérito, dentro da igual oportunidade para todos.

Mas na seleção dos membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, os processos utilizados continuam rotineiros e obsoletos, presos às fórmulas clássicas da democracia franco-anglo-americana.

A democracia, porém, como diz o Presidente GARRASTAZU MÉDICI, “como forma de convivência política, não constitui categoria lógica, imutável no tempo e no espaço, porém, conceito histórico sujeito às revisões impostas pela convivência social”.

A Revolução de 31 de Março de 1964, pela Emenda Constitucional nº 1, em seu art. 151, trouxe reais progressos, ao preservar os valores morais necessários ao mandato político, no que andou altamente bem porque a política se deve subordinar, sem dúvida, à moral. Por esse diploma legal, como diz ALFREDO BUZÁID em seu discurso de 1º de abril de 1970 por uma rede de rádio e televisão, a Revolução de 31 de Março objetivou institucionalizar a moral dentro do Estado, sustentando que a política sem ética se torna vazia de valores, passa a ser antes uma ciência de dados da experiência que ciência de comportamento social.

E o povo realmente quer escolher como governantes aqueles que, sob o ângulo moral, sejam dignos de tal investidura. Mas não só. Quer também governantes intelectualmente capazes e portadores do necessário espírito público.

SÓCRATES indignava-se ao ver que ninguém ousava apresentar-se como piloto, arquiteto ou tocador de flauta sem conhecimentos de navegação, arquitetura ou música, enquanto verdadeiros improvisadores, destituídos de qualquer conhecimento específico, se candidatavam a postos governamentais.

O ensino socrático sobre a necessidade da profissionalização da política foi lembrado por XENOFONTE nas **Memórias sobre Sócrates**. Através dessa obra, vê-se como APOLODORO destrói as veleidades políticas do jovem LISIS, que procurava salvar Atenas sem conhecer-lhe os problemas mais elementares: de orçamento, de defesa, de produção etc.

Por isso, já ARISTÓTELES, na trilha de SÓCRATES, no seu **Tratado de Retórica**, enumerava pormenorizadamente os variados conhecimentos que desde aquela época lhe pareciam necessários ao legislador.

Também AUGUSTO COMTE, em seu primeiro escrito, de 1819, **Separação Geral entre as Opiniões e os Desejos**, como relembra IVAN LINS, combateu o preconceito generalizado de que todos, sem qualquer preparo específico, estão aptos para as funções de governo.

Baseando-se em CONDORCET, mostrava COMTE como era estranho que os homens achassem, de um lado, impertinente imaginar-se alguém conhecedor de Física ou Astronomia sem o estudo dessas ciências e entendessem, de outro, ser possível conhecer a Ciência Política sem estudá-la sistematicamente.

Nos Estados Unidos, como sabemos, em muitos Estados, o cargo de Prefeito só pode ser ocupado por quem tenha curso de Administração em uma das Universidades americanas, que mantêm sempre tais cursos especializados. E na própria Rússia, encontramos exemplos de dirigentes profissionais, através de membros do Partido Comunista, que estão adstritos a cursos específicos.

Evidentemente, não há necessidade de que seja o político um perfeito técnico. Mas força é convir em que se lhe deve dar a visão panorâmica dos problemas de administração pública.

De qualquer modo, há que ter-se em vista a necessidade de certos conhecimentos específicos para a árdua e difícil tarefa política. Tal

ponto, pelo qual se bateu denodadamente na imprensa periódica PAULO SEABRA e que repercutiu na Assembléa Constituinte de 1946, chegou a merecer, por parte do então Deputado ATALIBA NOGUEIRA, professor catedrático de Teoria Geral do Estado da Universidade de São Paulo, subscrita por mais 26 deputados, uma oportuna proposta de inclusão, na Constituição Federal que então se votava, do seguinte dispositivo:

“A lei disporá sobre a preferência limitada, nas eleições federais, estaduais e municipais, para os candidatos diplomados em Política e Administração.”

Tanto basta para se ver que a idéia, que não é nova, já mereceu meditação e parcial acolhida entre nós.

Naturalmente, por implicar a atividade política em conhecimentos específicos, é de passar a exigir-se também, dos candidatos a cargos eletivos, além de provas de idoneidade moral, o preenchimento de certas condições de competência, sem o que se põem em jogo os interesses da coisa pública e, em última análise, os interesses dos próprios governados.

O que não é possível é que se continue a exigir para os candidatos a postos eletivos do Executivo e do Legislativo apenas a situação de brasileiro nato no uso e gozo de seus direitos políticos, como o faz ainda a vigente Constituição.

Não pode a democracia prescindir das elites. Nenhum sistema político tem mesmo tanta necessidade de elites como o próprio sistema democrático. A única diferença dessas elites com relação a quaisquer outras é que elas são abertas a todos, ricos e pobres, brancos e pretos, exigindo apenas de seus componentes moralidade, competência e espírito público.

O que é essencial é que o Estado, constituindo-se sob a égide do Direito e da Justiça, mantendo a ordem, organizando a produção, realizando o equilíbrio de interesses, assegure a liberdade e a igualdade de oportunidades.

Hoje, a palavra **democracia** passou a significar, simplesmente, sistema de respeito à pessoa humana, aos interesses do povo e ao bem-estar social, dentro de implicações decorrentes dos ideais de liberdade e igualdade que a caracterizam.

Está claro que a liberdade individual e coletiva há de condicionar-se à responsabilidade, sem o que degenera em licenciosidade. E não só. Deve

condicionar-se ainda ao interesse de todos, disciplinando-se, assim, em função do bem comum. Não se limita seu uso legítimo, como diz BUZAID, senão que se tem em vista apenas organizá-la em função da própria segurança nacional.

Modernamente, a igualdade comporta três aspectos essenciais, como diz SARTORI: 1º) igualdade social ou igualdade de status, pela qual são banidas quaisquer barreiras de classe ou sociais e discriminações; 2º) igualdade política, ou seja, extensão do direito de voto a todos; 3º) igualdade de oportunidades, com vários e desdobrados significados.

A igualdade social é praticamente aceita hoje pelo princípio de isonomia, universalmente inscrito em quase todas as Constituições de nossa era.

A igualdade política, que implica principalmente no direito de sufrágio, não é direito absoluto, do mesmo modo que o da liberdade, nem essencial e fundamental, porque requer, nos cidadãos, condições de probidade e de inteligência. A escolha dos governantes jamais poderá realizar-se sem os pressupostos de um mínimo de moralidade e de cultura, nem sempre existente na sociedade.

A igualdade de oportunidade, finalmente, é a nota por excelência da democracia. De pouco adianta uma forma republicana de governo, com eleições e partidos políticos, sem essa última forma de igualdade, que só se pode considerar concretizada na medida em que se procura eliminar desigualdades, que sempre impediram, para a maioria dos homens, a vida livre e próspera.

A democracia vai aos poucos reencontrando os seus verdadeiros rumos, definindo-se como uma filosofia de vida, fundada politicamente na convivência livre e responsável e inspirada no movimento universal dos direitos e deveres humanos. Para que exista democracia, torna-se essencial um ordenamento jurídico baseado no respeito à dignidade do homem. Mas não há respeito à dignidade do homem sem o respeito a Deus e aos valores espirituais e éticos da nacionalidade. A democracia há de ser, portanto, necessariamente espiritualista.

E todos esses elementos de liberdade responsável, do direito, de justiça, de dignidade humana, nada têm a ver com a estrutura dos órgãos de governo, ou melhor, com a forma governamental. Esta visa só à organização do poder. Mas aqueles elementos implicam na forma por que se exerce o poder do Estado. A democracia é, assim, uma forma política de Estado.

Também concordamos, dessa maneira, com BIDART CAMPOS em que a democracia seja uma forma de Estado e não uma forma de governo. O poder, em relação com o elemento humano, como diz aquele publicista argentino, implica em uma política que origina três formas de Estado: democracia, autoritarismo e totalitarismo. Em relação com o elemento físico — território — implica em duas formas de organização estatal: a unitária e a federal.

Desse modo, a democracia pressupõe sobretudo o respeito à dignidade do homem e, portanto, aos próprios direitos humanos, que devem ser considerados como princípios supraconstitucionais.

Está claro que entre esses direitos humanos estão os chamados direitos políticos de sufragar e de ser sufragado, principalmente.

Mas como tais direitos são profundamente relativos, existindo em função dos supremos interesses da coisa pública, pressupondo, portanto, condições de moralidade, competência e espírito público, segue-se daí que um governo não deixa de ser democrático pelo fato de fazer exigências, quanto às condições de elegibilidade, aos candidatos a postos eletivos, ou pelo fato de cercear o direito de sufrágio aos que não estiverem em condições de exercê-lo.

Para tanto, exige-se apenas da democracia a prática universal da igualdade educativa de oportunidades. Num Estado em que todos têm, igualmente, oportunidade de educação, jamais será antidemocrático exigir condições, inclusive intelectuais, dos candidatos a postos eletivos. É o sistema do mérito, que, longe de debilitar, só pode fortalecer a democracia, pela formação natural de elites abertas e populares.

É o que exige o Estado de hoje, pela complexidade crescente de seus problemas.

O soldado tem a sua Academia Militar das Agulhas Negras. O diplomata tem o seu Instituto Rio Branco. Por que não tem o político o seu Instituto de Altos Estudos de Política e Administração?

Com tal escola, teríamos, a médio prazo, um verdadeiro programa de integração política, êmulo de programas de integração social, por si só capaz de renovar as elites políticas brasileiras, substituindo as velhas e liberais de antes de 1964 por outras de feição realista e compatível com o clima de desenvolvimento e segurança que o País tão bem inaugurou com a Revolução e que não pode perder-se por falta de quadros políticos para a condução do Brasil dentro dos ditames mais altos do próprio bem comum e das exigências do instante histórico que atravessamos.

# Comunicação, Estado e Sociedade

(notas preliminares)

**R. A. AMARAL VIEIRA**

Presidente da ABEPEC, Professor da Universidade Gama Filho e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

## INTRODUÇÃO

Este texto é o resumo da exposição do autor no Primeiro Simpósio Nacional de Meios de Comunicação e Meio-Ambiente (Manaus, 21/26 de janeiro de 1979). O discurso original — parte escrito e parte oral — subordinava-se ao tema “O papel das assessorias de comunicação”, e considerou o auditório a que se destinava: assessores de comunicação em sua maior parte integrados em agências estatais. Para publicação, sofreu alguns acréscimos e teve aduzidas algumas notas de rodapé, produzidas e acrescentadas já agora considerando o novo público — profissionais em geral de comunicação, de uma forma ou de outra, ligados ao pensamento acadêmico. Colegas que o conheceram em sua versão primeira — Luiz Gonzaga Motta, A. Fausto Netto e Paulo Michelloto, entre outros — julgaram-no denso (“fechado”, dir-se-ia melhor) e, assim, de leitura provavelmente difícil para o profissional não afeito à terminologia com que trabalha a ciência política. A ausência de tempo impediu-me de livrá-lo desse e de outros defeitos. Por isso mesmo, advirto, este texto não é, nem poderia pretendê-lo, conclusivo, malgrado o tom afirmativo em que está vazado; isto é, não se propõe a esgotar os temas que aflora e que propositadamente levanta de forma

provocativa para propiciar as discussões que levantou (quando da exposição oral) as quais, lamentavelmente, não puderam a ele ser incorporadas, o que o deixa perigosamente empobrecido. Vale, se valer, como roteiro para debates, sugerindo temas que adiante, mais tarde, serão, deverão ser, desenvolvidos.

Uma segunda observação parece-me pertinente quanto ao seu escopo. A análise particular ao caráter das assessorias de comunicação parte da visão geral da comunicação e do seu papel em face da sociedade e do Estado. Quero pôr de manifesto que as considerações aqui expendidas podem e devem ser extrapoladas, sem grandes distorções, para a visão macro do problema. O que se pretendeu não foi a construção de uma teoria particular de um determinado campo do ofício jornalístico, mas, *contrario sensu*, nosso propósito foi procurar entendê-lo e projetar certa instrumentalidade a partir de sua compreensão como parte de um todo, parte que só adquire sentido se vista dentro deste todo. Em outras palavras, parece-me rigoroso afirmar que a análise ao papel das assessorias de comunicação pode ser aplicada à análise à comunicação social em nosso País, hoje.

## 1. Tentativa de estabelecimento de um marco teórico

As anunciadas modificações no organograma do governo federal — dentre elas a criação do Ministério Extraordinário para a Comunicação Social — estimulam a discussão do papel das assessorias de comunicação em geral, de particular as vinculadas ao serviço público. Isto é, recolocam em pauta o problema maior que é a definição das relações do Estado com a sociedade civil, e, dentro do Estado, as relações entre o Governo e seus agentes, e a comunidade, da qual uns e outros deverão ser mandatários, pelo menos, teoricamente.

Falamos até aqui em Estado como uma abstração teórica. Ocorre, porém, que o Estado pode autonomizar-se em face da sociedade, e o governo em face do Estado. Nessa hipótese, teríamos a eventualidade de governos impondo o caráter do Estado e este se constituindo em uma matriz da sociedade, da qual deveria ser, no modelo clássico acima referido, a imagem política. Essa inversão caracteriza o Estado autoritário, figura de Ciência Política que já dispensa definição entre nós. É que o Estado, conceituado nos manuais como a sociedade politicamente organizada, é, como entidade histórica, a imagem da organização social, vale dizer, de sua estrutura de classes, e, por conseqüência, da estrutura e composição de Poder que nele se estratifica. Queremos dizer que em uma sociedade de classes o Estado é a representação não da sociedade, mas daquela classe hegemônica e, a rigor, do estamento que representa essa classe, e seus interesses econômicos, na composição do poder <sup>(1)</sup>. Deriva dessa formação político-social do Estado a composição do governo que ele organiza, mantém e

(1) Mesmo no seio da classe dominante como um todo, há uma luta interna pela hegemonia; daí a necessidade de certas identificações: burguesia industrial, burguesia financeira, burguesia urbana etc. Quando se afirma — relativamente ao Estado burguês — que “a burguesia está no Poder”, não se afirma que ela esteja uniforme e harmonicamente no Poder. A história deste País, a propósito, ilustra muito bem essa desarmonia e, de certa forma, sua revolução, a Revolução Burguesa, registra a disputa das diversas burguesias pela posse do Poder no Estado burguês: a luta da burguesia urbana contra o poder agrário, da burguesia industrial em face da burguesia financeira etc.

supervisiona, administra, para poder cumprir com o seu papel em face da Nação e da classe a que está vinculado.

Felizmente, as criaturas sociais não são entes absolutos, monolíticos, cristalizados. Ao contrário, ao mais das vezes está a animá-las um conjunto de contradições que lhes dão vida, renovam a forma e garantem sua sobrevivência mediante esse contínuo e dialético refazer-se que se reflete em um esforço de adaptação histórica. Adaptação inclusive do Estado, que é fruto das contradições entre os interesses conflitantes que estão no âmbito e no âmbito da sociedade de classes. A emergência de um Estado instrumento de uma determinada classe não importa na superação das demais nem na harmonização de seus interesses. Ao contrário, reflete e acentua os interesses conflitantes e, de certa forma, por força mesmo de suas contradições internas, os estimula e anima <sup>(2)</sup>. Isso importa dizer que os quadros dirigentes — os políticos e a burocracia que assalaria — para sobreviverem, isto é, para conservar o poder de classe que representam, e, a partir dele, conservar-se como sua expressão, impõem concessões ao Estado que, desta forma, estabelece um vínculo com a sociedade, de sorte que determinados interesses das demais classes passam a ter audiência, o necessário para manter um certo nível de **equilíbrio social** — indispensável ao desenvolvimento do País (mais rigorosamente: a funcionalidade do sistema econômico) e ao atendimento dos interesses da classe dirigente — mas não tão profundos que possam descaracterizar, ou ameaçar, o seu próprio caráter hegemônico <sup>(3)</sup>.

Em síntese, o que pretendemos afirmar é que há, sempre, um espaço político permeável à atuação dos interesses da sociedade. Espaço restrito, é verdade, e que há de ser construído, aumentado, conservado, com engenho e arte, políticos.

A política de informação e comunicação do Governo atende aos interesses do Estado, da Nação ou de seus eventuais dirigentes? A quais interesses o governo está atento quando dificulta o livre curso da informação — e o acesso do cidadão por intermédio dos meios de comunicação de massa — ou, quando desmente informações sabidamente verdadeiras? Ora, dificilmente encontraríamos respostas para estas e outras questões se não tivéssemos clara compreensão da sociedade brasileira.

(2) A supremacia de classe (a tomada do poder por uma classe) não se opera pela via da superação (harmonização, acomodação) de todos os interesses, mas pela sotoposição. Daí, a inexistência de harmonia. Assim se explica por que a luta de classe é uma categoria iminente à sociedade de classe. Estabelece-se o domínio do qual depende o sistema: a classe dominante depende da exploração da classe dominada e, portanto, para a existência daquela (e portanto do Estado de classes) é fundamental a sobrevivência dessa. O equilíbrio é substituído pelo esforço no sentido da **equilíbrio**: justaposição de interesses classificados entre preponderantes e subalternos de sorte que uns sirvam aos outros em doses desiguais; assim, não existindo equilíbrio (por não existir superação de interesses), inexistirá desequilíbrio absoluto, o qual determinaria a disfunção letal do sistema econômico da sociedade de classe.

(3) Não é por outra razão que o Estado-patrão promulga a legislação social (no Brasil a CLT) e sob certos aspectos assume determinado partido nas relações entre empregador e empregado, que protege para não vê-lo esmagado; o Estado proprietário estabelece a lei do inquilinato, o Estado produtor regula preços ao consumidor, o processo eleitoral admite a eleição de contestadores não majoritários etc. O operário há que estar vivo para que se lhe possa tirar mais-valia, de que depende a classe exploradora. Daí "protegê-lo".

Relativamente à comunicação e em particular aos meios de comunicação de massa, a propósito, há a registrar a presença dos interesses do Estado e do empresariado anunciante, nacional ou não; esses interesses, não sendo necessariamente divergentes, mas convergentes no fundamental, admitem conflitos, os quais, embora não se operem na base dessas relações — pois não refletem interesses antagônicos — ilustram aquele quadro de conflitos conviventes, conflitos que ensejam um determinado espaço à atuação do comunicador social. Esse certo grau de liberdade atende a interesses do Estado e do empresariado, pois é instrumento de defesa e pressão de um e de outro, contra um e outro.

Por isso gozamos de certo grau de liberdade de imprensa (4).

Fazemos essas observações, não acadêmicas mas aparentemente teóricas, para poder tratar de questão prática, objetiva, que é o papel do comunicador social atuando em uma assessoria de comunicação: isto é, daquele profissional cujo papel é a mediação entre o Estado empregador e a sociedade fonte e objetivo de seu trabalho.

## 2. O papel das assessorias e do comunicador dentro delas

A primeira evidência a acentuar é que as atividades que em seu conjunto constituem o que usualmente chamamos de comunicação de massa, integram o aparelho ideológico do Estado. Atividade política, tem, assim, seu caráter subordinado ao caráter do Estado. A cada Estado uma política de comunicação. É a partir daí que encaramos as assessorias: subordinadas a esse quadro maior da sociedade, no geral, e em particular, ao papel de mediação antes referido, papel esse que é sua característica, ou seja, a mediação entre o Estado e a sociedade, quase sempre se valendo dos meios de comunicação instalados. Uma mediação, portanto, mais grave, mais difícil, pois que se opera dentro dos limites da estrutura do Estado, isto é, sob seus limites e condicionamentos diretos. Sobre a filtragem que caracteriza o processo informativo operado pelos meios de comunicação de massa em geral, ná, a priori, a filtragem do Estado, vale dizer, a seleção daquilo que representa supostos interesses do Estado mas efetivos interesses dos governantes, filtragem que determina o alargamento da autocensura, de um lado, e de outro, igualmente castradora, a atividade de

(4) Como observamos em outra oportunidade (A formação básica de um comunicador social voltado para a realidade brasileira, in *Comunicação de massa: o impasse Brasileiro*, Rio, Forense Universitária, 1978, pág. 264), "Esses interesses, contudo, não são necessariamente convergentes, havendo casos de fraturas e choques, opondo interesses econômicos momentâneos e projetos políticos. O meio de comunicação de massa, assim, tem sempre um limite de atuação da superestrutura jurídico-ideológica do Estado. O natural, nessa ordem de raciocínio, seria que nem o Estado, nem o empresariado ferissem essa ordem de interesses e respeitassem essa espécie de pacto tácito, porém bastante objetivo. A dinâmica social, todavia, às vezes, em questões conjunturais, obriga-os a lesar essa ordem de interesses, instalando choques e contradições. Se o *Washington Post*, por exemplo, sentiu-se em condições de defender os valores fraturados pela infidelidade de Nixon — de que podem ter advindo prejuízos materiais e políticos ao poder norte-americano —, jamais levaria esse papel de guardião ideológico e moral da sociedade ao ponto de afetar o sistema político-econômico dos Estados Unidos. Cumpre-lhe, ao meio de comunicação de massa, dar o sinal de alarma, mas não lhe é concedido o poder de fratura. Assim, se a campanha contra as mordomias no Brasil, examinemos outro exemplo, afetava certos segmentos com interesse instalado no Estado, correspondia, porém, aos interesses do empresariado privado, nacional e estrangeiro, então envolvido em uma campanha antiestatizante que deixou frutos, e ainda atendia aos valores morais da classe média brasileira."

influenciar, produzir, fazer veicular matérias dos interesses supostos do Estado e efetivos dos governantes, e quase nunca da Nação.

Esse o papel que exerceu o DIP, que exerce a ARP, a Agência Nacional, as assessorias governamentais e as censuras institucionais, se instalem nos Ministérios da Justiça ou da Educação. Esse, seguramente, o provável papel do Ministério Extraordinário para a Comunicação Social.

Por isso mesmo, se é possível distinguir o Estado e a Nação, é fundamental distinguir governantes e Estado. É a partir dessa óptica que se poderá construir o papel das assessorias e, *mutatis mutandis*, o papel social do comunicador empregado em veículo de comunicação de massa ou não.

Sabendo-se que nem sempre os interesses do Estado refletem os interesses da Nação, e os governantes não se confundem com o Estado (mais claramente: não podem ser confundidos pelo comunicador social), devem as assessorias de comunicação, e portanto o comunicador social, seja qual for a característica de sua atividade, firmar o seu compromisso com a sociedade. Ou seja, dentro do Estado, a assessoria de comunicação é, deve ser, um instrumento da sociedade; e, agora, diríamos que o seu papel não é mais o de elo entre a vontade do Estado e os interesses da sociedade, mas o de vínculo que, de um lado põe ao acesso da comunidade a informação em poder do Estado e, de outro, leva até ao Estado a vontade da comunidade. Daí a aceção da assessoria de comunicação como um veículo que não se compadece com o monopólio da fala, mas, ao contrário, forçando o diálogo, dificulta o monólogo.

Fixado esse caráter operacional, podemos estabelecer o segundo critério, a saber, o dever de informar, do funcionário, como uma resultante do direito a ser informado, do cidadão. Por conseguinte, não se confundam os assessores de comunicação com agentes fabricantes da imagem das empresas, instituições e seus dirigentes. Esse papel, que não tem correspondência na ética da profissão, pode e deve ser rejeitado.

Em regra, as assessorias de comunicação estão voltadas para os meios quentes — os meios de comunicação de massa — e, deslumbrados com seu poder lúdico-tecnológico, ao mais das vezes nos esquecemos de que esses meios desempenham, inclusive com nosso concurso, funções ideológicas bem definidas, como a reprodução, reforço e legitimação das relações sociais de produção, de um lado, e, de outro, a preeminência dos interesses das classes dominantes sobre a sociedade. Esse o seu caráter geral, do qual decorrem outras funções ideológicas e políticas, as quais, por serem menos evidentes, passam despercebidas com maior facilidade. Referimo-nos à concentração dos meios de comunicação de massa e ao controle político e empresarial da informação; à preponderância dos interesses urbanos, e de determinada área urbana do País sobre os rurais; rompendo com suas raízes culturais, esmagando suas identidades, tanto intergrupais quanto culturais, tudo isso como instrumento e meio de despolitização; a imposição de padrões culturais e quadros de valores alheios aos interesses da sociedade como um todo, objeto do processo de comunicação; e por fim, no altar de nossa sociedade, o consumismo, cujo papel é (mantendo a fun-

ção-desfunção do sistema econômico, até às raízes da deseconomia), conservar o sistema político, ainda que às custas da sotoposição dos interesses da sociedade (5).

### 3. Procurando construir alternativas

Essa análise não pode ser recebida como um desestímulo ao nosso papel e atuação prática, mas como uma advertência crítica para que, em nenhum momento, percamos essa visão do processo em que intervimos e no qual devemos, sempre, intervir conscientes desse papel, de suas limitações, e, também, de seus efeitos e repercussões.

Ela também nos leva a acreditar que não nos devemos limitar a esses meios.

Sem desprezá-los, sem abandonar a luta dentro deles, cumpre-nos procurar outros caminhos auxiliares ou alternativos, e não necessariamente substitutivos. Parece-nos que, com vistas a esse objetivo, podemos formular duas conclusões, talvez, duas estratégias.

A primeira é a máxima descentralização da informação, tanto em nível da estrutura formal-burocrática, quanto em nível regional. É preciso alargar o mais possível as fontes e as emissões, de sorte a evitar, ou dificultar, o controle e a uniformização. Em segundo lugar, e com o mesmo objetivo, devemos cuidar do sempre desprezado trabalho direto com a comunidade. Como tal, não queremos referir a mais uma modalidade de extensionismo, ou meio mais eficiente de levar, unidirecionalmente, o discurso do Estado ou da empresa, ou ainda o nosso discurso de salvadores que sabemos o que é bom e por isso somos os soldados do bem contra o mal; não. É preciso intentar formas de atuação em cuja base esteja a participação da comunidade.

Estamos a nos referir a um processo social mediante o qual os protagonistas com interesses não antagônicos possam construir em comum um discurso comum, cujo objetivo é a participação da comunidade em seu próprio destino. Essa forma de comunicação participativa pode desempenhar importante papel na tentativa de reconstrução ou recuperação, pela própria sociedade, de sua identidade cultural. Por fim, trata-se de um processo educativo, mas não informativo, cuja fonte é a análise de realidade como instrumento de mudança social (6). Mudança social que não é o objeto do comunicador social, mas da comunidade. Cumpre-nos o papel de provocadores (7).

---

(5) Esse tema é tratado mais largamente pelo Autor em "O papel do rádio e da tevê na formação da cultura brasileira ou da macrocefalia à informação", apud *Comum*, 2, 1978, págs. 33 e segs. e *Revista Abepec* n.º 4, junho de 1978, págs. 34 e segs.

(6) Cf. "Primer Seminario Latinoamericano de Comunicación Participativa", Informe Provisional, Ciespal, UNESCO, Fundación Friedrich Ebert, Quito-Ecuador, 1978.

(7) Por "comunicação participativa" deve-se compreender alguma coisa além de um instrumental de trabalho à disposição de assessorias de comunicação. Até porque, em face de seu conteúdo claramente político, ela extrapola os limites de uma proposta de comunicação. E uma proposta política e oferece uma metodologia política à disposição de quem entenda que o fundamental, para as transformações sociais, é a organização popular.

# Trabalho e sistemas políticos

PAULO DE FIGUEIREDO  
Consultor-Geral do Senado

## SUMARIO

Trabalho e vida — Trabalhador não é só o trabalhador "direto" — O trabalho não é um fim — Dividir o trabalho é dividir o homem — Desvirtuamento do trabalho na liberal democracia e nos regimes totalitários — Questão social, a grande questão — O trabalhador está acima das classes — O trabalho na democracia cristã — O Estado e o problema do trabalho — Política e moral — A meta é o homem — O trabalho é um traço de união — Classes, um imperativo da realidade — A economia é uma ciência moral — O Estado como instrumento de construção nacional dos povos — Capital e trabalho — Política e filosofia — O caminho a seguir.

## TRABALHO E VIDA

Ganharás o teu pão com o suor do teu rosto, dizem os textos bíblicos. Trabalhando. O trabalho é, assim, um ato necessário à sobrevivência do homem. Mas não é só. Porque o homem não é apenas o estômago. Mesmo de estômago cheio o homem precisa trabalhar. O trabalho é, também, um ato de **realização** do homem. Este cria riquezas e delas se serve, pelo trabalho. E também se recria no trabalho, se **faz** nele,  **cresce** nele.

O homem sempre trabalhou. Desde o começo dos tempos. Caçando. Pescando. Investigando. Construindo choças. Plantando. Colhendo. Fazendo adornos. Pintando. Mas só o **quanto e enquanto** necessário à vida. E a vida não é só trabalho. É lazer, também. É, também, contemplação. E trabalho não é somente enxada, picareta. É também pesquisa, é laboratório, é livro.

O trabalho, servindo ao homem, serve à vida. É o meio pelo qual se desenvolvem os indivíduos, os grupos, as sociedades. Tudo que se produz pelo trabalho serve à vida: à vida vegetativa e à vida espiritual, às construções materiais e às edificações do espírito, ao corpo e à alma.

Não há vida sem trabalho, nem há trabalho onde não há vida. Trabalha-se para viver. Ora, a vida não se reduz a simples expressões vegetativas. É algo de grandioso. Transborda da materialidade. É também sentimento, inteligência, espírito. Tem, assim, uma infinidade de escalas. Por isso, sendo o trabalho um meio de vida, trabalha-se para viver plenamente. Em todos os aspectos. Logo, para a satisfação de necessidades materiais, sociais e espirituais. Busca-se assim, por ele, a conquista de bens de toda espécie. Ele é, portanto, um instrumento que o homem usa em todos os planos de atividade. Seguindo o exemplo de Cristo, que tanto trabalhava em seu ofício de carpinteiro como na pregação aos povos, atendendo ora às necessidades materiais, ora às necessidades espirituais da vida.

Servindo à vida, o trabalho serve ao homem. É, mesmo, um processo de **realização** do homem. Um meio. Colocá-lo como fim é inverter a ordem natural das coisas. Se o trabalho fosse um fim, as crianças, os velhos e os inválidos não teriam razão de viver. Pelo trabalho o homem se busca em sua plenitude, porque na satisfação de suas necessidades orgânicas, intelectuais e espirituais. Alceu Amoroso Lima <sup>(1)</sup>, versando esse tema, assim falou:

“O homem trabalha para viver. O homem não vive para trabalhar. É uma conclusão a que nos leva a observação mais empírica e mais geral do funcionamento da natureza humana. O trabalho está, pois, na dependência natural da vida. O trabalho integra-se naturalmente entre as funções vitais do homem. O trabalho existe naturalmente para a vida. Este é o seu termo natural. Sua medida. Não é o trabalho que mede a vida. Esta é que mede aquele, gradua-lhe a atividade, justifica a sua razão de ser e traça-lhe as finalidades imediatas ou remotas. A vida é, pois, o fundamento do trabalho. O homem trabalha porque vive. A vida é a condição de seu trabalho. É para viver, para viver melhor, com mais abundância, com mais riqueza, com mais beleza, com mais virtude, de modo mais perfeito, enfim, que o homem trabalha. Logo, o trabalho é um meio e não um fim. Como tal deve ser sempre considerado e toda inversão nessa ordem do seu valor, sendo contrária ao que a observação mais objetiva nos revela de sua natureza, seria um erro e logo um mal.”

Esse conceito, real, profundo e amplo do trabalho, foi distorcido pelo materialismo histórico em consequência da desumanização do homem, levada a efeito por essa filosofia.

O ateísmo limitou o homem a uma simples expressão material. Fez dele um mero indivíduo. Uma **coisa**. Assim entendido, o homem foi mutilado, diminuído, inferiorizado.

O homem é pessoa. Não se esgota como indivíduo. Como pessoa é o centro do mundo, mas tem a Deus como o seu próprio centro. Porque foi feito à imagem e à semelhança de Deus. Este é, assim, o seu caminho. O caminho da perfeição a que todos aspiram.

(1) Alceu Amoroso Lima — O Problema do Trabalho — Livraria Agir — Rio, 1947.

O marxismo, materialista e ateu, negando a Deus e endeusando o indivíduo, desfigurou o homem, e, pondo no trabalho um fim, acabou por fazer do homem uma simples máquina de produção.

Em vez do trabalho servir à vida, a vida passou a servir ao trabalho. Este virou meta. Um Deus. Um mito.

Isso explica, ao mesmo tempo, a redução do trabalho à sua forma manual e a divinização do proletariado, dedicado este a esse tipo de trabalho e posto, assim, como entidade mística, destinada a “salvar” a humanidade...

Deixando de ser um meio e se transformando em um fim, o trabalho perde, pois, a sua qualidade de ato criador de valores, expressão do próprio homem, para se converter em um mito. Adquire um valor absoluto. Falso, porém, como o valor de todo mito. E, servindo a esse mito, os homens decaíram de sua dignidade de pessoa. Inclusive, é claro — e **como homens** — os trabalhadores. Donde a sua desumanização. Pretendendo substituir a Deus, o homem acabou sendo substituído pela máquina. O mito do trabalho foi a negação do próprio trabalhador. Mitificado, perdeu seu caráter humano, porque foi endeusado. Ouçamos novamente a voz autorizada de Alceu Amoroso Lima (2):

“A mística do trabalho, nessa concepção dialética, vem substituir o sentimento de devoção e de amor a Deus. Pode não ser a posição assim formulada expressamente. Ou o será por outras palavras. Mas a importância que Marx ligava ao ateísmo, como elemento condicionador da supremacia do proletariado, é bem a prova de que essa proletarização é concebida como uma substituição à concepção teocêntrica do mundo. O trabalho, nessa concepção dialética, passa a ser o ídolo do homem. Como o destino de toda evolução social. Nenhum direito fora do trabalho. Nenhum direito contra o trabalho. Nenhum direito acima do trabalho. Deste deriva todo o bem e todo o mal, pois é o critério final dos valores. O que for pelo trabalho é o bem. O que for contra o trabalho é o mal. O monismo trabalhista é a filosofia da vida dessa proletarização integral da sociedade.”

#### TRABALHADOR NÃO É SÓ O TRABALHADOR “DIRETO”

Ora, o trabalho não é isso. Trabalhador não é só o proletário. Não é só o trabalho manual que existe. A rigor, nem mesmo existe trabalho puramente manual, no sentido de atividade exclusivamente material. Isso porque, por mais simples que seja a atividade obreira, a mão não se move por si, mas obedecendo ao cérebro. Do mesmo modo, a máquina só funciona quando acionada pelo homem.

“Realmente — comenta Antônio Osmar Gomes (3) — os progressos da civilização estão na razão direta dos progressos do traba-

(2) Alceu Amoroso Lima — ob. cit.

(3) Antônio Osmar Gomes — *Compreensão de Humanismo* — Zahar Editora — Rio, 1942.

lho, isto é, dos progressos da técnica, cujo imediato agente é a mão. Mas essa civilização, assim, do domínio do mundo pelo homem, através do trabalho, será impossível se à mão não se aliar o cérebro. O homem da civilização pelo progresso, em virtude do trabalho, há de ser o homem da mão e do cérebro, sem o que não haverá civilização capaz, civilização legitimamente ordenada.”

O trabalho não é, pois, privilégio do proletariado. Trabalham os patrões, os comerciantes, os industriais, os fazendeiros, os advogados, os economistas, os sociólogos, os médicos, os engenheiros, os professores, os dentistas, os servidores civis e militares, os missionários, os escritores. Apenas **trabalham de modos diferentes**, em atividades diferentes, em diferentes áreas. **Mesmo entre os operários** há uma variação enorme em suas atividades: há o comerciário, o industriário, o agricultor, o bombeiro, o carpinteiro, o eletricitista, o motorista, o boiadeiro, o foguista, o estivador, o metalúrgico, o artesão. E assim por diante.

O marxismo restringe o trabalho ao exercício meramente mecânico da atividade humana. É um erro. E a culpa dessa distorção está na própria filosofia que moldou as sociedades capitalistas clássicas, nas quais o capital é privilégio de poucos e o trabalho um “ônus” para os assalariados. Pois nesse capitalismo as relações entre empregadores e empregados são postas em termos de lucro. Donde usarem os capitalistas o capital como um instrumento de exploração do trabalho, o manual e o intelectual. Tanto é explorado, no sistema, o porteiro, o motorista, o empregado na fábrica ou na loja, como o engenheiro, o advogado ou o médico da empresa capitalista. Vive-se, assim, do trabalho alheio. Como nas antigas civilizações pagãs, onde somente os escravos trabalhavam. Daí a confusão de valores. Daí a identificação do trabalho com o trabalhador manual.

O capitalismo, desvirtuando o sentido do trabalho, desumanizou a sociedade. Porque o trabalho é o homem. Mas o capitalismo situou os bens materiais como o alvo supremo dos homens. Tanto quanto o marxismo. O valor do homem passou a ser medido pelo valor de sua produção material. O trabalho constituiu-se mera busca de riqueza e não um ato de **presença** do homem na sociedade.

Sem um fim alto a atingir, desligado de Deus, alienado de sua condição de pessoa, o homem criado no ambiente liberal clássico, hipertrofiado como indivíduo, materializado, chafurdou no egoísmo. O mundo se dividiu em exploradores e explorados. Donde a desvalorização do trabalho, no sistema capitalista, do que se aproveitaram os comunistas para substituir, pelo do “proletariado”, o mundo da “burguesia”. Alceu Amoroso Lima <sup>(4)</sup> viu claro a questão:

“O capital ficou ligado ao ócio e ao privilégio, e foi pouco a pouco absorvido pela classe burguesa. O trabalho ficou entregue ao proletariado, que pouco a pouco se confundiu com ele. Processava-se assim a descristianização do conceito de trabalho.

(4) Alceu Amoroso Lima — ob. cit.

Segundo a concepção cristã o trabalho é um valor distribuído por toda a sociedade.

Varia apenas em suas espécies, todas elas iguais em direitos e proporcionalmente complementares no todo social. O erro fatal do capitalismo, ao apoderar-se da riqueza material da sociedade, foi desdenhar o trabalho que não se convertesse em capital, isto é, desprezar o trabalho sem êxito, absorvido todo pela manutenção do casal e de sua prole e sem permitir acumulação de economias. Com isso estimulou a concentração de trabalho numa classe só: a classe dos proletários.”

Ora, o homem só é realmente homem, seja operário ou patrão, camponês ou industrial, profissional liberal ou comerciante, artista ou cientista, clérigo ou militar, quando trabalha. Quando se dedica a uma atividade criadora. Só assim se realiza. Só desse modo colabora na “construção” da sociedade a que pertence.

Cada homem é um só e ele só. Seja qual for a sua profissão. Seja qual for a sua classe. E, dentro dessas classes, até mesmo dessas profissões, diversificam-se as suas atividades, os tipos de tarefa que desempenham. É enorme a diferença entre o trabalho de um fazendeiro e o de um industrial; de um empregado numa fazenda de café e de um empregado numa fábrica de automóveis; entre um mineiro e um trabalhador em construção naval; entre um piloto de avião e um garimpeiro; entre um pedreiro e um electricista; entre um cardiologista e um neurologista; entre um seringalista e um plantador de algodão; entre um vigia de edifício e um motorista; entre uma enfermeira e uma telefonista; entre um criminalista e um constitucionalista; entre um general, um brigadeiro e um almirante; entre um paraquedista e um escafandrista. O único traço comum a esses homens, em suas variadas atividades, é o trabalho. Ou melhor: a sua condição humana, a que o trabalho é inerente.

Assim, o que distingue o homem, no trabalho, não é o trabalho em si, mas a maneira como o exerce. A beca, a farda, a batina, o macacão e o avental não alteram a natureza do trabalhador. Do homem. Que, em qualquer espécie de trabalho, se realiza. Vive. Respondendo a apelos vocacionais. Tentando o seu aperfeiçoamento. Contribuindo para o progresso social:

“O trabalho é uma atividade operativa. Como tal faz parte integrante de toda personalidade humana. Agora, como cada pessoa é diferente e os homens variam por temperamento, por vocação, por preferências, essa atividade operativa, característica de todo homem e de todo o homem, pode assumir aspectos vários, que procuramos reduzir a três maiores, subdivisíveis por sua vez em infinitas graduações profissionais. Há tantas profissões no mundo quantos homens. Embora possamos classificá-las por caracteres afins. Mas todas, por sua vez, se vão integrar em classes sociais ou em categorias filosóficas que procuramos reduzir apenas a três: o trabalho prudencial, o trabalho intelectual e o trabalho

técnico: o do homem de ação, o do artista e o do operário" (Alceu Amoroso Lima) (5).

Observe-se de passagem que nos tempos atuais, era da máquina, a conceituação marxista do trabalho perdeu muito em substância. O "trabalho manual", antes tão idolatrado, teve diminuído bastante o seu teor político. Porque a máquina "substitui" cada vez mais o trabalhador. A máquina "faz" estradas, "tira" leite, aduba, dedetiza, abre túneis, derruba montanhas, semeia, transforma matérias-primas. "constrói". É a "mão" do trabalhador. Onde, pois, o "trabalhador manual"?

Aliás, não só em relação ao proletariado se deu essa substituição das mãos pela máquina. Também nas chamadas classes superiores verificou-se essa mudança, não já das mãos, apenas, mas até do "cérebro", pela máquina. Pois aí estão os computadores "fornecendo" dados, "fazendo" cálculos, pesquisas, previsões. . .

Em verdade, o processo laborista moderno mudou muito. Os homens trabalham de outra maneira. Usando, como mãos e até como cérebro, as máquinas que eles mesmos inventaram.

Isso tudo mostra a necessidade de não mais se restringir o conceito do trabalho à estrita acepção dos marxistas:

"En efecto, los fenómenos del trabajo en las sociedades contemporaneas no son todos, ni con mucho, asimilables a los comportamientos del **Homo faber**", observa Georges Friedmann (6), e acrescenta: "Las actividades del hombre no son necesariamente rurales o industriales. No consisten exclusivamente en actividades de **transformación**."

Tudo isso mostra que o trabalho serve a um fim, mas não é um fim. É um meio. O fim é a **realização** do homem. Que não apenas cria, mas **recria** e se recria e se **aperfeiçoa** através do seu trabalho e do trabalho dos seus semelhantes. O professor escreve livros, mas não os edita, e o linotipista, que compõe os livros, não os escreve, mas deles precisa, para si e seus filhos. O médico não fabrica os instrumentos cirúrgicos que utiliza nem os remédios que receita, mas os fabricantes dos instrumentos e das drogas precisam dos médicos quando estão doentes. Os fabricantes de calçados alimentam-se com os produtos cultivados pelos agricultores, que usam os sapatos que aqueles fabricam.

É claro que todos os trabalhadores se diversificam em suas tarefas, formando grupos e classes. Mas todos precisam de todos. E todos se confundem no trabalho, como seres humanos em suas atividades criadoras. O trabalho não pode, pois, ser considerado um fator de separação entre eles, e, sim, um elemento de união e de integração. Os homens, os grupos e as classes, **principalmente** porque se dedicando a atividades diferentes e produzindo coisas e serviços diferentes, carecem de aproximação, com-

(5) Alceu Amoroso Lima — ob. cit.

(6) Georges Friedmann — "Introducción y Metodología", in *Tratado de Sociología del Trabajo* — Fondo de Cultura Económica — México, Buenos Aires — Traducción de Julieta Campos — 1963.

plementação, harmonia, e não de luta. Porque todos, de todas as classes, buscam, afinal, o bem comum, em que está contido o bem de cada um.

Já aqui, um novo elemento deve, no caso, ser devidamente considerado: as realidades nacionais. Realidades geográficas, étnicas, econômicas e sociais. Realidades históricas. Realidades culturais. A organização política de cada nação está condicionada a essas realidades. Logo, conseqüentemente, a elas se vincula, mas, atividades laboristas, delas recebendo influência. Porque se trabalha com o instrumental que se possui, com a tecnologia que se conhece, com os recursos de que se dispõe, no ambiente em que se vive e num tempo determinado. O trabalho se exercita, dessarte, em função de uma tecnologia, de um capital, de uma economia, de uma dada situação histórica. É, assim, sempre, um meio de se atingir a um fim. A um fim pessoal (a realização do homem) e a um fim social (a realização nacional). Sempre, porém, um fim humano, e, por humano, sujeito às circunstâncias geradas por aquelas realidades:

“Si el trabajo supone una finalidad, no puede ser considerado sin embargo como un fin en sí, como observa Max Scheler, que lo calificaba de **indiferente y ciego**. No hay finalidad universal en el trabajo que pueda firmarse en abstracto y es perder el tiempo pretender filosofar sobre el trabajo separandolo de los grupos sociales, étnicos, de los contextos culturales donde se efectúa”, registra Georges Friedmann (7).

De qualquer modo, seja onde for e em que tempo for, o trabalho tem um conteúdo ético irreversível, assim indicado por Santo Tomás de Aquino (8):

“Opus manuale ordinatur ad otium tollendum, ad concupiscentiae refraenationem, ad eleemosynas faciendas.”

Não se deve, por isso, opor um trabalhador a outro trabalhador. Uma classe a outra classe. Quando os comunistas pedem aos operários de todo o mundo que se unam, seu pensamento está voltado somente para os trabalhadores “diretos”. A proclamação equivale a uma declaração de guerra. Excluem-se do apelo os outros trabalhadores. Como se somente na classe do proletariado se trabalhasse, se produzisse, se criasse, não passando de “parasitas”, “inimigos”, burgueses, os trabalhadores “indiretos”...

Ora, isso é a negação do próprio trabalhador. Pois não trabalham menos que os das cidades os trabalhadores dos campos, dos mares, das minas. Nem os que labutam fora das fábricas e das oficinas, como os motoristas, os porteiros, os vigias, os empregados em lojas. Nem os professores, os médicos, os engenheiros, os economistas, os advogados, os sociólogos, os militares, os missionários.

Medir os homens por suas atividades é ofender o trabalho em sua dignidade. Pois todos os homens, por serem homens, hão de trabalhar. E se irmanam, se igualam e se afirmam nessa condição de trabalhador. O

(7) Georges Friedmann — ob. cit.

(8) Citado por Leonel Franca in **A Crise do Mundo Moderno** — Livraria José Olímpio — Rio, 1942.

trabalho é, assim, um denominador comum às atividades de todos os homens, que através delas, não só garantem a sua subsistência e a de suas famílias, como se buscam em suas diferentes vocações, **realizando-se**.

Entre nós, o presidente Vargas <sup>(9)</sup> demonstrava entender essa verdade, quando, dirigindo-se aos trabalhadores, assim falava:

“Não distingo, na valorização do esforço construtivo, o operário fabril do técnico de direção, do engenheiro especializado, do médico, do advogado, do industrial ou do agricultor. O salário, ou outra forma de remuneração não constitui mais do que um meio próprio a um fim, e esse fim é, objetivamente, a criação da riqueza nacional e o surto de maiores possibilidades à nossa civilização.”

Dividir o trabalho é, portanto, dividir o próprio homem.

Aliás, a realidade termina por vencer sempre as construções artificiais que dela se afastam, por mais engenhosas que sejam. Assim, os marxistas são desmentidos a cada passo, os fatos se vingando de suas teorias. É o que mostra Louis de Launay <sup>(10)</sup>:

“Opõe-se o **trabalhador** ao burguês, ou melhor, o trabalhador manual das cidades a todos os outros elementos ativos da nação. É apenas o operário das cidades que pretende constituir um corpo privilegiado, senhor de fabricar as leis e isento de sua aplicação. E este mesmo operário, quando sai de sua oficina, veste-se como um burguês, adota os mesmos prazeres que um burguês, e gasta muitas vezes mais dinheiro com eles; amanhã será patrão e o seu filho engenheiro, empregado, funcionário, ao passo que muito burguês desce e regressa à oficina.”

É preciso que os trabalhadores, pertençam a que categoria for, não esqueçam a sua condição de homens e, como homens, procurem a sua felicidade acima das profissões, dos grupos e das classes. E é o trabalho a arma que eles têm para desbravar a **selva selvagem** da vida, a fim de chegarem à meta colimada. Porque é no trabalho que sentimos que todos precisam de todos: o homem que trabalha no campo, do homem que trabalha na cidade; o homem que trabalha no comércio, do homem que trabalha na indústria; o homem que trabalha nos laboratórios e nos gabinetes, do homem que trabalha nas minas, nos mares, nas oficinas; o homem professor, do homem aluno; o homem militar, do homem civil. E vice-versa. Como viu, com elevação e profundidade, Antônio Osmar Gomes <sup>(11)</sup>:

“Encarado sob o seu verdadeiro prisma humanista, cristão, o trabalho possui uma dignidade e um valor específicos. É um ato criador, que redundando em alegria espiritual, diante da plenitude da coisa criada. No trabalho, assim, é que o homem se eleva, pela

(9) Getúlio Vargas — “Discurso aos Trabalhadores”, em 1.º de maio de 1940 — Publicado em *Cultura Política* — DIP — Rio.

(10) Louis de Launay — *O Fim dum Mundo e o Mundo Novo* — Saraiva e Cia. Editores — Trad. de José Barbosa — São Paulo, Brasil, 1939.

(11) Antônio Osmar Gomes — ob. cit.

liberdade plena de criar valores e de realizar, entre os homens, na sociedade, a sua missão de ser homem, isto é, de ser homem completo.

Nisso está uma das mais profundas divergências entre a concepção cristã do valor do trabalho humano e a concepção marxista também do valor do trabalho humano. O cristão vê no trabalho e tem no esforço produtivo do trabalho um fim mais espiritualista do que materialista. O cristão concentra no esforço do trabalho todas as suas grandes virtudes para uma realidade acima de todas as realidades imediatas da vida social — a realidade do bem comum. Esse é o sentido humanista, legítimo, do trabalho, na dignificação que lhe dá o Cristianismo, considerando o trabalho como sendo um meio de aperfeiçoamento espiritual da pessoa, e não como um fim prático de exclusivo benefício individual. Para o marxista o fim do trabalho está no imediatismo do próprio trabalho, na realidade presente do seu valor econômico. Para o marxista não há outros valores que possam superar este valor positivo da economia. O marxista toma o trabalho com as mãos; não o alcança com o espírito. Tem do trabalho a noção simplista do que o trabalho é, sob o ponto de vista exclusivamente material. Essa é também a noção fascista do trabalho, pois, nesse particular, os dois extremos, tão profundamente antagônicos, se tocam, sem se hostilizarem. As coletividades trabalhistas, de um e do outro lado, identificam-se, perfeitamente, pela absorção que em ambas se promove da dignidade e da liberdade vocacionais da pessoa humana, imolada nos altares dos mais extravagantes ídolos pagãos, velhos ídolos, quase todos revividos, perversamente, na hora que vivemos, de universais confusões.”

O trabalho transcende dos espaços onde se executa. Não vale mais nem menos por ser exercido nos escritórios, nos quartéis, nos templos, nas fábricas, nas minas, no mar, no ar ou no campo. Vale por si e em si. Por seu cunho humano. Que faz dele um ato criador. O animal não trabalha, por isso não cria. Trabalho é criação. Variação. Só o homem trabalha, só ele diversifica suas atividades. Assim, o trabalho tem uma dignidade própria. Um valor intrínseco: o seu teor humano. O homem só se afirma pelo trabalho. O seu trabalho. Criando e se recriando. A sociedade, organização de homens, é construída pelo trabalho variado de todos os homens.

Não pode, pois, o trabalho ser entendido como instrumento de luta de classes, e, sim, de harmonia entre as classes. Não pode ser tido como fator de distanciamento de interesses, mas de conciliação de interesses. Os homens, iguais em sua natureza, são desiguais em suas vocações, em suas aptidões, em suas aspirações. O trabalho, ato criador de valores e de realização individual e pessoal dos homens, é sempre o mesmo, em essência, porém se diferencia e se pluraliza em atividades adequadas às habilidades, à competência, ao gosto e às idéias dos homens. Entretanto, assim como todos os homens se confundem no homem, todos os tipos de trabalho se confundem no trabalho.

Essa compreensão do trabalho liga-se, é evidente, à filosofia cristã, que vê no ser humano uma pessoa e tem do homem e do universo uma visão global, integral e solidária. Donde se conclui que só é possível entender-se assim o trabalho numa sociedade em que assim se conceitue o homem.

O trabalho é, sem dúvida, um ato terreno, concreto, de afirmação existencial do homem. Vincula-se, por conseguinte, a todo o processo social, o em que os homens se organizam em sua vida coletiva. Daí as repercussões políticas da organização do trabalho. Porque, sendo a política a ciência do Estado e o Estado o instrumento de realização das sociedades nacionais, o trabalho, ato pelo qual os homens se “constroem” como indivíduos e como povo, será melhor ou mais mal organizado, isto é, mais humana ou menos humanamente estruturado, conforme o regime político vigente.

### DESVIRTUAMENTO DO TRABALHO NA LIBERAL DEMOCRACIA E NOS REGIMES TOTALITÁRIOS

Assim entendidas as coisas, fácil será convencer-mo-nos de que só se redimirá o trabalho dos vícios que o maculam atualmente se conseguirmos nos desligar, para sempre, do liberalismo clássico e dos sistemas políticos totalitários, nos quais se tem do homem uma visão deformada, desta decorrendo uma estruturação defeituosa do sistema social do trabalho.

Condição, portanto, para o advento de uma nova era social, mais justa e mais humana, é a superação definitiva da liberal-democracia e dos regimes, ainda, social e econômica.

A redenção do trabalho está vinculada à implantação da democracia verdadeira. Da democracia integral. Da democracia cristã, que é política, mas, ainda, social e econômica.

Nessa democracia o trabalho é uma atividade harmoniosa, integradora, totalitária. Nela, o homem se busca pelo trabalho, se constrói pelo trabalho. Tentando o absoluto, Deus.

Na democracia informada pelo cristianismo o trabalhador não se divide em operário e patrão, em comerciante e industrial, homem e mulher, civil e militar, urbano e rural. O que pesa, nela, em qualquer atividade, é o homem, criando riquezas, se procurando a si mesmo, se renovando, se **fazendo** nas coisas que faz.

Os diversos tipos de trabalho se reclamam, se entrosam, se completam. No ar, na terra, no mar, nas minas, nas fábricas, nos escritórios, nos quartéis, nas lojas, nas igrejas, nos hospitais, em toda parte, as atividades humanas se interligam, se entrelaçam, se confundem, compondo interesses, necessidades e objetivos, com vistas ao bem comum. Porque o trabalho, numa democracia cristã, está selado pela marca criadora de uma vontade que visa ao aperfeiçoamento do homem e da sociedade. Nela se compreen-

deu essa grande verdade, simples mas tão esquecida, que Joaquim Pimenta (12) evoca:

“É pelo trabalho que os indivíduos sentem mais vivo o laço de solidariedade e de cooperação, que os congrega e os retém coesos.”

É essa a concepção democrática cristã do trabalho, diferente e divergente das concepções liberal e totalitárias, ante as quais o trabalhador ou é esquecido, abandonado, posto à margem da vida, ou amesquinhado, “robotizado”, reduzido ao papel de simples máquina de produção.

A democracia liberal pouco teve, realmente, de democracia. Foi, em verdade, um sistema materialista e escravocrata. Agnóstico, imediatista, hipertrofiando o indivíduo (este alienado de sua condição humana, porque desligado de Deus), egoístico e utilitário, o regime liberal-democrata representou uma estrutura social, política e econômica desprovida de substância humana.

A livre concorrência e o lucro, manifestações sociais e econômicas do liberalismo oriundo do racionalismo cartesiano e do luteranismo, contribuíram para que o homem fosse entregue à própria sorte, pelo que, desamparado, ele ficou, na sociedade liberal democrática, vagando, como barco sem leme, ao sabor das forças dominantes, os mais fracos explorados pelos mais fortes, espertos, astutos ou afortunados.

Com um pouco de boa vontade, e do ponto de vista estritamente político, ainda se podia falar em democracia. O povo votava. . . Mas, que povo? Quem vota livre e conscientemente, quando é escravo da miséria, do medo e da ignorância? A rigor, mesmo sob esse aspecto, a democracia, vigente o sistema liberal, não passou de uma ilusão, para não dizer uma farsa, pelo menos em nosso País.

Só se pode falar em democracia quando estabelecida uma ambiência existencial onde se procure, efetivamente, a igualdade, a liberdade e a fraternidade entre os homens. Onde o amor ao próximo, princípio cristão fundamental no relacionamento entre os homens, se traduza em experiências políticas, sociais e econômicas.

Democracia é isso. Fora daí não é. Democracia não é coisa relativa. É, em essência, uma categoria política absoluta. Ou é, ou não é. Quando não se faz valer em todos os seus aspectos, inexistente.

Não se pode, portanto, falar em democracia apenas política, nem somente social, nem exclusivamente econômica. O econômico, o social e o político são meras facetas da democracia real, aquela que vale como um ambiente coletivo de existência em que todos os homens encontrem condições para, pessoal e coletivamente, tentarem seu pleno desenvolvimento.

Essa democracia é a democracia cristã. Nela o homem é, verdadeiramente, a meta a atingir. O homem de carne e osso. Mas, também, o homem

---

(12) Joaquim Pimenta — *Sociologia Jurídica do Trabalho* — Editora Max Limonad — Rio, 1944.

que tem uma alma. O homem-animal e o homem-anjo. O homem que é o centro do mundo mas que tem a Deus como centro. No regime onde se pense e se haja assim, existe democracia.

Todos os valores, no regime democrático cristão, são postos em função do homem.

Dessarte, não se concebe nessa democracia, a autêntica, falar em livre jogo das forças da natureza. Não existe isso. O homem não é dirigido por essas forças. Ao contrário, o homem, pela sua vontade, domina as coisas e, pela sua inteligência, dá-lhes sentido e destinação.

Isso explica e justifica a organização e a direção da sociedade pelo homem, através do Estado, este situado, assim, como o instrumento pelo qual ele se realiza e realiza o bem comum. Intervindo, controlando, disciplinando, orientando.

Por se fugir a essa compreensão filosófica, no liberalismo, o Estado foi um órgão ausente e omissa, permitindo a exploração do homem pelo homem. Onde, na liberal-democracia, o operário ser transformado em simples mercadoria, de cotação variável, conforme a lei da oferta e da procura...

Por se afastar, igualmente, do entendimento cristão, os sistemas comunista e fascista, que sucederam ao liberalismo, também fracassaram, pois amesquinham o homem, transformando-o em simples coisa, a serviço de mitos, como a classe, a raça e o Estado.

O certo é que, ou um regime político é democrático e, por sê-lo, possibilita a equânime e justa participação de todos nos bens da civilização e da cultura, ou não tem essa capacidade e, nesta hipótese, não é democrático.

Na liberal-democracia o operário é o grande esquecido. O **homem-operário**. Porque entregue à própria sorte num mundo onde lutam contendores de forças desiguais. Onde, pois, o Estado, ausente, omissa e passivo, serve aos indivíduos e aos grupos que, detendo o poder econômico, enfeixam em suas mãos, igualmente, o poder político.

O valor de um regime político está na sua capacidade de oferecer aos homens condições de se realizarem, como pessoas e como coletividade. Se esse regime se apresenta como um ambiente onde os homens podem tentar esse objetivo solidariamente, podemos qualificá-lo de democrático. Dessa maneira, mirando o panorama mundial, podemos, sem intenções humorísticas, dizer que existem democracias de verdade e democracias de mentira, estas em maior número.

André Philip <sup>(13)</sup>, em excelente estudo, escreveu:

“Es inútil proponerle una fe democrática a un hombre que, en su existencia cotidiana, vive una realidad que, en todos sus elementos, es lo contrario de esa democracia.”

(13) André Philip — *La Democracia Industrial* — Editorial Tecnos, S.A. — Madrid — Traducción de Dionisio Ridruejo — 1965.

Essa observação nos faz pensar nos homens miseráveis do Nordeste brasileiro, não só neles, também nas populações abandonadas, famintas, maltrapilhas e revoltadas das favelas das nossas grandes cidades.

Esses nossos irmãos, expoliados, maltratados pelos homens, crêem em Deus, mas como Deus não lhes deu o de que necessitam, se deixam engodar pelo canto de sereia dos comunistas, pois nas promessas dos “democratas” não podem acreditar, eis que a “democracia” com que estes lhes aceenam é a vida desgraçada que eles levam, geração após geração... Esqueceu-se, aqui e alhures, o que Paulo VI<sup>(14)</sup> procurou avivar na memória dos homens:

“Deus destinou a terra e tudo o que nela existe ao uso de todos os homens e de todos os povos, de modo que os bens da criação afluam com equidade às mãos de todos, segundo a regra da justiça, inseparável da caridade. Todos os outros direitos, quaisquer que sejam, incluindo os de propriedade e de comércio livre, estão-lhe subordinados. Não devem, portanto, impedir, mas, pelo contrário, facilitar a sua realização; e é um dever social grave e urgente conduzi-los à sua finalidade primeira.”

Por incrível que pareça, ainda há quem insista, em toda parte, no Brasil inclusive, em apregoar as excelências da liberal-democracia. Acenuou-se mesmo, ultimamente, em conhecidos setores de divulgação, a pregação liberalóide. Assim, volta-se a falar, nesses setores, com muita ênfase, na necessidade de “privatização” de empresas estatais, no respeito à liberdade de iniciativas, na intocabilidade do indivíduo... Procuram, desse modo, certos grupos suspeitos, impedir a presença do Estado em áreas onde ela se faz necessária. Tudo isso reflete o desespero de alguns remanescentes da liberal-democracia, apavorados ante a expectativa de serem despojados de seus privilégios...

Não podemos ficar de braços cruzados. Porque os grupos que assim procedem contam com ampla e poderosa cobertura internacional. Precisamos, assim, sem rebuços, sem tibiezas e sem transigências, proclamar bem alto essa verdade necessária e incontestável: não há democracia num regime de livre concorrência. Eis a palavra da Igreja:

“A economia de livre mercado vigente como sistema em nosso continente e legitimada por ideologias liberais aumentou ainda mais a distância entre ricos e pobres, por colocar o capital à frente do trabalho, o econômico à frente do social. Grupos minoritários nacionais, associados às vezes com interesses estrangeiros, aproveitam-se das oportunidades que lhes são abertas por essa forma primitiva de livre mercado, para enriquecer às custas dos interesses dos setores populares majoritários”<sup>(15)</sup>.

Nunca é demais repisar que a economia não é uma ciência natural, é uma ciência moral. Não pode, por isso mesmo, ficar entregue às manobras

(14) Papa Paulo VI — “*Populorum Progressio*” — Documentos Pontifícios sobre Questões Sociais — Câmara dos Deputados — Brasília, 1967.

(15) Documento do CELAM, reunido em Puebla, México, 1979 — Divulgado pelos Jomais.

dos homens, quando estes, destituídos de um senso moral comum, procuram subordinar as forças e as relações de produção aos seus interesses particulares. A lei da oferta e da procura, tal como a entendem os capitalistas liberais (que a manipulam a seu talante...) é uma simples máscara a encobrir a feia fisionomia de uma mentalidade depravada. É uma especulação. É um instrumento de dominação. Veja-se a realidade: os produtos desaparecendo do mercado, para aumento de preço. Veja-se a queima de lã, do café, do trigo. Veja-se o desemprego. Vejam-se os latifúndios improdutivos. Veja-se a miséria de milhões. Vejam-se os lucros fabulosos de certas sociedades. É que na economia liberal a grande lei é, na realidade, o lucro. E o lucro, tal como obtido nessa "democracia-liberal" (a qualquer preço) significa a exploração do homem pelo homem.

É necessário, por isso, esquecer definitivamente os postulados do liberalismo clássico. Entre eles, e prioritariamente, o que advoga a "abstenção" do Estado. Na democracia autêntica o Estado não pode, é claro, ser onipotente. Mas também não pode ser, de nenhuma maneira, uma entidade ausente. Tem de ser, necessariamente, um ser onipresente. Há ele de responder afirmativamente aos apelos do homem, onde quer que este se encontre. Os limites para a atuação do Estado nos diversos setores de atividade do homem estão, somente, no respeito à pessoa humana. Em defesa desta, para a garantia e a realização desta, há de admitir-se a intervenção do Estado em qualquer área, seja a econômica, a social ou a política. Não há como opor pretensões privatistas ou grupais aos interesses comuns, que incumbe ao Estado proteger, mas que o Estado só pode amparar pela sua presença e com a sua força. Só atuando em todos os planos sociais o Estado, expressão máxima do povo, pode impor equilíbrio e evitar injustiças, assegurando a todos os homens reais condições de sobrevivência e desenvolvimento.

No que tange ao trabalho, isto é, à denominada "questão social", esta deixou, há muito, de ser considerada como um "caso de polícia" a ser resolvido pelas "patas de cavalo"...

### QUESTÃO SOCIAL, A GRANDE QUESTÃO

Considera-se, hoje, a "questão social" como a grande questão da atualidade. Logo, como a grande questão nacional dos diversos povos. Na sua resolução está o destino das nações. E essa questão só pode ser equacionada e encaminhada racionalmente através do Estado, como viu, com clareza, André Philip<sup>(16)</sup>:

"Se debe, en efecto, mirar la realidad cara a cara; una política obrera y, de modo general, una política social progresiva exige un Gobierno estable y fuerte; los Gobiernos débiles e inseguros son una herencia del período burgués del siglo XIX en que era necesario protegerse contra los excesos de un ejecutivo monárquico o militar y en que el Estado intervenía lo menos posible en la vida económica. Hoy en día la intervención creciente del Estado y la necesidad de una planificación consciente exigen un poder que se ejerza durante un largo período."

(16) André Philip — ob. cit.

Aceite-se que, sendo um instrumento de “construção” nacional dos povos, o Estado tem que ser intervencionista. Porque nação é povo. E povo são todos os homens. Ora, os homens são diferentes. Os grupos se diversificam. Variam as classes. Todavia, coisas diferentes não são coisas necessariamente divergentes. O Estado é uma unidade composta de mil variedades. Nele se projetam todas as inclinações, todas as necessidades, todos os sentimentos e todas as aspirações de todos os homens que compõem a nação, nele juridicamente organizada. Ele representa uma síntese dos ideais de todos os homens que nele vivem. Por isso, e como recorda J. Blanco Ande (17) :

“El Poder se apoya tanto en los supuestos de la colaboración que pueden germinarse entre aquellos grupos o personas con intereses parecidos, como en los casos de divergencia que nacen entre los detentadores de intereses contrarios.”

Essa compreensão do Estado nos convence da necessidade de não admiti-lo jamais como um ente omisso, longínquo ou passivo, mas, sim, sempre ativo, vigilante, presente. Porque só assim é real. Só assim se justifica. Só assim possibilita aos homens alcançarem uma organização nacional modelada em estruturas equilibradas, justas, igualitárias e humanas. Como proclama ainda Ande (18):

“El Poder no es algo estático y amorfo, que viva desligado del contexto social en que ha de desenvolverse forzosamente. Si el Poder existe, y se ejercita, es porque actúa en el seno de una colectividad, llevado de la mano tanto del sujeto que lo impone, como del que lo sufre. El Poder existe, en definitiva, porque el hombre lo alumbraba como algo necesario para el desarrollo comunitario.”

Não cabe, pois, ao Estado distinguir entre os homens. Estes — a sua felicidade — é a meta visada, independentemente de seu condicionamento profissional ou de seu enquadramento classista. Ser operário, comerciante, militar, doutor ou sacerdote, é uma conjuntura vocacional ou social. Não confere privilégios nem importa em exclusões. A profissão não eleva nem rebaixa o homem em sua natureza. Ela é apenas um meio (possível ou desejável) de se tentar um objetivo. Todas as profissões são igualmente necessárias à sociedade, elas se completam na satisfação das múltiplas necessidades do homem. O mesmo se pode dizer das diversas classes sociais, que, em última instância, nada mais são que integração de grupos profissionais. Esses grupos e essas classes, expressões das variadas atividades profissionais do homem, são, no entanto, meros suportes de um trabalho comum, efetuado por todos os homens, de todas as profissões, de todas as classes. É o homem em si, esse homem que transcende das classes, que se situa como o objetivo máximo da política autêntica. É como disse Adam Schaff (19):

“O indivíduo humano encontra-se dentro da sociedade de acordo com a sua gênese e o seu caráter social, mas continua, até certo

(17) J. Blanco Ande — *Teoría del Poder* — Ediciones Pirámide, S. A. — Madrid, 1977.

(18) Blanco Ande — *ob. cit.*

(19) Adam Schaff — *O Marxismo e o Indivíduo* — tradução de Heirdun Mendes da Silva — *Civilização Brasileira* — Rio, 1967.

ponto, como indivíduo autônomo. O indivíduo real e concreto, o autêntico criador da História, é o fundamental como verdadeiro objeto das preocupações e das ações mesmo quando se fala em classes e sua luta.”

Quando falamos em **política autêntica**, falamos da ciência social em sua mais ampla e profunda acepção, aquela que engloba todas as demais ciências sociais. Porque ela é a ciência do Estado. A que cuida de todos os aspectos atinentes à organização da vida coletiva dos homens situados nos diferentes espaços geográficos. Essa política presume uma filosofia e uma ética e inclui uma concepção econômica. Portanto, nela está incluída, também, uma compreensão social do trabalho, fator de produção e elemento de relacionamento entre os homens.

Assim entendendo a política, e vendo no homem, um ser imperfeito, porém perfectível, e cujo ponto central de referência é Deus, a perfeição absoluta, cabe reconhecer que todo homem, em sua essência mais íntima, busca esse Absoluto. Na maior ou menor aproximação com esse Modelo é que está a escala dos valores humanos. A medida dos homens. Independentemente das idéias, das situações e das classes dos homens. O trabalhador, seja qual for a sua profissão, é antes de tudo um homem. É esse homem que a democracia cristã considera quando procura fincar as bases, a estrutura e os rumos de sua orientação trabalhista. Um homem igual a qualquer outro homem. Angélico e demoníaco. Indivíduo e pessoa. Capaz de todas as grandezas e capaz de todas as misérias. Um **homem**.

Em uma democracia legítima, de classes abertas, onde o Estado é efetivamente um instrumento de edificação nacional do povo, as situações profissionais dos homens são tidas como meramente incidentais, são simples categorias eventuais de existência, não “marcam” o homem.

Em numerosos países, hoje, centenas de operários, a cada ano, se diplomam pelas mais diversas faculdades, ou vêem seus filhos ou netos se diplomarem, adquirindo, assim, habilitação profissional para ascender na escala social. Inclusive no Brasil esse fenômeno é visível, particularmente em Brasília.

Ao revés, é sabido que “nobres” emigrados de países totalitários, quando da mudança de regimes nestes, foram vistos em outras partes, servindo como motoristas, garçons, governantas.

Tais fenômenos, embora isolados, demonstram a precariedade dos critérios daqueles que pretendem qualificar os homens pelas classes em que se posicionam na sociedade.

Dessa maneira, em uma genuína política trabalhista, temos de considerar equanimemente todos os trabalhadores: os numerosos e variados trabalhadores “diretos” (das minas, do fundo do mar, das aeronaves, das fábricas, dos campos) e os numerosos e variados trabalhadores “indiretos” (os empresários, os profissionais liberais, os sacerdotes, as freiras). Temos de vê-los, a todos, como uma colmeia, cada qual com sua tarefa específica no trabalho comum.

## O TRABALHADOR ESTÁ ACIMA DAS CLASSES

Isolar uma ou algumas categorias profissionais, englobando-as em classes, para dar-lhes supremacia sobre as demais, é distorcer o sentido da verdadeira política social. Berdiaeff (20), criticando o marxismo, tocou com dedo de mestre nesse ponto nevrálgico da questão social:

“El proletariado tomado en su conjunto, poseyendo una naturaleza única, no existe. En épocas y países diferentes, en dominios diversos de trabajo posee naturalezas múltiples, intereses varios y estado de espíritu. El marxismo no se preocupa del proletariado efectivo tal como aparece en la historia; pero sí de la idea del proletariado.”

Leonel Franca (21), do mesmo modo, focou admiravelmente esse ponto crucial do problema:

“Pouco importa que a obra a realizar exija mais esforços corporais que espirituais; a atividade exercida é uma atividade humana, nascida de uma inteligência e de uma liberalidade, interessando uma consciência, sob a responsabilidade de um eu profundo, na sua individualidade incomunicável. Os aparelhos psicossensoriais que o esforço produtor põe em ação não passam de simples instrumentos. O verdadeiro e único agente é o indivíduo humano. Não são as mãos que trabalham, trabalha o homem servindo-se das mãos.”

E completou (22):

“O aprendiz que amassa a cal e o engenheiro que calcula as resistências, o fiscal que arrecada o imposto e o Chefe de Estado que governa um povo, o mineiro que trabalha o mármore e Miguel Ângelo que esculpe o seu Moisés — é sempre o homem que trabalha. A categoria de personalidade é como um denominador a conferir a toda atividade humana um valor ético que lhe é específico.”

Não há, pois, como advogar um mundo dominado pelo proletariado. Nem por nenhuma outra “classe”. O clero, a nobreza e a burguesia também não devem ser privilegiados. No entanto, todos — o proletariado, a burguesia e o clero e a nobreza (?) — merecem um lugar ao sol que nasceu para todos e é de homens que se trata, de homens que trabalham e produzem e pelo trabalho se fazem e fazem a sociedade. Numa verdadeira democracia é assim.

As maiores criações do mundo não nascem, certamente, nas fábricas. Surgem nos gabinetes e nos laboratórios. Mas são realizadas nas fábricas. Inclusive aquelas de que se originam as fábricas onde labutam os operários...

(20) Nicolau Berdiaeff — *El Cristianismo y el Problema del Comunismo* — Epasa Calpe Argentina, S. A. — Buenos Aires — México — Traducción de María de Cardona — 1943.

(21) Leonel Franca — ob. cit.

(22) Leonel Franca — ob. cit.

Verdadeiro é, por outro lado, que os sábios e os cientistas, em seus gabinetes e em seus laboratórios, jamais poderiam transformar em realidades as suas invenções e descobertas, não fora o trabalho dos que labutam nas oficinas.

A filosofia cristã, **totalitária**, no bom sentido da palavra, vê o homem em sua integralidade. Logo, vê a sociedade em seu todo. O homem é espírito e é corpo, é razão e coração, é cérebro e é mão. A sociedade é o intelectual e o trabalhador braçal, o mestre e o comerciante, o missionário e o industrial, o camponês e o atleta, o escritor e o soldado. Todos se ligando num conjunto vasto, homogêneo, dinâmico e harmonioso. Assim acontece na democracia cristã. A genuína democracia, onde os homens, todos eles, são conceituados como pessoas, vistos como irmãos, tratados igualmente. Nessa sociedade não se admite domínio do homem sobre o homem. Nem de classe sobre classe. Por isso, ela rejeita a visão marxista. Como se opôs ao mundo pagão (na antigüidade o trabalho era um “castigo” imposto aos escravos). Como fulminou o mundo fascista (onde o homem é simples peça da máquina estatal). Como condenou a sociedade nazista (em que o homem foi subordinado ao mito da raça). Na sociedade democrática cristã o que vale é o homem. E o homem é um ser total, está acima e além das contingências profissionais e classistas. Eis porque, como adverte Antônio Osmar Gomes (23), uma civilização “não deve ser considerada sob o ponto de vista do **homo faber**”.

A propósito, cabe observar que a tecnologia, cada vez mais avançada, está forçando uma revisão dos conceitos marxistas de trabalho e de classes. É que a máquina, cada vez mais tomando o lugar do homem, está dando a este mais “ócio”, ficando ela com o “trabalho”. A “mais-valia” incide, a mais e mais, sobre o “trabalho” desse novo “trabalhador”. “Ele” é que está sendo, agora, o grande “explorado” pelos empresários e pelo Estado. . . Máquinas existem que fazem o trabalho de dez, de cem, de mil trabalhadores. Em tempo menor e com mais perfeição. E não é só: até mesmo o trabalho “intelectual” já está sendo executado pela máquina: aí estão os computadores a reduzir, em muito, os esforços dos cientistas, dos professores, dos sábios. Por outro lado, o campo se industrializa, vai sendo “invadido” pela máquina. As coisas chegaram a tal ponto que nem mais sabemos se o técnico que monta ou movimenta determinadas máquinas é um trabalhador manual ou intelectual. O que explica a observação de Darcy Ribeiro (24):

“Outra característica da sociedade futura será a superação da distância entre o trabalho braçal — praticamente proscrito — e o trabalho intelectual.”

A errônea compreensão marxista do problema do trabalho decorre, logicamente, de uma errada visão do homem e do universo.

Somos o que é a nossa filosofia. Se possuímos do homem e do universo uma concepção global e integral, jamais separaremos as partes do todo, seja no julgamento do homem ou da sociedade.

(23) Antônio Osmar Gomes — ob. cit.

(24) Darcy Ribeiro — *O Processo Civilizatório* — Civilização Brasileira — Rio, 1968.

Se, cristãos, vemos no homem uma criatura de Deus, feita à sua imagem e semelhança, havemos de ver a sociedade como um conjunto solidário de homens que, irmanados, buscam o bem comum, que é o bem de todos e o de cada um.

Assim pensando e sentindo, seremos democratas, pois democracia é o regime humano por excelência, e, dessa maneira, nunca será relativa, parcial, mutilada, nunca será somente política, ou somente social ou econômica, mas, sim, uma democracia total.

## O TRABALHO NA DEMOCRACIA CRISTA

Nessa democracia o trabalhador, seja manual ou intelectual, será sempre respeitado em sua dignidade de homem e para ele se procurará uma situação capaz de favorecê-lo em seus esforços para realizar-se, como indivíduo e como pessoa. Nessa democracia não se pregará a luta de classes, mas a integração de classes. As lutas de classes, conseqüência político-social de filosofias desumanas, são sintomas de doenças econômico-sociais, só pesam em regimes onde o homem é desconsiderado: "... as lutas sociais — diz A. Bochard (25) — não são mais do que a expressão incompleta como se tem compreendido a idéia do trabalho".

Classe, repitamos, é uma situação profissional e social contingente, de ordem econômica e, também, vocacional. É verdade que nem todos os operários são operários por vocação. Muitos o são, mas a maioria o é porque não tem recursos para tentar outra profissão.

Se bem que não tanto por motivos de ordem econômica, também numerosos profissionais liberais se formam não por vocação, mas, ora por imperativo de tradições familiares, ora para garantia de um *status*, ora por interesses políticos ou burocráticos, mas não exercem a profissão para a qual se diplomaram.

De qualquer modo, a escolaridade, a profissão e os recursos econômicos e financeiros "separam" os homens em camadas dentro da sociedade: as classes sociais. Estretanto, porque são constituídas de homens e os homens não se distinguem pelas classes — tanto que variam de "posição" social, não apenas horizontal mas também verticalmente, *subindo* ou *descendo* — não há como se pretender na sociedade — que é composta de todas as classes — hegemonia de uma delas:

"A classe — ensina Alceu Amoroso Lima (26) — é uma realidade social. O ideal da superação das classes, depois da exaltação belicosa de uma delas, a proletária e sua opressiva ditadura, é uma fantasia catastrófica."

E acrescenta:

"O verdadeiro contramito, que consiga em parte conjurar os perigos do classismo revolucionário, é a colaboração pacífica das classes."

(25) Citado por Joaquim Pimenta, ob. cit.

(26) Alceu Amoroso Lima — *Mitos de Nosso Tempo* — Livraria José Olímpio — Rio, 1943.

Nenhuma classe pode viver sem as outras. Todas dependem de todas. E nunca deixarão de existir, porque os homens, iguais em natureza, serão sempre desiguais em seus gostos, em suas aspirações, em sua capacidade, em sua inteligência, em sua saúde, em seu temperamento, em seus objetivos. O artista, o técnico, o escritor, o cientista, o sacerdote, o militar, o profissional liberal, são, todos, homens se afirmando em suas vocações. Compondo, em suas atividades diversificadas, o organismo social. Todos servindo a todos e se servindo de todos. Sob o manto da profissão existe o homem. Acima da classe a que pertence, está o homem. Dessa maneira, "o que é preciso é transportar o ideal de justiça dos indivíduos para classes. E da mesma forma que cada homem sente perfeitamente o seu **direito** e ao mesmo tempo o **direito alheio**, sem que a existência de um seja a negação ou a destruição do outro, assim também cada **classe social** tem o direito de existir e tem o dever concomitante de respeitar a existência das outras classes" (Alceu Amoroso Lima) (27).

Assim, o direito de uma classe termina onde começa o direito da outra.

Sempre haverá classes, porque os homens serão sempre diferentes. Não há, entre bilhões de seres humanos, dois que tenham as mesmas impressões digitais. Como não existem, nas árvores, duas folhas iguais. Isso, porém, não implica dizer que os que pertençam a certas classes sejam melhores ou devam ter mais direitos e privilégios que os pertencentes a outras classes.

Não se pode, é claro, negar que, ao lado de fatores de harmonização, operam, na sociedade, fatores divisionistas de classes. Forças há que buscam sua homogeneização, mas outras há de repulsão. É, então, que, para garantia do equilíbrio social, se faz necessária a presença do Estado. Para, como expressão da sociedade, assegurar um regime em que todos os homens, de todas as classes, tenham uma efetiva participação nos bens da civilização e da cultura.

Surge, então, a democracia, como caminho político normal a palmilhar. A democracia integral, que se propõe dar a todos possibilidades reais de desenvolvimento e que de todos exige, em contrapartida, igual esforço em prol do desenvolvimento de toda a coletividade. Democracia de todos por um e de um por todos. Democracia fundada no amor ao próximo. Democracia cristã.

Dentro dessa democracia o trabalho há de organizar-se num sistema em que todos os trabalhadores sejam igualmente postos em sua situação de seres humanos. O braçal e o intelectual. O do campo e o da cidade. O civil e o militar. O preto e o branco.

Não há como se conceber o governo de uma classe, seja qual for. Isso só se pode admitir em sistemas totalitários, onde o homem é sacrificado aos mitos. Ou no sistema liberal, onde o homem é reduzido a simples mercadoria, sujeita à lei da oferta e da procura.

Temos de olhar com o mesmo respeito o trabalho do operário nas fábricas ou nas minas, o do camponês na lavoura ou na pecuária, o do cientista

(27) Alceu Amoroso Lima — ob. cit.

nos laboratórios, o do servidor militar nos quartéis, o do servidor civil nas repartições, o do intelectual nos gabinetes, o dos artistas em seus estúdios, o dos políticos nos parlamentos, o dos religiosos nos templos.

Na democracia cristã isso acontece. E, nela, o Estado está sempre vigilante, para proteger os homens de todas as classes, pois está a serviço dos homens todos, que se espalham por todas elas. Alceu Amoroso Lima <sup>(28)</sup>, como sempre, penetrou fundo a questão:

“A variedade de classes corresponde a uma realidade irremovível. Os homens se distribuem por classes sociais em consequência da lei de variedade e não de uniformidade absoluta, que é a própria lei da sua personalidade individual e social. Classes e profissões são, portanto, realidades sociais intrínsecas que correspondem a um estágio avançado de progresso social. O progresso social se faz por diferenciação e não por confusão. A medida que uma sociedade se civiliza, afirma a sua consciência de classe. Quando essa consciência ultrapassa os limites a que está sujeita — pois tudo tem o seu limite natural e o progresso é o alcance desse limite, como a decadência é o transbordamento desse limite, como o atraso é a insuficiência na obtenção do limite a atingir —, quando o ultrapassa, decai. Todo classismo é, pois, uma decadência. O classismo proletário, como o classismo burguês, militar ou sacerdotal. O verdadeiro caminho da paz social é encontrar os limites de cada classe, fixá-los e impedir os abusos do poder. Nessa tarefa está mesmo uma das funções mais nobres e mais indispensáveis de toda verdadeira organização social. Nenhum regime político futuro poderá fugir a essa lei da natureza social, se quiser ser fiel à sua finalidade.”

Provado como ficou, pelo fracasso da liberal-democracia, que a sociedade não pode ficar sujeita às “leis da natureza”, pois o homem não é aquele “anjo” caído do céu, imaginado por Rousseau, sendo às vezes, também, o “lobo para o homem”, compreendeu-se que toda organização social, para ser justa, equitativa, equilibrada e humana, há de ser feita e dirigida pelo Estado, este conceituado e posicionado como um instrumento do bem comum, em função do qual ele disciplina as forças e as relações sociais, incluídas as de natureza econômica.

É assim que o Estado se justifica e se impõe, como essa ambiência existencial favorável ao desenvolvimento harmonioso do indivíduo e da sociedade, como, portanto, uma síntese das necessidades, dos interesses e dos objetivos nacionais. ou seja, como símbolo de uma coletividade humana situada em um determinado espaço, tendo uma história própria, afinidades étnicas, sentimentos religiosos comuns, enfim, uma cultura. Vale, pois, como um espelho mágico onde se refletem as tendências e os anelos de todos os homens que compõem esse conjunto nacional. Como um aparelho que capta as pulsações ideológicas dessa coletividade, e as coordena, disciplina, estrutura e orienta.

(28) Alceu Amoroso Lima — ob. cit.

## O ESTADO E O PROBLEMA DO TRABALHO

Deduz-se do exposto que o Estado, em relação ao povo que representa, é neutro, no sentido em que não pode distinguir entre as diversas camadas da sociedade. Porque existe para servir a todos e a cada um. É, repitamos, um instrumento de "construção" nacional dos povos. Logo, dos homens, que, como nação, vivem, dentro de um **espaço**, com um **certo estilo**, durante **determinado tempo**.

Fixada essa posição do Estado, há este, no que concerne ao problema do trabalho, de conduzir-se como órgão propulsor e conciliador de atividades. Estimulando todos os setores de produção e procurando articulá-los com vistas à satisfação dos interesses de todos e de cada um. Respondendo afirmativamente aos reclamos dos homens, diferentemente localizados na sociedade. Visando ao equilíbrio, à fraternidade, à igualdade, à justiça.

"La autoridad estatal, escreve Messner <sup>(29)</sup>, existe, pues, por razón del bien general de la comunidad política, y no del interés privado de un gobernante o de un partido o de una clase dominante. Su esencia y su justificación consisten, pues, en servir a la comunidad."

Essa concepção do Estado revela que a política não pode ser divorciada da moral. Logo, de uma filosofia. Pois é esta que dá uma razão de ser para os homens e para as coisas. Ela é que surpreende causas, apreende essências, traça os fins.

Os planos terrenos de vida — sociais, econômicos, políticos — têm a sua boa ou má configuração vinculada à filosofia em que se informou o Estado. Conseqüentemente, o regime político que adotarmos, decorrente dessa ou daquela filosofia, possibilitará, dificultará ou impedirá aos homens o cumprimento normal de seu destino, individual e coletivamente.

Desse modo, no tocante à organização do trabalho, torna-se claro que, nos regimes liberal-democrata e totalitários, o operariado será, ou marginalizado, ou transformado em máquina de produção.

No liberalismo, um antropocentrismo agnóstico levou à hipertrofia do indivíduo. Os interesses dos **indivíduos** e dos **grupos** prevalecem sobre os dos **homens** e das **coletividades**. O "laissez faire" transmutou a sociedade num campo de batalha. A livre concorrência, tal como se verificou, entre concorrentes de forças desiguais, dividiu os homens entre exploradores e explorados, deixando, assim, de ser um fator de emulação e seleção para converter-se em fator de descontentamentos, lutas, miséria, vingança e desgraças. E o Estado nada fez, porque, fiel aos postulados "liberais", virou um ente passivo, omisso, distante, cuja "função" seria assegurar o livre jogo das forças da natureza. . .

A sociedade liberal, comenta Emmet John Hughes <sup>(30)</sup> "suscitava uma técnica institucional de molde a favorecer a miragem da salvação do ho-

(29) Citado por J. Blanco Ande, ob. cit.

(30) Emmet John Hughes — *Ascensão e Decadência da Burguesia* — Livraria Agir Editora — Trad. de Cipriano Amoroso Costa — Rio, 1945.

mem pela concorrência econômica sem peias — ao mesmo tempo que entregou à aristocracia do dinheiro o domínio das cidadelas econômicas da sociedade. Isso ela conseguiu, proclamando a doutrina da abstenção política em matéria de injustiças econômicas e permitindo, em contrário, o livre exercício das atividades políticas, desde que não pusessem em perigo as premissas fundamentais da ordem social vigente”.

O capitalismo, fruto do liberalismo político e econômico que inspirou a Revolução Burguesa de 1789, foi, no que diz respeito ao trabalho, uma desilusão.

Mais tarde veio o marxismo e em sua projeção política (o comunismo) tirou do altar a burguesia e nele colocou o proletariado. Entronizou-se um mito. Mas o homem continuou esquecido. Humilhado. Ofendido. Desumanizado. Inclusive o homem-operário, pois, conquanto endeusado, foi, em verdade, reduzido a um valor meramente econômico. Se no regime liberal era uma mercadoria dos capitalistas, o trabalhador passou, no regime comunista, à condição de mercadoria do Estado.

Com o fascismo a situação se agravou, pois, nesse regime, fundiram-se os males do liberalismo e do capitalismo.

Tudo isso aconteceu porque o liberalismo e os totalitarismos foram sistemas desprovidos de uma ética e de um sentido filosófico gerados numa concepção humanista do universo.

No regime liberal-democrático o trabalhador foi, inegavelmente, posicionado como simples objeto, assim como, nos regimes totalitários, da esquerda ou da direita, foi situado como mera peça da máquina estatal, a serviço de mitos: a Classe, a Raça, o Estado.

“Tendo aceito o mesmo ideal básico que a sociedade liberal, a cruzada marxista apelou para o mesmo instrumento e critério de progresso — a acumulação de bens materiais. Muito embora pudesse ser tido como revolucionário o seu sistema de organizar a produção e distribuir a riqueza, o marxismo concebeu um ideal de sociedade suscetível de ser realizado por uma ação limitada a esse mesmo reino da economia, que o liberalismo consagrava como o plano — o único plano em que se podia lutar pela salvação do homem e alcançá-la” (Emmet John Hughes) <sup>(31)</sup>.

## POLÍTICA E MORAL

Faltou, a todos esses regimes, um conteúdo ético que só os regimes inspirados em filosofias realmente humanistas possuem. Berdiaeff <sup>(32)</sup> analisou essa questão em seus aspectos fundamentais:

“La explotación es un fenómeno moralmente reprehensible, una mala relación de hombre a hombre. Pero no es de ningún modo

(31) Emmet John Hughes — ob. cit.

(32) Nicolau Berdiaeff — ob. cit.

un fenómeno económico. Marx confunde totalmente los fenómenos económicos y reales. Para él la explotación es una resultante indispensable del proceso económico. Es difícil concebir que desde el punto de vista marxista la explotación pueda provocar esa indignación. Los propietarios explotan a los campesinos. La burguesía explota al obrero en virtud de una necesidad económica provocada por las exigencias de producción. En qué consiste aquí el mal? Porqué indignarse? Es comprensible que los cristianos se commuevan por esta relación moral malsana; pero, por qué los marxistas, amoraes en principio, niegan la diferencia entre el bien y el mal y se indignan?"

A questão social não é, portanto, uma questão exclusivamente econômica. Nem, mesmo, predominantemente econômica. Não se cinge aos aspectos materiais da vida dos trabalhadores. Não se limita ao salário. O trabalhador, é claro, precisa ganhar o suficiente para satisfazer às suas necessidades. A todas as suas necessidades, não somente as materiais. Precisa de assistência. Carece de previdência. Mas pede, acima de tudo, que o considerem e situem e o tratem como um ser humano. Igual ao patrão. De quem não difere, em natureza. De quem é irmão em Cristo. Onde lembrar Leonel Franca <sup>(88)</sup>:

"A questão do trabalho assume, em toda a extensão de sua amplitude, as proporções de uma questão humana — pessoal e cultural. Resolvê-la com acerto ou falseá-la em seus elementos fundamentais é despertar ressonâncias profundas na vida espiritual das almas e na marcha dos povos para a sua perfeição social. Em nenhum outro campo, talvez, a antinomia entre matéria e espírito estala com mais estridente agudeza e reclama com tanta urgência a visão integral da verdade para uma solução harmoniosa."

Aí, certamente, o grande desafio ao Estado moderno. A que o Estado liberal fugiu. A que não responderam satisfatoriamente os Estados totalitários.

A questão social é a questão maior que o Estado hoje enfrenta. Questão gigantesca, porque visceralmente humana e cuja solução está ligada ao próprio futuro da humanidade.

A chave para solucionar essa questão que, por ser social, é uma questão terrena, estará num tratamento político, viável, desde que entendamos a política como a ciência do Estado. Que, ademais, não deve ser dissociada de uma moral e de uma filosofia. E que pode até mesmo, como sucede em determinadas situações e lugares, sofrer impactos de doutrinas religiosas, eis que ninguém ignora as estreitas relações entre o protestantismo e o capitalismo, como todos sabem do parentesco entre o ateísmo (anti-religião) e o comunismo materialista. A implantação, no Irã, de uma República Islâmica, é outro exemplo a citar.

(88) Leonel Franca — ob. cit.

O problema do trabalho é um problema essencialmente humano. E os problemas humanos só podem ser bem equacionados e resolvidos em regimes políticos humanos. Ora, regime político humano só existe quando inspirado e informado por uma filosofia que tenha do homem uma visão perfeita. Isto é, que veja no homem o que o homem realmente é: uma pessoa. Um corpo e uma alma. Um ser imperfeito, porém perfectível e que se esforça por aperfeiçoar-se. Feito, recordemos sempre, à imagem e à semelhança de Deus.

### A META É O HOMEM

Todas as atividades do homem, dentro do Estado em que vive, devem estar impregnadas dessa compreensão. Mesmo as econômicas. A economia, insistamos, é antes de tudo uma ciência moral. A produção, a circulação e o consumo de bens são feitos **pelo** homem, **com** o homem e **para** o homem. E as relações entre os homens, em qualquer esfera de atividade, para não serem desvirtuadas e não degenerarem, hão de ser reguladas pelo termômetro da moral.

Enfocando assim as coisas, temos de tentar a implantação, pelo Estado, de uma democracia cristã. Onde as classes não sejam marcas distintivas dos homens, valham apenas como posicionamentos diversificados dos homens dentro de um contexto social em que todos lutem por um mesmo objetivo: o bem de todos e de cada um. Essa democracia, acentua Emmet John Hughes <sup>(34)</sup>, “desconhece classes e formula suas definições em termos de homens e não de grupos sociais, não está ligada a determinada estrutura econômica e considera todas as maquinarias econômicas como simples instrumentos”.

Dessa maneira, há que se repudiar os sistemas políticos liberal e totalitários e tentar-se uma democracia cristã: integral, solidarista, humana. Fora daí não haverá salvação.

O lucro, motivação exclusiva da atividade capitalista no liberalismo, importou no esmagamento do homem-operário.

Por outro lado, a sociedade comunista, colocando na produção o seu fim maior, fez do trabalho um fim em si, relegando a segundo plano a figura do homem-operário.

Em ambos os casos o trabalho foi amesquinhado. Deixou de ser ato criador. Deixou de ser expressão pessoal. Deixou de ser instrumento de **realização** do homem. Por isso, tanto no liberalismo quanto no comunismo, o trabalhador foi alienado. Porque o homem deixou de ter no trabalho um processo de valorização. Um meio de atingir um fim. Um modo de criar e de recriar-se. De expandir-se. De **crescer**. Um modo vocacional de ser. Uma maneira de afirmar-se. Desumanizado, o trabalhador foi diminuído. Tudo porque em ambos os Estados (o liberal e o comunista, assim embebidos de filosofias desprovidas de substância autenticamente humana) o trabalhador

(34) Emmet John Hughes — ob. cit.

foi relegado ao triste papel de fazedor de coisas. Esse problema foi admiravelmente analisado por Leonel Franca <sup>(35)</sup>, nessa crítica magistral:

“... a dignidade do trabalho prende-se com vínculos infrangíveis a uma filosofia do homem e a uma concepção integral da vida. Os sistemas econômico-sociais que, num processo de laicização crescente, se foram alheando às influências cristãs, acabaram, não obstante as aparências contrárias, deformando e comprometendo a nobreza do trabalho. Esquecida ou subvertida a sua verdadeira finalidade, reabriu-se o conflito fatal entre a matéria e o espírito, na consciência dos indivíduos e na organização das sociedades. O capitalismo liberal implicou na **desumanização** do trabalho, o comunismo ateu na sua **divinização**. Um e outro sacrificaram, no operário, o homem com as suas exigências espirituais imprescritíveis.

No processo histórico da evolução, que da Renascença desfechou no capitalismo dos nossos dias, o eixo da economia — da doutrina e da organização — deslocou-se gradualmente do homem para a produção, do sujeito para o objeto, da pessoa para a coisa.

A produção passou a ser o fim da atividade industrial. Produzir, produzir mais, produzir sempre — representava o termo inatingível de um processo material indefinido. A simples condição de instrumento para a realização deste objetivo foi reduzido o trabalho produtor. De atividade humana, essencialmente ordenada à expansão hierárquica de valores humanos, o trabalho degradava-se à categoria de meio a serviço de um bem material. A atividade do trabalhador passa a valer apenas como caminho para chegar à riqueza. Este fim todo material dá o critério, de ordem puramente quantitativa, para avaliar o trabalho. O caráter de ação humana, ligado à dignidade da pessoa, que lhe é, por essência, inerente, eclipsa-se de todo na economia capitalista. O grande empresário não vê no trabalho senão o instrumento de produção; o operário, diminuído, nele não considera senão o meio de ganhar miseravelmente o pão de cada dia. Subverteu-se a ordem essencial dos valores, sacrificou-se todo o espírito à matéria.

Contra esta **alienação** desumana resultante do capitalismo insurgiu-se o movimento desencadeado por Marx. Para libertar o operário suprimiu ele o capital e divinizou o trabalho. O trabalho não pode ser um meio, sem degradar o trabalhador; será um fim, bastará a si mesmo. No exercício de sua atividade, o homem expande naturalmente as suas energias vitais; aguça-se-lhe a inteligência na invenção mecânica; tempera-se-lhe a vontade na luta contra a hostilidade das coisas; domina-se a natureza; estreitam-se os vínculos da fraternidade universal. O ídolo da nova civilização será o trabalho; a religião da nova era, a religião do trabalho, inspiradora de uma nova mística capaz de exaltar as forças emotivas construtoras da cidade do futuro.

(35) Leonel Franca — ob. cit.

O desvio aqui é mais perigoso. Não se subordina aparentemente o trabalho a uma finalidade exterior, atribui-se-lhe um valor absoluto, um caráter incondicionado de fim último. Exalta-se a atividade. A repercussão econômica desta ideologia desequilibrada será a febre da produção. Produzir para produzir, produzir sempre, não tanto para a acumulação dos produtos, quanto para ensanchar a possibilidade de um exercício crescente da atividade produtora. Aumentem-se as necessidades do consumo, criem-se novas exigências, estimulem-se as competências e porfias de primado entre os operários. Sem norma reguladora de fins mais altos que o dominem, o entusiasmo do trabalho exalta-se até a fúria do delírio. Nas relações sociais desaparece o homem para avultar o produtor e o consumidor.

Não; o trabalho não pode ser guindado às alturas de valor absoluto, sem provocar a catástrofe de subversões fatais ao homem e à civilização. De sua natureza, a atividade laboriosa ordena-se à transformação da matéria, à criação de uma utilidade. E a utilidade afere-se pela necessidade humana a que vem satisfazer. Rasgar estradas, fabricar automóveis, erguer arranha-céus, tudo isto não tem sentido fora de uma referência essencial ao homem e às exigências de sua expansão harmoniosa. Só uma concepção integral da vida poderá fundamentar uma hierarquia de valores e justificar a dignidade do trabalho. Divinizá-lo para enaltecê-lo e escravizar o homem sob o jugo de uma idolatria humilhante. A ação e o movimento não têm valor absoluto, valem o que vale o termo que lhes constitui a razão de ser.

Há uma unidade interna entre o pensamento e a vida. Há uma solidariedade indissolúvel entre a concepção ético-religiosa da existência e a expressão fenomenológica dos costumes e das estruturas sociais. Cedo ou tarde os fatos serão a tradução viva das idéias.

Erguer entre os dois domínios — o da filosofia e o da ação — barreiras intransponíveis, ou confiná-los em compartimentos estanques, é desconhecer a unidade orgânica do espírito. E é esta a raiz profunda dos males que nos afligem. Na questão que ora nos interessa faz-se do trabalho uma simples questão econômica e à economia atribuiu-se uma onímoda independência. Como se o trabalho não fosse de sua natureza uma expressão de toda a personalidade humana.”

## O TRABALHO É UM TRAÇO DE UNIÃO

Observando a realidade, constatamos que, desde o começo dos tempos históricos, o trabalho foi um traço de união entre os homens. Já nos tempos primitivos o homem dividiu suas tarefas, em benefício da comunidade. Uns caçando, outros pescando, outros plantando e colhendo, outros lutando, outros curando, ou fazendo armas ou utensílios, os homens, através de

(36) Leonel Franca — ob. cit.

diferentes atividades de trabalhos diversificados, se ajudavam e se complementavam na ordenação, desenvolvimento e defesa das sociedades humanas em formação. O trabalho aproximava e irmanava os homens. Era o ponto de convergência dos interesses grupais. Um laço a ligar os homens. Um fator de equilíbrio e harmonia, dando aos homens uma consciência do bem comum.

Pelos tempos afora o trabalho manteve esse caráter, até que, por força da filosofia pagã, predominante até nas grandes civilizações clássicas, o trabalho manual transformou-se em elemento de distinção entre os seres humanos, passando a constituir um "castigo" imposto aos escravos, uma tarefa indigna das "elites" e dos "intelectuais".

Com o advento do cristianismo, o trabalho, conceituado como ato pelo qual o homem se realiza, foi elevado, dignificado, passando à categoria de valor social básico.

Mais tarde, porém, com a vitória do liberalismo e, depois, com o advento dos sistemas totalitários, ele decaiu de sua grandeza, sendo rebaixado à condição de instrumento de exploração do homem pelo homem (no liberalismo), e, depois, do homem pelo Estado (nos totalitarismos).

Acuados em sua situação servil, os operários se viram forçados, então, a usar o "trabalho" como uma bandeira para suas reivindicações, e, dessa maneira, aquilo que era um "traço de união" entre os homens passou a ser usado como estandarte de luta de classes:

"Todos os grupos humanos, da família à nação, encontram na permuta de serviços e na harmonia colaboradora a base de sua existência e o segredo de seu progresso. A força punitiva do trabalho é de uma eficiência insubstituível. Foi mister que se obliterasse de todo esta significação da atividade humana, para fazer do trabalho um princípio de divisão entre as classes e um fermento de ódio entre os corações. As doutrinas incapazes de fundar em sólidas bases espirituais a consciência viva da fraternidade não poderão exaltar o aspecto social do trabalho nem contribuir para a paz e a prosperidade de uma civilização" (Leonel Franca) <sup>(37)</sup>.

Classes são dados permanentes da sociedade. Portanto, inerentes à questão social. Não podem, desse modo, ser ignoradas. Existiram, existem e existirão sempre, em qualquer sociedade.

O que não se deve, por antinatural, anti-humano e antipolítico, é fazer da luta de classes um critério desenvolvimentista ou um trampolim para chegar ao paraíso terrestre. Nem, tampouco, permitir-se a privilegiação de uma classe, à base do poder econômico dos grupos que a compõem. Precisamos nos conscientizar de uma verdade essencial: os homens não se identificam pela classe a que pertençam, mas pela sua condição humana. A todos devem ser asseguradas situações que os capacitem ao pleno cumprimento de seu destino, como pessoas e como povo. O que implica reconhe-

(37) Leonel Franca — ob. cit.

cer a necessidade de um processo político em que se procure a harmonia entre as diversas classes, o que há de ser tentado, inclusive, pelo encurtamento das distâncias que separam uma das outras na pirâmide social relativamente às condições gerais de existência.

Tão inadmissível como aceitar a sociedade dividida em classes antagônicas é imaginar uma sociedade sem classes, o que equivale a pretender uma sociedade de uma classe única. Isso seria a negação mesma do homem. Porque o homem, sempre igual a si mesmo, em sua essência, varia ao infinito em suas tendências, em sua saúde, em suas habilitações, em seus sentimentos, em sua capacidade, em sua inteligência, em seus objetivos. Em verdade o homem é, dentro da unidade de sua humanidade, um universo de variedades.

Isso explica a riqueza da vida. A riqueza das criações humanas. A riqueza da sociedade.

A multiplicidade de religiões, de filosofias, de doutrinas políticas e a enorme variedade de bens de consumo ou decorativos, são uma decorrência das necessidades imensamente diversificadas do homem. O que explica, também, a existência de um número cada vez maior de profissões e, conseqüentemente, de camadas sociais cada vez mais diferenciadas.

A religião, a filosofia e a ideologia dos homens condicionam o seu posicionamento social, e não a classe que integram, valendo esta unicamente como um ponto de referência para efeito de equacionamento de problemas específicos, de natureza profissional, mas relacionados com os de outras classes e com a sociedade em si.

Daí a razão da presença de ricos nos partidos trabalhistas e até nos comunistas, bem como a presença de pobres em partidos conservadores e até mesmo nos reacionários.

#### CLASSES, UM IMPERATIVO DA REALIDADE

O homem não vale mais nem menos por ser operário ou professor, advogado ou economista, servidor civil ou militar, negro ou branco, braquicéfalo ou dolococéfalo, católico ou protestante, espírita ou ateu. O seu valor, seja qual for a categoria profissional em que opere, é o valor do homem.

Essa compreensão cristã das coisas é que deve prevalecer na estruturação, ordenação e orientação dos regimes democráticos. Quando tal não ocorre, devam-se a isto as distorções sociais, oriundas de sistemas políticos viciados por concepções doutrinárias sem inspiração filosófica humanista. Ouçamos, ao ensejo, a lição de Alceu Amoroso Lima <sup>(38)</sup>:

“Há, portanto, para as sociedades, toda a vantagem na pluralidade das classes, que representam uma elevação de vitalidade nacional e social. O erro da concepção burguesa da pluralidade de classes foi baseá-la na concorrência livre. O resultado foi o domínio

(38) Alceu Amoroso Lima — *Problemas da Burguesia* — Schmidt Editor — Rio, 1932.

excessivo das classes econômicas e militarmente mais fortes sobre as demais, isto é, da massa burguesa sobre os cristãos e proletários. A filosofia darwiniana da luta pela vida na ordem biológica foi transportada para o terreno econômico, pelo capitalismo, e para o terreno largamente social pelo próprio liberalismo político. De modo que a pluralidade de classes degenerou numa competição desumana de classes.

E diante dos desastrosos resultados dessa competição, surgiram os coletivistas, depois de Marx, com uma oposição categórica a esse **pluralismo** de classes e substituindo-o pelo monismo proletário. E o caminho para chegar a esse monismo proletário era substituir a concorrência livre das classes, da concepção liberal, pela **luta das classes**, núcleo do determinismo histórico materialista.

O erro burguês se completava pelo erro proletário. A competição pacífica, com que os primeiros sonharam, veio a degenerar numa luta armada, que nós vemos organizar-se sabiamente a nossos olhos, pois hoje em dia existe uma ciência da revolução, que é mais um produto dos erros sociais da burguesia e filosóficos dos preparadores medievais, renascentistas e oitocentistas da fase liberal da civilização, que aceitou a revolução política como elemento normal de progresso e por isso mesmo gerou e alimentou a revolução social de que está sendo vítima.

Só a volta à concepção cristã das classes pode permitir a coexistência entre elas, para o bem da sociedade e não para o seu aniquilamento. E a concepção cristã das classes nem é a **competição** burguesa, nem a **luta** proletária e sim **cooperação**. Todo o núcleo da concepção política da sociologia cristã gira em torno dessa cooperação entre as diferentes classes sociais. E a função primordial do Estado, para nós, é justamente a de coordenador das classes entre si.”

Como se vê, liberalismo, militarismo, totalitarismo, tudo isso são sistemas vazios de substância humana, pelo que os regimes políticos neles ancorados geraram uma estrutura econômico-social em que os trabalhadores foram explorados pelos detentores do poder econômico, pela força ou pelo Estado. Esses regimes, desligados de Deus, materialistas, utilitários e imediatistas, puseram na conquista de bens materiais o fim último da atividade laborista. O trabalho deixou, assim, de ser um ato de **realização** pessoal para se constituir apenas em uma maneira de conquistar riqueza.

Na liberal-democracia, no comunismo e nos fascismos o homem ficou restrito ao “homem-econômico”. Mutilado, esvaziou-se. Desumanizou-se.

Todavia, mesmo considerando somente essas conquistas materiais, não podemos hoje separar os trabalhadores (homens) em trabalhadores diretos (manuais) de um lado e indiretos (não manuais) de outro, colocando-os em campos adversos, em compartimentos sociais estanques, em classes inimigas. Porque já se começa a perceber nas sociedades modernas do tipo in-

dustrial que, por força de circunstâncias, o trabalho vai começando a ser focado, necessariamente, em sua globalidade, posto em função dos interesses gerais, tentando-se, por isso, aqui e ali, em sistemas capitalistas em revisão, o seu equacionamento em termos mais equilibrados:

“O governo de sociedades industriais desenvolvidas e em fase de desenvolvimento só se pode manter e garantir quando mobiliza organiza e explora com êxito a produtividade técnica, científica e mecânica à disposição da civilização industrial. E esta produtividade mobiliza a sociedade em seu todo, acima e além de quaisquer interesses individuais ou grupais” (Herbert Marcuse) (39).

Vai-se reconhecendo aos poucos — mesmo em setores tradicionais e até em áreas socialistas — que o trabalho ultrapassa os quadros estreitos da luta de classes, valendo, antes, como um fator de integração e conciliação de classes. E esse, também, o ponto de vista de Carl Oglesby e Richard Shaull (40):

“Um segundo elemento na visão revolucionária da nova sociedade está indicado pela ênfase posta na participação de todos os grupos e classes na vida da comunidade e da nação, e especialmente no processo de tomada de decisões, pelo qual seu futuro será determinado.”

Sem dúvida, o **chão** onde assentam todas as construções humanas é a economia. O desenvolvimento econômico é, pois, essencial ao desenvolvimento global da sociedade, e, portanto, indispensável ao bem-estar de todos e de cada um. Nenhuma estrutura social ou política será estável se não se alicerçar em sólidos pilares econômicos.

### A ECONOMIA É UMA CIÊNCIA MORAL

Repitamos, porém, ainda uma vez: a economia é sobretudo uma ciência moral. Tem, por conseguinte, de ser regulada pelos princípios do bem, que implicam o da justiça e o da equidade.

Dessarte, quando se diz que todas as classes têm de contribuir para o progresso da nação, subentende-se que aos componentes de todas elas deve ser dispensada pelo Estado a atenção devida:

“Em lugar de ser tratado como **objeto** das atenções paternalistas dos detentores do Poder, o homem tem o direito de ser considerado pessoa consciente e responsável, capaz de ser **sujeito** e **agente** no processo do desenvolvimento”, escreve Franco Montoro (41), e completa: “Em síntese, a substituição de **paternalismo** pela **participação** é um imperativo da moderna política econômica e social.”

(39) Herbert Marcuse — *A Ideologia da Sociedade Industrial* — Zahar Editores — Tradução de Glanone Rebué — Rio, 1967.

(40) Carl Oglesby e Richard Shaull — *Reação e Mudança* — Trad. de Egê Malheiros — Paz e Terra — Rio, 1968.

(41) Franco Montoro — *Democracia Que Queremos* — Paz e Terra — Rio — 1974.

A obra nacional é uma obra comum. Dela não se pode alhear nenhum homem, de nenhuma classe. Para isso, no entanto, é preciso que esses homens todos, de todas as classes, estejam convenientemente habilitados para essa missão. Isso será da competência do direito, da economia, da política, mas, principalmente, da moral. Porque só um regime possuído de uma ética humanista poderá valer como uma ambiência favorável à confraternização de idéias e de interesses e à conjugação de esforços visando a fins comuns. Fora daí, teremos a separação dos homens em classes antagônicas, como no liberalismo, ou a submissão de todas as classes a uma única, como no comunismo.

Reconhecer no processo econômico algo fundamental na vida dos povos, mas ordenar esse processo em consonância com os interesses da coletividade e adequá-los aos fins superiores do homem, essa uma tarefa a ser conduzida pelo Estado moderno, que, por isso mesmo, não pode mais ficar "parado", assistindo, como simples expectador, às lutas sociais, nelas não se envolvendo, havendo, antes, de constituir-se em algo concreto e de que os homens possam utilizar-se para atingir os objetivos maiores, isto é, o bem comum. O Papa João XXIII (42), em uma de suas encíclicas, adverte:

"O progresso social deve acompanhar e igualar o desenvolvimento econômico, de modo que todas as categorias sociais tenham parte nos produtos obtidos em maior quantidade. É preciso vigiar com atenção e trabalhar eficazmente para que os desequilíbrios econômicos e sociais não cresçam; antes, desapareçam."

Essa **vigilância** e esse **trabalho** competem ao Estado, só este tem forças e condições para fazê-lo.

Impõe-se, por tudo isso, jamais esquecer que a economia, a política, o direito e a moral são ciências que se interpenetram, se influem, se articulam, se reclamam, se completam e se harmonizam, devendo, assim, atuar solidariamente em função da boa organização da sociedade. Essa visão das coisas, nunca é demais lembrar, só podemos tê-la se fiéis a uma filosofia que integre num todo único e harmônico todas as categorias de conhecimento, de todas elas se servindo os homens na busca dos princípios diretores do desenvolvimento social.

Somente a filosofia cristã, que põe no homem o centro da vida terrena, mas põe a Deus como o centro do homem, seria capaz de propiciar uma compreensão assim ampla, profunda e humana da sociedade. E claro se faz, também, que só a democracia integral, inspirada nessa filosofia, pode, como ambiência política, proporcionar condições favoráveis à implantação de uma sociedade desse tipo.

Num regime político democrático e cristão a economia está vinculada à filosofia e esta à moral, pois esta é que indica onde está o mal e aponta onde está o bem.

(42) Papa João XXIII — "Mater et Magistra" — Documentos Pontifícios sobre Questões Sociais — Câmara dos Deputados — Brasília, 1967.

Aceitos esses dados, será possível tentar-se uma organização social do trabalho onde as classes não sejam usadas como critérios de diferenciação e antagonização entre os trabalhadores (“diretos” e “indiretos”...) pois estes, como homens, serão postos acima das classes e, nesta situação, atendidos em suas necessidades. Eis, a propósito, a palavra de Karl Mannheim (43):

“Pues lo mismo que esperamos del economista que nos ofrezca un esquema de economía plantificada al que podamos acoplar ciertos principios psicológicos y morales tenidos como válidos, el teórico de la ciencia política debe, asimismo, esforzarse por describirnos las formas concretas de poder exigidas por un orden planificado que no renuncia al control democrático.

Cuando se pide que se nos describa ese cuadro, de modo que en él se tracen las estructuras políticas y económicas en correlación estricta con las actitudes psicológicas y los valores morales que las acompañaron, no se trata de un imposible, lo único que ocurre es que tal cosa va en contra de nuestros hábitos mentales tradicionales, según los cuales la estructura social y la psicología se mantienen en compartimientos estancos. Pero si es posible decir, con tal de que se conozcan las reglas del juego — como en el fútbol, a jérez etc. — cuál de ellos fomenta la cooperación, la competencia individual, el espíritu de equipo o la agresividad desenfranaada etc., tiene también que ser posible predecir con una cierta dosis de probabilidad cuáles son las virtudes y las actitudes psicológicas que se requieran para el funcionamiento de una sociedad democrática y hasta qué punto la planificación vendrá a complicar toda esa realidad.”

Nos sistemas liberal e totalitários seria impossível chegar-se a esse entendimento orgânico e integral da sociedade. Porque o homem, no liberalismo, restringe-se ao **indivíduo** e, nos totalitarismos, à massa. Donde uma visão estreita e mesquinha do trabalho, que, na democracia cristã, é conceituado como ato humano essencial, específico e intransferível, pois ato pelo qual o homem se realiza. Ainda aqui, cabe invocar Karl Mannheim (44):

“Y así como es imposible a la larga la humanización de las relaciones de trabajo y ocio dentro de un sistema ditatorial, en donde el modelo de la relación de orden de mando y obediencia se infiltra por todas as partes, tampoco cabe humanizar las relaciones de fábrica mientras continúe como base del cálculo la ganancia monetaria en vez del bienestar social.”

Não tem cabimento, portanto, pretender-se a abolição das classes, nem o domínio de qualquer uma delas. O governo não deve ser deferido à bur-

(43) Karl Mannheim — *Diagnóstico de Nuestro Tiempo* — Versión española de José Medina Echaverría — Fondo de Cultura Económica — México, 1946.

(44) Karl Mannheim — ob. cit.

guesia, nem à aristocracia, nem ao proletariado. É de se observar, aliás, que, mesmo quando, nos diferentes tempos históricos, prevalecem no poder grupos representativos dessa ou daquela camada social, em verdade não se verifica o governo de uma classe, que jamais teria condições de impor-se inteiramente às demais. É que no governo sempre se projetam, de algum modo, tendências, necessidades, sentimentos e aspirações de todas as camadas sociais, pois o desatendimento total dos interesses de qualquer delas levaria a reações, choques e crises a que nenhum poder resistiria. Como diz Benedetto Croce (45):

“Para explicar as ações e os acontecimentos políticos, basta apresentar como classe dominante ora a dos proprietários de terra, ora a dos industriais, ora a dos banqueiros, ora a da burguesia das profissões, ora a dos operários da cidade ou a dos camponeses.

Mas, na realidade, nenhuma dessas classes, como tais, jamais dominou, e nenhuma poderá jamais dominar, porque há uma legítima e verdadeira heterogeneidade entre atender a interesses particulares e econômicos, ou procurar protegê-los, e o governo da sociedade. Para este mister é preciso que os fatos econômicos sejam rebaixados a simples matéria de governo, e acima deles surja uma finalidade de governo, que será sempre um ideal ético, mais alto ou mais baixo, mais cultivado ou mais rude, mas um ideal e não um interesse econômico. Ainda nos piores momentos da história, ainda nos Estados mais convulsionados e pior orientados, este ideal aflora e domina. A verdadeira classe dominante política é a classe dirigente, com os seus conceitos religiosos, filosóficos, morais, quaisquer que sejam.”

Seja como for, entretanto, o que se quer é que todos os homens, independentemente das classes em que se posicionem, tenham o seu trabalho reconhecido como uma contribuição efetiva para a obra de construção do edifício social.

É por isso necessário que não se permita a transformação do homem em uma mercadoria, como sucede no regime liberal, nem a sua subordinação a mitos (Classe, Raça, Estado etc.) como nos regimes totalitários; que não se coloquem os interesses individuais ou grupais acima dos coletivos; que não se sufoquem os legítimos anseios da pessoa humana; que não se atomize a sociedade; que não se invertam os valores; que não se desumanize o homem nem a sociedade.

## ESTADO: INSTRUMENTO DE EDIFICAÇÃO NACIONAL DOS POVOS

Compreendido o Estado como um instrumento de realização nacional dos povos (e é assim que se deve compreendê-lo, pois só assim ele se justifica, e não como um mito, um valor absoluto) ninguém de boa fé poderá

---

(45) Benedetto Croce — *Orientações* — trad. de Miguel Ruas — Athenas Editora — Rio.

mais discutir a necessidade de sua **presença** em todas as áreas da atividade humana. Para, justamente, evitar a exploração do homem pelo homem (liberalismo), ou o esmagamento do homem, pela sua massificação ou escravidão a mitos (comunismo, fascismo, nazismo).

O Estado assim conceituado não é um Estado ausente, não é um Estado omissivo, não é um Estado passivo, não é um Estado neutro. Nem, tampouco, um Estado onipotente. Mas é um Estado onipresente e se fará valer sempre, com maior ou menor vigor, quando se tentarem procedimentos políticos, sociais ou econômicos desviados dos reais interesses humanos, que lhe cumpre exprimir e defender.

Esse Estado é o Estado democrático. Nele há um lugar para todos os homens. Nele os trabalhadores, "diretos" ou "indiretos", são vistos e tratados como seres humanos. Com direitos e deveres equivalentes. Sem privilégios, sem favores, sem paternalismos. Nesse Estado dá-se ao homem o que é do homem. E o trabalhador, sendo homem, é como tal situado e considerado. Assim, nesse Estado, ele não recebe apenas as migalhas que sobram dos banquetes dos privilegiados, que estes, por sinal, não existem nele, onde todos os homens são iguais.

A busca desse Estado é um imperativo da consciência humana. Por isso, há que volver às raízes cristãs da sociedade. Esta tem de ser estruturada segundo o princípio do amor ao próximo. Só então se poderá falar em sociedade humana. Em democracia. E, então, os trabalhadores terão reconhecidos e assegurados os seus direitos.

"Até hoje, escreve Miguel Reale (46), a assistência social tem-se verificado como uma verdadeira dádiva feita pelo Estado ou pelas classes abastadas em benefício dos que nada possuem. É preciso abandonar, de uma vez para sempre, semelhante maneira de encarar o fenômeno, afirmando, desde logo, como princípio fundamental, que o Estado legisla em matéria social, não por misericórdia ou para encobrir os males decorrentes da organização capitalista mas sim porque reconhece o **direito e o dever do homem ao trabalho** e, por conseguinte, o direito que cada qual tem de viver **como homem**. Não se deve falar, pois, em caridade apenas, mas também em justiça, que é caridade armada, provida de meios eficazes para a própria atuação.

Cumprir não esquecer que não é suficiente a **legislação social**. O problema é muito mais complexo e não admite soluções parciais. Temos que sair dos quadros da economia capitalista, que está fundamentada no princípio da livre concorrência e redundante no predomínio dos agiotários internacionais, no regime em que a economia de um povo fica nas mãos dos capitães de indústria. Devemos entrar francamente na esfera da produção, regulando os salários em conformidade com os preços, estabelecendo, isto é, a **Economia**

(46) Miguel Reale — O Estado Moderno — Liv. José Olímpio — Rio — 1934.

**dirigida** que a Nação está exigindo. E não é só. Impõe-se a organização das classes produtoras para defesa real de seus direitos.”

Tudo isso nos leva à convicção de que precisamos assumir uma atitude vigilante em relação aos que, volta e meia, ostensiva ou sub-repticiamente, investem contra a intervenção estatal. Essas investidas, sempre suspeitas, partem de indivíduos e grupos privilegiados, remanescentes afortunados do mundo liberal clássico, já em fase de desaparecimento, e valem como gritos de desespero de uma sociedade que não quer morrer mas que está, queiram ou não, em seus últimos estertores.

É necessário que o Estado intervenha. Aliás, está intervindo, e vai intervir sempre. E não somente para combater os comunistas. Para lutar, também, contra os capitalistas exploradores. Ou melhor: para revolucionar a sociedade, estruturando-a em bases humanas. E, no que diz respeito à organização do trabalho, o Estado, como prega Miguel Reale (47), “deve fazer tudo para que os indivíduos bastem a si mesmos, tornando desse modo a Assistência Social uma exceção. Já é tempo de se abandonar a série larga e vergonhosa dos paliativos para curar com remédios radicais o organismo social doente”.

Para chegar a esse entendimento, teremos de alcançar a democracia cristã, e, nesta, repisemos, a economia há de estar subordinada à política e esta à moral: “A primazia da política sobre a economia foi sempre uma realidade”, nota Franz Neumann (48) e prossegue: “numa democracia o poder político tem que ser racionalmente empregado, não somente de forma negativa para refrear o poder social privado como também positivamente para garantir uma existência real decente”. Essa existência **decente** é a moral que indica.

O elemento econômico é essencial à boa estrutura de qualquer sociedade, em qualquer regime. Influi, inclusive, no comportamento humano. Projeta-se, portanto, até no âmbito da moral:

“Com um estômago cheio até mesmo a liberdade pessoal é melhor defendida e a salvação espiritual melhor buscada. Em uma sociedade pobre, o econômico não é tudo na vida, mas, na prática, é a melhor parte dela” (John Kenneth Galbraith) (49).

Esses fatos nos conduzem a um regime político teleológico. Ora, quem dá os fins é a filosofia, pois só ela explica as causas, a natureza, a razão de ser e o destino das coisas.

No caso, há que se adotar a filosofia cristã e nela esculpir o sistema político. Porque o cristianismo não é apenas uma religião. É, também, uma filosofia. É um caminho social. É uma opção de vida. É um rumo político.

(47) Miguel Reale — ob. cit.

(48) Franz Neumann — *Estado Democrático e Estado Totalitário* — Tradução de Luiz Corção — Zahar Editores — Rio, 1969.

(49) John Kenneth Galbraith — *O Novo Estado Industrial* — Trad. de Álvaro Cabral — Civilização Brasileira — Rio — 1968.

Dentro desse entendimento, sabemos para onde seguir. E sabemos que, para seguir o caminho certo, precisamos do Estado, que, informado nos ensinamentos cristãos, há de assumir a direção da sociedade. Mas, que rumos são esses, que vamos tentar? Hilaire Belloc <sup>(50)</sup> assim os define:

“Evidentemente, resultaria imposible arribar a algo concreto sin hacer el plan o el esquema de nuevas instituciones. Decirle al enfermo que tenga paciencia, no implica curar su enfermedad.

Continuar permaneciendo en los marcos de la antigua estructura social es evitar al desastre. Cómo han de ser las nuevas instituciones, las nuevas concepciones que han de crear y guiar esas instituciones; quién será el reformador, consciente de que el comunismo significa la muerte, que proponga un remedio eficaz para curar la enfermedad del mundo moderno?

Los tres grupos principales de la reforma son: primero, una distribución mejor de la propiedad; segundo el control público de los monopolios; tercero, el restablecimiento de aquellas organizaciones y principios que sustentan el concepto de la Corporación.”

No que tange à distribuição melhor da propriedade, devemos entendê-la como uma mais efetiva e equânime participação de todos (logo dos trabalhadores) nos bens da cultura e da civilização.

Relativamente ao controle público dos monopólios, isto significa reconhecer que o Estado deve estar atento ao processo econômico da produção, circulação e consumo de riquezas, a fim de evitar a exploração do homem pelo homem.

Quanto aos princípios e organizações de cunho corporativista, tomamos, na espécie, como pontos de referência para tentar algo que articule, irmane e dinamize solidariamente as instituições obreiras.

De qualquer modo, urge nos convenceremos de que a economia não é uma ciência natural, mas social, e que as relações de trabalho, inerentes ao processo econômico, podem e devem ser disciplinadas e orientadas segundo objetivos humanos definidos:

“Está claro agora que o domínio econômico não é uma misteriosa ordem da natureza a que podemos deixar seguir seu próprio caminho; é simplesmente uma daquelas estruturas que uma comunidade pode usar para os fins que determina. Com os recursos agora à nossa disposição, a pobreza material que ainda existe é um mal que não podemos mais tolerar” (Carl Oglesby e Richard Shaull). <sup>(51)</sup>

---

(50) Hilaire Belloc — *La Crisis de Nuestra Civilización* — Traducción de Carlos María Reytes — Editorial Sudamericano — Buenos Aires, 1941.

(51) Carl Oglesby e Richard Shaull — ob. cit.

Temos, agora, elementos técnicos, materiais e políticos com que reformar as estruturas da organização social do trabalho. Faltam, porém, para tanto, as condições morais, mas estas nós encontraremos no cristianismo, onde está aquele humanismo autêntico em que fincar as bases da democracia que procuramos e que será a grande revolução por todos sonhada.

A inteligência humana, que inventou a bomba atômica e levou o homem à lua, é perfeitamente capaz de construir uma sociedade onde não haja tanta miséria e tanta injustiça. O que falta é uma ética. Se esta existisse, a energia atômica não teria sido usada para destruir Hiroshima e Nagasaki. Mesmo porque não teria sido possível Pearl Harbour... A inteligência humana não teria sido dirigida para o mal, para a traição, para a mentira, para a guerra, mas para a paz.

Respeitantemente à organização social do trabalho, o mesmo acontece. As desigualdades existem. São gritantes as injustiças. Por quê? Porque o egoísmo é a lei, mesmo nas relações entre trabalhadores catalogados em uma mesma classe. A concorrência desleal entre advogados, médicos, engenheiros, empresários, comerciantes, artífices e até entre modestos profissionais (eletricistas, bombeiros, carpinteiros, motoristas etc.) demonstra que nada se conseguirá de bom, também no setor social, se o regime político que emoldura a vida coletiva não estiver possuído de um sentimento realmente humano, que só o cristianismo pode proporcionar.

Não estamos apelando para a religião. É que as encíclicas papais nunca falam só de coisas contemplativas. Descem quase sempre à terra e se dirigem aos homens de boa vontade, governantes e governados. Ainda agora, em Puebla, no México, a Igreja Católica esteve presente, criticando situações terrenas e indicando caminhos terrenos para o homem. Porque o cristianismo, além de uma religião, é, também uma filosofia de vida, capaz, por isso, de implicações políticas, sociais e econômicas.

O essencial, portanto, é que os homens se convençam dessas verdades. Sobretudo, das excelências do regime democrático cristão. Conscientizem-se dos seus princípios. E se tornem apóstolos, também, dessa democracia, propagando-a, pugnando por ela, sofrendo por ela, vivendo por ela, morrendo por ela. Como faziam os cristãos pelo cristianismo. Como fizeram os comunistas russos pelo comunismo. E os nazistas pelo nazismo. O certo, como sentenciava Amory Bogardus<sup>(52)</sup>, é que “a solução democrática de problemas exige pensamento democrático”.

Dessa maneira, a conquista dessa democracia só será possível quando os homens a tiverem conquistado em sua consciência. Quando se convencerem de que ela é condição **sine qua non** do bem-estar social. Caminho único da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens. Só depois dessa “absorção” espiritual da democracia pelos homens, poderá ela ser **projetada**, em termos concretos, no plano político. Transmutando-se, de **ideal em real**.

(52) Amory S. Bogardus — *A Evolução do Pensamento Social* — Editora Fundo de Cultura S.A. Brasil—Portugal — Trad. de Rui Jungmann — 1965.

Não podemos, no entanto, olvidar que a transformação da democracia de **potência** em **ato**, isto é, a cristalização dos ideais democráticos em vivências sociais, só pode ser levada a cabo através do Estado, sem o qual nenhum sistema político se efetiva. Só que o Estado, na hipótese, há de ser colocado em sua real posição de coisa a serviço dos homens, de instrumento que os homens usam para “construir” a sociedade nacional. Isso supõe, é claro, princípios, razões e fins, que só uma filosofia pode propor. A democracia cristã tem um conteúdo filosófico. Tem, pois, enraizamento e propósitos. É casuística e teleológica. Parte do homem, se faz com o homem, pelo homem e para o homem. Mas o homem-pessoa. Feito à imagem de Deus. O que significa que a sociedade democrática cristã é igualitária, fraterna, solidária. Assim, conscientizando-se os homens dos valores dessa democracia e buscando, pelo Estado, efetivá-la, terão encontrado o caminho de seu destino natural. Pois a finalidade suprema do Estado, como diz Almir de Andrade <sup>(53)</sup> “é, exatamente, a de garantir à totalidade dos homens os benefícios de uma economia bem distribuída, de uma justiça imparcial e de uma máquina política suficientemente ativa e eficaz, para promover o aumento da riqueza, a conquista progressiva da felicidade material, moral e espiritual de todos, e de cada um individualmente”.

Assente essa compreensão do homem, do Estado e da política, entendido que a democracia verdadeira e desejável é a cristã e bem definido o papel histórico do Estado na formação, controle e desenvolvimento das sociedades humanas, cumpre, agora, penetrar mais diretamente no problema da produção, eixo em torno do qual gira a organização social do trabalho.

## CAPITAL E TRABALHO

Começemos pela análise do capital, elemento básico na economia. Dizer isso é um truísmo. Mas é necessário deixar bem claro que o capital é uma realidade intransferível e irreversível, intrínseca do processo de produção, logo, do desenvolvimento. Nenhum homem e nenhuma sociedade, em tempo algum e em nenhum regime, poderia dispensá-lo. O capital é, portanto, um fator fundamental de progresso e de promoção do bem comum. Um elemento essencial à vida.

Igualmente, o trabalho é, na promoção de riquezas, um elemento indispensável. Sem ele, o capital se apassiva. Torna-se estático. De nada vale. É o trabalho que o dinamiza e o torna produtivo. Mas, o trabalho é o homem. E o trabalho será tanto mais produtivo quanto mais capaz for o homem. E tanto melhor usará o homem o capital quanto melhor for a sua formação moral.

No relacionamento entre o trabalho e o capital está o selo que marca o processo de desenvolvimento econômico, social e político. A qualidade desse relacionamento é que determina a qualidade da correspondente organização social.

(53) Almir de Andrade — *Capital nos Sistemas Econômicos* — Editora Rio — 1973.

No liberalismo econômico, versão política de uma concepção do mundo individualista, agnóstica, utilitária e imediatista, o regime capitalista redundou na privilegiação de indivíduos e grupos, em sacrifício das maiores. Retrato do sistema:

“Uma população marginalizada em atividades marginalizadas são características permanentes e estruturais da forma capitalista de produção” (Vilma Figueiredo) <sup>(54)</sup>.

No regime comunista, como também já vimos, o trabalho, concebido como um fim em si, transformou-se em um mito e o homem foi, igualmente, aniquilado, pois o trabalhador, demitido de sua dignidade de pessoa, desceu à simples condição de máquina de produção.

No sistema liberal o capital deixou de ser um elemento propiciador de riqueza coletiva e de expansão e valorização do trabalho, perdeu sua função social, tornou-se mero instrumento de dominação pelos grupos que o detinham.

O indivíduo, na filosofia liberal, era o grande valor. E o capital foi posto a seu serviço. O egoísmo foi, então, a tônica das relações entre o capital e o trabalho. Porque o indivíduo, centro do mundo desligou-se de Deus. Disso resultou o enriquecimento de poucos e a miséria e o sofrimento de milhões de seres humanos. Na sociedade liberal o trabalho era um fardo pesado de carregar. Tal como no antigo mundo pagão.

O Estado liberal-democrata, inspirado nessa filosofia agnóstica e individualista, situou-se como simples guardião da “ordem” existente, garantindo, por sua omissão, um deplorável e desumano estado de coisas. Deixando os homens entregues à própria sorte. As “leis” da natureza, eternas e irrevogáveis... dentre elas a “livre concorrência”, que, aplicada entre forças desiguais, resultou no primado dos “tubarões”, que devoraram os “peixes pequenos”...

Podre, o mundo “liberal” ruiu. Entrementes, o mundo que se propôs substituí-lo — o comunista — não estava menos manchado de vícios.

Ao individualismo hipertrofiado do liberalismo clássico sucedeu o coletivismo absolutista do comunismo. E, se, no liberalismo, o Estado, abster-se, olvidou o homem, no comunismo o homem foi lembrado, mas para ser esmagado pelo Estado onipotente.

O homem-trabalhador, explorado pelo homem-patrão no liberalismo, passou a ser explorado pelo Estado, no comunismo. Houve, no caso, uma simples troca de patrão.

O problema do trabalhador não foi resolvido nem no regime liberal, nem nos regimes totalitários. Porque, em verdade, não existe problema “do trabalhador”. O que existe é o problema do “homem”, seja ele tra-

(54) Vilma Figueiredo — Desenvolvimento Dependente Brasileiro — Zahar Editores — Rio, 1978.

balhador nas fábricas, nos campos, nos quartéis, nos escritórios, nas repartições, nos templos, na terra, no mar ou no ar.

O que faltou à organização social na sociedade liberal, faltou à organização social comunista: uma compreensão humana do trabalhador. Mais objetivamente: o trabalhador manual (direto) não teve a sua situação substancialmente modificada, ao trocar-se o Estado liberal pelo Estado comunista. Almir de Andrade <sup>(55)</sup> viu o fenômeno em profundidade:

“O Estado comunista eliminou completamente a figura do capitalista, que desapareceu do quadro econômico. Entretanto, quanto mais progride a técnica, mais insignificante é a parcela do tempo de trabalho em que o operário trabalha para si e mais aumenta aquele tempo “extra” que Marx chamava “sobre-trabalho” e que iria constituir a “mais-valia” para dar lucro ao capitalista. Mas como, se já não há mais capitalista para quem se trabalhe, nem capitalista para explorar o proletariado? É que, agora, o Estado assumiu o lugar do capitalista; agora os lucros vão todos para o Estado, e, a título de “reservas sociais”, a mesma quantidade de riquezas que o capitalismo acumulava no regime da propriedade privada dos meios de produção continua a ser acumulada pelo Estado comunista. Economicamente, a razão capital-trabalho permanece análoga; na realidade nua e crua, o capital apenas mudou de mão e a “mais-valia” persiste com outro nome: é agora o “produto suplementar”, oriundo do “trabalho suplementar”, através do qual o operário não mais trabalha para si, nem para a sua família, nem para as suas necessidades pessoais, mas para a sociedade, isto é, para o **capital**, que agora a sociedade enfeixa nas mãos.”

E completando <sup>(56)</sup>

“... nem tudo o que operário produz lhe é pago em salário; o salário abrange apenas aquela parcela de esforço que se considera como **trabalho necessário** na terminologia marxista, isto é, que atende às necessidades de subsistência e às especializações técnicas do trabalhador; o resto é acumulado pelo Estado, para formar as reservas imprescindíveis à própria produtividade do trabalho.”

Como se vê, aplicando-se a própria teoria marxista, vemos que o trabalhador, no regime comunista, permanece “um explorado”, continuando o capitalista (agora o Estado) a “apropriar-se” do seu trabalho...

Em verdade, porém, o que há, na espécie, é um mero jogo de palavras.

Todos os homens trabalham e do “trabalho” de todos o Estado “se apodera” em parte, em forma de impostos, taxas, descontos, empréstimos

(55) Almir de Andrade — ob. cit.

(56) Almir de Andrade — ob. cit.

compulsórios, obrigações etc. Isso ocorre tanto no Estado capitalista quanto no Estado comunista.

Há que se entender, em definitivo, que o problema das relações entre o capital e o trabalho, para ser resolvido satisfatoriamente, tem de ser deslocado da área econômica para a área política. Porque é um problema de organização social. Um problema humano. E a economia obedece às leis dos homens. E estes governam pela política. Pelo que esta tem de possuir uma finalidade, o que supõe uma ética, tudo isso girando dentro e em torno de uma filosofia:

“O problema das relações entre o capital e o trabalho não pode solucionar-se no terreno econômico. Decidir nas mãos de quem há de ficar o capital é decisão filosófica e sociológica; acima de tudo, é decisão política. Não é possível tomá-la sem injetar, na conceituação dos valores econômicos, valores éticos e sociais que terão de ser definidos fora do âmbito da ciência econômica. E como todos os valores sociais e éticos, só se podem elaborar com a apreciação conjunta de condições atuais e de condições históricas” (Almir de Andrade) (57).

## POLÍTICA E FILOSOFIA

A solução para os conflitos entre o trabalho e o capital está, assim, intimamente vinculada à filosofia em que se enraizar o regime político em que esses conflitos se verifiquem, pois essa filosofia marcará, também, a organização social nesse regime político.

A meta a atingir é a democracia integral, único sistema político capaz de refletir uma ambiência existencial em que os homens, como pessoas e em conjunto, como coletividade, podem encontrar condições de pleno desenvolvimento.

Essa democracia, humana em sua substância, em seus fundamentos e em seus objetivos, é a democracia cristã, pois só o cristianismo viu o homem na integralidade de suas forças e, sendo embora uma religião, é também uma filosofia, e, como filosofia, comprometido na explicação e na condução dos homens no plano das realidades terrenas. O caminho cristão é, assim, o caminho a seguir também no mundo político, logo, no social e no econômico. Ainda aqui foi límpida a visão crítica de Almir de Andrade (58):

“No que diz respeito propriamente à ordem econômica e à solução dos conflitos entre o capital e o trabalho, qualquer que seja a orientação doutrinária — filosófica e política — dos que lideram, deste ou daquele modo, as manifestações da vontade popular, acre-

(57) Almir de Andrade — ob. cit.

(58) Almir de Andrade — ob. cit.

ditamos sinceramente que se poderão inspirar, sem qualquer compromisso de outra natureza, nos elevados princípios de respeito à pessoa humana e à dignidade do trabalho, e, ao mesmo tempo, de equilíbrio e de concórdia, de eqüidade e de justiça, que se caracterizaram na síntese magistral da Encíclica **Mater et Magistra**, lançada em 1961 pelo Papa João XXIII. Do ponto de vista da participação do Estado na vida econômica, da regulamentação das relações entre o capital e o trabalho, e, especialmente, na explicação e justificação da coexistência dessas duas instituições econômicas com a propriedade privada dos meios de produção e com a atribuição conjunta dos bens de capital ao Estado e aos indivíduos, a doutrina social da Igreja Católica constitui um modelo de bom senso, de visão política, de superioridade moral e espiritual, de harmonia e equilíbrio dos antagonismos sociais e de preparação das inteligências para as perspectivas ainda incertas de uma sociedade futura, onde as dificuldades serão menores e a distribuição das riquezas mais eqüitativa e humana.”

Por sinal, o Papa João Paulo II <sup>(59)</sup>, em síntese magistral, apontou aos homens a estrada a palmilhar.

“Não temais, abri de par em par as portas a Jesus Cristo. Abri ao seu poder salvador as portas dos Estados, os sistemas econômicos e políticos, os extensos campos da cultura, da civilização e do desenvolvimento.”

O comunista, ao querer substituir no poder a classe burguesa pela classe operária, aceita (conquanto, teoricamente, em caráter provisório) o governo de uma classe, o que na prática, e segundo a sua própria teoria, significa o domínio do homem pelo homem, eis que o proletariado substitui-se ao capitalista como senhor todo poderoso (pelo menos até que seja possível uma sociedade sem classes...).

Tudo isso porque, para o comunista, o trabalho foi conceituado como um fim em si. Para, tão-somente, produzir bens materiais. Viu-se no trabalho apenas o seu teor econômico. A produção ficou sendo a medida do valor do homem. E o homem virou uma máquina de fazer coisas. A economia “matou” o homem.

Por isso, o cristianismo, condenando o liberalismo econômico (que criou uma sociedade escravocrata, onde o trabalho foi desnaturado e o trabalhador reduzido a simples mercadoria) condena, igualmente, o marxismo, que concebeu o trabalho não como um meio a serviço de um fim, não como um instrumento pelo qual o homem cria valores e neles se recreia, mas como um fim em si mesmo, pelo que o homem, cujo destino transcende das coisas, decaiu de sua dignidade, desumanizou-se, transformando-se em coisa...

(59) Papa João Paulo II — Discurso inaugural de seu Pontificado.

## O CAMINHO A SEGUIR

Na democracia cristã não se pensa em classe, pensa-se no homem. As classes sempre existirão, como decorrências vocacionais do homem. Mas não serão consideradas mais do que simples indicadores de categorias profissionais. Jamais valerão como elemento qualificador do ser humano. Porque os homens se ligam, pelo trabalho, acima das classes. Estas são meras parcelas do conjunto nacional, onde todos precisam de todos. Onde os diferentes tipos de trabalho se confundem no trabalho coletivo, soma integrada das atividades de todos os trabalhadores. Jacques Maritain <sup>(60)</sup>, versando o tema, teceu essa apreciação notável:

“Censura o cristão ao marxista uma falsa concepção, a um tempo materialista e mística, do trabalho, censura-lhe não ver no trabalho senão o esforço produtivo, transformador da matéria e criador de valores econômicos, e dele fazer doutro lado, não somente, o que é verdade, uma alta dignidade, porém a mais alta dignidade para o ser humano, até mesmo sua essência. E censura também ao marxista uma falsa concepção do conflito das classes. Que as classes existem, e sem unidade orgânica entre si, e que estejam desde então em conflito (fato este devido à estrutura capitalista) e que seja preciso superar este conflito — sobre tudo isto concordam o cristão e o marxista. Como superar este conflito? Para um marxista, por uma guerra carnal que constitui o proletariado em cidade militar, em Jerusalém da Revolução voluntariamente separada da comunhão do resto dos homens, e arrasando, aniquilando a outra classe.

Para o cristão, por uma guerra espiritual, e por uma luta social e temporal que deve ser empreendida por todos aqueles que um mesmo ideal humano reúne, e no próprio provimento da qual o referido conflito já está superado.

Para o cristão, o que faz o liame e a unidade dos que devem trabalhar por uma renovação temporal do mundo, e primeiramente — a qualquer classe ou nação a que pertençam — uma comunidade de pensamento, de amor e de vontade, a paixão de uma obra comum a realizar, e esta comunidade não é material-biológica como a da raça, ou material-sociológica como a da classe, mas verdadeiramente humana. Aqui é transcendida a idéia de classe, a idéia de proletariado.”

E <sup>(61)</sup> mais:

“Se o proletariado pede para ser tratado como uma pessoa maior, por isto mesmo ele não tem que ser socorrido, melhorado ou salvo

(60) Jacques Maritain — *Humanismo Integral* — Tradução de Afrânio Coutinho — Companhia Editora Nacional — São Paulo — 1942.

(61) Jacques Maritain — *ob. cit.*

por outra classe social. É a ele, ao contrário, e a seu movimento de ascensão histórica, que incumbe o papel principal na fase próxima da evolução. Não é, todavia, retraindo-se do resto da comunidade para exercer uma ditadura de classe, como o queria o marxismo, que os povos operário e camponês estarão aptos a desempenhar esse papel inspirador e renovador. É, ao contrário, organizando-se e se educando, tomando consciência de suas responsabilidades na comunidade, e unindo à sua ação todos os elementos, qualquer que seja a classe a que pertençam, decididos a trabalhar com ele para a liberdade humana.”

O Brasil, nesse setor, é uma esperança. É verdade que sofremos intensamente a influência da doutrina liberal. A Revolução Francesa ainda está presente na cabeça dos nossos liberais como a Grande Revolução... Por outro lado, o marxismo ainda motiva algumas áreas de nossa sociedade. Finalmente, o fascismo por aqui andou, disfarçado em roupagens indígenas e deixando por estas plagas alguns remanescentes que por aí ainda perambulam como fantasmas à procura de reencarnação...

A verdade, contudo, é que o Brasil nasceu sob o signo da cruz. E que a nossa formação se fez, por isso, dentro das circunstâncias, em termos favoráveis à democracia — brancos, negros e índios se entrosando e se miscigenando, senhores e escravos convivendo quase familiarmente em numerosas casas grandes, portugueses e nativos se ajustando, todos se unindo na fé em Cristo.

Isso explica, em parte, o motivo por que os grandes acontecimentos históricos aqui aconteceram de maneira quase pacífica: a queda da monarquia, a proclamação da república, a abolição da escravatura, o movimento de 1930, quedas e substituições de governos, a grande revolução social de Vargas.

O certo é que temos uma sociedade de classes abertas. Temos, sobretudo, um espírito aberto. Porque cristão. Numerosos banqueiros brasileiros começaram como “mensageiros”. Muitos generais procederam de humildes lares. Grandes empresários foram empregados em suas empresas. Fazendeiros abastados começaram como lavradores em suas fazendas. Diretores de repartições públicas de hoje são filhos ou netos de antigos contínuos ou motoristas. Modestos servidores comparecem, atualmente, em grande número, a solenidades de colação de grau, em Universidades, para assistir à formatura de seus filhos e netos. Crianças nascidas em favelas enriquecem jogando futebol, cursam escolas de Educação Física e acabam técnicos ou empresários. O negro já está sendo aceito como diplomata. Nas novelas de televisão são numerosos os artistas de cor. Há barbeiros se elegendo prefeitos de importantes cidades, antigos marinheiros são eleitos para o Parlamento. E assim por diante.

Tudo isso acontece, evidentemente, de modo eventual e excepcional. Mas acontece. Vale como uma semente. Que já germinou, cresceu, está começando a florir e frutificará nos tempos vindouros. Pois revela que a

nossa sociedade admite e possibilita esses fatos. Fatos que são próprios de uma sociedade formada nos princípios humanistas do cristianismo.

O que falta é, sem fugir às realidades históricas, antes sempre firmados nelas, coordenar esses fatos dentro de um sistema e de acordo com os princípios da democracia cristã. Esta democracia é que temos de procurar. Nossa formação histórica, étnica e religiosa, nos facilita alcançá-la. E, quando a alcançarmos, teremos resolvido a questão social.

Embebidos dos preceitos cristãos, estaremos capacitados para nos conscientizarmos do valor dessa democracia e habilitados a transformar em vivências sociais, políticas e econômicas, suas imensas potencialidades humanas.

É aí, nessa compreensão cristã do mundo, que se encontra a chave com que abrir aos povos um futuro arejado, seguro e feliz. Esse entendimento é imprescindível à grande revolução social que temos a empreender, essencial ao desenvolvimento da sociedade em termos de justiça e fraternidade. Como lembra Benedetto Croce <sup>(62)</sup>:

“Qualquer que seja o esquema daquilo para onde o mundo vai, esse esquema será preenchido por homens, e será real somente nos pensamentos, nos sentimentos e nos atos de homens, e terá a realidade que eles lhe derem, sendo tanto melhor quanto melhores forem aqueles homens. Não vos preocupeis, pois, em pensar sobre aonde vai o mundo, mas sim onde deveis caminhar para não pisar cnicamente a própria consciência, para não envergonhar-vos de vós mesmos.”

A estrada a seguir, sabemos qual é: a do solidarismo cristão. A democracia integral.

Os pessimistas, os céticos, os indiferentes e principalmente os “interessados” no estado de coisas vigente, dirão que isso é uma utopia, que o homem está condenado, sem salvação, pelo pecado original, e que o mundo, por isso, continuará sendo como é...

Olhando, porém, para a história, colhemos ensinamentos que nos permitem acreditar em “milagres”...

Os acontecimentos que se vêm desenrolando nos quatro cantos da Terra valem como um sinal de alerta. Os homens estão despertando para um mundo novo. A verdade, como proclama Barrows Dunham <sup>(63)</sup> é que “a espécie humana, que aboliu a escravidão e a servidão, não pode ser submetida eternamente ao controle de todo o seu destino social. Pode parecer uma fábula e um sonho utópico, mas sonhos muito mais fabulosos e utópicos já se transformaram em realidade. Os sonhos que os homens têm quando dormem são fragmentários e confusos. Os sonhos que os homens têm quando estão despertados transformam-se na substância de um mundo”.

(62) Benedetto Croce — ob. cit.

(63) Barrows Dunham — *O Homem contra o Mito* — Trad. de F. Guimarães — Civilização Brasileira S.A. Rio, 1960.

# Da responsabilidade do Prefeito pela não-promulgação das leis

RUBEM NOGUEIRA

Professor Titular na Faculdade de  
Direito da Universidade Católica da  
Bahia. Do Instituto dos Advogados  
Brasileiros.

1. Pode o Prefeito deixar sem **promulgação** lei tacitamente sancionada? Caso negativo, qual a conseqüência de sua conduta?

Parece-nos que não cabe na autoridade do Prefeito inovar em matéria de **processo legislativo**, e, se o fizer, pratica ato juridicamente inválido, cometendo ainda uma **infração político-administrativa**, em virtude da qual fica sujeito à cassação do mandato pela Câmara de Vereadores.

2. Seguindo a lição de HANS KELSEN acerca dos limites dos atos da autoridade pública, esta só realiza ato válido quando o apóia numa **norma válida de competência**. Diz KELSEN, a tal respeito, em **General Theory of Law and State**:

“Um indivíduo age como órgão do Estado somente enquanto atua mediante a autorização de alguma norma válida. Esta é a diferença entre o indivíduo e o Estado como pessoas atuantes, isto é, entre o indivíduo agindo como pessoa privada e o indivíduo agindo como órgão do Estado.

O indivíduo que não age como órgão do Estado pode fazer tudo que não seja proibido pela ordem legal, enquanto que o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer.

Do ponto de vista da técnica legal, portanto, é supérfluo estatuir proibições para um órgão do Estado. Basta não autorizá-lo. Se o indivíduo age sem a autorização da ordem legal, ele não está mais agindo como órgão do Estado. Seu ato é ilegal pela simples razão de que não está apoiado por nenhuma autorização legal. Não é necessário que o ato seja proibido por norma legal. Só é necessário proibir a um órgão a prática de certos atos quando se deseja restringir uma anterior autorização.”

Fundado nesse ensinamento do criador da Teoria Pura do Direito, o Ministro BILAC PINTO levou a maioria do Supremo Tribunal Fe-

---

Trabalho aprovado no V Encontro Nacional de Procuradores Municipais — Manaus, janeiro de 1979.

deral a declarar nulo ato do Presidente da República ratificado pelo Congresso Nacional, por terem ambos procedido sem apoio em norma válida de competência (tratava-se de execução, ordenada pelo Presidente da República e homologada pelo Congresso Nacional, de ato de aposentadoria declarado ilegal pelo Tribunal de Contas). Estava em foco a interpretação dos §§ 7º e 8º do art. 72 da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, depois alterados pela Emenda nº 7/77, segundo a qual o Presidente passou a ter explicitamente a competência que o Supremo Tribunal nesse aresto lhe negou (cf. RTJ 77/29, ac. do STF, Pleno, de 22 de maio de 1974).

3. O processo legislativo, como um todo ordenado de normas disciplinadoras da formação das leis, novidade trazida pela Constituição de 15 de março de 1967 (Título I, Capítulo VI, Seção V, arts. 46 usque 59), integra o elenco de princípios constitucionais que se impõem ao respeito dos Estados-Membros (e por maioria de razão ao dos Municípios) por força de expresse mandamento da Constituição vigente (art. 13, III).

Com o aplauso de CELSO RIBEIRO BASTOS, quando estuda essa matéria *ex professo*, R. MACHADO HORTA e JOSÉ AFONSO DA SILVA classificam em três grupos os princípios constitucionais de observância compulsória pelas três esferas governamentais, a saber: 1) princípios constitucionais sensíveis; 2) princípios federais extensivos; e 3) princípios constitucionais estabelecidos.

Entre os princípios federais extensivos inclui-se o processo legislativo, que os Estados-Membros não podem desconsiderar. A diferença entre os princípios acima classificados e os enumerados no art. 10 é que a violação destes acarreta a intervenção federal, e a daqueles determina outras sanções, tais como nulidade dos atos infratores, responsabilidade do seu agente, ou até mesmo a suspensão da liberação de cotas estaduais em tributos federais (cf. CELSO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1978, São Paulo, págs. 115-118).

4. De acordo com o processo legislativo instituído no sistema jurídico brasileiro, o Presidente da República (igualmente, os Governadores e Prefeitos, nos respectivos âmbitos territoriais dos seus entes políticos) participa da elaboração das leis pela iniciativa e pela sanção. Ou sanciona o projeto, aprovado pelas Câmaras, com que anuir; ou o veta, total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, se o reputar inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 59 e § 1º). Assim deve proceder, tanto em relação aos projetos discutidos e votados regularmente pelo Congresso Nacional, como em relação àqueles outros, de sua exclusiva iniciativa, sujeitos, por solicitação sua, a regime de urgência, e tidos por aprovados por simples decurso de prazo (sem deliberação parlamentar), nos termos do art. 59, segunda parte.

5. Se o Presidente da República (ou o Governador ou o Prefeito), em qualquer das hipóteses, não se manifesta nos quinze dias úteis que tem para isso, dar-se-á a sanção tácita, e convertido fica o projeto em lei, restando apenas promulgá-lo (art. 59, § 2º). O projeto tacitamente

aprovado já é lei, dependendo esta ainda de ser promulgada, para entrar na fase executória. Tanto assim é que a Constituição, no art. 59, § 5º, começa dizendo: “**Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos do § 2º e do § 3º, o Presidente do Senado a promulgará**” etc. O que se promulga, portanto, é a lei, não mais o projeto aprovado, segundo as palavras da Constituição. Daí o dito de PONTES DE MIRANDA: “Promulgação, outra operação complementar, constitui mera atestação da existência da lei e proclamação de sua executoriedade. Se o Presidente não promulga em 48 horas a lei em que se converteu o projeto tacitamente sancionado, ou o projeto aprovado, em consequência da rejeição do veto, caberá a **promulgação** ao Presidente do Senado e, se este não o fizer em igual prazo, terá de fazê-lo o Vice-Presidente do Senado (§ 5º do art. 59).”

6. Esse processo legislativo, e não outro, feito pelo chamado constituinte derivado, há-de repetir-se na esfera dos Estados-Membros, salvo adaptações inevitáveis, como a que resulta da inexistência de senados estaduais.

Com mais forte razão isso se dá na esfera dos Municípios, uma vez que estes não se organizam por leis próprias, mas recebem sua organização das Constituições e leis orgânicas estaduais, respeitada a sua autonomia.

7. Ocorrendo aí, portanto, o caso de projeto não sancionado nem vetado pelo Prefeito, quer tenha havido deliberação da Câmara de Vereadores, quer se trate de projeto aprovado por decurso de prazo (aprovação ficta, resultante da inércia do Legislativo municipal), o silêncio do Prefeito importará na sanção, à imagem do que acontece com o Presidente da República: **Decorrida a quinzena, o silêncio do Presidente da República importará sanção** (art. 59, § 2º, da Constituição).

Consumada a sanção (tácita), o Prefeito terá de **promulgar a lei**, dentro das quarenta e oito horas seguintes aos quinze dias em que permaneceu silente. Esta fase da formação da lei, fase complementar, na linguagem de PONTES DE MIRANDA, que se impõe ao Presidente da República, não é menos imperativa em relação ao Prefeito.

Parece que nenhuma norma jurídica subordinada à Constituição Federal tem o poder de modificá-la, sob pena de inconstitucionalidade manifesta. O Prefeito, por sua vez, não tem **competência** para decidir quando é que deve, ou se não deve, promulgar as leis que não sanciona nem veta, à falta de **norma válida** que a tanto o autorize. E como, segundo a consagrada doutrina kelseniana, ele só **pode fazer aquilo que a ordem legal o autoriza a fazer**, segue-se que ele não pode evitar a promulgação das leis tacitamente sancionadas, sob pena de responsabilidade.

A admitir o arbítrio do Prefeito quanto à **promulgação** das leis, estar-se-lhe-ia reconhecendo o poder de trancar, por omissão intencional, todo o processo legislativo, ou a faculdade de exercer sobre a atividade legiferante da Câmara de Vereadores, em certo momento,

um controle despótico, ou ainda um poder de veto absoluto, figura esta última que a dogmática jurídica entre nós desconhece.

8. Com a sua autoridade de catedrático de Direito Constitucional e de estudioso desse recanto do direito positivo, informa MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que a ausência de sanção, no prazo constitucional, de modo algum faz caducar o projeto, mas o torna lei, perfeita e acabada, porque é forma silente de sanção (idêntica a opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA, no seu estudo intitulado "O Poder Legislativo dos Municípios", in *Revista de Direito Público*, vol. 19, pág. 299). Adverte, ainda, que a sanção tácita foi prevista em nosso Direito para evitar o "engavetamento" dos projetos pelo Presidente. Transformou-se, todavia, em instrumento de covardia política, em modo de querer, fingindo não querer. Serve para sancionar aquilo que se não quer vetar mas que não se tem a coragem de aprovar publicamente, por temor à impopularidade (cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Do Processo Legislativo*, Ed. Saraiva, 1968, São Paulo, pág. 177).

9. A não-promulgação, nas quarenta e oito horas seguintes, da "lei perfeita e acabada", agrava a anormalidade mediante a inutilização de todos os anteriores atos legítimos do processo legislativo.

Parece inadmissível juridicamente deixar ad libitum do Chefe do Executivo a promulgação de leis tacitamente sancionadas. Seria uma contradição do constituinte ordenar o processo de elaboração de certas leis (refiro-me às que resultam de projetos de iniciativa governamental, sujeitos a regime de urgência solicitada), através de procedimentos que primam pela celeridade, e ao cabo possibilitar, graças à deliberada omissão da pessoa responsável pela efetivação da última etapa da elaboração do direito novo, o malogro de todos os atos legislativos até ali fielmente cumpridos.

10. Isso contraria a índole finalística do processo, seja o processo judiciário, seja o processo legislativo. Se o primeiro tem em vista realizar, pela sentença do juiz, a composição do litígio conforme o direito positivo vigente, o segundo objetiva a elaboração de emendas constitucionais, leis em geral, decretos legislativos e resoluções. A finalidade, por conseguinte, de todo processo ficaria golpeada ou pelo menos gravemente comprometida, se ao juiz fosse permitido dar ou não dar, conforme o seu arbítrio, a prestação jurisdicional reclamada, ou se o governante tivesse o poder de impedir, em qualquer caso, a conclusão do processo criativo da lei, simplesmente abstendo-se de praticar ato necessário reservado à sua competência, tal como a promulgação.

11. Se o Chefe do Executivo é obrigado a cumprir as leis, segue-se forçosamente não lhe ser reconhecida a autoridade de decidir-se pela não-promulgação da que foi tacitamente sancionada, porque é a Constituição, ela própria, que o submete ao dever de promulgar a lei, dentro de quarenta e oito horas seguintes ao prazo de quinze dias para a sanção ou o veto.

Num sistema, como o nosso, de supremacia da Constituição, garantida pelos tribunais, a inobservância do preceito constitucional, que

determina imperativamente a **promulgação das leis, não pode alinhar-se** entre os desmoralizantes exemplos de **impunidade** decorrente da violação das leis, que a experiência brasileira não raro apresenta.

Muito pelo contrário, essa inobservância importa numa ofensa à ordem jurídica, até mesmo em **crime de responsabilidade**, segundo pensa PONTES DE MIRANDA, embora o insigne exegeta da Constituição entenda ser o ilícito penal tão-só do Vice-Presidente do Senado Federal que não cumpre o disposto no § 5º do art. 59. Dessa opinião diverge NELSON DE SOUSA SAMPAIO, para quem seria uma **contradição e uma injustiça** atribuir tal crime apenas à derradeira autoridade que figura no rol de pessoas sucessivamente encarregadas da promulgação das leis. Além disso, observa que se trata, aí, de quebra de um dever, não descrita como crime pela lei definidora dos crimes de responsabilidade (cf. NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *O Processo Legislativo*, Ed. Saraiva, 1968, São Paulo, págs. 89-90). PONTES DE MIRANDA reconhece que à lei ordinária compete apontar os crimes de responsabilidade, acrescentando a seguinte sentença, que esclarece o seu pensamento anterior: **porém casos há em que já resulta a figura de alguma regra jurídica constitucional, que estabeleça dever** (grifo seu).

Do ponto de vista de PONTES DE MIRANDA aproxima-se o de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que, na sua apreçada monografia sobre **o Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional**, escreve:

“No nosso sistema, a promulgação é uma imposição constitucional, revela uma obrigação, um dever, imposto sucessivamente ao Presidente da República, ao Presidente do Senado e ao Vice-Presidente deste; se os dois primeiros não o fizerem, o último terá que fazer, parece-nos, **que sob pena de responsabilidade** (p. 212 — grifamos).

12. Cumpre, entretanto, registrar que a violação desse dever de elevada hierarquia, porquanto estabelecido **constitucionalmente**, veio a ser definida como **infração político-administrativa**, sujeitando o infrator à cassação do mandato. Estatui, em verdade, o Decreto-Lei nº 201, de 27-2-67 (lei disciplinadora da responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores):

“Art. 4º — São infrações político-administrativas dos Prefeitos municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

I, II, III, IV, V, VI . . . . . (omissis)

VII — praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou **omitir-se na sua prática.**”

Quando aí se fala em “expressa disposição de lei”, evidentemente há de se estar incluindo a maior de todas as leis, a lei fundamental, a **Constituição**, dada a sua supremacia inevitável sobre todas as espécies de normas jurídicas positivas.

Se, pois, contrariando expressa disposição constitucional, o Prefeito **omite-se**, deixa de praticar ato necessário de sua competência, claro está que comete a infração político-administrativa acima descrita.

Segundo também as leis orgânicas dos Municípios em geral, um dos deveres do Prefeito consiste em sancionar e promulgar as leis, seja qual for a origem dos respectivos projetos aprovados. Mas ainda que as leis orgânicas municipais não o mencionem, esse dever não deixa de ser menos imperativo, uma vez que deriva de norma constitucional integrante do processo legislativo, o qual é um dos princípios a serem respeitados pelos constituintes e legisladores dos Estados-Membros, *ex vi* do art. 13, item III, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69. Também como uma decorrência do art. 200, segundo o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, os Estados-Membros ficam obrigados a copiar certas regras de direito federal, porque esse dispositivo, diz ele, não adapta, e sim incorpora ao direito estadual regras do direito federal, o que a seu ver importa em incorporar o processo legislativo:

“Assim, tudo indica que a incorporação determinada pelo art. 200 cabe nas matérias do art. 13” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direito Constitucional Comparado — I. O Poder Constituinte*, José Bushatsky Editor, 1974, São Paulo, pág. 196 — grifos do autor).

Parece, portanto, haver incidência do art. 4º, item VII, do Decreto-Lei nº 201/67, sobre o Prefeito que, por desídia, deliberado propósito ou outro móvel, deixa de promulgar lei dentro das quarenta e oito horas seguintes aos quinze dias úteis consignados constitucionalmente para a sanção ou o veto.

De referência à sanção, nesse caso cabível — cassação do mandato — decorre ela imediatamente da lei. Contudo, doutrinadores há segundo os quais, se se tratar de Prefeito nomeado, como os das Capitais, por exemplo, não existe mandato, e assim não teria a Câmara de Vereadores do respectivo Município de proceder à cassação do mandato do Prefeito responsável pela infração político-administrativa prevista no art. 4º, VII, última parte, do Decreto-Lei nº 201/67. Nesse caso, segundo tais opiniões, competirá à própria autoridade nomeante (Governador do Estado), ciente da infração pelo Prefeito cometida, decretar a demissão do infrator.

13. Como quer que seja, nenhum estudioso da matéria em exame passa por cima da necessidade de aplicar uma sanção ao Chefe do Executivo municipal que, por qualquer motivo puramente pessoal (capricho político, animadversão para com algum ou todos os membros da Câmara, ou mesmo o desejo de prejudicar possíveis beneficiários da nova norma jurídica) tranca o processo legislativo na sua fase final, deixando sem promulgação uma lei. Estamos diante de uma conduta ilícita, cuja impunidade poderá causar lesão grave aos interesses do povo.

O V Congresso Nacional de Procuradores, em defesa oportuna da plenitude da ordem jurídica e como órgão da consciência nacional do estado de direito, prestará serviço relevante, concorrendo para que em todos os Municípios se faça ouvir a sua palavra de condenação ao comportamento omissivo de Prefeitos, em relação a atos que devem cumprir, como o da promulgação das leis, nas emergências aqui denunciadas.

# Evolução das Leis do Inquilinato

(Anterior à Lei n.º 6.649, de 16-5-79)

Desembargador Luís ANTONIO DE ANDRADE

Segundo o programa estabelecido, este Simpósio tem fins eminentemente práticos e objetiva a atualização do advogado em assuntos do maior interesse na profissão. Poderia parecer, assim, que, na parte que nos toca — a de falar-vos sobre o tema “Locação” —, deveríamos entrar desde logo na explanação daquilo que constitui o direito positivo atual. Acreditamos, porém, que para uma compreensão mais correta do sistema que hoje nos governa, seria de bastante utilidade uma vista de olhos pelo problema, a partir do momento em que ele surgiu no passado.

Até fins do século passado, vigorava em todos os povos civilizados o princípio da mais ampla liberdade no tocante aos contratos de locação. **Pacta sunt servanda** era a regra. Locadores e locatários, em pé de absoluta igualdade, ajustavam aluguel, prazo, encargos e demais direitos, deveres e obrigações de maneira equânime. Isto porque havia, então, correspondência entre o número de casas para alugar e o de candidatos à locação. Havia, em suma, equilíbrio entre a oferta e a procura. Era esse o **direito comum** que os Códigos consagravam.

No século XX vários fatores fizeram com que se rompesse esse equilíbrio, sendo o principal deles a revolução industrial, operada em fins do século anterior: empresas novas, cada vez mais numerosas, instaladas nas cidades, provocaram, em ritmo sempre crescente, a centralização das populações nas áreas urbanas. A agravarem ainda mais a situação, duas guerras mundiais eclodiram, uma no primeiro quartel do século e outra menos de 20 anos após o seu término. Com isso, por duas vezes e por largo tempo ficou praticamente paralisada a indústria de construção civil, dado que toda a atividade humana fora desviada no sentido do esforço de guerra. Finalmente, concorrendo para tornar mais complexa a problemática, há a referir a explosão demográfica, principalmente nos países menos desenvolvidos.

---

Palestra proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros.

Conseqüências de todas essas circunstâncias foram a rápida elevação do preço das terras nas zonas urbanas, a elevação do custo das construções e a falta de prédios de aluguel. Inverteu-se, por isso, o panorama anteriormente descrito: a procura passou a ser superior à oferta; a igualdade das partes no contrato foi rompida; o locatário, parte mais fraca, tinha que se sujeitar às imposições, muitas vezes especulativas, do locador. Não podendo aquele pagar aluguéis elevados, nem dispondo de meios para construir sua própria casa, em muitos países passaram a proliferar as favelas.

Desaparecido, assim, o equilíbrio das partes, o princípio da liberdade contratual não mais poderia subsistir em sua plenitude. Impôs-se, em conseqüência, a intervenção do legislador, em amparo à parte menos favorecida, suspendendo a vigência do que até então constituía o **direito comum** já aludido, e estabelecendo, em regra transitoriamente, novos princípios a governar as relações entre inquilinos e senhorios.

De um modo geral e quase uniforme em todos os países, as medidas tomadas para contornar a crise de moradias e assegurar a permanência do locatário no prédio consistiram em restringir-se a liberdade contratual no tocante aos três pontos seguintes:

a) no impedir que cessasse a locação pelo só fato do término do prazo contratual;

b) no obstar a que, findo o prazo ajustado, pudesse o aluguel ser aumentado a critério exclusivo do locador, pois, se tal ocorresse, poderia este, através de aluguel novo, exorbitante, tornar impossível a continuação da locação; e

c) no subordinar a retomada do prédio a casos especificamente enumerados: uso próprio, uso para descendente ou ascendente, reforma ou demolição do prédio para edificação de maior capacidade etc.

É interessante observar que todas essas medidas, vale dizer, a promulgação das chamadas "leis do inquilinato", tiveram início nos diversos países quase que simultaneamente ou seja, entre os anos de 1919 e 1922 (\*), logo após os primeiros reflexos do advento do capitalismo, do industrialismo e da primeira conflagração mundial.

Abramos, aqui, um parêntesis:

A rigor, a primeira crise de habitações no Brasil não teve lugar após a Primeira Guerra, mas muito antes, embora por motivo acidental.

Conta a História que, quando D. João VI, então Príncipe Regente, fugindo das hostes napoleônicas, aqui aportou, em 1808, trouxe consigo toda a Corte, compondo-se a comitiva real de mais de 15.000 almas, entre fidalgos, funcionários, militares, criadagem etc., surpreendendo, com isso, o Vice-Rei Conde dos Arcos, que não contava com tamanha multidão.

(\*) Alemanha, 1919; Japão, 1921; Portugal, 1919; Espanha, 1920; Peru, 1920; Inglaterra, 1922; Brasil, 1921; Estado de Colúmbia (EUA), 1919; Estado de New York, 1920; França, 1918; Argentina, 1921.

A fim de alojar toda essa gente, outro recurso não restou senão requisitar, discricionariamente, todas as casas aproveitáveis, sendo os moradores, mesmo quando proprietários, obrigados a desocupá-las, sem maiores explicações. Os encarregados de promover tais requisições, em nome da Coroa, riscavam com giz na porta das casas escolhidas as iniciais P.R., de Príncipe Regente, iniciais essas logo traduzidas pela verve carioca como significando “Ponha-se na Rua”, ou “Propriedade Roubada”.

Mas, voltando ao ponto: aqui, como em toda parte, foram as “leis do inquilinato” editadas inicialmente como medidas de **emergência** e em caráter **temporário**, para vigorar, em regra, por um ou dois anos; como, porém, a situação permanecesse a mesma, findo o prazo, passaram tais leis a ser prorrogadas, ao mesmo tempo que novas normas restritivas, fruto da experiência, a elas se iam incorporando.

Com o decorrer do tempo chegou a parecer que a situação iria se normalizar, em decorrência do incremento de novas construções. No Brasil, por exemplo, cessaram de vigorar em 31 de dezembro de 1927 as sete leis de emergência que tivemos nessa primeira fase de crise habitacional. Voltou a vigorar, então, em toda a sua plenitude, o regime comum, ou seja, o do Código Civil. Perdurou ele por quase 15 anos, sendo que em tal período a lei da oferta e da procura equilibrou os interesses dos locatários e locadores: nessa época era até comum a oferta de prédios com aluguel mais baixo para a hipótese de concordar o inquilino em celebrar contrato mais longo. Sendo invariável, então, o valor da moeda, e inexistindo carência de prédios, o interesse do senhorio era o de conservar o locatário no imóvel, pois, desocupado este, ficaria ele sem renda até encontrar outro inquilino.

Essa situação de equilíbrio, que se desfrutava até o início da década de 40, foi rompida — tal como ocorrera na década de 20 — com o deflagrar de nova conflagração mundial.

A Guerra que se estendeu de 1939 a 1945 desviou novamente para o esforço bélico todas as atividades, paralisando, em consequência, a construção de prédios. Daí a necessidade, ainda uma vez, da intervenção do Poder Público, decretando leis de emergência visando à estabilidade do locatário no prédio e ao congelamento do aluguel, sem o qual aquela estabilidade não se alcançaria. Repetia-se, assim, em 1942, o que ocorrera em 1921. Com uma diferença fundamental, entretanto: enquanto que naquela época o mil-réis gozava de apreciável estabilidade, o cruzeiro, exatamente em 1942, já começava a perder o seu valor aquisitivo em decorrência do processo inflacionário.

Esse problema dúplice do congelamento do aluguel e da desvalorização contínua e crescente da moeda — calvário para os credores e para os juristas, na expressão de DE PAGE — tornou a situação insustentável. Não raro, o aluguel percebido era inferior aos impostos e taxas do imóvel a cargo do locador. Durante 22 anos, ou seja, de 1942 a 1964, persistiu — agravando-se cada vez mais — tal impasse. Nesse período foram editadas nada menos que 21 leis, prorrogando ou modificando as anteriores, ou concedendo tímidos aumentos do aluguel. O receio da impopularidade obstava a que o Governo ou o Congresso procurasse uma solução definitiva

para o problema. Em 1948 SAVATIER já assinalava que na locação de imóveis é que se faz sentir, de maneira mais manifesta, a influência dos eleitores mais numerosos sobre a legislação do contrato.

A carência de prédios para moradia nesse segundo pós-guerra atingiu entre nós o seu clímax no período compreendido entre 1947 e 1960, desaparecendo por completo dos jornais os anúncios intitulados "Aluga-se". E a música popular brasileira registrou, continuamente, essa falta de teto.

Ouçamos, por exemplo, a marcha "Pedreiro Valdemar", editada em 1949:

"Você conhece o pedreiro Valdemar?  
Não conhece  
Mas eu vou lhe apresentar  
De madrugada toma o trem da circular  
Faz tanta casa e não tem casa pra morar.

Leva a marmitta embrulhada no jornal  
Se tem almoço nem sempre tem jantar  
O Valdemar que é mestre no ofício  
Constrói o edifício  
E depois não pode entrar."

Ou o sucesso do Carnaval de 1950, "Daqui não Saio", com alusão à retomada para uso próprio:

"Daqui não saio  
Daqui ninguém me tira  
Onde é que eu vou morar  
O senhor tem paciência de esperar  
Ainda mais com quatro filhos  
Onde é que eu vou parar...  
Sei que o senhor tem razão  
Pra querer a casa pra morar  
Mas onde eu vou ficar  
No mundo ninguém perde por esperar  
Mas já dizem por aí  
Que a vida vai melhorar."

Ou a "Marcha do Caracol", de 1951:

"Há quanto tempo  
Não tenho onde morar,  
Se é chuva apanho chuva  
Se é sol apanho sol!  
Francamente  
Pra viver nessa agonia  
Eu preferia  
Ter nascido caracol.

Levava a minha casa  
Nas costas, muito bem  
Não pagava aluguel  
Nem luvas a ninguém!  
Morava um dia aqui  
Um outro acolá  
Leblon, Copacabana,  
Madureira ou Irajá!”

Ou, ainda, “Saudosa Maloca”, que traduz lamento decorrente de retomada para demolição e edificação de vulto:

“Se o sinhô não tá lembrado  
Dá licença de contá  
Que aquel que agora está  
Nesse adifício arto  
Era uma casa véia  
Um palacete assobradado  
Foi aqui seu moço  
Que eu, Mato Grosso e o Joca  
Construímos nossa maloca...

Mas um dia, nós nem pode se alembra  
Veio uns home com as ferramenta  
Que o dono mandô derrubá  
Peguemos todas nossas coisas  
E fumu p’ro meio da rua  
Apreciá a demolição  
Qui tristeza, qui nós sentia,  
Cada táboa que caía  
Duía no coração...

Mato Grosso quis gritá  
Mas in cima eu falei:  
Os home tá cum a razão  
nóis arranja outro lugar  
Não se conformemo, quando o Joca falô:  
Deus dá o frio, conforme o cobertô...

E hoje nós pega as paias  
Das grama do jardim  
E prá esquecer  
Nóis cantemu assim:  
Saudosa maloca  
Maloca querida  
Din-din donde nós passemu  
Dias feliz de nossa vida.”

Na Europa, embora sem inflação, o panorama era o mesmo. Os poucos países, não participantes do conflito mundial, que ainda não tinham leis do inquilinato, passaram a tê-las, como é o caso da Suécia, cuja primeira lei data precisamente de 1942.

Para que bem se avalie a que ponto chegou, em certa época, a carência de habitações na França, principalmente nos centros mais populosos, peço licença para contar dois casos que li, não me recordo mais onde, mas que, reais ou não, bem traduzem a angústia daqueles tempos:

Em Paris, quem quisesse se candidatar à locação de cômodos ou apartamentos em prédios de aluguel, deveria previamente se inscrever em livro próprio, fiscalizado pela Municipalidade, existente obrigatoriamente na portaria do edifício (conciergerie). Teria, como se diz comumente, que "entrar na fila". Dois jovens noivos, dependendo de moradia para contrair casamento, passaram a usar do seguinte expediente: todas as manhãs dirigiam-se aos jardins e às praças da cidade e ficavam a observar as pessoas bem idosas que lá iam apanhar sol e as seguiam, a ver onde moravam, a fim de se inscreverem na "coinciergerie" para, quando pela morte do velhinho ou da velhinha, ficarem com o direito de preferência à locação das acomodações vagas.

A outra estória também teria ocorrido em Paris. Dama de rara beleza — mas mulher honesta, casada e mãe de dois filhos — veio a conhecer, em determinada festa, certo freqüentador da alta sociedade, misto de **play-boy** e de homem de negócios, o qual, rendido a seus encantos, passou a assediá-la e a fazer-lhe a corte, usando de todos os expedientes para conquistá-la. Tantas e tais foram as demonstrações de amor e de devoção do enamorado cavalheiro que, afinal, deu-se a nobre senhora por vencida, condicionando, entretanto, o primeiro encontro à mais absoluta reserva. Empenhou-se, então, o vitorioso conquistador, de corpo e alma, à busca de um apartamento em local discreto e adequado à situação. Após ingentes esforços e muitas andanças logrou, por fim, consegui-lo, mediante o pagamento de elevadas luvas. Exultante, correu a entregar à amada as chaves do futuro ninho, com ela marcando o ansiado encontro para dois dias depois. No momento aprazado, ao chegar ao refúgio tão custosa e carinhosamente conseguido, foi calorosamente recebido pela dama, que o apresentou ao marido e aos filhos como sendo o amigo de infância e benfeitor de quem falara, e que para eles obtivera a locação do teto por que tanto esperavam.

Mas, voltando ao caso brasileiro, vimos que, após a Segunda Guerra Mundial, tivemos, entre 1942 e 1964, uma vintena de leis, chamadas de emergência, de duração **temporária ou transitória**, mas cujo prazo de vigência se renovava cada ano ou cada dois anos, por mais de duas décadas. Sendo tais leis **transitórias**, seria de supor haverem sido editadas a fim de dar tempo a que, de algum modo, se cuidasse de debelar o problema da carência de prédios de aluguel.

Em 1947, ou seja, **há mais de 30 anos**, já dizíamos, aqui mesmo, nesta augusta Casa, dando parecer em processo de que fomos relator:

"O problema da crise de habitações — é intuitivo — não se resolve com **leis de emergência**, mas sim com a construção de casas. As leis de emergência, como o próprio vocábulo está a indicar, servem exclusivamente como um remédio passageiro, transitório,

a fim de, momentaneamente, impedir que determinada crise atinja proporções desastrosas. Mas não são elas, as leis de emergência, que irão resolver a crise. Vão, quando muito, dar tempo ao poder público de debelá-la, servindo-se para isso das medidas que para tanto se tornarem necessárias. Não é com a reedição indefinida de leis do inquilinato que irá desaparecer a carência de habitações, mas com o incentivo a novas construções. Ao governo cumpria, pois, paralelamente com a promulgação das leis de inquilinato que vimos tendo desde 1942, incrementar por todos os meios a edificação de novos prédios, por meio de uma legislação adequada, seja promovendo a baixa nos preços dos materiais de construção, seja concedendo favores e isenções fiscais aos edifícios recém-construídos. Não se trata aqui, como se vê, de um problema jurídico a resolver, mas sim de um problema econômico a solucionar.”

O fato é que até 1964 nada se fez de positivo a respeito.

Com o advento da Revolução, entendeu o Governo de tratar a sério o problema, instituindo, pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, o “Sistema Financeiro para Aquisição da Casa Própria” e criando o “Banco Nacional da Habitação”, as “Sociedades de Crédito Imobiliário”, as “Letras Imobiliárias” e o “Serviço Federal de Habitação e Urbanismo”.

Quanto ao problema do inquilinato em si, e especialmente do aluguel, que atingira situação insuportável em decorrência do binômio “congelamento-inflação”, o Governo Castello Branco, corajosamente, e arrostando o risco da impopularidade, propôs-se a solucioná-lo, adotando engenhoso sistema: o de, através de correções anuais do aluguel, ir não só neutralizando os efeitos da inflação, como, também, ir eliminando o aviltamento que o aluguel sofrera nos últimos 22 anos. Dessa forma, prevenir-se-iam as conseqüências da inflação quanto ao futuro e reparar-se-iam, paulatinamente, as já produzidas, pelo congelamento, no passado. Supunha-se, então, que, ao cabo de 10 anos, os aluguéis chegariam ao nível da oferta e da procura.

Essas, em linhas muito gerais, no que concerne ao aluguel, as diretrizes adotadas pela Lei nº 4.494, de 25 de novembro de 1964, a qual, revogando todas as anteriores, e promulgada em caráter permanente, passou a regular no Brasil **todas** as locações prediais urbanas, residenciais e não residenciais, atuais e futuras. Por ela ficaram prorrogadas por tempo indeterminado todas as locações e especificados com minúcia os casos de retomada do prédio.

Somente um ano perdurou, em sua plenitude, esse sistema legal, pois em 1965 a Lei nº 4.864, de 29 de novembro — conhecida como “Lei de Estímulo à Construção Civil” —, retirava de seu âmbito de incidência todas as locações **não residenciais**, bem como todas as locações residenciais de **prédios novos**. Com relação a ambas regressou-se ao regime do Código Civil.

Para disciplinar a ação de despejo de tais locações foi expedido, pouco depois, o Decreto-Lei nº 4.

Ficaram, assim, livres de qualquer restrição ou controle tanto a fixação do aluguel, quanto a do prazo contratual. Findo este, a despedida do inquilino não mais ficou a depender de justificação do motivo.

Iniciava-se a era da **denúncia vazia**.

Decorrido outro ano, e como que obedecendo a uma política de paulatino esvaziamento da Lei do Inquilinato, foi expedido o Decreto-Lei nº 322, de 7 de abril de 1967 (substituído, pouco depois, pela Lei nº 5.334, de 12 de outubro de 1967), passando, também, para o regime do Código Civil as locações, ainda que de prédios velhos que de então em diante fossem ajustadas. E como, ao contrário do que ocorreu com as locações de prédios residenciais novos e a de locações não residenciais, não se disciplinou, para o caso, a ação de despejo, daí resulta que esta passou a obedecer às normas do direito comum, ou seja, as do Código do Processo Civil de 1939, nesse particular ainda em vigor até hoje.

Com isso a chamada “Lei do Inquilinato” — Lei nº 4.494, de 1964 — passou a regular apenas as locações residenciais anteriores a 7 de abril de 1967, excetuadas as de prédios com “habite-se” posterior a 30 de novembro de 1965.

Para se ter uma idéia das amputações sofridas pela Lei nº 4.494, basta lembrar que das 8.800.000 unidades residenciais por ela regidas em 1964, hoje só restam pouco mais de 500.000, havendo passado para o regime do Código Civil mais de 90% de tais unidades.

Além disso, todas essas modificações e alterações, introduzidas no esquema inicial de 1964, tornaram de tal forma complexo o problema da locação predial que até mesmo juristas, juizes e tribunais se perderam no emaranhado legislativo que se criou. Tantas e tais são as hipóteses a serem consideradas que, atualmente, para se saber em qual delas se ajusta a que se pretenda examinar, imprescindível se torna formular, preliminarmente, quatro questões:

- 1ª) qual a **natureza** da locação: residencial ou não residencial?
- 2ª) se residencial, qual a data do “habite-se” do prédio?
- 3ª) se não residencial, está ela amparada pela “Lei de Luvas”?
- 4ª) em qualquer caso foi ela celebrada **antes** ou **depois** de 7 de abril de 1967?

Só após esclarecidos esses quatro pontos estará o intérprete habilitado a saber qual a **legislação** aplicável à hipótese e qual o caminho a trilhar.

Para sair desse verdadeiro cipoal legislativo, que já contava com uma dezena de leis — umas modificando outras; estas derogando em parte aquelas; aquelas outra vigorando apenas neste ou naquele ponto —, sentiu-se o Governo na obrigação de propor ao Congresso a **consolidação** do que existia, sem alterar, porém, o **status quo**. O Projeto enviado nada mais fazia, em substância, do que centralizar em um só diploma, revogando os demais, aquilo que já era, há 9 anos, a legislação vigente. Tal projeto,

embora de mera consolidação, e por nós sugerido e elaborado apenas para pôr ordem no assunto, produziu no Congresso efeito inesperado: lendo-o, deram-se conta muitos legisladores de qual era, então, o direito vigente, em que a denúncia vazia predominava quase que por completo. Nasceu daí violenta reação na Câmara, com o oferecimento de vários substitutivos e emendas ao Projeto, tendentes, de um modo geral, no sentido do retorno ao sistema da Lei nº 4.494, de 1964. Comissão Especial foi nomeada pela Câmara, a qual ouviu juristas, administradoras imobiliárias, representantes das classes, órgãos estatais etc. A repercussão na imprensa resultou em verdadeiro clamor contra a denúncia vazia.

Dessa grita, dois efeitos decorreram: o primeiro foi o de alarmar os locadores, os quais, supondo prestes a acabar a denúncia vazia, trataram desde logo de requerer o despejo de seus inquilinos. O número de despejos, aqui na cidade, que, em 1975, era da ordem de 23.134, elevou-se, em 1976, para 28.000, e, em 1977, para 29.753. Com as notificações, deu-se ainda pior: de 4.935, em 1974, passaram para 8.593, em 1975, e para 23.475, em 1976. O segundo efeito foi de iniciativa do Executivo: no pequeno recesso do Parlamento de abril de 1977 foi publicado o Decreto-Lei nº 1.534, objetivando retardar os efeitos da denúncia vazia. Tal Decreto-Lei incide apenas sobre as locações residenciais e consiste, **grosso modo**, em assegurar a permanência do inquilino no prédio à razão de 2 meses por ano ou fração de ano de vigência da locação. Se esta já perdurar há mais de um até dois anos, o período de prorrogação será de 6 meses, e, qualquer que seja a antigüidade da locação, a prorrogação não ultrapassará 24 meses.

Como se vê, o Decreto-Lei não pôs fim à denúncia vazia: apenas retardou, entre 2 e 24 meses, conforme o caso, a possibilidade de despedida imotivada do locatário.

Tantas e tais são as leis em vigor que atualmente regulam as locações prediais urbanas — mais de uma dúzia — que seria esforço vão tentar, no estreito âmbito de uma palestra, pretender entrar em detalhes, tais como o da purgação da mora — cabível em certos casos e em outros não; o do prazo para a contestação — de 5 dias em determinadas hipóteses e de 15 em outras; o do efeito da apelação — ora suspensivo, ora apenas devolutivo; o da notificação prévia exigível ou dispensável, conforme a espécie; o do processo do despejo — ora regulado pela Lei nº 4.494, ora pelo Decreto-Lei nº 4, ora pelo Código de Processo Civil; o do aluguel — ora controlado, ora livre, ora fixado pelo juiz; o do prazo para a desocupação do prédio, que pode ser de 10 ou de 30, ou de 120, ou 180 dias, tal seja o caso.

Para que bem se aquilate da situação quase caótica a que se chegou, basta um exemplo, dentre os inúmeros que poderiam ser lembrados:

Numa locação residencial a prazo indeterminado, o locatário morre.

Qual a ação cabível contra os ocupantes do prédio?

Se a locação é anterior a 30 de novembro de 1964, provavelmente **nenhuma**, pois, na hipótese figurada, a locação se transfere ou ao cônjuge

sobrevivente, ou aos herdeiros, ou aos dependentes do inquilino falecido (Lei nº 4.494, art. 9º).

Se, porém, a locação foi ajustada até 6 de abril de 1967 e se trata de prédio cujo "habite-se" é posterior a 30 de novembro de 1965, a ação é de despejo (Decreto-Lei nº 4, art. 4º, nº IV, combinado com o art. 11).

Se, finalmente, a locação é de data posterior a 6 de abril de 1967, a ação é de **reintegração de posse** (Código Civil, art. 1.198).

O quadro que aí está mostra a diversidade de situações a serem levadas em conta — 10 ao todo — com soluções muitas vezes diversas para casos absolutamente idênticos, como o do exemplo que acabamos de ver.

Essa caótica balbúrdia legislativa evidentemente não mais pode perdurar e, provavelmente, estamos a viver os seus últimos momentos, pois, como dissemos, acham-se em final de apreciação, pelo Congresso, projetos que modificam substancialmente a situação hoje existente

O dilema que aos legisladores se apresenta assim pode ser resumido: se adota a solução de controlar o aluguel, de prorrogar compulsoriamente as locações e de restringir os casos de retomada, corre o risco de afastar do setor imobiliário o capital privado, agravando, assim, a carência de prédios de aluguel; se, ao contrário, confere às partes ampla liberdade de contratar, coloca o locatário em situação de desvantagem.

Contra a primeira solução há que levar em conta que o Brasil, com 110.000.000 de habitantes, tem um crescimento demográfico da ordem de 2,887%, ou seja, nascem por ano 3.175.700 novos brasileiros. Considerando que cada nova residência abriga, em média, 5 pessoas, temos que anualmente são necessárias 635.140 novas habitações. Como pelo Sistema Financeiro de Habitação do BNH só são construídas 250.000 moradias por ano, a diferença — 385.140 residências — tem de ser coberta ou pela construção privada ou pela autoconstrução, sem financiamento, principalmente nas favelas. Outrora, os homens de negócio não tinham opção: ou construíam prédios e vilas para renda, ou emprestavam dinheiro a juros, ou empregavam seus capitais adquirindo apólices da dívida pública.

Hoje, não. O mercado de capitais oferece-lhes inúmeras opções, sem falar nas cadernetas de poupança, nas letras de câmbio etc. De modo que, sendo o capital desconfiado por natureza, cumpre não afugentá-lo do setor imobiliário.

Contra a solução inversa — a exploração do fraco pelo forte, e a transformação, como se dizia em Portugal, da "Lei do Inquilinato" em "Lei do Senhoriato" —, o risco realmente pode existir, cabendo aos legisladores encontrar a solução de equilíbrio.

A situação, aliás, não parece ser tão grave quanto se propala. Já salientamos que no período 1947-1960 desapareceram dos jornais os anúncios "Aluga-se". Em 1976, no entanto, no **Jornal do Brasil**, em **O Globo** e em **O Dia**, foram publicados 255.375 anúncios de prédios para aluguel, e em 1977 elevou-se esse número a 373.800. Quanto aos despejos, serão eles, este ano, aqui no Rio, em número inferior aos dos anos de 1966 a 1971, não obstante o crescimento demográfico.

# Índio

ANTÔNIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito da USP.

## SUMÁRIO

1. A legislação anterior ao Estatuto.
2. O Estatuto do Índio.
3. A proibição da catequese.
4. A emancipação individual do índio.
5. A discutida emancipação tribal.
6. As terras ocupadas pelos índios.

### *1. A legislação anterior ao Estatuto*

Anteriormente à promulgação do Estatuto do Índio, que revogou a legislação precedente, o Decreto nº 9.214, de 15-12-1911, aprovou o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, constituído de 87 artigos.

O Código Civil, art. 6º, arrolou os silvícolas entre os relativamente incapazes, sujeitando-os ao regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais, cessando à medida que forem se adaptando à legislação do País.

O Decreto nº 5.484, de 27-6-1928, regulava a situação dos índios nascidos no território nacional.

Seus 50 artigos estavam distribuídos em cinco títulos, com capítulos:

I – Situação Jurídica dos Índios (disposição preliminar e classificação, prerrogativas e restrições, arts. 1º-7º);

II – Das Terras para Índios (I – Terras do Patrimônio Nacional; II – Terras Pertencentes aos Estados, arts. 8º-10);

III – Do Registro Civil dos Índios (I – Disposições Preliminares; II – Dos Nascimentos; III – Dos Casamentos; IV – Dos Óbitos, arts. 11-22);

IV – Disposições de Direito Penal (I – Dos Crimes contra Índios; II – Dos Crimes Praticados por Índios, arts. 23-32);

V – Dos Bens dos Índios (I – Isenções e Regalias; II – Da Gestão dos Bens, arts. 33-39);

Disposições Gerais, arts. 40-50.

O Decreto nº 24.700, de 12-7-1934, transferiu, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio para o da Guerra o Serviço de Proteção aos Índios.

O Decreto nº 736, de 6-4-1936, aprovou, em caráter provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios a que se refere o Decreto nº 24.700.

Seus 47 artigos eram distribuídos, com exclusão do preambular, em seis capítulos: I – Da Proteção aos Índios (arts. 2º-6º); II – Da Nacionalização e Incorporação dos Índios (arts. 7º-12); III – Da Organização do Serviço de Proteção aos Índios (arts. 13-29); IV – Do Pessoal (arts. 30-36); V – Dos Deveres dos Funcionários (arts. 37-40); e VI – Disposições Gerais (arts. 41-47).

O Decreto nº 10.652, de 16-10-1942, aprovou o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura.

O Decreto nº 58.824, de 14-7-1966, promulgou a Convenção nº 107, sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes, adotada em Genebra a 26-6-1957, por ocasião da quadragésima sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

É constituída de 37 artigos, divididos em oito partes: princípios gerais; terras; recrutamento e condições de emprego; formação profissional, artesanato e indústrias rurais; segurança social e saúde; educação e meios de informação; administração e disposições gerais.

Na impossibilidade de transladarmos todos esses dispositivos, salientemos alguns dos mais característicos:

#### “Artigo 2º

I – Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.

2 — Tais programas compreenderão medidas para:

a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população;

b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida;

c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.

3 — Esses programas terão essencialmente por objetivo o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo.

4 — Será excluída a força ou a coerção com o objetivo de integrar as populações interessadas na comunidade nacional.

### Artigo 3º

1 — Deverão ser tomadas medidas especiais para proteger as instituições, as pessoas, os bens e o trabalho das populações interessadas durante o tempo que sua situação social, econômica e cultural as impeça de gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencem.

2 — Serão tomadas providências para assegurar que tais medidas especiais de proteção:

a) não sirvam para criar ou prolongar um estado de segregação;

b) não permaneçam em vigor além do tempo que perdurar a necessidade de proteção especial e na medida em que for necessária tal proteção.

3 — Essas medidas especiais de proteção não deverão importar em qualquer prejuízo para o gozo, sem discriminação, da generalidade dos direitos inerentes à qualidade do cidadão.

### Artigo 4º

Na aplicação das disposições da presente convenção relativas à integração das populações interessadas, será preciso:

a) tomar devidamente em consideração os valores culturais e religiosos e os métodos de controle social peculiares a tais populações, assim como a natureza dos problemas que se lhes deparam, tanto do ponto de vista coletivo como individual, ao serem expostas a modificações de ordem social e econômica;

b) tomar consciência do perigo que pode advir da subversão dos valores e das instituições das referidas populações, a menos que os mesmos possam ser substituídos de maneira adequada e com o consentimento dos grupos interessados;

c) empenhar-se em aplinar as dificuldades experimentadas por essas populações na adaptação a novas condições de vida e trabalho.”

A Lei nº 6.015, de 31-12-1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, dispensa no art. 51, § 1º, os índios, enquanto não integrados, da inscrição do nascimento. Esta poderá ser feita em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios.

Aos 20-10-1967, acompanhado de longa e brilhante Exposição de Motivos do Ministro do Interior AFONSO AUGUSTO DE ALBUQUERQUE LIMA, o Governo remeteu ao Congresso Nacional, pela Mensagem nº 16, projeto de lei que autorizava a instituição da Fundação Nacional do Índio (*Diário do Congresso Nacional*, Seção II, de 25-10-67, pág. 2598) transformado na Lei nº 5.371, de 1967.

Um belo estudo a respeito desse problema é constituído pelo voto vencido (apenas no tocante às emendas) do Senador VASCONCELLOS TORRES, publicado no mesmo *Diário*, Seção II, de 21-11-1967, págs. 3.048-3.052, em que examina, sucessivamente, a proposição do Governo, os antecedentes históricos, a política indigenista, as emendas oferecidas.

O projeto foi afinal convertido na Lei nº 5.371, de 5-12-1967, que autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio", e dá outras providências, cujas finalidades estão indicadas no art. 1º:

I — estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

- a) respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais;
- b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;
- c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional;
- d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II — gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III — promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV — promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V — promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI — despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII — exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Parágrafo único — A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais."

## 2. O Estatuto do Índio

Foi publicado no DCN — Seção I — de 27-10-1970, págs. 5.195-5.197, o Projeto nº 2.328, de 1970. Elaborado pelo Ministro THEMÍSTOCLES CALVALCANTI, que considera o índio como “criatura humana, igual a qualquer um de nós, com os mesmos direitos e possibilidades, com a liberdade de viver no seu *habitat*, mas de aperfeiçoar as suas condições de existência, sempre admitindo melhores possibilidades de sua comunicação com o “nosso mundo”, por solicitação do Ministério do Interior, e revisto pelo Ministério da Justiça, foi convertido na Lei nº 6.001, de 19-12-1973, que “dispõe sobre o Estatuto do Índio”.

É constituída por 68 artigos, divididos em sete títulos (alguns subdivididos em capítulos): I — Dos Princípios e Definições; II — Dos Direitos Cíveis e Políticos (I — Dos Princípios; II — Da Assistência ou Tutela; III — Do Registro Civil; IV — Das Condições de Trabalho); III — Das Terras dos Índios (I — Das Disposições Gerais; II — Das Terras Ocupadas; III — Das Áreas Reservadas; IV — Das Terras de Domínio Indígena; V — Da Defesa das Terras Indígenas); IV — Os Bens e Renda do Patrimônio Indígena; V — Da Educação, Cultura e Saúde; VI — Das Normas Penais (I — Dos Princípios; II — Dos Crimes contra os Índios); VII — Disposições Gerais.

Sublinhava a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID ter sido atendido o sistema da Convenção de Genebra, complementando-o com duas novas categorias: Índios em processo de integração e já assimilados.

Realçava os quatro princípios fundamentais fixados pelo projeto quanto ao exercício e gozo dos direitos cíveis e políticos:

- a) o de que os índios gozam dos mesmos direitos assegurados a todos os brasileiros;
- b) o de que o exercício por si dos direitos cíveis e gozo dos direitos políticos estão condicionados à assimilação do índio ao sistema da vida da comunidade nacional;
- c) o de que serão respeitados os usos, costumes e a religião dos índios não assimilados; e
- d) o de que nas relações dos índios com pessoas estranhas à comunidade indígena é obrigatória a aplicação da legislação ordinária.”

Tendo em vista a caracterização do indígena como relativamente incapaz (Código Civil, art. 6º, inciso IV), o projeto colocava-o sob tutela, enquanto não assimilado. Em princípio, a proteção seria exercida pelo órgão federal de assistência aos índios. Poderia, no entanto, o encargo ser delegado a outras pessoas ou órgãos, com audiência do Ministério Público e autorização judicial. Neste último caso, a tutela estaria sujeita às normas da legislação civil, dispensadas a especialização de bens imóveis para hipoteca legal e a oferta de caução real ou fidejussória.

O tutor interviria em todos os atos que os índios praticassem segundo o direito comum. Seu consentimento seria necessário à validade do ato, podendo ser suprido judicialmente em caso de recusa.

Cessaria a tutela com a integração do indígena à comunidade nacional, reconhecida judicialmente, verificados certos pressupostos.

### 3. *A proibição da catequese*

Noticiava *O Estado de S. Paulo*, de 4-5-1968, que a catequese de índios por missões religiosas seria proibida no País, para evitar a destruição dos componentes formadores de sua cultura e a marginalização social e econômica "de um povo que se considera feliz em seu estado natural e vivendo de acordo com suas tradições milenares".

Essa providência, segundo o representante do Ministério do Interior na Fundação Nacional do Índio, Sr. JOSÉ QUEIROZ CAMPOS, não representa repúdio à religião, mas um instrumento de defesa para impedir a destruição das estruturas sociais e psíquicas dos índios que ainda permanecem em estado natural.

"Através da catequese o que acaba acontecendo é a introdução de novos costumes, que os índios não podem assimilar adequadamente e que, em geral, não são suficientes para transformá-los em cidadãos civilizados."

Lembra que o respeito à pessoa do índio e às constituições e comunidades tribais é previsto pela Lei nº 5.371, de 5-12-67, que garante o resguardo da cultura espontânea do índio, de forma que a sua evolução sócio-econômica se processe livre de mudanças bruscas.

Qualquer instituição, pública ou privada, brasileira ou estrangeira, que pretenda auxiliar os índios, tanto no estágio natural, como de contato transitório ou permanente com civilizados, apenas poderá fazê-lo com a autorização e supervisão da Fundação Nacional do Índio.

Cumpra-se, por essa forma, o disposto no parágrafo único do art. 6º do Código Civil, determinando que os silvícolas fiquem sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

### 4. *A emancipação individual do índio*

A Lei nº 6.001/73 coloca os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional sob o regime tutelar por ela estabelecido, que incumbe à União, aplicando-se-lhe, no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, ou de prestação de caução real ou fidejussória.

Considera nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena sem assistência do órgão tutelar competente, a menos que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, e que este não lhe seja prejudicial.

Preenchidos os requisitos de: I) idade mínima de 21 anos; II) conhecimento da língua portuguesa; III) habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV) razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional, qualquer índio poderá obter do Juiz competente a sua

liberação do regime tutelar indicado, investindo-se na plenitude da capacidade civil.

Realizada instrução sumária, na qual serão ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil, a pedido escrito do interessado poderá o órgão de assistência, mediante declaração formal, reconhecer ao índio a condição de integrado, cessando toda restrição à sua capacidade.

Põe em realce DALMO DE ABREU DALLARI um dado que considera "de extrema importância, que explica, inclusive, como é possível a integração sem o processo formal de emancipação: a legislação brasileira só dá tratamento diferente ao índio enquanto este não se acha integrado na comunhão nacional.

Uma vez ocorrida a integração, ele é um brasileiro como todos os demais, não tendo qualquer influência sua origem numa comunidade indígena. Embora quanto à etnia não se possam alterar as características da origem, é rigorosamente certo que, do ponto de vista jurídico, o índio deixa de ser índio quando se integra na comunidade brasileira. A partir desse momento ele é um cidadão brasileiro comum, sem nenhum privilégio e sem qualquer proteção ou restrição especial".

Assinala que em outras legislações, como a norte-americana, o índio goza de uma situação especial: continua sendo tratado juridicamente como índio, mesmo depois de integrado na comunhão nacional. Existe mesmo a previsão da preservação da condição de índio, para efeitos legais, depois de casamentos mistos, para os descendentes de índio, chegando-se a manter privilégios para quem tiver 1/64 de sangue índio.

Na legislação brasileira a antiga condição de índio não exerce qualquer influência. Desde que integrado à comunhão nacional, o índio passa a ser um cidadão comum, com os mesmos direitos e obrigações que cabem a todos os brasileiros.

No dia 16-11-1978 foi divulgado o projeto que dispõe sobre o desenvolvimento de comunidades indígenas, o exercício da tutela pela FUNAI e o processo de deliberação do regime tutelar, publicado pela imprensa no dia seguinte.

Constituído por sete artigos, cria, sob a coordenação do Ministério do Interior, uma Comissão de Apoio aos Índios e às Comunidades Indígenas, encarregada de promover a elaboração e a execução de um plano integrado de ação de desenvolvimento das comunidades indígenas, a ser desdobrado com medidas de curto, médio e longo prazos, para permitir maior assistência técnica, econômica e social àquelas comunidades, e aos silvícolas, visando a incorporá-los, gradativamente, à comunhão nacional, mediante a integração ou emancipação, de forma a assegurar-lhes, conseqüentemente, o pleno exercício de seus direitos civis.

De acordo com o art. 2º, a tutela dos índios e das comunidades indígenas é exercida, nos termos dos artigos 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, e 7º, parágrafo 1º, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, pela Fundação Nacional do Índio, acrescentando o dispositivo seguinte

que à FUNAI, além dos poderes inerentes ao exercício da tutela, conferidos pela legislação comum e pela legislação especial, e das demais finalidades previstas no seu estatuto, incumbe, especialmente, assegurar aos índios e às comunidades indígenas: *a)* a posse permanente das terras que habitam, bem como o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes; *b)* condições de saúde; *c)* assistência educacional e oportunidade de trabalho, respeitadas as peculiaridades de sua condição (Lei nº 6.001, art. 2º, item III); *d)* integração progressiva e harmoniosa à comunhão nacional.

A FUNAI manterá atualizados os registros a que se refere o artigo 13 da Lei nº 6.001, de 19-12-1973, bem como a relação dos índios eleitores, ou que tenham concorrido a cargos eletivos, daqueles que tenham prestado serviço militar e dos que tiverem concluído curso superior, visando a instruir, na devida oportunidade, processo de emancipação ou integração.

Mediante suprimento judicial, na conformidade do que dispõe o artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei nº 6.001, de 19-12-1973, aplicar-se-á a legislação comum, para efeito de emancipação, ao índio maior de 18 (dezoito) anos que satisfaça qualquer das exigências do artigo 9º, parágrafo 1º, do Código Civil.

O suprimento judicial será requerido, ouvido o índio, pela FUNAI.

A sentença concessiva da emancipação será transcrita no Registro Civil (arts. 4º e 5º, §§ 1º e 2º).

“Art. 6º – A requerimento do interessado, ou *ex officio* pela FUNAI, ouvido o índio, será declarada a sua condição de integrado, desde que o mesmo, comprovadamente, preencha os seguintes requisitos estabelecidos no artigo 9º da Lei nº 6.001, de 19-12-1973: I – idade mínima de 21 (vinte e um) anos; II – conhecimento da língua portuguesa; III – habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV – razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único – A validade do ato formal, que reconheça ao índio a sua condição de integrado, depende de homologação judicial e de inscrição no Registro Civil.”

## 5. *A discutida emancipação tribal*

Mas o art. 11 da Lei nº 6.001 admite ainda, mediante decreto do Presidente da República, seja declarada a emancipação da inteira comunidade indígena e de seus membros, desde que preencham os requisitos indicados, comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

O Estado de S. Paulo promoveu no dia 7-3-77 uma mesa-redonda, tendo como tema a legislação indigenista, de que dá ampla notícia uma reportagem, de duas páginas, de VITU DO CARMO, publicada no exemplar de 20-3-77. A lei, apesar de tudo, é boa para o índio, não devendo, por isso, ser alterada, – essa foi a conclusão básica.

As lacunas que possa apresentar serão cobertas por decretos, que regulamentarão o documento principal, preservando, naturalmente, seu espírito, ao

passo que a emancipação do índio, ou sua discutida integração, além de obedecer a um processo gradativo, dependerá de definições que garantam às tribos a continuidade de seu domínio sobre as terras que ocupam.

Criticando a falta de unidade de orientação em tema da emancipação do índio brasileiro por parte do Ministério do Interior, ora favorável à aculturação dinâmica, à integração rápida na sociedade e à sua emancipação, ora manifestando-se pela posição de não forçá-la, o mesmo órgão da imprensa, em editorial publicado 17 dias depois, fazia ver não haver, até então, solução para o problema da regulamentação do Estatuto do Índio.

“E enquanto ela não surgir, enquanto não houver garantias legais de que a tribo emancipada não perderá sua terra, sob a pressão dos grandes proprietários rurais que olham a Amazônia com olhar cobiçoso, não se pode nem se deve pensar, sugerir, ou sequer falar em emancipação tribal.”

Havia, evidentemente, casos de emancipação de indivíduos, abusos de alguns índios que não mais são índios. São vereadores, motoristas de praça e não querem emancipar-se, simplesmente para continuar beneficiando-se da legislação do indigenato, não respondendo perante a justiça comum nem pagando impostos.

“Não se trata, porém, de elementos representativos. O Estatuto do Índio não prevê, ao que parece, como agir em tais casos. Mas é simples, e a FUNAI já chegou a propor uma solução. Caberia à justiça comum, ao juiz local, decidir sobre a emancipação desses índios, individualmente. Se já abandonaram a vida tribal, se já se beneficiam francamente de todos os benefícios da civilização, se já vivem como todos os civilizados, devem arcar também com as mesmas responsabilidades civis destes.”

Tais exemplos, contudo, nada tinham a ver com a situação de tribos que, não desejando a emancipação, não devem ser pressionadas.

Adverte ABREU DALLARI dos perigos inerentes à idéia aparentemente generosa da emancipação, considerando os eventuais resultados avaliados pela convivência sem as cautelas adequadas, recomendando várias medidas preliminares.

Em primeiro lugar, rever as condições da tutela especial, sobretudo para que o órgão tutelar tenha mais autonomia, inclua elementos desvinculados da administração federal, dê voz mais ativa aos próprios índios na solução dos assuntos que para eles são fundamentais e possa, afinal, fixar uma política indigenista que propicie a gradativa integração dos índios à comunhão nacional, sem a destruição de seus valores culturais e sem o risco de sua degradação como seres humanos.

“A par disso, é necessário o exame cuidadoso do problema das terras habitadas por índios, pois, a rigor, a Constituição lhes assegura a posse e o usufruto das terras que eles escolheram para habitar, não havendo autorização constitucional para que algum órgão da administração pública escolha para eles outro local e os obrigue à mudança.

Com a participação do índio, tutelado de modo a não ficar inteiramente subordinado à política de desenvolvimento estabelecida pelo governo da União, é bem provável que se encontrem soluções conciliatórias, que preservem a dignidade do índio, respeitem seus valores culturais e lhes permitam integrar-se na comunidade brasileira, como beneficiário e não como vítimas da integração.”

Sem embargo, insiste o projeto de decreto-lei publicado no dia 17-11-1978, art. 7º, em que a emancipação de comunidade indígena e de seus membros poderá ser declarada, por decreto do Presidente da República, a requerimento da maioria dos membros do grupo.

“Parágrafo único — A expressão maioria da comunidade deve ser entendida como a representação, no mínimo, de 2/3 (dois terços) dos seus membros, maiores de 21 (vinte e um) anos, residentes nas terras habitadas pelo grupo requerente, e que satisfaçam os requisitos do artigo 9º, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.”

Na forma do art. 8º, a emancipação de comunidade indígena e de seus membros a requerimento da maioria do grupo, dependerá, conforme determina o artigo 11 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, de inquérito procedido pelo órgão federal de assistência ao índio, destinado a comprovar o preenchimento dos requisitos legais exigidos para a liberação do regime tutelar.

“§ 1º — O inquérito de que trata este artigo será efetuado, no prazo fixado, por pessoas especializadas em matéria indigenista relacionada, de preferência, com a comunidade requerente, designadas pelo presidente da FUNAI, cujos estudos e formulários próprios, por elas preenchidos, serão encaminhados à Presidência da Fundação Nacional do Índio, com relatório opinando pela efetivação ou não da emancipação.

§ 2º — Os formulários próprios referidos no parágrafo anterior serão elaborados pelos órgãos competentes da FUNAI com a audiência do Conselho Indigenista, que poderá ouvir, para esse fim, a seu critério, pessoas de notório conhecimento em assuntos indigenistas.

§ 3º — Ao receber o inquérito, efetuado na forma do parágrafo 1º, o presidente da FUNAI, após a apreciação do Conselho Indigenista, designará comissão especial, para manifestar-se quanto à sua validade e à conveniência da adoção das medidas propostas nas conclusões do relatório.

§ 4º — A comissão especial de que trata o parágrafo anterior, concluídos os seus estudos, encaminhará o processo ao presidente da FUNAI, com parecer conclusivo opinando pela liberação ou não do regime tutelar da comunidade indígena.”

Aditam os dispositivos seguintes que o presidente da FUNAI, decidindo pela liberação do regime tutelar da comunidade indígena e de seus membros, encaminhará o processo ao Ministro de Estado do Interior, anexando exposição fundamentada das razões de seu convencimento, bem como projeto de decreto declaratório da emancipação, a ser submetido ao Presidente da República.

Caso, da apreciação do Conselho Indigenista prevista no parágrafo 3º do artigo 8º deste decreto, resulte parecer favorável ao requerimento da comunidade indígena, proceder-se-á, de imediato, à elaboração de um plano de assistência econômica e social, com a participação direta de membros da comunidade interessada na emancipação, e por ela indicados.

A FUNAI continuará prestando assistência técnica e social ao índio emancipado ou integrado, bem como à comunidade indígena emancipada e seus membros.

O Ministério do Interior manterá entendimentos com outros Ministérios, no sentido de que se desenvolva uma ação integrada de apoio às comunidades indígenas emancipadas.

O reconhecimento da condição de integrado e a emancipação de índio ou de comunidade e seus membros não implicam na anulação da identidade indígena.

Finalmente, decretada a emancipação de comunidade indígena e de seus membros, caberá à própria comunidade, com assistência permanente dos órgãos governamentais, a responsabilidade sobre os menores nela existentes.

A Exposição de Motivos do Ministro do Interior, RANGEL REIS, sustentou que eram medidas postas em prática pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com a eficiência possível mas não a desejada, pois muitas outras providências se colocam fora do âmbito de sua atuação ou exigem meios de que a Fundação não dispõe. Cabe por isso a emissão de um juízo crítico.

“A FUNAI realiza eficientemente o que tem sido possível realizar sem no entanto, pelos motivos aludidos, fazer tudo o que se julga necessário para completa consecução dos objetivos finais da política indigenista legalmente definida. Esses objetivos não poderão ser alcançados sem que o Estado procure cumprir primeiro o seu dever de possibilitar o atendimento de providências preliminares. Na verdade, não se pode pensar na incorporação dos silvícolas à sociedade nacional, que deve ser progressiva, harmoniosa e sem mudanças bruscas, se antes não se oferece às comunidades indígenas condições adequadas de desenvolvimento técnico, econômico e social. Isto porque não se pretende agora, como nunca se pretendeu, ver o índio marginalizado, senão participante como qualquer cidadão, das vantagens, direitos e deveres comuns aos membros da sociedade brasileira. Tudo se resumiria, afinal, no exercício de uma tutela eficaz. Para conseguir este objetivo é que se propõe, nos termos do projeto, a criação de uma comissão especial de apoio aos índios e às comunidades indígenas.

Enseja-se com esta providência o apoio à FUNAI de outras áreas da administração possibilitando-a de cumprir as disposições legais que lhes são próprias como entidade que exerce a tutela indígena em nome da União.”

Concluiu serem esses os reais objetivos do projeto de decreto e não outros que precipitadamente lhe foram atribuídos. Pretende-se, em resumo, primeiro assistir de uma forma mais efetiva os índios e as comunidades indígenas obje-

tivando seu desenvolvimento econômico e social. Segundo, já como consequência natural de uma tutela mais eficaz, promover, quando legal, oportuna e conveniente, a liberação do regime tutelar.

Sem embargo, poucas iniciativas terão conseguido reunir desaprovação mais generalizada.

Já em data de 13-9-1978 o *Jornal de Brasília* encarecia ter sido o projeto recusado por diferentes setores que atuam em áreas indígenas, entre estes a Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, a Escola Paulista de Medicina, a Universidade de São Paulo e ainda alguns antropólogos como CARMEM JUNQUEIRA, PEDRO AGOSTINHO, da Universidade Federal da Bahia, OLÍMPIO SERRA, antropólogo e diretor do Parque Indígena do Xingu, LUX VIDAL, da USP, e ainda o jurista DALMO DALLARI.

De acordo com o documento da Universidade de São Paulo "emancipar grupos indígenas agora é, pois, entregá-los desarmados a forças infinitamente mais poderosas que lhes arrebatarão em maior ou menor prazo as terras, a vil preço, por grilagem ou por execução de dívidas, absorvendo-o como mão-de-obra barata". Diz ainda o documento que "estamos assistindo agora à derradeira e talvez mais forte investida da expansão interna em todo Centro-Oeste e Norte do País, liderada por grandes grupos empresariais. Trata-se, pois, de um momento inoportuno para deixar os índios desprotegidos".

Incorporando o editorial em seu discurso transcrito no *Diário do Congresso Nacional* Seção II, de 17-10-1978, págs. 5.387-5.389, o Senador EVANDRO CARREIRA concluía merecer o índio "uma preocupação maior, não pelo que possamos lhe dar, mas pelo que ele possa nos oferecer. O índio merece ser preservado nas suas reservas, nos seus caldos de cultura, não pelo que possamos fazer por ele, porque não podemos fazer nada pelo índio; nós só podemos poluir e prostituir o índio. O índio, sim, pode fazer alguma coisa pelo homem pseudocivilizado: ele pode transferir esses conhecimentos que o homem não tem; ele pode trazer uma contribuição cultural, para que o homem aprenda nas suas tradições, nas suas lendas, nos seus cânticos, nos seus costumes; da sua farmacopéia podemos tirar muito em benefício do próprio homem".

Concluiu apelando ao Sr. Ministro RANGEL REIS para que "reveja a sua posição e archive o projeto de emancipação do índio, pois ele constitui uma imoralidade. Desde que S. Ex<sup>a</sup> assumá a única e exclusiva responsabilidade, lhe cobraremos, no futuro, esse gesto tresloucado de expor o índio à gana e à sanha do antropófago cidadão".

No dia 8-11 do mesmo ano realizou-se no Teatro da Universidade Católica de S. Paulo ato público em repúdio ao projeto, promovido pela Associação Nacional dos Cientistas Sociais e pela Comissão-Pró-Índio, com apoio de várias entidades civis brasileiras e estrangeiras.

A reação do cacique APOEMA, da reserva xavante de São Marcos, foi no sentido de que o governo devia rasgar o projeto, no que foi acompanhado por outro chefe xavante, ANICETO:

"O governo tem que pegar este documento, rasgar e enterrar no cemitério para que ninguém pense mais em emancipar o índio. Nós

não queremos a emancipação, porque não pretendemos ter uma vida igual à do branco. A vida de vocês é muito complicada, é uma vida de palhaços. Os brancos só pensam em dinheiro e muitos índios ainda não sabem disso; por isso, não estão preparados para perder a FUNAI. O índio é liberdade, é dono de sua terra, é o brasileiro de verdade. Se acabarem com a cultura do índio, ele morrerá, e o culpado será o governo.”

## 6. *As terras ocupadas pelos silvícolas*

Não pretendemos traçar aqui o histórico dos “dares e tomares”, a que se refere SERAFIM LEITE, de terras dos e aos índios, que começaram com a doação, por Jerônimo Leitão, “capitão desta capitania de São Vicente, pelo Sr. Pero Lopes de Souza, e governador dela por el-rei nosso senhor” aos índios de Piratinim, da aldeia dos Pinheiros e da aldeia de Ururá, em 12-10-1580, seis léguas em quadra, em Carapicuíba.

Para isso remetemos ao estudo de MÚCIO DE CAMPOS MAIA, “Domínio das aldeias de índios. Enfitese e usucapião”, publicado na *Rev. dos Tribunais*, vol. 376, 1967, págs. 45-51 e bibliografia aí citada, em que mostra constituírem as terras dos antigos aldeamentos de índios terrenos devolutos por definição legal.

As terras que os silvícolas ocupam são objeto de regulamentação especial.

Não as considera a Constituição propriedade deles, e sim bens da União (art. 4º, IV).

Complementa, por isso, o art. 198, serem inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Declaram os parágrafos 1º e 2º a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas, sem direito aos ocupantes a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

A matéria é regulada pela Lei nº 6.001, de 19-12-1973, de cujos 68 artigos (alguns vetados), 30 são a elas consagrados.

Compõem o Título III “Das terras dos índios”, dividido em cinco capítulos, que versam, respectivamente, disposições gerais, terras ocupadas, áreas reservadas, terras de domínio indígena e defesa das terras indígenas, e o Título IV, “Dos bens e renda do patrimônio indígena”.

Distingue o art. 17 três espécies de terras indígenas:

I — as ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os aludidos artigos da Constituição;

II — as áreas reservadas de que trata o Capítulo III desse Título;

III — as de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Não poderão elas ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas, sendo vedada, nessas áreas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como da atividade agropecuária ou extrativa (art. 18).

O art. 22 outorga aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Possibilita à União o art. 26 estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Sem confusão com as de posse imemorial das tribos indígenas, poderão organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

- a) reserva indígena;
- b) parque indígena;
- c) colônia agrícola indígena;
- d) território federal indígena.

Define o art. 32 as terras de domínio indígena: são as de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, quando havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Constituem bens do patrimônio indígena (art. 39):

I — as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas;

II — o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas;

III — os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título.

Condicionado como está o direito à fruição das terras aos índios, ao fato de as habitarem, é bem de ver que, ao se integrarem, individualmente ou em grupos, à coletividade nacional, perdem aquelas vantagens, passando a terem os mesmos direitos e os mesmos deveres reservados por lei aos demais habitantes do País.

Lembra DALMO DE ABREU DALLARI dispor o Estatuto do Índio que as áreas ocupadas por comunidades indígenas deverão ser demarcadas, para que a posse possa ser protegida, mas prevê também a possibilidade de remoção de comunidades indígenas para outros locais, mediante a instituição de áreas reservadas para ocupação pelos índios. Nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Estatuto, as áreas reservadas “não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas”, isto é, a área reservada não será aquela habitada pela comunidade indígena por sua própria decisão, mas será outra escolhida pela

União. O Estatuto prevê inúmeras hipóteses em que uma comunidade indígena pode ser removida das terras que ocupa, por decisão exclusiva da União, transplantando-se a comunidade para uma reserva, um parque indígena, uma colônia agrícola indígena ou um território federal indígena.

“Como todas as terras habitadas por índios são de propriedade da União e como são, em princípio, inalienáveis enquanto estiverem na posse dos indígenas, verifica-se que tanto na hipótese de emancipação de uma comunidade (quando os índios deixam de ser juridicamente índios), como na hipótese de remoção da comunidade indígena para outro local, essas terras passam à posse e ao domínio pleno da União. Poderá, então, a União usar as terras para o fim que desejar, usufruir todos os benefícios que elas proporcionarem (incluindo-se o solo e o subsolo, isto é, incluindo-se também as reservas minerais eventualmente existentes nessas terras), podendo ainda alienar as terras, que deixam de ser inalienáveis quando não mais habitadas por índios.”

Também a este propósito o projeto de decreto-lei sobre o desenvolvimento de comunidades indígenas oferece três dispositivos:

“Art. 14. As terras delimitadas e demarcadas, nas quais vivam e trabalhem as comunidades indígenas que vierem a ser emancipadas, continuarão a constituir bens inalienáveis da União, na forma do artigo 198 da Constituição, cabendo aos silvícolas a sua posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Art. 15. A FUNAI pleiteará a doação das terras referidas no artigo anterior à comunidade indígena emancipada, se a providência melhor atender aos interesses desta, e desde que constem do ato de liberalidade cláusulas de inalienabilidade, de proibição de arrendamento, ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela donatária.

Art. 16. Cabe à comunidade indígena emancipada decidir sobre a forma de exploração das terras, se coletiva, individual ou mista, cumprindo, à FUNAI e às entidades e órgãos públicos especializados em assistência técnica às atividades agropecuárias, proporcionar apoio às referidas comunidades, mediante plano integrado promovido pelo Ministério do Interior.”

A referida Convenção nº 107 contém, a propósito, quatro dispositivos bem terminantes:

#### “Artigo 11

O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.

#### Artigo 12

1 — As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com as legislação nacional, por motivos que visem à segu-

rança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do País ou no interesse da saúde de tais populações.

2 — Quando, em tais casos, se impuser um deslocamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual à das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidades de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma indenização em espécie ou em dinheiro, serão assim indenizados com as devidas garantias.

3 — As pessoas assim deslocadas deverão ser integralmente indenizadas por toda perda ou dano por elas sofrido em consequência de tal deslocamento.

### Artigo 13

1 — As modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposições das terras, consagradas pelos costumes das populações interessadas, serão respeitadas no quadro da legislação nacional, na medida em que atendam às necessidades de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.

2 — Serão tomadas medidas para evitar que pessoas estranhas a essas populações possam prevalecer-se de seus costumes ou da ignorância dos interessados em relação à lei, com o objetivo de adquirir a propriedade ou o uso de terras pertencentes a essas populações.

### Artigo 14

Programas agrários nacionais deverão garantir às populações interessadas condições equivalentes às de que se beneficiam os demais setores da comunidade nacional, no que respeita:

- a) à concessão de terras suplementares quando as terras de que tais populações disponham sejam insuficientes para lhes assegurar os elementos de uma existência normal ou para fazer face a seu crescimento demográfico;
- b) à concessão dos meios necessários ao aproveitamento das terras já possuídas por tais populações.”

### BIBLIOGRAFIA

CHAVES, Antônio — *Lições de Direito Civil*, Parte Geral, 3, S. Paulo, Bushatsky, 1972, págs. 97-100.

Idem — *Direito das Coisas*, 2, S. Paulo, 1976, págs. 176-178.

DALLARI, Dalmo de Abreu — “Os Direitos do Índio”, *O Estado de S. Paulo*, Suplemento Cultural, 5-11-1978, págs. 10 e 11.

# Direito patrimonial de família no Projeto do Código Civil brasileiro e no Direito português

CLOVIS V. DO COUTO E SILVA

Catedrático de Direito Civil da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul

## I. Introdução

1. Houve recentemente no Direito brasileiro e português profundas alterações no Direito de Família. No Brasil, com a modificação da Constituição vigente, revogou-se o § 1º do art. 175 da Constituição que consagra a indissolubilidade do vínculo matrimonial e exararam-se ainda outras disposições.

O art. 175, § 1º, com a redação da Emenda Constitucional nº 9, contém as seguintes normas: "o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação por mais de três anos". Em seu art. 2º a Emenda Constitucional esclarece, ainda, que "a separação de que trata a nova redação do artigo anterior poderá ser de fato devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda". A Emenda nº 9, na verdade, alterou a redação do § 1º do art. 175 e incluiu uma nova disposição (art. 2º) anteriormente mencionada. Por motivo dessas modificações constitucionais, foi editada a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regulou não somente os pressupostos do divórcio, como também alguns setores do Direito de Família, adotando, não raro, as soluções constantes no Projeto nº 634, de 1975 (\*).

— Este trabalho foi escrito em homenagem ao saudoso amigo e preclaro jurista Prof. Dr. Guilherme Braga da Cruz.

(\*) O Projeto n.º 634/75 foi o resultado de vários estudos e anteprojetos parciais de cada uma das matérias de que se compõe o Código Civil, acrescida de um capítulo novo "Atividade Negocial" que abrange as empresas e matérias conexas. Após a primeira reunião da comissão, cada um dos componentes organizou um articulado da sua parte, cabendo-me elaborar o Direito de Família, expondo nele as minhas idéias. Logo depois, os elaboradores redigiram uma justificativa dos seus articulados. Del a esse trabalho o título de "Princípios para a reforma do Direito de Família". Esse estudo constitui elemento necessário para o perfeito conhecimento do Projeto n.º 634/75, e foi publicado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, em 1973. A respeito da bibliografia relacionada, direta ou indiretamente, com o Projeto n.º 634/75, consultem-se os seguintes estudos de minha autoria: "Princípios para a reforma do Direito de Família", ed. da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1973, vol. II; "Direito Patrimonial de Família", *Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 1.º (1972), pp. 39-51; "Dívida Particular dos Cônjuges", *Rev. Jurídica* (GB), 1970, n.º 110, pp. 23 e segs.; "Temas Atuais do Direito de Família no anteprojeto do Código Civil", conferência realizada no Instituto dos Advogados de S. Paulo, em 1973, *Rev. do Instituto dos Advogados do R. G. do Sul*, 1976. Recente é a publicação do Coordenador da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Prof. Dr. Miguel Reale: "Estudos de Filosofia e Ciência do Direito", S. Paulo, 1978, pp. 161 e segs.; e ainda, embora mais antigos, entre outros, os seguintes estudos: Caio Mário Silva Pereira, *Revista Forense*, vol. 242, p. 16; J. Rocha Guimarães, *Revista Forense*, vol. 243, p. 361; Sílvio A. B. Meira, *Revista Forense*, vol. 243, p. 370.

2. Em 1976, votou-se em Portugal a Constituição da República Portuguesa, a qual, em seu art. 36, exarou os princípios fundamentais a respeito da família, procurando igualar plenamente os cônjuges no casamento. Com esta finalidade, o nº 3 do art. 36 contém a regra de que "os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos". O nº 1 estabelece que "todos têm o direito de constituir família em condições de plena igualdade".

Quando se discutia o texto afinal transformado na Constituição Política da República Portuguesa houve deputados que afirmaram — como Freitas do Amaral — "que sua aprovação implicará a inconstitucionalidade de numerosas disposições do Código Civil ainda vigente e entre elas a disposição retrógrada, que, contra o princípio da igualdade dos cônjuges, atribui a chefia da família ao marido" (1). Em suas Disposições Transitórias, a Constituição Portuguesa determinou que a adaptação das normas anteriores atinentes ao exercício dos direitos, liberdade e garantias, consagradas na Constituição, estará concluída até o fim da 1ª Legislatura (art. 293 da alínea 3ª).

Em obediência a essas determinações, foi editado o Decreto-Lei nº 496/77. Nos Direitos de Família, a parte mais importante está na nova regulação a respeito dos pressupostos de divórcio e na aplicação do princípio de igualdade (2).

3. Nesse sentido, pode-se dizer que a reforma do Código Civil português foi mais profunda, em termos igualitários, quanto ao Direito Pessoal de Família, do que o Projeto do Código Civil, o que não significa uma superioridade técnica uma vez que o princípio da igualdade só pode ser plenamente aplicado se houver condições orgânicas na sociedade e de nada adiantaria a adoção de semelhante princípio, mantendo-se a família, na realidade, eminentemente patriarcal. É costume fazer-se uma distinção entre o Direito de Família formal e material, compreendendo-se como Direito

---

(1) Caldeira-Silva, "Constituição Política da República Portuguesa de 1976, Projetos, Votações e Posição dos Partidos", Livraria Bertrand, 1976, p. 528.

(2) Os pressupostos para a ação de divórcio são praticamente os mesmos no Direito português atual (DL 496/77, arts. 1.779-1.781) e brasileiro. Assim, a Lei nº 6.515/77, em seu art. 5.º, determina que: "A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

§ 1.º — A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2.º — O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida como de cura improvável.

§ 3.º — Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial os remanescentes dos bens que levou ao casamento e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal. No Direito brasileiro, a separação de pessoas e bens antecede o divórcio, de modo que, salvo a hipótese do art. 40 (separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977, data da Emenda Constitucional nº 9), primeiro decreta-se a "separação de pessoas e bens" e, após o transcurso de três anos, possibilita-se pedir a conversão da separação em divórcio (arts. 25 e 44).

de Família formal o conjunto de regras jurídicas que constituem o Direito matrimonial. O Direito de Família material é o existente na sociedade, a repercussão destas normas no campo social, e a sua mescla com usos e costumes familiares; enfim, a verificação da positividade do ordenamento do Direito de Família. Como nem sempre coincidem, ou raramente assim acontece, na maioria dos países há uma discrepância entre ordenação legal e sua aplicação, não só nos tribunais como também na vida diária em sociedade, ou seja, no intercurso social (3). Por isso, não é difícil encontrar sistemas jurídicos nos quais, apesar da igualdade formal entre os cônjuges, mantém-se a mesma situação de superioridade do marido, com a chefia "de fato" da sociedade conjugal. O problema da superioridade ou não de homem ou mulher dentro do casamento é de natureza sociológica e cultural, mais do que propriamente jurídica. Todavia, como o Direito norma apenas uma restrita parte da relação familiar, nesse lugar, estabelecido o princípio de igualdade, ele operará, sobretudo quando postos em ação os órgãos judiciários destinados a aplicá-lo.

4. A comparação entre sistemas jurídicos não deve ser feita com a finalidade de examinar apenas suas proposições em face dos de outros povos, mas de estudá-las em conjunto com a realidade social e o direito imediatamente anterior, como, aliás, salienta Wengler a respeito do Projeto de Código Civil português (4). Seria, entretanto, impossível comparar todos os setores do Direito de Família, pois, nesse caso, o estudo assumiria proporções incompatíveis com a sua finalidade. No geral, chamam preponderantemente a atenção os pressupostos da dissolução do casamento, mas, por isso mesmo, constitui tal matéria objeto de muitos estudos. Parece, assim, preferível restringir o âmbito de nosso trabalho comparativo ao direito patrimonial de família, excluídos, porém, os alimentos, e o bem de família, para não alongá-lo em demasia. Por outro lado, o Projeto nº 634/75 possui regime de bens não constante no Código Civil português como o da participação final nos aqüestos, que a Comissão

(3) Sobre a positividade jurídica, vide A. Castanheira Neves, "As fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. L. I, pp. 114-204. A maior dificuldade está em que alguns problemas da família, como o do divórcio, tornam-se "problemas de massa", o que lhes dá uma significação específica. Menciona Max Rheinstein (*Marriage Stability, Divorce and the Law*), Chicago, 1972, p. 4) que o número de casamentos dissolvidos por divórcio em 1967 foi de 62.835, na Alemanha Ocidental, 534.000 nos Estados Unidos, 42.678 na Inglaterra e 83.243 no Japão. Tudo está em saber como evitar as separações, pois a repressão em nada adiantaria. Uma solução poderia ser a dos Tribunais de Família, como proposto pelo juiz Alexander, já há algum tempo, nos Estados Unidos. Eles constituem como que um prolongamento dos juizados de menores e tratam da dissolução mais como uma "doença de família" do que como o conteúdo de um processo judicial em sua forma clássica. A respeito vide nossa conferência em 1973, "Temas Atuais do Direito de Família no Anteprojeto do Código Civil", p. 148; Alexander, "New Procedures and Attitudes toward Marriage and Divorce", *Journal of the American Jurisprudence* 38; Quentin Johnstone, "Die Entwicklung von Familiengericht in den Vereinigten Staaten", *AcP* 154 (1955) pp. 33-44.

(4) "Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch", *AcP* 167 (1967) p. 69. A respeito das diferentes orientações, vide para os países socialistas, Valentin Petev, "Rechtsvergleichende Betrachtungen zum sozialistischen Ehescheidungsrecht" in: *Rebel's Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 36 (1972) p. 675; para a "common law", e sua área de influência, vide Bromley, *Family law*, London, 1971-1974, pp. 202 e segs. Contudo, na Irlanda proibiu-se o divórcio constitucionalmente, de modo ainda mais radical — quanto ao direito internacional privado — do que o Direito brasileiro anterior à Emenda Constitucional n.º 9. A lei ordinária que institui o divórcio é inconstitucional. O art. 41,3 (2) da Constituição irlandesa de 1937, dispõe que "no law shall be enacted providing for the grant of a dissolution of marriage"; cf G. Hickey, "Irish Private International Law"; in: *Rebel's Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 42, 1978, p. 284.

preferiu incluir apenas como opcional, uma vez que, segundo o entendimento da maioria de seus componentes, seria uma transformação muito grande passar do regime da comunhão universal para esse novo regime. Adotou-se, em consequência, como regime-regra ou supletivo uma forma intermediária, o regime de comunhão parcial ou nos adquiridos, tal como sucede no Direito português atual.

É certo que o Decreto-Lei nº 496/77 <sup>(5)</sup> procurou estabelecer a administração igualitária dos bens comuns <sup>(6)</sup> dispondo inclusive que a alienação deles, ainda que móveis, carece do consentimento de ambos os cônjuges, sucedendo o mesmo com os bens imóveis. Nosso sistema difere do adotado no Direito português, fazendo-se distinção entre bens móveis e imóveis. Mas a administração e disposição dos bens móveis comuns cabe ao marido, bem como a administração dos imóveis componentes da massa comum. Para a alienação dos bens imóveis comuns, ou particulares, conforme o Código Civil <sup>(7)</sup>, estes últimos ainda no regime da separação absoluta de bens, exige-se a autorização do outro cônjuge. Essa autorização não é, entretanto, necessária segundo o Projeto nº 634/75, se for adotado o regime da separação de bens <sup>(8)</sup>.

Por fim, a análise dos dois sistemas jurídicos em termos de direito comparado abrangerá o estudo das posições do Projeto nº 634/75 em face do Código Civil brasileiro vigente e do Direito português do Código Civil e do Decreto-Lei nº 496/77, que o modificou profundamente, procurando aplicar, em todos os regimes de bens, o princípio da igualdade dos cônjuges. Serão incluídos os temas, a nosso ver mais importantes, a começar pela adoção da própria divisão do Direito Pessoal e Patrimonial de Família, examinando-se, após, a irrevogabilidade dos regimes de bens, as sucessões pactícias, a distribuição de poderes entre os cônjuges, os diferentes regimes de bens, especialmente o da comunhão parcial ou da comunhão dos adquiridos, a administração e disposição do produto do trabalho e o âmbito dos poderes dos cônjuges, e a responsabilidade pelo pagamento das dívidas.

## II. Direito pessoal e patrimonial de família

5. O Projeto nº 634/75 do Código Civil estruturou o Direito de Família, com base na distinção entre Direito de Família Pessoal e Patrimonial,

---

(5) art. 1677 D, 1678, 1680, 1681, 1682, 1682A.

(6) art. 1678C, 1682A.

(7) Art. 235, I.

(8) Art. 1702, I.

atendendo à especificidade dos dois tipos de relação jurídica que nele se encontram <sup>(9)</sup>.

Os deveres de Direito Pessoal, como o são, entre muitos outros, o de fidelidade, e o de coabitação, revelam, em sua estrutura, elevadíssimo grau de pessoalidade e cuja classificação, no conjunto das demais relações jurídicas no Direito Privado, nem sempre é tarefa em que não se depare grande número de dificuldades. A natureza jurídica dos direitos e deveres do Direito Pessoal de Família tem ensejado inumeráveis discussões, pois o conceito de Direito subjetivo, em sua formulação clássica, não estaria a eles adequado. Não adiantaria muito dizer-se que sua natureza seria a de direitos-vinculados, de direitos-deveres, ou de direitos-função, ou ainda, negando-se aos cônjuges a titularidade de qualquer direito quanto àquelas relações, denominar a figura tão-somente como competência, tomando do Direito Público o vocábulo.

Tudo está na necessidade de manter uma linguagem uniforme dentro de todo o Direito, supondo-se que nem sempre existirá uma igualdade de matéria encoberta por uma mesma denominação. Nesse ponto é que afloram as divergências. No Direito Pessoal de Família, as exigências éticas e o **quantum** de pessoalidade da relação, em muitos casos, tornam quase impróprio aludir-se ao conceito de direito subjetivo, na sua acepção corrente e mais adequada as relações designadamente patrimoniais. Mas é inegável que a noção de direito subjetivo, como conceito relativo, possui um valor metodológico; é uma exigência da linguagem jurídica, devendo-se observar que as faculdades e a matéria que a ele são subjacentes possuem atributos próprios, são relações de família <sup>(10)</sup>.

**6.** A distinção entre Direito Pessoal e Patrimonial de Família provém do fato de o ordenamento jurídico não poder deixar de valorizar as relações dos partícipes da família, levando em conta seus atributos de pessoalidade e patrimonialidade já existentes na dimensão social.

Ao transpor para o ordenamento esses dados objetivos, distinguiu-se o Direito Pessoal do Direito Patrimonial, os dois conjuntos de relações básicas que formam o Direito de Família e que, apesar de sua diversidade, ou talvez por isso mesmo, se implicam dialeticamente.

No Direito Patrimonial de Família, encontram-se as relações em cuja estrutura se manifestam aspectos que as aproximam das do Direito das Obrigações e das de Direito das Coisas. O Projeto nº 634/75 incluiu, nesta parte, os regimes de bens, a administração dos bens dos filhos menores, os alimentos e o bem de família. A relação de alimentos manifesta tam-

(9) Não é do nosso conhecimento que essa divisão haja sido adotada em outros códigos, os quais, em atenção ainda ao modo tradicional de disciplinar, articulam suas disposições segundo institutos, e não levam em conta a natureza das relações abrangidas pelo Direito de Família. Nos países socialistas, há a tendência para um Código de Família fora do Código Civil, embora não tenha este o mesmo significado que entre nós, pois abrange a regulação das entidades da economia socializada. Sustenta-se que o caráter pessoal da relação da família exige um código específico. A respeito do problema, vide, por todos, o excelente estudo de Wolfram Müller — "Freienfels, Zur Diskussion um die Systematische Einordnung des Familienrechts", in: *Rabel's Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, I e II, vol. 37 (1973), pp. 609-659; 38 (1974), pp. 533-570.

(10) Gernhuber, *Familienrecht* (1964), § 2.º, p. 13; Wolfram Müller, *Freienfels Ehe und Recht* (1962), pp. 227 e segs.

bém aspectos pessoais, daí a sua intransferibilidade <sup>(11)</sup>, e o fato de serem irrenunciáveis os créditos dela resultantes. Sucede, entretanto, possuir estrutura obrigacional quando os alimentos são objeto de exigência. Por esse motivo, e como a classificação atende à estrutura de relação jurídica, enquadrou-se o aludido vínculo alimentar entre os Direitos Patrimoniais.

As demais relações antes mencionadas, pelo seu nítido caráter patrimonial, foram localizadas no campo correspondente do Direito de Família. A particularidade do Direito Patrimonial de Família está em que os direitos subjetivos que dele decorrem demonstram grande semelhança com os demais institutos básicos do Direito Civil, seja com os do Direito das Obrigações, seja com os do Direito das Coisas, embora matizados por princípios específicos do Direito de Família.

7. Em suma, a distinção Direito Pessoal e Patrimonial de Família revela a existência de dois sistemas de relações jurídicas no Direito de Família, permitindo, por força dessa diversidade material, a adoção de normas e de tutela jurídica inconfundíveis para ambos os tipos. O método tradicional, adotado pela generalidade dos códigos, nessa parte, é o de regulamentar cada um dos institutos de que se compõe o Direito de Família: casamento, pátrio poder, filiação e alimentos. Não se cinde o conjunto desses institutos para examinar as relações que nele se encontram, com a finalidade de classificá-las.

O Código Civil português não constitui exceção a esse modo de legislar, pois não organizou o Direito de Família em dois grandes sistemas de relações jurídicas, como o fez o Projeto nº 634/75. Assim, no Código Civil português, o Direito de Família é tratado unitariamente, através dos institutos básicos, do casamento, filiação, adoção e alimentos. No Projeto nº 634/75, tem-se, em primeiro lugar, o Direito Pessoal, compreendendo o casamento, as relações de parentesco, a adoção e o pátrio poder; depois, o Direito Patrimonial, que abrange o regime de bens entre os cônjuges, o usufruto e administração dos bens dos filhos menores, os alimentos e o bem de família, sendo que a tutela e a curatela são tratadas em título distinto.

8. O progresso jurídico parece estar na cisão e contínua resistemização das relações jurídicas que se mostrem diversas. Todavia, como nem sempre uma relação jurídica aparece de modo puro, pessoal ou patrimonial, o critério há de ser o da prevalência de um desses dois elementos, para fins de classificação. Depois, é preciso ter presente que existem duas concepções de sistema, como agudamente observou Ludwig Raiser <sup>(12)</sup>,

(11) Todavia, a Lei nº 6.515, em seu art. 23, dispôs expressamente que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor na forma do art. 1.796 do Código Civil". O art. 1.796 do Código Civil define a responsabilidade do espólio, afirmando que "a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube". A exegese do texto tem sido no sentido de interpretá-lo contra a sua finalidade e, nesse sentido, restringir o dever que dele se irradia: tão-somente as prestações vencidas até a data do óbito, situação que já existia anteriormente e para cuja solução em nada adiantaria o novo texto; ou simplesmente restringir o seu alcance à dívida alimentar entre os cônjuges como o faz Silvio Rodrigues (*O Divórcio e a Lei que o Regulamenta*, São Paulo, 1978, p. 141). De qualquer modo, criou-se uma hipótese de transferência de prestação alimentar.

(12) "Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht", in: *Die Aufgabe des Privatrechts*, Athenäum Verlag, 1977, p. 126.

consistindo uma na tutela do círculo de atividade da pessoa através da atribuição de direitos subjetivos, e outra, no desenvolvimento e proteção das instituições que orientam a vida em sociedade com o aperfeiçoamento dos correspondentes institutos jurídicos por determinação do direito objetivo. Todo o Direito de Família está sob a proteção do Estado, mas, para o Direito Privado, o mais importante são as relações jurídicas que promanam da família, enquanto instituto de Direito Civil, e a tutela jurídica a ela adequada, muito embora nem todos os efeitos resultem da atribuição de direitos subjetivos ou de competências aos cônjuges, mas podem decorrer de valorizações anteriores, objetivas, da lei, ou da aplicação de princípios pré-positivos, não recebidos ainda expressamente pelo ordenamento legal, embora nem por isso deixem de integrar o **corpus juris** vigente. A sua vez, a distinção desses dois grandes sistemas de regras jurídicas, Direito Pessoal e Direito Patrimonial de Família, torna bem mais compreensível o Direito de Família, porque lhe dá transparência, o que nem sempre sucede quando se aglutinam numa só figura as mais diversas regras, submetidas, por força dessa diversidade, a regimes jurídicos próprios. Permite, por igual, que se vislumbre que os figurantes da relação de Direito de Família assumem mais de um papel, conforme seu círculo de atividade se insira no Direito Pessoal ou Patrimonial de Família. O conceito fundamental no Direito de Família Patrimonial é o de administração. O **paterfamilias** não tem sua atividade orientada em seu favor, pois, quando administra bens de seu filho, sua ação, obrigatoriamente, deve realizar-se em favor do administrado, muito embora o Projeto nº 634/75 ainda atribua ao pai usufruto dos bens dos filhos menores <sup>(13)</sup>, o que não me parece de acordo com a nossa época. O art. 1.893 do Código Civil português, que institua o usufruto legal sobre os bens dos filhos menores, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 496/77, transformando os pais em administradores, e não em usufrutuários daqueles bens <sup>(14)</sup>. Esses aspectos tornam-se mais evidentes quando se distinguem o Direito Pessoal e Patrimonial de Família, porquanto os pais, afora toda a parte ética, como orientadores de seus filhos, são, também, no plano patrimonial, administradores, e a sua atividade deve ser exercida em benefício dos filhos e não em seu próprio, o que sucederia se fossem usufrutuários.

### III. A irrevogabilidade dos regimes de bens

9. O Projeto nº 634/75 <sup>(15)</sup> formula a regra da livre convenção dos regimes de bens, tal como disposto no Código Civil vigente. As limitações à autonomia da vontade nesta matéria são substanciais ou formais, exigindo-se, neste último caso, certas cautelas à validade do pacto antenupcial. Os limites substanciais são, por igual, os mesmos do Código Civil em vigor; é necessário que o pacto antenupcial não “prejudique os direitos conjugais ou paternos”, e não “contravenha disposição absoluta de lei” <sup>(16)</sup>. Dentro desse campo, circunscreve-se o princípio da autonomia da vontade, ad-

(13) Art. 1.744. Sobre a importância do conceito de administração especializada para o Direito de Família, vide **Temas atuais do Direito de Família no Anteprojeto do Código Civil**, p. 158.

(14) Arts. 1.878 e 1.888.

(15) Art. 1.694.

(16) Art. 257 do Código Civil.

mitindo-se regramento diverso dos tipos de regimes de bens enunciados no Projeto nº 634/75. No Direito Patrimonial de Família, é menor o número de regras cogentes, tendo maior virtualidade e aplicação o princípio da liberdade, ou autonomia das partes. O Projeto nº 634/75, diversamente do que fora proposto no esboço inicial, adotou o princípio da irrevogabilidade absoluta dos regimes de bens, embora se saiba que, com as cautelas necessárias, nenhum prejuízo adviria para terceiros a admissão, em certos casos, de modificações nos regimes de bens. No Direito francês, arraigou-se o princípio da imodificabilidade absoluta por força de duas decisões do Tribunal de Paris, de 1584 e 1585, e também pela ideologia vigorante de que os regimes de bens se constituíam na carta constitucional da família (17). Tais argumentos não prevaleceram em reforma recente de sua legislação, em que se suprimiu o axioma da imodificabilidade absoluta, permitindo-se a alteração judicial dos regimes de bens (18), preenchidos certos requisitos.

**10.** Os países que admitiram exceções ao princípio da imodificabilidade o fazem, tendo como possível a alteração por mútuo acordo, por vezes dependente de homologação judicial, ou permitem até mesmo o pedido unilateral de modificação, verificados certos pressupostos.

Por imaginar que os terceiros poderiam não ficar bem protegidos por estas alterações, e ainda pela circunstância de a possibilidade de modificação poder constituir-se em meio de coação de um cônjuge em face do outro, achou a Comissão preferível manter a regra da irrevogabilidade absoluta dos regimes de bens, como sempre existiu em nosso Direito, muito embora já se tenha proposto suprimi-la em alguns projetos de lei.

Algumas tentativas foram feitas para abrandar o rigor do aludido princípio, mas em vão tem-se procurado demonstrar seus efeitos benéficos e até mesmo necessários para a salvação da família em certas situações.

Fica em tudo isso um temor não bem fundamentado, pois afinal, sendo marido e mulher capazes, como o são desde o advento da Lei nº 4.121, em 1962, razão alguma parece existir para a manutenção do princípio da imodificabilidade dos regimes matrimoniais. Certo é que a renúncia à comunhão de bens, como previsto no Projeto Coelho Rodrigues e no de Bevilacqua, seria hoje uma forma insatisfatória, pois a faculdade teria de ser bem mais ampla.

Foi, precisamente, atendendo à essa motivação que, no esboço que elaborei para a Comissão, fiz constar um artigo prevendo a modificabilidade convencional do regime, após dois anos de sua vigência, devidamente homologado pelo juiz, o qual não foi aprovado.

**11.** No Código Civil português, há o princípio da imodificabilidade convencional dos regimes de bens (19), sendo válidas, entretanto, estipulações antenupciais sob condição ou a termo, embora o implemento da condição

(17) Zaitay, *Die Reform des ehelichen Güterrechts in Frankreich*, AcP (1966), pp. 481, *segs.*

(18) Lei n.º 65.570, de 13 de julho de 1965, arts. 1.396, 1.397.

(19) Art. 1.714.

não opere retroativamente em face de terceiros <sup>(20)</sup>. Mas há exceções ao princípio da imutabilidade <sup>(21)</sup>, sendo a mais importante a denominada separação judicial de bens <sup>(22)</sup>. Essa separação se efetiva por ação judicial de um dos cônjuges, e põe termo ao regime de comunhão de bens, e é, à sua vez, irrevogável.

Os artigos alusivos à imodificabilidade dos regimes de bens foram mantidos, no geral, pelo Decreto-Lei nº 496/77. Assim, por haver sido suprimido o regime dotal, não possui mais sentido algum a letra **b** do art. 1.715 do Código Civil português. Na verdade, nesse artigo, tanto na redação do Código Civil, quanto na do Decreto-Lei nº 496/77, capitularam-se hipóteses que, a rigor, não são de alteração do regime de bens, mas de toda a relação de família.

Considera-se como regime de bens um conjunto de regras patrimoniais visto como totalidade. Nesta ordem de raciocínios, não constitui alteração, por exemplo, a desistência da instituição de herdeiros ou de legatários por mútuo acordo, regulada no art. 1.701 do Código Civil português. Embora estas disposições constem no pacto antenupcial, não são espécies de regime de bens. Nem também o é a extinção da relação pessoal e patrimonial do Direito de Família (separação de pessoas e bens). A nosso ver modificação em sentido próprio de regime de bens somente ocorre quando se substitui um regime por outro, mantendo-se as demais relações resultantes do casamento.

Qualificam-se como modificação do regime de bens em sentido próprio as disposições do art. 1.715, 1, letra **b**, com a redação do Decreto-Lei nº 496/77, pois transforma-se um dos regimes de comunhão em separação de bens. Em certo sentido, mas com menor amplitude, tem-se a mesma solução no art. 1.719 do Código Civil, ao permitir aos esposados convenicionar, "quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo regime de comunhão geral, seja qual for o regime adotado". Entre nós, nem mesmo esta possibilidade foi admitida no Projeto nº 634/75. A imodificabilidade é, portanto, absoluta. No Direito português atual, o Decreto-Lei nº 496/77 pouco ou quase nada alterou a matéria, pois sua finalidade principal, como já se disse anteriormente, nessa parte, foi a de aplicar, em toda a extensão possível, o princípio da igualdade, não visando esses outros aspectos.

#### **IV. Os pactos sobre sucessão futura**

**12.** Diverge o Projeto nº 634/75 do Código Civil português, sobretudo quanto à admissão dos pactos sucessórios. A respeito deles escreveu

(20) Arts. 1.713, 1.768 e 1.771.

(21) Art. 1.713.

(22) Art. 1.715, c.

Braga da Cruz trabalho notável <sup>(23)</sup> examinando os pactos aquisitivos (**de succedendo**), os renunciativos (**de non succedendo**) e ainda os sobre a sucessão de terceiro (**de hereditate tertii**). A proibição de tais convenções, que vinha do Direito Romano, foi progressivamente abrandada, permitindo-se fossem estabelecidas nos contratos antenupciais, a tal ponto que, no século XVI, como afirma Braga da Cruz, "a aceitação generalizada dos pactos sucessórios nos contratos antenupciais tinha já adquirido foros de dogma em todos os países da Europa Ocidental". Vale lembrar, também, que, em muitos lugares, eram esses pactos sucessórios admitidos com generalidade, de modo que alguns Códigos Civis, como o BGB <sup>(24)</sup>, os permitiram com grande amplitude. Com o advento do Código Civil de 1867, ao modelo do Código Napoleônico, condenaram-se os pactos sucessórios. Quanto ao **status quaestionis** em época imediatamente anterior à elaboração do Código Civil português, esclareceu Braga da Cruz, em seu excelente trabalho, que não havia animosidade contra eles entre os juristas portugueses, notadamente quando fossem realizados em convenção antenupcial. O Código Civil português normou a figura, adotando orientação semelhante à de Braga da Cruz, permitindo a instituição de herdeiro ou de legatário <sup>(25)</sup>, e disciplinando o regime jurídico desses pactos sucessórios minuciosamente.

**13.** No Direito brasileiro é ampla a proibição aos pactos sucessórios; por texto expresso foram eles, praticamente, vedados. A proibição do art. 1.089 do Código Civil brasileiro não é, entretanto, absoluta, ressalvando somente uma hipótese no Direito de Família <sup>(26)</sup>. O Projeto nº 634/75 foi bem mais radical, pois não excepcionou, nem mesmo em matéria de con-

(23) "Os Pactos Sucessórios na História do Direito Português", *Revista da Faculdade de Direito da USP* (1965), v. C. pp. 93 e segs. Quanto à orientação inicial da Comissão Elaboradora do Código Civil Português, vide Vaz Serra, "A Revisão Geral do Código Civil", no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (1946), t. XXII, p. 511; Inocêncio Galvão Telles, "Direito das Sucessões", *Centro de Estudos de Direito Civil da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1972, p. 166. No Direito espanhol há, por igual, proibição aos pactos sucessórios, no art. 1.271; mas admitem-se, apesar disso, certas disposições que constituem exceção à regra proibitiva (Fuenmayor Y Champin, "La Mejora en el Sistema Sucesorio Español", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (1946), t. XXII, p. 263). No Direito germânico, os contratos hereditários são admitidos, desde que se constituam em disposição, pois, em razão do § 2.302, são nulos os contratos através dos quais alguém se obriga a realizar ou não testamento. Todavia, essa possibilidade encontra-se na "common law", onde permitem-se "contracte to make will". A respeito do problema, e das dificuldades daí resultantes, vide R. Batters, *Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts*, AcP 178 (1978), pp. 337-380.

(24) §§ 2.274 e segs.

(25) Código Civil português, arts. 1.700 a 1.705 e 2.028, vide "Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil", *Centro de Estudos de Direito Civil da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1972, pp. 161 e 168; Inocêncio Galvão Telles anotou a particularidade de que "o art. 1.699, alínea a, formula o princípio de que não pode ser objeto de convenção antenupcial a regulamentação de sucessão hereditária dos cônjuges e, afinal, os artigos seguintes destroem por completo esse suposto princípio" (*Direito das Sucessões*, Lisboa, 1973, p. 119).

(26) Código Civil Brasileiro, art. 314: "As doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarem aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele". Há quem entenda de modo diverso, sustentando que a proibição do art. 1.089 do Código Civil não é absoluta, referindo-se, exclusivamente, a negócios jurídicos sobre herança, que, no direito, tem um significado específico. Se a atribuição referiu-se a bem determinado, já não incidiria a proibição. Temos, contudo, que a vedação é ampla; e salvo a hipótese do art. 314 do Código Civil, os negócios jurídicos sobre sucessão futura estariam viciados de nulidade. Todavia, não é do nosso conhecimento nenhum caso de doação mortis causa realizada em pacto antenupcial, parecendo estar em absoluto desuso essa possibilidade, razão pela qual o Projeto nº 634/75 não cuidou de reproduzir a disposição do art. 314.

venção antenupcial, o princípio da vedação absoluta às sucessões pactícias. Não foi reproduzida a regra do art. 314 do Código Civil permissiva das doações **mortis causa**, dos pactos **de succedendo**, insertos em contratos antenupciais. Convém esclarecer que não são comuns, entre nós, na maioria das regiões, casamentos precedidos dos pactos antenupciais.

O aspecto patrimonial do matrimônio nem sempre é bem conhecido, a tal ponto que o Projeto nº 634/75, forte no sentido de que as realidades econômicas são também importantes para a futura vida familiar, alterou o direito vigente, determinando que o oficial do registro esclareça os nubentes a respeito dos requisitos de validade do casamento e dos diferentes regimes de bens (27). Com essas providências, mudou-se um pouco a significação do processo da habilitação matrimonial, o qual não tem apenas por finalidade a verificação da existência de algum impedimento, mas serve também, concomitantemente, para instruir os nubentes acerca das realidades jurídicas que envolvem o casamento.

14. Nas discussões a respeito da admissibilidade das sucessões pactícias, na Comissão que elaborou o Projeto de Código Civil português, ponderou o Prof. Gomes da Silva (28) que um estudo mais aprofundado do Assento de 16 de dezembro de 1927 levou-o a admitir que talvez a boa doutrina fosse a constante naquele Assento ao estabelecer o princípio de validade das convenções conjugais relativas ao destino dos bens do casal após a dissolução do matrimônio, desde que não altere a sucessão dos herdeiros legítimos. Lembrou "que as Ordenações proibiam tais cláusulas e, entretanto, na prática era corrente a introdução nas convenções antenupciais de cláusulas sobre o destino **post mortem** dos bens dos esposados, prática expressamente permitida pela lei de 17 de agosto de 1761, quanto aos filhos das casas nobres".

No Direito brasileiro, é rara a utilização dos pactos antenupciais, que parecem ser, em certas camadas sociais, um pouco ofensivos à dignidade dos nubentes. Esse preconceito, infundado, aliás, está de tal modo arraigado que cresce de importância o regime supletivo, pois na imensa maioria dos casos não se realiza o aludido pacto antenupcial, vigorando o regime-regra.

Um dos aspectos interessantes do novo Código Civil português está em negar validade, fora dos contratos antenupciais, às doações **mortis causa**, aos pactos **de succedendo**, ao determinar expressamente a sua conversão em testamento se tiverem sido observadas as formalidades necessárias (29).

Inocência Galvão Telles (30) refere que o "acto nulo como contracto, vale como acto unilateral; não produz os efeitos de doação por morte os de testamento. Abstrai-se de vontade do instituidor e essa instituição, aten-

(27) Art. 1.560.

(28) *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil*, p. 166.

(29) Art. 946,2.

(30) *Direito das Sucessões*, Lisboa, 1973, p. 113.

ta à sua unilateralidade, é revogável ao arbítrio dele, não está presa por uma aceitação que não conta”.

15. O Projeto nº 634/75 não contém nenhuma disposição específica para os pactos **de sucedendo**, permitindo a conversão. Mas na Parte Geral, entre as regras a respeito do negócio jurídico, há a disposição, em seu art. 168, de que: “se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Por isso, não será impensável que os atos que favoreçam, como é o caso dos pactos **de sucedendo**, preenchidos os requisitos formais, seja possível considerá-los como testamento, de modo igual ao que sucede no Direito português <sup>(31)</sup>.

Sendo o critério básico o de salvar a vontade, considerada a doação **mortis causa** (pacto **de sucedendo**) como testamento, seria revogável a todo o tempo, o que não sucederia se admitisse nosso direito as doações **mortis causa** em sentido próprio, ou seja, dando lugar, como assinala Galvão Telles <sup>(32)</sup>, à vocação sucessória de um dos contraentes em relação aos bens do outro contraente. No Direito brasileiro, a conversão não ganhou na jurisprudência a generalidade que seria de desejar, de modo que, afóra a hipótese da venda de imóvel feita em instrumento particular, com a inobservância do art. 134, II, do Código Civil, que se considera como pré-contrato, ou contrato-promessa de venda, praticamente não há outras hipóteses importantes. Outro caso de conversão é o registro de filiação viciado de falsidade ideológica que certa jurisprudência considera como de adoção. Todavia, admitida com maior amplitude a conversão, preenchidos os requisitos formais, certos “pactos **de sucedendo**” poderiam ser havidos como testamento.

A tendência atual, em matéria de testamentos, é a de reduzir as suas formalidades. O atual Código Civil brasileiro regula a matéria nos arts. 1.629 e seguintes, sendo extremamente formalista quanto aos testamentos ordinários, isto é, o público, o particular e o cerrado. O Projeto nº 634/75 contém menor número de solenidades, pelo menos quanto ao testamento público <sup>(33)</sup>, reduzindo-se, inclusive, o número de testemunhas de cinco, conforme dispõe o art. 1.632 do Código Civil, para duas.

Poderia, conforme a hipótese, haver conversão para codicilo, figura que o Código Civil <sup>(34)</sup> e o Projeto nº 634/75 <sup>(35)</sup> regularam de modo igual. Mas o codicilo relaciona-se com bens ou objetos não muito valiosos, como esmolas, por exemplo.

## V. Distribuição de poderes entre os cônjuges

16. O núcleo essencial dos regimes de bens está no conjunto de regras que o governam, notadamente na forma como se organizam e distribuem

(31) A respeito da conversão dos negócios jurídicos em geral, vide, por todos, W. Flume, *Das Rechtsgechäft*, § 32, Springer Verlag, 1965, I, p. 570.

(32) *Apostamentos para a História do Direito das Sucessões portuguesas*, p. 14.

(33) Art. 1.916.

(34) Arts. 1.651 e segs.

(35) Arts. 1.933 e segs.

as competências entre os cônjuges. Sucede que o Projeto nº 634/75 distingue entre Direito de Família Pessoal e Patrimonial e desde logo vale advertir que o regramento das esferas de competência do marido e da mulher não é o mesmo em ambos os setores. No Direito Pessoal de Família, tem-se o princípio de que ao marido "cabe a direção da sociedade conjugal que a exercerá, com a colaboração da mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos" (36).

Tal como exposta a regra poderia sugerir que o Projeto nº 634/75 tem a sua tônica na supremacia do marido, e a mulher seria somente sua colaboradora, como se contém na Lei nº 4.121. Em verdade, o preceito fundamental na matéria é o parágrafo único do art. 1.603, em que se exige o mútuo acordo para a solução das questões essenciais de sociedade conjugal. Certo é que, não havendo concordância, prevalecerá a decisão do marido, mas faculta-se à mulher recorrer ao juiz, desde que não se trate de matéria personalíssima.

O axioma endereça-se, como se aludiu, ao Direito Pessoal de Família e não interfere, desde logo, na distribuição de competência entre os cônjuges, no plano matrimonial. Ambos, ou qualquer deles, quando competentes para a prática de um ato, detêm a plenitude dos poderes para realizá-lo. Todavia, certas disposições na ordem das coisas econômicas podem refletir-se de modo grave na própria existência da família, convertendo-se nesse caso em questão essencial. Para ilustrar a hipótese, suponha-se que o patrimônio comum do casal seja composto exclusivamente de bens móveis, sem os quais ficaria profundamente afetada a sua base econômica.

17. Pelas regras do Código Civil brasileiro, sendo incontestável a chefia do marido, e tendo ele competência exclusiva para alienar os bens móveis comuns, nenhuma providência poderia a mulher tomar. No sistema do Projeto nº 634/75, o negócio projetado pelo marido, tal seja a sua gravidade, por ferir a base econômica essencial à existência da família, poderia constituir-se em questão essencial exigindo-se, em consequência, o mútuo acordo, com recurso à autoridade judiciária. A providência possui o caráter de medida preventiva, pois, realizada a disposição, nada se poderia alegar contra os terceiros adquirentes. Com o princípio do mútuo acordo em questões essenciais, não se pretende remover todos os males da família, mas é uma regra que pode ter aplicação no direito patrimonial quando a atividade a ser praticada colocar em risco a própria existência do matrimônio, afetando, assim, também a esfera dos vínculos pessoais.

Seria, contudo, admissível anular o negócio jurídico se houvesse sido feita a disposição com o intuito de prejudicar o outro cônjuge. Em certos países, de há muito a doutrina pende para admissão de uma ação "revocatória" dos atos praticados em prejuízo de um dos cônjuges **si fecerit in fraudem uxoris**. Essa conclusão foi adotada em vários julgamentos dos tribunais franceses ainda no século XVI e constituiu doutrina corrente em

(36) Art. 1.603 do Projeto n.º 634/75.

Molinaeus, Peckius, Christianus e muitos outros juristas, como mencionou A. H. Van Wyk em excelente tese (37).

A. H. Van Wyk (38), ao examinar o Direito brasileiro, menciona a opinião de Francisco Campos (39) favorável à revogação desses atos, embora seja difícil fundamentar a ação, não parecendo exato concluir que o ato não seria oponível ao cônjuge, porquanto resultante de causa ilícita. No Projeto nº 634/75, a situação é diversa, pois definiu-se o casamento como comunhão plena de vida (40).

A "comunhão plena de vida" é conceito ético, operativo, com conteúdo não totalmente definido; estabeleceu-se uma "lacuna interna" a ser preenchida pelas normas resultantes de sua concreção. Essa "lacuna interna" deverá constituir para o Direito de Família em disposição análoga a de outras "cláusulas gerais" de natureza ética, como a do § 242 do BGB, para o Direito das Obrigações.

Sendo assim, com base nesta disposição, é possível fundamentar limites mais estritos ao poder de disposição dos cônjuges, havendo-se como inválido o ato praticado por um cônjuge com a finalidade de prejudicar o outro.

No Direito português há, no art. 1.681 do Código Civil de 1966, disposição expressa, mantida, aliás, pelo Decreto-Lei nº 496/77, ao dar outra redação ao artigo, determinando que o cônjuge administrador responda "pelos atos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge". Essa disposição complementa o princípio de que "o cônjuge administrador dos bens comuns e próprios do outro cônjuge, ao abrigo do disposto nas alíneas a a f do nº 2 do art. 1.678, não é obrigado a prestar contas de sua administração" (41). Por esse artigo, ter-se-ia numa primeira exegese que a responsabilidade externa do ato praticado pelo cônjuge administrador permaneceria íntegra, isto é, o ato praticado não seria anulável ou mesmo objeto possível de ação revocatória. Essa solução, evidentemente, não satisfaz e seria de toda a oportunidade permitir a anulação do ato, ou a admissão da ação revocatória, sob pena de o preceito possuir, no geral, restrito interesse prático, pois somente operará nas relações "internas" entre os cônjuges.

**18.** As competências dos cônjuges no Projeto nº 634/75 constituem a subestrutura dos regimes de bens, uma parte geral da matéria, e se concentram no que mais importa, nos arts. 1.697, 1.698 e 1.702.

(37) "The power to dispose of assets of the Universal Matrimonial Community of Property", *A study in South African law with excursions on the law of Brazil and the Netherlands*, Pijnacker, 1976, p. 142. Em vários acórdãos, alude nossa jurisprudência à simulação como causa de anulabilidade. Todavia, na hipótese cuida-se de ato sem participação do outro figurante, portanto, de ato sem o vício de simulação, mas lesivo aos interesses do outro cônjuge.

(38) *Op. cit.*, p. 251.

(39) *Direito Civil*, 1956, p. 175.

(40) Art. 1.542.

(41) Art. 1.881, nº 1, com a redação do Decreto-Lei nº 496/77.

Adotaram-se, no pertinente às competências dos cônjuges, regras igualitárias formais, posto que os poderes são absolutamente os mesmos, em todos os regimes de bens. Em consequência, reza o art. 1.697:

“Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido, quanto a mulher, podem livremente:

I — praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações do art. 1.702, nº 1;

II — administrar os bens próprios;

III — desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem outorga ou suprimento do juiz;

IV — demandar a rescisão dos contratos de fiança ou doação realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos números III e IV do art. 1.702;

V — reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino ou à concubina, cabendo-lhe provar que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI — praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.”

No exercício do governo doméstico, qualquer dos cônjuges obriga solidariamente o outro de modo que a responsabilidade pelas dívidas contraídas abrange todos os bens de ambos <sup>(42)</sup>.

A primeira regra a observar é a de que não se pode deduzir o fato de haver-se dado, no plano dos direitos pessoais, a direção da sociedade conjugal ao marido, qualquer restrição quanto à mulher, sobretudo quanto aos poderes e aos limites da administração de seus bens próprios. Em alguns sistemas jurídicos, a limitação provém do fato de competir a chefia da sociedade conjugal ao marido, de modo que, quando a mulher administra bens que lhe sejam próprios, essa administração se diferencia da que realiza o marido, tendo menor amplitude, pois a ela não coube a aludida chefia.

**19.** No Direito português anterior do Código Civil de 1966, discutiu-se o âmbito dos poderes de administração da mulher, quando estivesse judicialmente separada de bens, concluindo Rocheta Gomes que “não é indiferente à sua capacidade o estar integrada na sociedade conjugal e sujeita ao poder marital” <sup>(43)</sup>.

(42) Arts. 1.698 e 1.699.

(43) “Da Situação da Mulher Judicialmente Separada de Bens”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1966), supl. XIV, p. 88.

Não faria sentido, porém, atribuir-se à mulher a administração de certos bens, e depois impedir-lhe uma atividade mais ampla. É sabido que há uma diferença acentuada entre os poderes de administração e de disposição. Quanto aos primeiros cuida-se de uma atividade de conservação ou melhoramento exercida sobre alguns bens, com maior ou menor arbítrio, conforme se cuide de bem próprio ou alheio. O exercício do poder de disposição supõe uma modificação mais profunda, pois extingue-se um direito, ou se modifica através, por exemplo, da constituição de um direito real limitado.

É, por igual, evidente que, quando se confere o poder de administração, para exercê-lo do modo adequado, é necessário atribuir certa parcela de poderes de disposição. Parece, assim, acertada a opinião de Rocheta Gomes, quando, com base no art. 1.215, do anterior Código Civil português, tinha a mulher judicialmente separada de bens como legitimada a dispor dos bens móveis, seja a título gratuito ou oneroso, inclusive dos fundos disponíveis, a seu alvedrio <sup>(44)</sup>.

A mulher separada de bens teria, portanto, ampla capacidade financeira e econômica, perdurando certas regras limitativas às disposições sobre imóveis. A verdade é que no sistema tradicional de reger o Direito de Família, em que não se distinguem as relações pessoais e patrimoniais, detendo o marido a posição de chefe de família, ou da sociedade conjugal, os seus poderes se projetam sobre todas as relações jurídicas, podendo disso resultar maiores restrições às faculdades de administração ou de disposição da mulher.

**20.** No Projeto nº 634/75, embora se tenha dado ao marido a direção da sociedade conjugal, ao reger-se a parte patrimonial, conferiram-se poderes iguais a ambos os cônjuges, de modo que não há lugar para as discussões anteriormente aludidas, a respeito do que há de caber ao marido ou à mulher administrar, pois dependerá do regime de bens escolhido. Mas, fora de dúvida, são iguais os limites postos à disposição e administração dos bens.

O Direito Civil português, anterior ao Decreto-Lei nº 496/77, mantinha a posição de supremacia do marido no plano patrimonial, posto que a ele competia a "administração dos bens do casal, incluindo os próprios da mulher e dos bens dotais" como chefe de família <sup>(45)</sup>.

Mas havia muitas exceções ao princípio, não só decorrentes do regime que porventura viesse a ser adotado, como em muitos outros casos. Assim, por exemplo, competia à mulher a administração dos bens móveis próprios de qualquer dos cônjuges ou comuns, por ela exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho; dos seus direitos de autor; ou ainda os proventos que receba por seu trabalho ou indústria <sup>(46)</sup>.

(44) Rocheta Gomes, *op. cit.*, p. 110.

(45) Art. 1.678, atualmente revogado, em face de o Decreto-Lei nº 496/77 haver dado outra redação, igualando os cônjuges.

(46) Art. 1.678, 2º, g, h.

As competências eram distribuídas segundo o princípio de que o marido era o chefe da família, mas, ao mesmo tempo, admitia o Código Civil diversas exceções. Na distribuição de competências entre os cônjuges, visava-se ao ponto de equilíbrio que deve existir entre a autonomia necessária ao pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos figurantes do contrato matrimonial e a exigência de uma certa vinculação entre ambos. Por isso, desenhou o Código Civil português um modelo de família, com as suas condicionantes históricas e culturais. Ao admitir o Código Civil português de 1966, de modo amplo, que pudesse a mulher administrar os proventos de seu trabalho ou indústria, garantia-se a sua autonomia profissional, atendendo-se, portanto, aos princípios anteriormente aludidos. Aliás, já no início dos trabalhos, a Comissão Elaboradora do Código Civil português deixara claro que resolvera "acautelar melhor os interesses da mulher casada, por exemplo no que toca aos poderes de disposição de bens por parte do marido".

Salientava, ainda, Vaz Serra que, no geral, as disposições na maioria dos códigos atuais destinadas a fortalecer a posição da mulher casada eram referentes ao exercício de sua profissão, à disposição do produto do seu trabalho, ou à gestão da economia doméstica. Todos esses postulados prevaleceram na Comissão e se inscreveram em artigos do Código Civil português de 1966.

**21.** Era esta a situação quando se editou o Decreto-Lei nº 496, de 25 de novembro de 1977, que igualou, de modo absoluto, os cônjuges. O art. 1.671, alíneas 1ª e 2ª, exara a regra de que (alínea 1ª) "o casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges"; e (alínea 2ª) "a direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação de vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro" (47). A aplicação do princípio da igualdade indiscriminadamente ao Direito de Família resulta na perda de certa característica e na aproximação dos ordenamentos do Direito de Família de todos os países, muito embora as diversidades culturais e históricas da família em cada um deles. Perde-se, por igual, o modelo diretor da posição dos cônjuges, livres, agora, em convencionarem como bem lhes aprover o modelo concreto da família. Não é fácil dizer qual o efeito imediato dessas regras. Se imaginarmos que algumas nações latino-americanas foram pioneiras na aplicação do princípio de igualdade, como o Uruguai (48), poderemos concluir que a experiência demonstrou serem as regras jurídicas, e somente elas, incapazes de transformar a realidade do país, de um certo patriarcalismo para a parceria entre os cônjuges, denominação esta última utilizada à míngua de outra melhor.

(47) O princípio da igualdade dos cônjuges foi também aplicado ao Direito Comercial português pelo Decreto-Lei n.º 363, de 2 de setembro de 1977, revogando-se os arts. 8, 9, 11 e 16 e dando-se nova redação, entre outros, aos arts. 10 e 15, todos do Código Comercial. E o processo civil português sofreu, por igual, modificações, por força da incidência do mesmo princípio da igualdade, editando-se o Decreto-Lei n.º 368, de 3 de setembro de 1977, que alterou a redação, dentre outros, dos arts. 17, 18, 1.038, 1.404, 1.414, 1.416 e 1.463 do Código de Processo Civil.

(48) A perfliação, pura e simples, do princípio da igualdade pode gerar a falsa ilusão de que todos os problemas de discriminação foram resolvidos e distrair a atenção da realidade, que importa modificar. O Código Civil uruguaio, art. 1.970, com a redação da Lei n.º 10.783, de 11 de setembro de 1946, igualou plenamente os cônjuges no casamento, mas não parece que tivesse modificado profundamente a realidade social.

Todos os códigos que adotaram o princípio da direção mútua da família enfrentam o problema de saber de como se há de resolver a dificuldade criada quando os esposados não conseguem chegar ao aludido acordo; nesse caso, não se lhes dá nenhuma possibilidade de recurso, restando apenas a submissão do menos resoluto, ou a separação; ou, ainda, em certos regimes, se lhes confere a faculdade de o juiz decidir a matéria.

Observe-se que a importância maior do princípio endereça-se às relações pessoais de família, porquanto, no aspecto patrimonial, todos os códigos utilizam de certa minúcia ao regradar a matéria. Na prática, certamente um dos cônjuges cederá, salvo se for matéria essencial à família.

Verdade é que, não obtido o acordo, só lhe resta a ação de divórcio ou da separação de pessoas e de bens. No sistema adotado no Projeto nº 634/75, com a distinção entre Direito Pessoal e Patrimonial de Família, formulou-se uma regra para aquele setor do Direito de Família no art. 1.603, segundo a qual:

“A direção da sociedade conjugal cabe ao marido que a exercerá com a colaboração da mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único — As questões essenciais serão decididas em comum. Havendo divergência, prevalecerá a vontade do marido, ressalvada à mulher a faculdade de recorrer ao juiz desde que não se trate de matéria personalíssima.”

**22.** Um dos aspectos capitais no Direito Pessoal de Família é o da fixação do domicílio e, neste caso, praticamente, coincidem, salvo diversidade de redação, os preceitos do art. 1.605 do Projeto nº 634/75 e do art. 1.673 do Decreto-Lei nº 496/77. Segundo o Projeto nº 634/75, a fixação do domicílio conjugal deve ser feita de comum acordo. Em caso contrário, a solução é a mesma do Direito português, isto é, decidirá o Tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges <sup>(49)</sup>. No Projeto nº 634/75 não se fez nenhuma restrição à competência da mulher casada no pertinente aos bens de que o casal é proprietário, quanto às relações jurídicas de que seja titular. Restrições podem resultar do regime de bens adotado. Neste particular, o Decreto-Lei nº 496/77 não só revogou o regime dotal, como legislou amplamente a respeito da aplicação do princípio de igualdade entre os cônjuges. As experiências de diversas legislações nem sempre foram felizes na aplicação do regime de igualdade plena com a adoção do regime de comunhão parcial como supletivo, preferindo-se, por esta razão, como regime-regra o da participação final nos aqüestos, combinação feliz entre o da comunhão, seja universal ou parcial, e o de separação <sup>(50)</sup>.

**23.** A adoção do regime de comunhão parcial com o princípio da igualdade plena gera problema sério, pois é possível alegar, no caso de execução, que o bem, sobretudo se for móvel, não pertence ao cônjuge de-

(49) Art. 1.673, alínea 3.ª

(50) Arts. 1.727-1.741.

vedor, ou que era comum, e a disposição deveria ser realizada por ambos os cônjuges, como se contém no art. 1.682, alíneas 2ª e 3ª, do Código Civil português com a redação do Decreto-Lei nº 496/77. Para evitar essas discussões, parece mais adequado o regime da participação final nos aqüestos, principalmente quando se formula a regra de que “as coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro” (51). Sem essa presunção, dificulta-se em muito a situação dos credores, não sendo impensável que, em face dessas dificuldades, o Direito português evolua — pois já está próximo — para o regime supletivo da participação final nos aqüestos. Precisamente, as dificuldades de aplicação do princípio da igualdade em qualquer dos regimes de comunhão é que autorizam pensar assim.

## VI. Os diferentes regimes de bens, especialmente o regime da comunhão parcial

24. O Projeto nº 634/75 estabeleceu como regime-regra o da comunhão parcial, adotando, ainda, como optativos, o da comunhão universal de bens, o da participação final nos aqüestos e o da separação de bens. O regime da participação final nos aqüestos, previsto no anteprojeto, constitui-se em novidade, já que não existia em nosso Direito, nem fora proposta nos projetos anteriores. No esboço que fiz e ele aparece como regime-regra, porque me pareceu que ele atende melhor ao princípio da igualdade dos cônjuges, e constitui um desdobramento lógico de certos dispositivos da Lei nº 4.121/62, como aliás referi em trabalho (52), pois “desenvolvendo a idéia de igualdade dos cônjuges e da responsabilidade parcial pelas dívidas de cada um deles até o limite da meação (Lei nº 4.121/62, art. 3º), chega-se facilmente ao regime que se pretendeu instaurar, ou seja, o da participação nos aqüestos. A Lei nº 4.121, ao enunciar o princípio de que as dívidas de cada cônjuge só obrigariam os seus bens particulares e os comuns até o limite da meação expressou a mesma idéia. Todavia, admitindo que os bens do casal sejam comuns, tornou difícil a aplicação concreta da regra limitativa da responsabilidade”. Aliás, em matéria de responsabilidade pelas dívidas, no regime da comunhão, já ao tempo das Ordenações Filipinas depararam os juristas da época com uma regra de difícil aplicação, qual seja a do L. IV, Tit. 95, § 4º, das Ordenações, referente às dívidas particulares anteriores ao casamento, pois, quanto a estas “somente se poderá fazer execução, durante o matrimônio, nos bens que aquele, que assim era devedor, trouxe consigo ao tempo que casou, e na sua metade dos bens, que depois de casados foram adquiridos”.

(51) Art. 1.735. Alguns autores — embora isso seja raro — minimizam a distinção entre o regime da comunhão parcial e o da participação final nos aqüestos, com a afirmação de que na comunhão parcial existem bens em comum a partir do casamento e no de participação final nos aqüestos, cada um dos cônjuges continua proprietário dos bens adquiridos após o casamento, distinção que não é importante. Assim, pensa Gerhard Luther (Die Reformen des deutschen und italienischen Familienrecht In Vergleich”; in: *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 42, 1978, p. 312). Todavia, é expressiva a diferença; e ela manifesta-se na titularidade dos poderes de administração e disposição sobre os bens dos cônjuges. Não havendo nenhum bem em comunhão, é menor o risco de impugnação e de demandas, a respeito da titularidade do direito de propriedade sobre os bens do casal.

(52) *Princípios para a reforma do Direito de Família*, vol. II, p. 539, n.º 91/95.

Sobre esta regra, Teixeira de Freitas, em nota ao art. 116 da Consolidação das Leis Civis, afirma: "Como será possível conhecer o que há de adquirido sem a partilha de todos os bens do casal? Os credores não podem requerer essa partilha e tal disposição, portanto, torna-se impraticável."

O art. 3º da Lei nº 4.121 leva adiante o mesmo princípio, aplicando-o às dívidas posteriores ao casamento. E, ao fazê-lo, afetou profundamente o conceito de comunhão, seja universal ou parcial, de bens, já que na comunhão, ao contrário do condomínio, para usar a denominação que lhe dá Dölle, a "quota é morta", ou seja, é mero indicador de verificação patrimonial à data de sua dissolução (53). Com o ordenamento lógico de todas essas idéias, chegar-se-ia a um regime em que durante o matrimônio os bens não se comunicariam, para fazê-lo somente à data de sua dissolução. Tal regime seria o de participação final nos aqüestos.

25. A maioria dos membros da Comissão preferiu, entretanto, para regime-regra o da comunhão parcial, aliás, regime supletivo em vigor no Brasil, por força da Lei nº 6.515/77. Nesse regime, são bens particulares somente os anteriores ao casamento, e comuns os adquiridos posteriormente, excluindo-se os que forem havidos por sucessão ou liberalidade. Este mesmo regime estava previsto no Código Civil atual (54) como optativo, e se assemelha ao regime adotado como regra no atual Código Civil português (55), embora também já estivesse previsto no anterior (56). A massa de bens em comunhão é, na redação do Código Civil português (57), composta pelo produto do trabalho de cada cônjuge e pelos bens adquiridos na constância do matrimônio que não sejam excetuados por lei. Os bens próprios de cada um dos cônjuges estão enumerados nos arts. 1.722 e 1.723 do Código Civil português, de modo que o patrimônio especial e particular se compõe dos bens que cada um deles tiver ao tempo da celebração do casamento; dos bens que lhes advierem depois do casamento por sucessão ou doação; dos bens adquiridos na constância do matrimônio por direito próprio anterior.

Quanto a estes últimos, o próprio art. 1.722, 2, exemplifica as hipóteses mais comuns. Por igual os bens sub-rogados no lugar dos bens próprios continuam a pertencer ao patrimônio especial de cada um dos cônjuges (58). Havendo dúvida sobre a comunicabilidade, exarou-se o princípio de que na dúvida se teria como comum o bem móvel (59). Em

(53) *Familienrecht*, vol. II, § 69, 1964, p. 900. Nos sistemas latinos, em que os "direitos em mão comum" são excepcionais, a figura é difícil de compreender. Esse tipo de *condominium iuris germanici* consistiria, segundo Paolo Grossi, em obra notável (*Un altro modo di possedere*, p. 388, Milano, 1977) numa "struttura liberata da troppo rigide premesse individualistiche, poi plastica, poi aperta ai fatti e alla loro varietà, tipizzata da una articolazione no meramente patrimoniale e perciò insuscettibile di essere oggetto di atti mercificatori". Entre nós, a comunhão depende da permissão da lei; entre os exemplos mais importantes, estão os regimes de comunhão no casamento; e a herança.

(54) Art. 271, Código Civil brasileiro.

(55) Arts. 1.721 e segs.

(56) Art. 1.133.

(57) Art. 1.724.

(58) Art. 1.723

(59) Art. 1.725.

matéria de frutos dos bens próprios tem-se que são comuns por força do disposto no art. 1.728, 1º, do Código Civil português. Mas, excluem-se da comunhão, entre outros, os prêmios de amortização de títulos de crédito ou de outros valores mobiliários próprios de um dos cônjuges, bem como os títulos ou valores adquiridos por virtude de um direito de subscrição àqueles inerentes (60). Comparando os dispositivos que informam o regime da comunhão parcial do Projeto nº 634/75, ressaltam as diferenças, a começar pela circunstância de que naquele Código se regrou com maior riqueza de preceitos o regime, enquanto que no Projeto nº 634/75 se preferiu normar a matéria com menor número de disposições. A matriz a este respeito está no art. 1.713 do Projeto nº 634/75 em que se exara a regra de que “no regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, com as exceções dos artigos seguintes”.

No art. 1.714, determinou-se o que se excluiria da comunhão, não se dispondo, entretanto, de modo taxativo. Reza o aludido artigo:

“Excluem-se da comunhão:

I — os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II — os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III — as obrigações anteriores ao casamento;

IV — as provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V — os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI — os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII — as pensões, meios soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”

São, ainda, incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento, como está expresso, com maior generalidade, no art. 1.716. Por fim, segundo o art. 1.715, comunicam-se:

I — os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II — os adquiridos por fato eventual, com o concurso de trabalho ou despesa anterior, ou sem ele;

III — os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV — as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

(60) Art. 1.728, 2.º, d.

V — os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.”

26. Os regimes previstos no Projeto nº 634/75 e no Código Civil português como regra, embora contenham o princípio da comunicabilidade dos bens adquiridos posteriormente ao casamento, diferem, em muito, quanto aos bens que, na verdade, integram a massa de bens em comum e o patrimônio especial dos cônjuges, uma vez que há exceções, de maior ou menor amplitude, à regra da comunicabilidade dos adquiridos após a realização do matrimônio. A primeira diferença está no respeitante aos proventos do trabalho dos cônjuges que, no Projeto nº 634/75, têm-se como excluídos da comunhão; são, em consequência, bens próprios de cada um dos cônjuges <sup>(61)</sup>. Reversamente, no Código Civil português, constituem-se em bem comum. No art. 1.715, I, do Projeto nº 634/75, exarou-se a regra de que os bens adquiridos a título oneroso durante o casamento seriam comuns, asseverando, ainda, o inciso V do mesmo artigo serem comuns os frutos dos bens particulares de cada um dos cônjuges. Para bem compreender a razão de haver-se como particular o provento do trabalho de cada cônjuge, é necessário analisar as modificações que a Lei nº 4.121/62 trouxe ao regime de bens do Código Civil brasileiro, notadamente ao de comunhão universal e parcial, por força de vários de seus dispositivos. Ao longo de uma progressiva afirmação da mulher em nosso meio, consentânea com as transformações por que passou a sociedade brasileira nessas últimas décadas, houve necessidade de reformular diversos princípios de nosso Direito de Família, em decorrência, notadamente, da abolição da regra da incapacidade relativa da mulher casada. Pois o disposto no art. 6º, inciso IV, de nosso Código Civil, no qual se colocava a mulher casada entre os relativamente incapazes, juntamente com os maiores de 16 e menores de 21 anos, os pródigos e os silvícolas, foi abolido, com o advento da Lei nº 4.121, que alterou a redação do aludido art. 6º e excluiu o inciso. Modificou-se, por igual, o art. 263 do atual Código Civil, em que se exemplificavam os bens incomunicáveis, para acrescentar os incisos XII e XIII; e, com isso, excluir dos bens comuns os bens reservados (art. 246, parágrafo único), e os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos. A Lei nº 4.121/62, ao alterar o art. 246 do Código Civil, exarou a seguinte regra sobre bens reservados:

“A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido e os bens com ele adquiridos constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240, e n.ºs II e III do art. 242.”

Estes últimos dispositivos referem-se à autorização marital necessária para a mulher alienar ou gravar de ônus real os seus imóveis

(61) Art. 1.714, VI.

próprios ou para ceder seus direitos reais sobre imóveis de outrem <sup>(62)</sup> que não ficam excetuados quanto aos bens reservados, ou seja, bens particulares cujos frutos não se comunicam, e cujas alienações e novas aquisições, em razão da sub-rogação imediata, continuam a ser bens particulares. Os bens reservados constituíram, em nosso Direito, uma inovação <sup>(63)</sup>, pois todos os bens incomunicáveis, e, portanto, particulares, tinham a virtude de que a administração deles se realizava em benefício da comunhão, em razão do que seus frutos se tornavam comuns. A administração dos bens reservados é feita em benefício do cônjuge titular do direito, razão pela qual os frutos não se comunicam. E daí a distinção entre bens especiais, em que os frutos se comunicam, e bens reservados, em que tal não sucede. Constituem, portanto, um patrimônio dinâmico, diverso dos bens simplesmente incomunicáveis, pois o regime a que estão submetidos não se confunde com o dos demais. Por outro lado, encontra-se nos bens reservados, como foram conceituados pela Lei nº 4.121, o germe da separação de bens, não sendo demais lembrar que na Inglaterra da simples "separate property" da mulher evoluiu-se para o regime da separação de bens <sup>(64)</sup>.

## VII. O produto do trabalho dos cônjuges e o âmbito de seus poderes

27. Outra particularidade, decorrente da mesma Lei nº 4.121, está em que, por força do disposto no inciso XIII do art. 263, também não se comunicam "os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou

(62) Perdureou em nosso Direito o caráter familiar dos bens imóveis cuja origem pode ser encontrada no século X a XIII quando impunha-se, para alienação da propriedade imobiliária, a autorização de parentes. Em nosso Direito positivo, exige-se ainda hoje, mesmo no regime de separação de bens, a autorização do cônjuge não proprietário para eficácia dos negócios dispositivos sobre imóveis. Sobre o caráter familiar dos bens imóveis, vide com referências bibliográficas, Almeida Costa, "Temas de História do Direito", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1968) v. XLIV, p. 300. O consentimento de ambos os cônjuges, segundo o Decreto-Lei nº 496/77, também é necessário para o arrendamento ou concessão de outros direitos pessoais do gozo sobre imóveis próprios ou comuns, salvo se o regime for de separação de bens (art. 1.682A). No Projeto nº 634/75 exige-se aquiescência da mulher somente quanto à cessão gratuita dos bens próprios e comuns, no regime da comunhão parcial e universal (art. 1.717, § 2.º). A residência da família tem no Direito português atual um regramento jurídico próprio, pois, ainda que o regime de bens seja o de separação, carecem do consentimento de ambos os cônjuges os negócios de cessão meramente obrigacionais de uso e os negócios de disposição, sucedendo o mesmo por exemplo quanto à resolução ou denúncia do contrato de arrendamento (arts. 1.682A, 2; 1.682B, a, b, c, d).

(63) Vide Waldemar Ferreira, "O Estatuto da Mulher Casada Brasileira", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (1963) t. XXXIX, p. 23; e o nosso trabalho, "Dívida Particular dos Cônjuges", *Revista Jurídica* (GB, 1970), pp. 23 e segs.

(64) Procurei, em artigo, "Direito Patrimonial de Família", *Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 1.º (1972) N.S., pp. 39-51, traçar sumariamente a história dos bens reservados anotando que eles surgiram em duas decisões da "Equity" de 1724 (Rollfe v. Budder) e 1725 (Benett v. Davis) e depois, tornaram-se direito estatutário, com o "Married Women Property Act" de 1870 e 1882. Somente mais tarde é que os bens reservados ingressaram no Direito continental, v.g., no BGB, § 1.367, como exceção ao usufruto legal sobre os bens da mulher, ao tempo do anterior regime-regra, ou seja, do "regime da comunhão na administração", posteriormente revogado pelas disposições igualitárias da Constituição de Bonn. Na França, os bens reservados têm outra significação, pois a mulher que exercer profissão distinta da do marido possui o poder de usar, administrar e dispor dos bens por ela adquiridos. Mas esses bens não são particulares e, sim, comuns; em consequência, entram na partilha (Lei nº 65.570, arts. 224 e 1.401). Os poderes inerentes à propriedade são reservados para o exercício da mulher durante o casamento; não, porém, a propriedade que é comum. No Direito Inglês atual, pareceu que aludir-se à propriedade reservada, "separate property", não tinha mais sentido por ser a mulher, tanto quanto o marido, plenamente capaz. Por esse motivo, o "Married Women and Tortfeasars Act", em 1935, aboliu a propriedade reservada da mulher casada, determinando, em princípio, que "a married woman shall be capable of acquiring, holding and disposing of any property in all respects as if she were a feme sole" (Bromley, *Family Law*, p. 30).

de ambos". Esta regra vigora, quanto à mulher, desde que não preenchidos os pressupostos dos bens reservados, uma vez que nestes não são somente os frutos civis que são incomunicáveis, pois também o são os bens com ele adquiridos. Quanto aos frutos civis resultantes da atividade do marido, a jurisprudência, com raríssimas exceções<sup>(65)</sup>, não tem aplicado o princípio da incomunicabilidade. No inciso VI do art. 1.714 do Projeto nº 634/75 editou-se a regra de que são incomunicáveis "os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge". Esta regra tem de ser complementada com a do inciso I do art. 1.715, em que se dispõe que são comuns os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, bem como também o são os frutos dos bens particulares. O problema, aliás, se assemelha ao que ocorreu no Direito francês, por força da redação dada pela Lei nº 65.570, ao art. 1.401, em que apenas se dispôs serem comuns os bens adquiridos com salários e vencimentos, não se esclarecendo, entretanto, se os próprios salários e vencimentos seriam particulares ou comuns.

Aplicando-se a regra *inclusio unius exclusio alterius*, ter-se-ia que os salários e vencimentos seriam particulares, mas o que fosse com eles adquirido constituiria, reversamente, um bem comum. Em face disso, H. Mazeaud caracterizou a situação em trabalho que denominou de "la communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux"<sup>(66)</sup>. Por sua vez, não padece dúvida que a essência de um regime de comunhão está no fato de ser comum o produto de trabalho dos cônjuges<sup>(67)</sup> e, por essa mesma razão, deu-se amplitude à exegese do art. 1.401 do Código Civil francês.

O Projeto nº 634/75 encontrou, entretanto, toda a legislação anterior que dispunha sobre bens reservados e também a respeito do produto do trabalho do marido e mulher como bem incomunicável. O problema cresce de ponto quando se pergunta quem há de administrar os bens adquiridos com os proventos do trabalho dos cônjuges.

Se eles se tornarem, pura e simplesmente, bens comuns, a administração caberia ao marido<sup>(68)</sup>. Para harmonizar as disposições, a melhor solução teria sido a de considerar como comuns os proventos da mulher e do marido, embora sujeitos os da mulher à sua administração e disposição, com ressalvas quando se tratar de bem imóvel. O Código Civil português, ao compasso dessas realidades, exarou em seu art. 1.724, a, o axioma de ser bem comum o produto do trabalho dos cônjuges. Rela-

(65) A 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apel. Civ. nº 17.506, enfrentou o problema e procurou harmonizar a situação do marido e da mulher, dando extensão ao inciso XIII do art. 263, ao afirmar: "os termos desse inciso podem gerar certa dúvida a respeito da interpretação do que sejam frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. São excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Mas, se excluir os frutos civis, obviamente excluídos devem ser os bens comprados com esses frutos civis, ainda que não se considerem tais bens como frutos civis"; in: "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS (1973), v. 37, p. 270.

(66) D. 1965, Chron, p. 92, R. Savatier, a seu turno, e com certa ironia, escreveu, a este propósito, um trabalho "La finance ou la gloire, option pour la femme mariée", D. 1965, Chron, p. 139. Veja-se sobre os argumentos, Patarin-Morin, *La Réforme des Régimes Matrimoniaux*, t. 1, p. 99 (1971).

(67) Com ampla bibliografia a respeito, vide Patarin-Morin, *La Réforme des Régimes Matrimoniaux*, p. 100.

(68) Art. 1.718.

tivamente à administração dos bens do casal, tinha-se, comó regra, anteriormente ao Decreto nº 494/77, que cabia ao marido, e esta administração abrangia os bens próprios da mulher e os dotais (69). O princípio, no Direito português, aparecia como atributo ou complemento da posição do marido como chefe da família, a teor do disposto no art. 1.678, hoje revogado.

Poderia parecer, em consequência, que a mulher estaria vinculada a um sistema totalmente patriarcal, já que até mesmo os seus bens próprios se submetiam à administração do marido. A conclusão seria apresada, pois mesmo antes do Decreto nº 494/77, a disposição mais importante era a de que à mulher cabia administrar "os proventos que receba por seu trabalho ou indústria" (70).

Verifica-se, do que foi exposto, que os salários e vencimentos são bens comuns, mas a administração deles é da mulher.

**28.** Postas essas considerações, cumpre examinar como tratou o Projeto nº 634/75 a autonomia financeira e bolsística da mulher. Para exame, vale salientar, ainda uma vez, que nosso Projeto nº 634/75 e o Código Civil português instituíram uma parte geral ao regime de bens. No Projeto nº 634/75, a estrutura fundamental dos regimes de bens está exposta nos arts. 1.697 a 1.702. No art. 1.697, tem-se o axioma de que "qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações do art. 1.702, nº 1". A limitação desse artigo, como é tradicional em nosso Direito, relaciona-se com os bens imóveis e com os direitos reais sobre eles constituídos, que necessitam, no caso de negócio jurídico dispositivo, de consentimento ou autorização do outro cônjuge, excetuando-se, apenas, da incidência dessa regra, no Projeto nº 634/75, o regime de separação absoluta de bens. O disposto no nº 1 do art. 1.697 estabelece o princípio da autonomia profissional dos cônjuges, em regime de absoluta igualdade, pois o preceituado endereçava-se a ambos os figurantes do contrato matrimonial. A regra fundamental está, contudo, no inciso VI do mesmo artigo, em que se dispõe que marido e mulher podem "praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente".

Resulta dessa disposição a tendência de regular, num só estatuto, os poderes de administração e disposição de ambos os cônjuges, dando-lhes igual autonomia de gestão patrimonial, autonomia que se endereça a todos os regimes de bens. Conforme o regime adotado, poderá haver preponderância do marido, tendo em vista que a ele poderá competir a administração dos bens comuns. Essa limitação decorre da adoção, por exemplo, do regime de comunhão parcial (71), ou universal (72).

(69) Art. 1.678, 1.

(70) Art. 1.678, 2, h; atualmente, com o Decreto-Lei nº 496/77, art. 1.678, a, excluíram-se os proventos da "indústria", porque estão incluídos no trabalho.

(71) Art. 1.718.

(72) Art. 1.725.

A autonomia de ambos os cônjuges possui a mesma amplitude, seja ela financeira, bancária ou bolsística, e deve-se evitar a exegese de que, sendo comuns os frutos, civis ou naturais, dos bens particulares, sobre eles desde logo incidiria a administração do marido nos regimes de comunhão parcial e universal. Embora os frutos, em ambos os regimes, sejam comuns (73), cabe à mulher administrar os bens próprios (74) podendo dispor dos frutos resultantes de sua administração, uma vez que a administração é uma atividade duradoura, supondo normalmente investimentos, via de regra realizados através de rendas resultantes do bem administrado.

Na locação ou arrendamento de um imóvel próprio, é necessário fazer despesas para sua conservação, que, normalmente, se realizam com valores recebidos. Os frutos civis percebidos são comuns, mas como compete à mulher administrá-los, certo é que a ela há de caber o poder de dispor, sob pena de se tornar impossível a administração dos bens que lhe são próprios. Quando é o marido o proprietário exclusivo do bem, nos regimes anteriormente citados, não surge o problema, porque ele é ao mesmo tempo administrador legal dos bens comuns, de modo que, por esse ângulo, não se verifica nenhuma dificuldade quanto à solução. Se os frutos dos bens particulares da mulher comunicam-se, pela exegese literal dos textos, ter-se-ia que a administração dos frutos passaria a ser competência do marido. Essa solução não satisfaz, razão pela qual se há de interpretar que ela administra os bens particulares, podendo, para esse efeito, dispor dos seus frutos, embora estes sejam bens comuns.

O Projeto nº 634/75, em conseqüência, não ressalvou, apenas, a autonomia profissional de ambos os cônjuges, como também permitiu à mulher dispor dos frutos comuns de seus bens particulares, no âmbito do que for necessário à uma gestão adequada de seus bens. Tem, assim, autonomia financeira, como emanção da faculdade de administrar o seu patrimônio. Conseqüentemente, não pareceu necessário regrar minuciosamente, ao modelo da Lei francesa nº 65.570, ou mesmo referir à sua capacidade bancária, como está expresso no Direito português, pois tudo isso decorre das necessidades resultantes do exercício de uma profissão, para a qual ela tem plena autonomia, ou da administração de seus bens particulares, para a qual ela está legitimada. Preferiu-se equacionar o problema através de regras gerais, sem descer ao casuísimo, uma vez que dentro da ampla autonomia, que lhe foi conferida, poderá exercer todas as suas atividades econômicas, financeiras, ou como querem alguns, até mesmo bolsísticas.

A administração nos demais regimes de bens também não oferece dificuldades. Se houver bens incomunicáveis, no regime de comunhão universal, a administração deles caberá ao cônjuge proprietário. Nos demais regimes, isto é, no de participação final nos aqüestos, e no de separação de bens, nenhum problema haverá já que cada um dos cônjuges detém competência para administrar os seus bens próprios.

(73) Arts. 1.715, V, 1.724.

(74) Arts. 1.714, I, VI; 1.720.

29. Para analisar a competência financeira ou econômica no Direito português é necessário fixar alguns conceitos fundamentais. É costume distinguir entre administração e disposição de bens, de modo que, para a exegese da letra **h** do inciso 2º do art. 1.678 do Direito português anterior, cumpria esclarecer se entre os poderes de administrar estariam, por igual, os de dispor. Resolvida essa questão preliminar, ter-se-ia, ainda, de examinar se os bens adquiridos através de disposição dos proventos adquiridos pela mulher continuariam sob sua administração. No Código Civil português, distinguia-se entre administração e disposição, formulando-se duas regras importantes. A primeira delas é a do art. 1.682, hoje revogada, em que se deu legitimidade ao marido e à mulher “para alienar livremente, por ato entre vivos, os móveis do casal, próprios ou comuns, de que tenham administração”; a outra disposição, igualmente importante, é a do art. 1.680, também revogado, referente aos depósitos bancários da mulher. Neste artigo, em seu inciso 1, exarou-se a regra que, “no exercício do governo doméstico, ou como administradora de parte, ou da totalidade dos bens do casal, a mulher pode livremente movimentar, em seu nome exclusivo, depósitos bancários qualquer que seja o regime de bens”. E no nº 2, completa-se o axioma esclarecendo-se que “o estabelecimento bancário não responde em face do marido, nem perante terceiros, pelos pagamentos feitos à mulher, ou à sua ordem, por conta de depósitos efetuados em nome exclusivo dela salvo se for notificado de diligência judicial que afete esses depósitos”.

Não é fácil, para logo, estabelecer a extensão que teria este artigo, pois, pela sua formulação tão-somente, não é possível precisar se no art. 1.680, como se deduz de seu **caput**, o poder que se havia conferido à mulher se reduzia ao contrato de depósito, ou se também ter-se-ia facultado abrir outras contas, e movimentá-las. No Direito francês, deu-se, por disposição expressa <sup>(75)</sup>, maior amplitude, pois facultou-se à mulher abrir todas as contas de depósitos e de títulos. Quanto à autonomia bancária e bursátil, a Lei francesa nº 65.570 foi mais explícita do que o disposto no art. 1.680 do Código Civil português. Tomando-se o art. 1.680 como um “topos” específico dentro de todo o sistema, poder-se-ia afirmar que a autonomia bancária, no tocante à mulher, reduzia-se aos depósitos bancários; tudo o mais escaparia ao que se contém naquele artigo. Fora dele, ficariam, por exemplo, a autonomia bursátil, as operações bancárias com títulos; sobretudo porquanto não lhe permitiu o dispositivo o direito, em geral, de abrir todo e qualquer tipo de contas bancárias <sup>(76)</sup>, menos ainda de títulos. Este argumento, a nosso ver, perderia a sua maior importância quando se atentasse para a disposição do art. 1.682, o qual, por sua amplitude, facultava a qualquer dos cônjuges alienar por ato entre vivos os móveis de que tinha a administração. Ora, se do poder de administrar decorria normalmente o de disposição, parece claro que, neste particular, era imperioso permitir-lhes operar também com maior extensão, facultando-se, com base no aludido artigo, as ope-

(75) Art. 221, alínea 1.ª, red. da Lei n.º 65.570.

(76) Art. 1.680.

rações financeiras e bursáteis, com móveis corpóreos e incorpóreos, os quais, da simples exegese do art. 1.680, estariam excluídos <sup>(77)</sup>.

O princípio do art. 1.680 seria meramente explicitante de uma regra bem mais ampla, como costuma acontecer quando se altera fundamentalmente algum instituto jurídico.

O Decreto-Lei nº 496/77 deu a seguinte redação ao art. 1.680:

“Qualquer que seja o regime de bens, pode cada um dos cônjuges fazer depósitos bancários em seu nome exclusivo e movimentá-los livremente.”

O mesmo problema anteriormente examinado projeta-se na nova disposição. Cuida-se de saber, agora, se os cônjuges têm livremente a faculdade de depositar e de movimentar a conta ou se possuem a mais ampla competência financeira e bolsística. Vale dizer, a questão está em verificar se para as demais atividades econômicas, cada cônjuge depende do consentimento do outro, consistindo o depósito bancário, conforme o disposto no atual art. 1.680 do Código Civil português, mera exceção ao princípio do mútuo consentimento. Para as demais operações financeiras e bolsísticas, a competência para praticá-las livremente dependerá da origem da atribuição patrimonial e do fato de estar prevista nos n.ºs 1º e 2º do art. 1.678 do Código Civil português.

**30.** O Decreto-Lei nº 496/77, ao igualar os poderes dos cônjuges, adotou o princípio de a administração dos bens próprios competir ao seu titular, bem como dos demais bens enumerados no nº 2 do art. 1.678. A regra é a de que cada um dos cônjuges tem a competência para a prática de atos de administração ordinária sobre os bens comuns. Para o exercício dos atos de disposição (administração extraordinária) de bens cuja administração compete a ambos os cônjuges, exige-se o mútuo consentimento <sup>(78)</sup>. Nem sempre é fácil afirmar, em realidade, o princípio e a exceção pois, se muito se excetuar, essas hipóteses podem constituir a regra. No art. 1.678 são muitas as exceções ao princípio de que os negócios jurídicos de disposição sobre os bens comuns necessitam de consentimento mútuo. É preciso, portanto, verificar a origem da atribuição patrimonial. Se ela derivar do trabalho, por exemplo, o aumento econômico tornar-se-á bem comum, mas o negócio jurídico de disposição pode ser praticado pelo cônjuge que o perceber <sup>(79)</sup>.

**31.** A mulher, já no Direito português anterior ao Decreto-Lei número 496/77, não necessitava da autorização do marido para exercer profissões liberais ou funções públicas, nem para publicar ou fazer representar

(77) Favorável a esta exegese, no Direito francês, R. Savatier; contra, Patarin-Morin, *La Réforme des Régimes Matrimoniaux*, n.º 32, p. 34, por força da disposição do art. 222, pois este artigo, segundo este autor, relaciona-se exclusivamente com bens móveis corpóreos: “le texte exige que les meubles soient détenus individuellement par un époux; or la détention, selon le langage habituel, est une maîtrise matérielle d'un meuble corporel”. Esta restrição não se encontra no art. 1.682, do Código Civil português, razão pela qual a regra do inciso 1.º, 1.ª parte, do aludido artigo, deve abranger não só os bens móveis corpóreos, quanto os incorpóreos. É verdade que, no Direito francês, a regra é mais ampla pois não se exige propriamente a administração, bastando a detenção do bem móvel.

(78) Arts. 1.678, n.º 3; 1.682, n.ºs 1 e 3.

(79) Arts. 1.678, n.º 2, e; 1.682, n.º 2.

as suas obras ou dispor da propriedade intelectual, nem ainda para exercer outras atividades lucrativas, mediante contrato com terceiro <sup>(80)</sup>. Todavia, impunha-se fosse ela autorizada para o exercício do comércio <sup>(81)</sup>, embora esta autorização independesse de qualquer formalidade. Parece claro que tudo aquilo que a mulher adquiriu com a aplicação do provento de seu trabalho continuava a ser por ela administrado.

Não se distinguiriam as hipóteses e dava-se um tratamento comum à administração dos proventos da mulher, resultassem eles do trabalho como empregada, como empregadora, ou ainda como profissional liberal. Em face disso, dever-se-ia concluir que se adotara no Direito português solução semelhante à do Direito francês, embora em nenhum momento se fizesse menção de serem os bens adquiridos com o provento de seu trabalho, na verdade, bens reservados, no sentido de que a propriedade deles é comum, mas a administração é da mulher; não só a administração **stricto sensu**, pois compete-lhe o poder de dispor, sendo que o resultado das disposições, que porventura haja feito, continua a ser, ainda uma vez, por ela administrado, podendo, novamente, sobre ele dispor. A particularidade dos bens reservados está em que a faculdade de administração e disposição não cessa, feita a primeira aplicação ou conversão em bem de outra espécie e, nesse ponto, distinguem-se dos bens meramente especiais. A nosso ver, os bens reservados ainda no Direito português anterior ao Decreto-Lei nº 496/77 diferiam, quanto à sua natureza e efeitos, dos bens reservados em sua acepção clássica de **Vorbehaltsgut**. Nesse último sistema, formam um patrimônio próprio da mulher, que administra e dispõe desses bens incomunicáveis em seu benefício.

**32.** O Decreto-Lei nº 496/77 atribui (art. 1.678, 2) a quem o auferiu a administração dos proventos do trabalho — que é bem comum no regime supletivo por força do art. 1.724, a, do Código Civil. No art. 1.678, disciplinaram-se uniformemente as competências tanto para o marido quanto para a mulher. No regime da comunhão dos adquiridos, fazem parte da comunhão <sup>(82)</sup> o produto do trabalho dos cônjuges e os bens adquiridos por eles na constância do matrimônio, que não sejam excetuados por lei. O que se reserva ao cônjuge que o adquiriu é simplesmente a administração, pois esses proventos são bens comuns. O que for com eles adquirido é novamente bem comum sujeito à administração de quem o adquiriu, como sucede com os proventos do trabalho (art. 1.678).

O Código Civil português contempla, no art. 1.678, bens comuns com administração própria de um dos cônjuges e bens comuns em que a administração é, por igual, comum.

Essa distinção é importante quando se cuida de realizar os negócios jurídicos de disposição, previstos no art. 1.682 do Código Civil, pois, como mencionamos anteriormente, “a alienação ou oneração de móveis comuns cuja administração caiba aos dois cônjuges carece do consentimento de ambos, salvo se tratar de ato de administração ordinária”.

(80) Art. 1.676, revogado integralmente pelo art. 68 do Decreto-Lei nº 496/77.

(81) Art. 1.686, revogado pelo art. 77 do Decreto-Lei nº 496/77.

(82) Art. 1.724, a e b.

### VIII. A responsabilidade pelas dívidas

33. O outro problema que cumpre analisar é o do alcance das dívidas contraídas pelo marido e pela mulher nos regimes de comunhão parcial e universal. No estatuto fundamental, e referente a todos os regimes de bens, exarou-se uma regra a respeito do governo doméstico, pela qual se derogou o preceito de nosso Código Civil (83), segundo o qual a mulher se presumia autorizada para adquirir as coisas necessárias à economia doméstica.

O Código Civil brasileiro regrou a hipótese, ao modelo do Direito napoleônico, como mandato doméstico, que lá, por força da mesma Lei nº 65.570, foi modificado, adotando-se a sugestão de Carbonnier, a quem coube a redação do projeto de lei. Não se adotou, no Projeto nº 634/75, a solução francesa de ambos os cônjuges obrigarem solidariamente os bens comuns e particulares quando no exercício do governo doméstico, porque isso pareceu desnecessário. Preferiu-se, diversamente, regrar, apenas, a situação da mulher, porque a ela, de regra, cabe o governo doméstico (84). O Código Civil português, em seu art. 1.677, nº 1, exarou o princípio de que "pertence à mulher, durante a vida em comum, o governo doméstico, conforme os usos e a condição dos cônjuges" (85).

Não se utilizou o Direito português, anteriormente ao Decreto-Lei nº 496/77, da fórmula francesa, hoje alterada, do **mandat domestique**, mas preferiu-se, segundo o modelo do **Schlüsselgewalt**, do Direito germânico antecedente à reforma de 1977, dar neste caso à mulher uma "representação limitada de família", ou seja, a faculdade de obrigar imediatamente os bens comuns e particulares dos cônjuges quando realizar negócios no exercício daquela competência. No esboço que redigi a regra afirma simplesmente:

"A mulher tem legitimação:

I — para comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

II — para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Parágrafo único — As dívidas, assim contraídas, obrigam solidariamente ao marido."

A Comissão resolveu modificar a redação do **caput** do dispositivo mantendo os incisos e parágrafo único, de modo que o art. 1.698 do Projeto nº 634/75 tem agora a seguinte redação:

"A mulher pode, outrossim, sem autorização do marido."

Esta disposição sofreu críticas porque, com redação estampada no art. 1.699, poderia parecer que somente quanto ao governo doméstico é que ela não necessitaria de autorização marital. A nova forma de expor o princípio foi exarada para esclarecer que também nesse caso era dispensável a autorização marital; e, sem embargo disso, o marido ficava

(83) Art. 247.

(84) Art. 1.698.

(85) O art. 1.677 passou a ter outra redação revogando-se por completo a disposição relativa ao governo doméstico da mulher (art. 1.677, nº 1) em decorrência da igualdade dos cônjuges e deu-se nova redação ao nº 2 do art. 1.677, atualmente art. 1.676, nº 1, relativo ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar.

solidariamente responsável pelas dívidas contraídas. Embora esteja convencido que a redação original era mais exata e de maior rigor técnico do que a atual, certo é que desse dispositivo não se deve tirar conclusão diversa da que foi anteriormente exposta.

Pode afirmar-se que a preocupação com a clareza da Comissão levou alguns espíritos menos afeitos à exegese de textos legais a uma conclusão errônea. Com a disposição, não se restringiu a competência da mulher, tanto mais quanto o art. 1.697 suprimiu a diversidade de tratamento quanto à competência dos cônjuges no Código Civil, diversidade essa que perdura ainda após o advento da Lei n.º 4.121.

**34.** Sucede que o marido, em ambos os regimes de comunhão, é o administrador dos bens comuns, em regra os mais vultosos. O regramento da responsabilidade pelas dívidas nem sempre é fácil, porque é necessário, em primeiro lugar, dar segurança aos credores, e é imperioso saber quais os bens que deverão garantir o débito.

As dívidas são particulares, ou mistas, isto é, ou elas somente podem ser solvidas com bens que sejam de propriedade exclusiva do cônjuge devedor, ou abrangem e vinculam os bens comuns e os particulares do outro cônjuge. Restringindo-se, em certos casos, a responsabilidade pelas dívidas somente aos bens próprios do cônjuge devedor, poucas garantias teriam os credores. Se a regra for a de serem mistas as dívidas, os bens comuns responderão por dívidas contraídas no interesse particular de qualquer um dos cônjuges.

Por esse motivo, no geral, as dívidas são mistas, gerando, conseqüentemente, débitos comuns que se solvem com o patrimônio comum e particular dos cônjuges, no caso de haver-se adotado um dos regimes de comunhão. Com a finalidade de limitar a comunhão na responsabilidade, discutiu-se, no Direito germânico, se não seria o caso de editar uma norma que facultasse ao credor executar somente até o limite da meação do cônjuge devedor para amenizar as desvantagens do regime de comunhão. A favor de uma tal regra limitadora pronunciaram-se vários juristas como Krauss<sup>(86)</sup>, Greven<sup>(87)</sup> e Bosch<sup>(88)</sup> e contra ela manifestaram-se Beitzke<sup>(89)</sup> e Dölle<sup>(90)</sup>, com o argumento de que seria feito necessário da penhora da meação a separação do patrimônio comum. Ora, uma comunhão de bens dependente do arbítrio dos credores não seria regime satisfatório<sup>(91)</sup>. Com o advento da Lei n.º 4.121, o problema foi proposto

(86) Fam R Z (1954) p. 92.

(87) Fam R Z (1954) p. 94.

(88) Fam R Z (1954) p. 156.

(89) Fam R Z (1954) p. 157.

(90) J Z (1953) p. 619, nota 18.

(91) Gemhuber, *Familienrecht*, § 31, II, p. 299. A Lei n.º 4.121/62 resultou da aprovação, no Congresso, do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 1.084, de 1952. Nele não constava o art. 3.º da Lei n.º 4.121/62, tendo o Parecer n.º 923, de 1959, no Senado Federal, aceito a emenda da mesma data que o introduziu, da lavra do Sen. João Villas Boas. Se era do conhecimento desse parlamentar que na Alemanha se discutia a possibilidade de adoção do regime da comunhão parcial com limitação da responsabilidade à meação do devedor, não é possível esclarecer. O certo é que certas idéias ocorrem simultaneamente em vários lugares, tendo-se adotado a solução da restrição das dívidas, ao limite da meação, havida por muitos como impossível de ser aplicada, pois acarretaria a extinção da massa de bens em comum. Todavia, tal não sucedeu. Verifica-se um progressivo abrandamento do sistema da comunhão em favor da separação ou da propriedade individual que se inicia simultaneamente com os bens reservados da mulher (Código Civil, art. 246, parágrafo único) e com a restrição das dívidas aos limites da meação (Lei n.º 4.121/62, art. 3.º), aproximando a comunhão ao simples condomínio.

entre nós, e transformado em Direito positivo, pois o art. 3º da aludida lei limita a responsabilidade pelas dívidas à meação do cônjuge devedor.

Adotara-se, em conseqüência, a posição daqueles autores que pretendiam restringir o alcance das dívidas.

Esta regra, obviamente, só se endereça aos regimes da comunhão universal e parcial, que são os únicos em nosso Direito positivo em que há massas de bens comuns.

Mas a própria Lei nº 4.121 tinha acrescentado, quanto aos bens reservados da mulher, instituto por ela criado, uma outra disposição, ou seja, a do parágrafo único do art. 246, com a regra de que: "não responde o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo (o art. 246), pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família".

Em face de duas disposições, de uma em que se afirma que os títulos subscritos por um só dos cônjuges somente obrigariam seus bens particulares e os comuns até o limite da meação; e de outra, em que se positiva que até mesmo os bens reservados responderiam pelas dívidas contraídas em benefício da família, é claro que, para logo, duas correntes jurisprudenciais se digladiaram. Em alguns acórdãos, dizia-se que os atos praticados pelo marido, no regime de comunhão universal<sup>(92)</sup>, e as dívidas por ele contraídas presumiam-se em benefício da família e, conseqüentemente, vinculavam todos os bens em comunhão. De outro lado, estavam aqueles que, interpretando os dizeres do art. 3º, concluíam que, em regra, a eficácia das dívidas não poderia ir além da meação do cônjuge devedor.

**35.** Ainda hoje discute-se o problema; não havendo Súmula do Supremo Tribunal Federal, a matéria é objeto de controvérsia. Feita penhora sobre o bem que integra a meação, não se altera o regime de bens; não há o processo de separação ou de mudança do regime de bens. Em razão disso, entende grande número de decisões que cada bem de que se compõe a meação é em parte do marido e da mulher, o que enseja toda sorte de dificuldade em matéria de execuções. A Comissão encontrou essa situação, e desde logo pareceu claro que não seria de manter a regra do art. 3º da Lei nº 4.121, pelas dificuldades encontradas para resolver os conflitos dela resultantes. O conceito de bem comum e de meação havia sido profundamente modificado pela aludida Lei nº 4.121, e se alguma justificativa para isso pudesse haver no caso de o regime supletivo ser o da comunhão universal, o mesmo não sucederia quando o regime-regra fosse o da comunhão parcial, em que a massa de bens em comunhão é bem menos expressiva, porquanto abrange somente os bens adquiridos posteriormente ao casamento, excluindo-se os que vierem por sucessão, ou liberalidade. Por todos esses motivos, não se acolheu a regra do art. 3º da Lei nº 4.121.

No Projeto nº 634/75 a responsabilidade pelas dívidas, afora o caso do governo doméstico, é regrada segundo cada um dos regimes. Neste

(92) Art. 233, I e II, com a redação da Lei nº 4.121. O CPC, no art. 1.046, § 3º, dispôs que, para efeito de oposição de embargos de terceiros, "considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação".

particular, dificuldades só existem nos regimes de comunhão, porque é necessário saber em que casos as dívidas são mistas, isto é, vinculam os bens comuns e particulares, ou meramente particulares, esgotando sua eficácia nos bens também particulares do cônjuge devedor.

No Direito anterior ao da Lei nº 4.121, a regra era a de que as dívidas posteriores ao casamento eram comuns se contraídas pelo marido, por ambos os cônjuges, ou pela mulher em casos em que ela o podia fazer <sup>(93)</sup>. Com o advento da Lei nº 4.121, as dívidas são em princípio particulares, pois o art. 3º restringe a comunhão na responsabilidade, sendo dívidas mistas as que fossem contraídas em benefício da família. Já no Projeto nº 634/75, no referente ao regime da comunhão parcial, o axioma é o de que "as dívidas contraídas no exercício da administração (do patrimônio comum) obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra e aos do outro na razão do proveito que houver auferido" <sup>(94)</sup>. As dívidas resultantes da administração dos bens comuns não são mistas, e nem particulares. Há, neste caso, uma solução intermediária, pois os efeitos das dívidas contraídas por quem administra o patrimônio comum, de regra, o marido, não vinculam desde logo os bens particulares do outro cônjuge, senão na medida do proveito que houver auferido. Como as medidas são tomadas por uma só pessoa, não tendo o outro cônjuge a participação nas deliberações, parece justo agravar a responsabilidade de quem as realiza. Por outro lado, se a dívida foi contraída por qualquer dos cônjuges no exercício da administração da massa de bens de sua exclusiva propriedade, e em seu benefício, parece claro que a responsabilidade não deve atingir os bens comuns <sup>(95)</sup>. A dívida é, nesse caso, meramente particular. Em resumo, no sistema do Projeto nº 634/75, ao contrário da maioria dos códigos, não há regra de serem, em princípio, as dívidas de responsabilidade mista, pois atende-se à diversidade das diferentes massas de bens e ao benefício resultante do exercício das respectivas administrações.

Por esse mesmo motivo, os bens comuns respondem pelas obrigações contraídas em benefício da família <sup>(96)</sup> sem que, com isso, haja qualquer alteração do princípio geral a respeito do governo doméstico.

No regime de comunhão universal, têm-se as mesmas regras quanto à administração <sup>(97)</sup>, mas não quanto ao alcance das dívidas; em princípio, são mistas, pois se comunicam <sup>(98)</sup>.

No regime de participação final nos aqüestos — em que durante o casamento os bens dos cônjuges adquiridos posteriormente ao matrimônio não se comunicam senão, talvez, para efeitos de partilha na separação de pessoas e de bens e no divórcio, nas hipóteses em que se permite propô-lo diretamente —, a regra é de que são particulares as dívidas,

(93) Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 8, § 898, p. 311.

(94) Art. 1.718, § 1.º

(95) Art. 1.721.

(96) Art. 1.719.

(97) Art. 1.725.

(98) Art. 1.726.

respondendo somente o cônjuge que as contrair, salvo se houverem revertido em benefício do outro <sup>(99)</sup>.

Para evitar a discussão a respeito do **quantum** da responsabilidade, determina-se que o outro cônjuge responderia se a dívida contraída reverter parcial ou totalmente em seu benefício.

**36.** O Código Civil português regula minuciosamente o regime das dívidas no Direito de Família, exarando, para logo, as hipóteses em que são mistas <sup>(100)</sup>, vinculando "os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges <sup>(101)</sup>, salvo se o regime for de separação de bens" <sup>(102)</sup>.

Assim, são mistas "as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar" <sup>(103)</sup>.

Detêm, por igual, a mesma categoria as dívidas contraídas pelos dois cônjuges ou por um deles com a autorização do outro <sup>(104)</sup>, ou na constância do matrimônio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal e nos limites de seus poderes de administração <sup>(105)</sup>. Geram comunhão as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio. Neste caso, se o regime for o de separação, a dívida será meramente particular <sup>(106)</sup>. São comuns, por fim, as dívidas consideradas comunicáveis; por exemplo, no regime de comunhão universal, os bens doados, herdados ou legados onerados com dívidas, estas se tornam comuns, não acontecendo o mesmo nos regimes em que essas atribuições são de propriedade exclusiva do cônjuge delas beneficiário <sup>(107)</sup>.

Se a particularidade das dívidas mistas está na comunicação delas ao patrimônio de ambos os cônjuges, com a disciplina jurídica disposta no art. 1.695 do Código Civil português, o mesmo não acontece com as dívidas particulares. O conceito destas últimas obtém-se quase **a contrario sensu** do disposto no art. 1.691 do Código Civil português, muito embora estejam disciplinadas especificamente no art. 1.692 do mesmo Código Civil português, considerando-se como tais as dívidas contraídas antes ou depois da celebração do casamento, por cada um dos cônjuges sem o consentimento do outro, fora dos casos indicados nas alíneas **b** e **c** do nº 1 do artigo anterior (art. 1.691); as dívidas provenientes de crimes e as indenizações, restituições, custas judiciais ou multas devidas por fatos imputáveis a cada um dos cônjuges, salvo se esses fatos, implicando responsabilidade meramente civil, estiverem abrangidos pelo disposto nos nºs 1 ou 2 do artigo anterior (art. 1.691); ou as dívidas cuja incomunicabilidade resulta no disposto no nº 2 do art. 1.694, bem como as dívidas alimentares não compreendidas no nº 4 do artigo anterior (art. 1.691), a

(99) Art. 1.732.

(100) Art. 1.691, sendo que o nº 1 deste artigo foi modificado pelo Decreto-Lei nº 496/77.

(101) Art. 1.695, nº 1.

(102) Art. 1.695, nº 2.

(103) Art. 1.691, nº 1, b.

(104) Art. 1.691, nº 1, a.

(105) Art. 1.691, nº 1, c.

(106) Art. 1.691, nº 1, d.

(107) Art. 1.693, nºs 1 e 2.

não ser que o alimentado viva em comunhão de mesa e habitação com os cônjuges (108).

37. Já referimos ao problema das dívidas mistas no Direito português, cuja responsabilidade está prevista no art. 1.695 do Código Civil, restando, agora, examinar o tratamento das dívidas particulares. A responsabilidade por essas dívidas é, em princípio, dos "bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, da sua meação nos bens comuns; neste caso, porém, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação de bens" (109).

O Decreto-Lei nº 496/77 alterou a redação do nº 2 do art. 1.696, determinando ainda que

"respondem, todavia, ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor:

- a) os bens por ele levados para o casamento ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como os respectivos rendimentos;
- b) o produto do trabalho e os direitos de autor do cônjuge devedor;
- c) os bens sub-rogados no lugar dos referidos na alínea a".

A diferença entre o Direito português e o Direito brasileiro em vigor está em que o art. 3º da Lei nº 4.121, limitativo da responsabilidade das dívidas contraídas por cada um dos cônjuges às forças da meação, tem imediata incidência, não se vinculando à dissolução, anulação, decretação de nulidade do casamento, separação ou divórcio dos cônjuges.

A dependência da extinção da comunhão matrimonial encontrou, contudo, exceção expressa no nº 3 do art. 1.696, segundo o qual, em princípio, as dívidas provenientes de crimes, as indenizações, custas judiciais ou multas devidas a cada um dos cônjuges (110), são imediatamente executáveis, atingindo a meação. A seu turno, cria-se, no art. 1.696, nº 1, um direito expectativo à meação, cuja natureza personalíssima impede que se possa penhorá-lo desde logo. Diz respeito à base econômica da própria família, sendo, por isso mesmo, inalienável e impenhorável, não podendo, por igual, ser objeto de compensação. A moratória, a que alude o nº 3 do art. 1.696 do Código Civil português, paralisa a executabilidade dos bens comuns pelas dívidas particulares. Cuida-se de saber se do direito expectativo à meação poderiam decorrer medidas acautelatórias, tendo em vista a responsabilidade subsidiária que lhes é própria. No particular, desde que se admita a existência de um direito expectativo relativo a bens integrantes da meação do cônjuge devedor parece ser conclusão necessária à afirmação dessas medidas acautelatórias que acompanham sempre aos direitos expectativos.

Há, por igual, responsabilidade imediata sobre bens comuns se eles houverem sido levados à comunhão pelo cônjuge devedor. Assim, na comunhão universal responderiam os bens que eram de propriedade do devedor antes da celebração do casamento e que após se tornaram comuns

(108) Art. 1.692, a, b, c, d.

(109) Código Civil português, art. 1.696, n.º 1.

(110) Art. 1.692, b.

(111). O produto do trabalho dos cônjuges é bem comum; integra, portanto, a meação, mas pode ser objeto de execução imediata, bem como os direitos de autor (112). O produto do trabalho é bem comum sujeito a administração de quem o perceber (113). O artigo, embora se deva interpretar restritivamente, não menciona que possam ser responsabilizados pelas dívidas particulares do cônjuge devedor os bens adquiridos mediante aplicação do produto do trabalho.

Parece-nos que a melhor interpretação é a de que a aplicação do produto do trabalho em bens, como por exemplo, em títulos de renda ou valores mobiliários, e a sua reaplicação após o resgate ou transferência, não devem ficar dependentes do mútuo consentimento dos cônjuges (114).

Em certos casos, insere-se nos poderes de administração parcela do poder de disposição, pois, de outro modo, impossível seria administrar. Nesse número, incluem-se, em geral, as operações financeiras em sentido amplo. Por esses argumentos, não é insuscetível de dúvida o fato de os bens adquiridos no exercício da administração do cônjuge devedor ficarem livres da responsabilidade pelas dívidas particulares. Adotado o princípio da restrição ao simples produto do trabalho, ficaria na dependência da vontade do devedor a fixação dos limites da responsabilidade, pelo menos no pertinente à poupança por ele realizada.

Por esse motivo, os bens adquiridos com a administração do produto do trabalho do cônjuge devedor devem responder pelas dívidas particulares. No Direito português, a vinculação pelos débitos realiza-se sobre bens determinados, enquanto integrantes da meação, salvo quando se tratar de dívidas provenientes de crimes, indenização, custas, restituição ou multas, a teor do disposto no art. 1.696, **b**, do Código Civil português. Nos demais casos, somente após a transformação da meação sobre o patrimônio em direito sobre bens determinados é que se poderá tornar efetiva a responsabilidade pelas dívidas. Na hipótese, porém, das dívidas enumeradas no art. 1.692, **b**, do Código Civil português, por força do disposto no nº 3 do art. 1.696, a execução realiza-se na meação do cônjuge devedor se os seus bens próprios não bastarem.

O art. 1.696, nº 3, dispõe, aliás, que “não há lugar à moratória estabelecida no nº 1 se a incomunicabilidade da dívida cujo cumprimento se pretende exigir resultar do disposto na alínea **b** do art. 1.692”.

Nesse caso específico, a situação apresenta-se semelhante à do art. 3º da Lei nº 4.121 no Direito brasileiro.

Qualquer bem, desde que o seu valor não ultrapasse a meação do devedor, pode ser atingido pela execução movida pelo credor, pois a meação é quota, em princípio, sobre o patrimônio do casal, e só mediatamente sobre bem determinado. Durante o casamento já referimos que, no geral, a meação é “quota morta”, mero elemento de cálculo no término do regime de comunhão; não assim, quanto à hipótese da alínea **b** do art. 1.692, em que poder-se-á questionar se o bem cabe dentro da meação do cônjuge devedor, de modo igual ao que sucede no Direito brasileiro.

(111) Art. 1.696, 2, **a**.

(112) Art. 1.696, 2, **b**.

(113) Art. 1.678, 2, **a**.

(114) Não incidem as disposições dos arts. 1.678, 3, *in fine*, e 1.682, 1.

# Estudo comparativo entre o Código Civil e o Projeto de Código Civil de 1975 em matéria de regime de bens entre os cônjuges

FÁBIO MARIA DE MATTIA

Professor Livre Docente do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

A primeira observação que deve ser feita numa análise da disposição da matéria no Código Civil e no Projeto de Código Civil é que o Capítulo I deste engloba, sob a denominação de Disposições Gerais, uma série de regras aplicáveis a todos os regimes de bens, apresentando um progresso sob o ponto de vista sistemático em relação ao Código Civil.

Isto decorre da divisão do Livro do Direito de Família no Projeto em três títulos. O primeiro destinado à regulamentação do Direito Pessoal, o segundo ao Direito Patrimonial e o terceiro à Tutela e Curatela.

Enquanto o Título II do Livro do Direito de Família do Código Civil apresenta-se sob a denominação Dos Efeitos Jurídicos do Casamento, dividido em três capítulos: Disposições Gerais, dos Direitos e Deveres do Marido e

---

Aula ministrada no curso de pós-graduação regido pelo Professor Doutor Sílvio Rodrigues sobre "O Direito Civil Vigente e o Projetado", II, no 2.º semestre de 1978, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

dos Direitos e Deveres da Mulher, o Projeto de Código Civil sob a rubrica Da Eficácia do Casamento, Capítulo IX, do Subtítulo I — Do Casamento — do Título I do Direito Pessoal — cuida das regras de *direito pessoal* espalhadas no Código Civil, nos Capítulos Direitos e Deveres do Marido e Direitos e Deveres da Mulher. Por sua vez, as regras de direito patrimonial constantes destes dois capítulos estão desenvolvidas no Projeto de Código Civil, no Capítulo I — Disposições Gerais do Subtítulo I — Do Regime de Bens entre os Cônjuges — integrando o Título II — do Direito Patrimonial.

Parece-nos louvável a mudança de estrutura do Projeto. Passemos, pois, à análise do Capítulo I — Disposições Gerais — Do Regime de Bens entre os Cônjuges (Subtítulo I).

O artigo 1.694 corresponde ao artigo 256 do Código Civil.

O artigo 1.695 corresponde ao artigo 258 e prevê o regime legal de bens entre os cônjuges quando estes não se tenham manifestado sobre qual regime de bens escolhem. Contudo, este artigo apresenta uma importante *inovação*, pois substitui-se o regime da comunhão universal pelo regime da *comunhão parcial* como o regime que prevalecerá sendo os nubentes silentes. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, no seu artigo 50, número 7, elevou o regime da comunhão parcial à categoria de regime legal modificando o *caput* do artigo 258 do Código Civil brasileiro. É interessante notar que a reforma do Direito de Família na Itália optou pelo regime legal da comunhão de aqüestos.

O parágrafo único do art. 1.695 determina:

“Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar pelo regime da comunhão universal, sendo a opção reduzida a termo.”

Esta redação suscita alguns problemas: *a)* só o regime da comunhão universal pode ser objeto de opção no processo de habilitação, sendo a mesma reduzida a termo? *b)* será que neste caso dispensa-se pacto antenupcial por escritura pública? Acreditamos que a escritura pública é necessária face o disposto no artigo 1.708.

O artigo 1.696 cuida das eventualidades em que o casamento obrigatoriamente deve se celebrar sob regime de separação de bens.

Introduz importante novidade determinando que será separação de bens *sem comunhão de aqüestos*, optando, pois, por uma solução diferente da vigente entre nós, por determinação da Súmula 377, que estende a comunhão de aqüestos para as hipóteses do artigo 258, parágrafo único, do Código Civil.

O inciso I do artigo 1.696 com mais técnica está redigido da seguinte maneira:

“Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio.”

O Projeto chama os impedimentos proibitivos ou *impedientes* de causas suspensivas, pois, em verdade, não são impedimentos, mas há a recomendação de que *não devem casar* as pessoas indicadas nos três incisos do artigo 1.554 e a inobservância causará sanções.

O inciso II corresponde ao inciso II do parágrafo único do artigo 258.

“III — De todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

O inciso III abrange os incisos III e IV do parágrafo único do artigo 258.

Deve-se ressaltar a elegância da redação e a utilização do termo adequado *suprimento*, pois o juiz não tem poderes para autorizar a realização do casamento, mas, sim, *suprir* o consentimento de quem cabe fazê-lo.

O artigo 1.697 indica quais os atos que tanto o marido como a mulher podem executar:

“Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I — Praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações do art. 1.702, nº I.”

Trata-se de inciso adequado à igualdade e liberdade que deve prevalecer no relacionamento entre os cônjuges. Já que a mulher pode trabalhar, é justo que tenha autonomia suficiente para não precisar se submeter às interferências do marido em assuntos ligados ao exercício profissional.

“II — Administrar os bens próprios.”

Este inciso é muito importante, pois, de uma vez por todas, acabou com a inconcebível orientação de que em alguns regimes de bens o marido é quem administra os bens da mulher. De toda a conveniência que os bens da mulher sejam por ela administrados. Nada impede, contudo, determinem os nubentes, através de pacto antenupcial, a quem compete a administração dos bens próprios de cada cônjuge.

“III — Desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem a outorga ou suprimento do juiz.”

Este inciso absorve os artigos 239 e 248, nº II, do Código Civil.

“IV — Demandar a rescisão dos contratos de fiança ou doação realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos n.ºs III e IV do art. 1.702.”

De início devemos louvar a substituição da expressão “anular as fianças ou doações” pela “demandar a rescisão dos contratos de fiança ou doações”, muito mais técnica.

O inciso corresponde ao artigo 248, III, do Código Civil.

“V — Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino ou à concubina, cabendo-lhe provar que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.”

Este inciso apresenta a novidade de prever a doação tanto por parte do concubino como da concubina. É justa a segunda parte do inciso, pois, em caso de separação de fato, por exemplo, porque não se conseguiu obter o desquite por falta de consentimento do outro cônjuge, não há razão para não deixar os bens com o marido e a concubina, pois são bens adquiridos com o esforço comum, sendo, pois, équo que o cônjuge possa doar à concubina, ou vice-versa. A ressalva da prova pelo reivindicante é muito prudente, assim como a previsão de um prazo de cinco anos.

“VI — Praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.”

Idêntico ao artigo 248, nº VII, do Código Civil.

“Artigo 1.698 — A mulher pode, outrossim, sem autorização do marido:

I — Comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica.

II — Obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.”

Os incisos I e II correspondem ao art. 247 do Código Civil. Apenas deve ser ressaltado que o art. 247 afirma estar a mulher autorizada, por presunção enquanto que o art. 1.698 ao falar em *pode* revela ser uma prerrogativa da mulher praticar tais atos e, não apenas, presume-se autorizada.

“Artigo 1.699 — As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, para fins do artigo anterior, obrigam solidariamente o outro.”

A localização deste artigo é muito pertinente, pois, em qualquer que seja o regime de bens, as dívidas contraídas no interesse da família são garantidas por ambos os cônjuges. Mas não é novidade, pois o artigo 254 do Código Civil, com redação diferente, dispõe de maneira idêntica.

“Artigo 1.700 — As ações fundadas nos nºs III, IV e V do art. 1.697 competem ao cônjuge prejudicado e seus herdeiros.”

A base encontra-se no art. 249 do Código Civil.

“Artigo 1.701 — No caso dos nºs III e IV do art. 1.697, o terceiro, prejudicado com a sentença favorável ao autor, terá direito regressivo contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros.”

Este artigo baseia-se no art. 250 do Código Civil.

“Artigo 1.702 — Ressalvado o disposto no art. 1.711, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta:

I — Alienar, hipotecar ou gravar ônus real ou bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios.

II — Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos.

III — Prestar fiança.

IV — Fazer doação, não sendo remuneratória, com os bens comuns, ou com os que podem fazer parte da futura meação.

Parágrafo único — São válidas, porém, as doações nupciais feitas aos filhos por ocasião de casarem, ou estabelecerem economia separada.”

Comentários ao *caput* do art. 1.702:

a) Evidentemente a regulamentação da matéria no capítulo “Das Disposições Gerais” dos Regimes de Bens permite que num único artigo fossem estatuídas as regras para os atos em que cada um dos cônjuges necessita da autorização do outro. Funde, portanto, os artigos 235 e 242 do Código Civil.

b) Uma novidade está na desnecessidade de autorização do outro cônjuge quando se tratar de regime de separação absoluta (leia-se regime de separação de bens, pois o Projeto usa, dois nomes para expressar um mesmo regime), o que é um grande progresso em termos de igualdade entre os cônjuges, não mais persistindo a idéia de que a obrigatoriedade da autorização do outro cônjuge no regime da separação absoluta existia no interesse da prole e no de garantir o patrimônio que protege a família.

c) Interessante a *parte final do art. 1.702, inciso IV*, que deixa clara a possibilidade de doação com bens próprios, pois ao indicar a restrição, fala apenas em bens comuns ou com os que podem fazer parte de futura meação, sendo, portanto, uma remissão ao regime da participação final nos aqüestos.

d) No *caput do art. 1.702* há uma remissão ao artigo 1.711 que deixa claro que por acordo no *pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.*

e) A lei, em conclusão, permite em duas hipóteses a dispensa de autorização do outro cônjuge, nos casos previstos no art. 1.702: a) no regime de separação absoluta, e b) no caso do regime de participação final nos aqüestos, desde que previsto no pacto antenupcial. O art. 1.720, a meu ver, dispensa também a autorização, no caso do regime da comunhão parcial quanto aos bens particulares.

O parágrafo único do art. 1.702 é idêntico ao art. 236 do Código Civil, com exceção à referência ao regime dotal em boa hora desprezado no Projeto pelo seu total desuso.

“Artigo 1.703 – Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível dá-la.”

O artigo equivale ao 237 do Código Civil e engloba o art. 245, também do Código Civil. Não encontrei o equivalente ao art. 238, mas, acredito porque dispensável face a independência da mulher com relação aos seus bens no regime da separação absoluta e no da participação final de aquestos.

“Artigo 1.704 – A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.702), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Parágrafo único – A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado.”

O artigo equivale ao 252 do Código Civil, sendo certo que substitui a palavra *nulidade* pela *anulação*, o que revela maior rigor científico, pois trata-se de um negócio jurídico anulável e não nulo.

Por sua vez o parágrafo único, também, aparece melhorado no Projeto quando substitui *ratificação* por *aprovação*. Parece preferível usar *torna válido o ato* ao invés de *revalida*, o que sugere uma validade anterior. Digna de aplausos a troca de *provada por* por *desde que feita por*.

O artigo do Projeto, pela sua localização, prevê a possibilidade de tanto o marido como a mulher promover a anulação do negócio jurídico ou tornar válido o ato.

O Projeto suprimiu a incongruência de diferença de prazo para pleitear a anulação: para o marido (artigo 252) prazo de até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal e para a mulher (artigo 239), de 4 anos.

“Artigo 1.705 – A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabe dá-la, ou por seus herdeiros.”

A matriz do artigo está nos artigos 239 e 249 do Código Civil, sendo certo que a redação do Projeto é muito superior à dos citados artigos.

“Artigo 1.706 – Quando for impossível a um dos cônjuges administrar os bens que lhe incumbem por força do regime matrimonial adotado, caberá ao outro:

I – Administrar os bens comuns.

II – Alienar os bens móveis comuns.

III — Administrar os bens imóveis.

IV — Alienar os imóveis comuns e do outro cônjuge, mediante autorização judicial.”

A fonte está no art. 251 do Código Civil. Os incisos I e IV são os mesmos do parágrafo único do art. 251.

Não entendemos por que o projetador, no inciso II, restringiu a possibilidade de alienação aos bens móveis comuns excluindo os bens móveis do outro cônjuge. Estes serão administrados pelo outro cônjuge e não se justifica que os imóveis possam ser alienados, mediante autorização judicial, e nada se fale sobre bens móveis do cônjuge impossibilitado de exercer a administração.

Compreendemos que a referência à venda dos bens móveis particulares seria um pleonasma face a orientação geral nesse aspecto.

O inciso III do art. 1.706 parece-nos errôneo. Os bens móveis comuns já estão incluídos no inciso I. Será que o que se desejou era afirmar:

“III — Administrar os bens móveis e imóveis do outro cônjuge”, face à localização do inciso?

Artigo 1.707 — O cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro, será para com este e seus herdeiros responsável:

I — Como usufrutuário, se o rendimento for comum.

II — Como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar.

III — Como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.”

A regra é a mesma do art. 260, incluído no Código Civil, também no capítulo das Disposições Gerais sobre Regime de Bens.

## CAPÍTULO II — Do pacto antenupcial

Este capítulo é uma novidade. As regras sobre o assunto encontram-se no Código Civil no capítulo das Disposições Gerais, artigos 256, 257 e 261.

“Artigo 1.708 — É nulo o pacto antenupcial não sendo feito por escritura pública, e ineficaz não se lhe seguindo o casamento.”

O artigo é mais técnico do que o art. 256, parágrafo único, do Código Civil. Adota a terminologia adequada falando num caso em *nulidade* (desrespeitou a forma prescrita ou não defesa em lei) e em *ineficácia*. Neste último caso não se pode falar em nulidade, mas, só em um ato válido, mas, sem poder gerar conseqüências jurídicas.

“Artigo 1.709 — A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.”

O artigo é novidade e de grande utilidade, pois extinguiu dissensão a respeito do assunto.

A parte final, "salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens", parece-nos um pleonismo, pois o que afirma é óbvio.

"Artigo 1.710 — É nula a convenção ou a cláusula que prejudique os direitos conjugais ou paternos, bem como a que contravenha disposição absoluta da lei."

A redação é melhor do que a do art. 257 do Código Civil. Não se justifica em linguagem jurídica a expressão: "Ter-se-á por não escrita".

"Artigo 1.711 — No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares."

Esta regra procura tornar bem livre o citado regime, é um abrandamento às regras que o norteiam.

"Artigo 1.712 — As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de transcritas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges."

Cópia do art. 261 do Código Civil.

### CAPÍTULO III — *Do regime da comunhão parcial*

"Artigo 1.713 — No regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, com as exceções dos artigos seguintes."

Não existe artigo semelhante no Código Civil, mas justifica-se a introdução, pois enuncia a característica do regime.

Apenas o art. 272 indica que "são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento", o que era despicando face o artigo 269, I. Não há necessidade de tal artigo, pois os artigos 1.713 e 1.714 deixam bem clara tal situação.

"Artigo 1.714 — Excluem-se da comunhão:

I — Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar."

A inclusão da expressão "e os sub-rogados em seu lugar" é vantajosa para evitar dúvidas a respeito.

"II — Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares."

Idêntico ao art. 269, nº II.

“III – As obrigações anteriores ao casamento.

IV – As provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal.

V – Os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão.

VI – Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

VII – As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”

Os incisos III e IV constavam do art. 270 do Código Civil, sendo certo que o nº IV, em relação ao art. 270, nº II, apresenta o acréscimo *salvo reversão em proveito do casal*.

Realmente justifica-se a fusão dos artigos 269 e 270 num só; contudo os itens III e IV deveriam vir no fim do artigo por se tratar de obrigações, enquanto os itens V, VI e VII, o primeiro trata de bens e os outros dois de rendimentos e pensões, deveriam anteceder-los.

Os incisos V, VI e VII não se encontram no art. 269 do Código Civil, porém este, no inciso IV, os inclui porque refere-se “aos demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal”. Como o regime da comunhão parcial passou a ser o legal, ou seja, o prevalecente quando os nubentes não se manifestarem sobre o regime escolhido, passou, no Projeto, a ser o regime de bens examinado em primeiro lugar.

A remissão que existe na regulamentação do atual regime da comunhão parcial passou a constar do regime da comunhão universal, como se vê no art. 1.723, nº V, do Projeto, que estatui:

“V – Os bens referidos nos itens V a VII do art. 1.714.”

“Artigo 1.715 – Entram na comunhão:

I – Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.

II – Os adquiridos por fato eventual, com o concurso de trabalho ou despesa anterior, ou sem ele.

III – Os adquiridos por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges.

IV – As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

V – Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.”

O dispositivo corresponde ao art. 271 do Código Civil. O inciso II tem a redação mais clara, enquanto que o inciso V exclui a expressão “dos adquiridos” no final por totalmente incompatível com o corpo do artigo que obriga

a comunhão dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge e não apenas dos bens comuns, ou seja, dos adquiridos durante o casamento.

Acreditamos que tanto a redação do Código Civil como a do Projeto poderá criar dúvidas, porque no inciso V usa-se a conjunção *ou*, o que suscita dúvidas se a comunhão se dá com relação tanto aos frutos dos bens comuns e dos particulares quando um dos cônjuges ou ambos forem proprietários de bens das duas categorias.

“Artigo 1.717 — No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.”

O artigo coloca o verbo no plural, o que é mais correto, ao mesmo tempo em que suprime a expressão *documento autêntico*, totalmente inútil. A base, contudo, está no art. 273 do Código Civil.

“Artigo 1.718 — A administração do patrimônio comum compete ao marido com a colaboração da mulher.

§ 1º — As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam aos bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e aos do outro na razão do proveito que houver auferido.

§ 2º — A anuência da mulher é indispensável para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.”

O *caput* do artigo revela a igualdade dos cônjuges quanto à administração dos bens comuns. Compete ao marido a administração, porém, com a colaboração da mulher. Deve-se aplaudir a utilização da palavra *patrimônio*.

O § 1º tem redação diferente da segunda parte do art. 274 e parece superior a deste. Deve-se ressaltar a parte que estatui: “no exercício da administração obrigam aos bens comuns e particulares do cônjuge que os administra”, prevendo, pois, a possibilidade da administração estar a cargo da esposa. A substituição da expressão “lucrado” por “auferido” é procedente.

O § 2º é novidade, e no interesse da família se justifica o controle exercido pela mulher, evitando-se atos do marido que não produzam benefícios.

“Artigo 1.719 — Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.”

A regra é diferente do art. 275 do Código Civil conjugado com o art. 274, pois estes incluem os bens comuns e os particulares para responder pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher enquanto que o artigo projetado destaca para tal fim apenas os bens da comunhão.

É evidente que estes não sendo suficientes, cada um dos cônjuges concorrerá com os bens próprios para o custeio de tais encargos.

“Artigo 1.720 – A administração e a disposição dos bens que constituem o patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo disposição contrária no pacto antenupcial.”

Este artigo é muito importante, pois elimina controvérsia sobre quem deve administrar os bens que constituem o patrimônio particular de cada cônjuge. É muito justo que cada cônjuge administre seus próprios bens, deixando-se, porém, porta aberta para outras combinações no pacto antenupcial.

É fundamental a mudança operada quanto à disposição dos bens particulares, porquanto o cônjuge proprietário não depende de autorização do outro cônjuge, sendo, pois, norma especial, afastando a aplicação neste regime da regra do art. 1.702, nº I.

“Artigo 1.721 – As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam aos bens comuns.”

O artigo é muito justo, mas vemos uma incoerência entre este artigo e o artigo 1.715, inciso IV. Ora, as despesas se contraídas para efetuar benfeitorias em bens particulares serão custeadas pelo proprietário, mas entram as benfeitorias para a comunhão. Não nos parece équa tal imposição.

Antes de terminar a análise deste regime devemos fazer uma importante observação que resolve a grande confusão criada pela Lei nº 4.121 entre os regimes da comunhão universal e da comunhão parcial. Quando tal lei determinou que os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos (art. 271, VI) entram para a comunhão no regime da comunhão parcial e são excluídos da comunhão no regime da comunhão universal, permitiu que, numa sociedade conjugal em que o patrimônio fosse apenas fruto do trabalho de um ou de ambos os cônjuges, este regime da comunhão parcial se apresentasse mais de comunhão universal do que o próprio.

Agora com o disposto no art. 1.723, nº V, do Projeto, que se refere ao art. 1.714, itens V a VII, em ambos os regimes há a exclusão da comunhão dos “proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge” voltando os dois regimes examinados na comparação a sua pureza anterior à Lei nº 4.121.

#### CAPÍTULO IV – *Do regime da comunhão universal*

“Artigo 1.722 – O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.”

É idêntico ao art. 262 do Código Civil.

“Artigo 1.723 – São excluídos da comunhão:

I – Os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.

II — Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva.

III — As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum.

IV — As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade.

V — Os bens referidos nos itens V a VII do artigo 1.714.

Digna de aplausos a substituição no art. 1.723, inciso I, da expressão *herdados* no lugar de *legados*, como consta do art. 263, nº II, que é restritiva, pois exclui os bens recebidos pelo herdeiro universal ou por herdeiro necessário. Deste modo, num inciso abrange-se a matéria tratada nos incisos II e XI do art. 263.

Os incisos II, III e IV correspondem aos III, VII e VIII do art. 263.

O inciso V remete aos itens V a VII do art. 1.714 por sua vez equivalendo aos incisos IX, XIII e I do art. 263, devendo-se ressaltar a melhoria de redação dos itens V e VI do art. 1.714 em relação aos correspondentes IX e XIII do art. 263.

Uma observação de grande relevância é a de que ao regular o regime da comunhão universal “não se excluem da comunhão as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal”. Se o objetivo fosse excluir tal responsabilidade, bastaria incluir o inciso IV na referência feita ao art. 1.714 pelo inciso V do art. 1.723. Parece-nos necessária tal exclusão expressa, como o fez a Lei nº 4.121 incluindo o inciso VI do art. 263. Isto porque por um lado pode suceder que o cônjuge responsável tenha bens recebidos com cláusula de incomunicabilidade e seria injusto admitir a comunicabilidade da obrigação e incomunicabilidade em tais bens. É justo que o cônjuge não responsável não responda com sua meação, matéria sobre a qual o Projeto é silente.

Uma omissão do Projeto é a respeito dos bens reservados. Não se encontra no Projeto dispositivo correspondente ao art. 246 e ao inciso XII do art. 263, o que se nos apresenta como falha imperdoável, pois suscitará dúvidas, ou, então, será a prova de que com a supressão da categoria dos bens reservados o regime da comunhão universal estará reintegrado em sua pureza após a alteração introduzida pela Lei nº 4.121.

“Artigo 1.724 — A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo anterior não se lhes estende aos frutos, quando se perceberem ou vençam durante o casamento.”

Trata-se de reprodução do art. 265 do Código Civil. Tal artigo corresponde, com redação diferente, ao art. 1.715, inciso V, ao tratar do regime da comunhão parcial.

“Artigo 1.725 – Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo anterior, quanto à administração dos bens.”

Aplica-se à matéria a regulamentação prevista nos artigos 1.718, 1.719 e 1.720. Verificar, pois, os comentários emitidos a respeito.

“Artigo 1.726 – Extinta a comunhão e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro por dívidas que este houver contraído.”

Corresponde ao art. 268 do Código Civil.

#### CAPÍTULO V – *Do regime de participação final nos aqüestos*

Este tipo de regime de bens é uma novidade entre nós. Aparece como regime legal na Alemanha após 1º de julho de 1958. Por sua vez, a França, através da lei de 13 de julho de 1965, regulamentou tal regime, sendo certo que quanto aos princípios tal sistema é idêntico ao alemão. Não aparece na reforma do Código Civil belga.

Necessitamos desde logo afirmar que o fato de nos referirmos ao regime da comunhão parcial ou dos *aqüestos*, isso nada tem a ver com o regime de participação final nos aqüestos. Apesar de ambos se basearem nos “aqüestos”, os dois institutos são muito diferentes.

Mas o que são aqüestos? Aqüestos conjugais, ou simplesmente aqüestos, são bens que cada um dos cônjuges, ou ambos, adquirem na constância do casamento, por qualquer título, que não seja o de doação, sucessão ou sub-rogação. (MARTINHO GARCEZ NETO.)

Assim, sob a designação de aqüestos, não se deve entender quaisquer *bens adquiridos* pelo cônjuge, ou cônjuges, na constância do matrimônio, mas, sim, os que são enumerados na lei.

Na Bélgica, também, cogitou-se da adoção de um regime de participação nos aqüestos, projeto do Ministro Socialista VERMEYLEN inspirado no regime alemão denominado ZUGEWINGEMEINSCHAFT.

Há um sistema sueco também de participação de aqüestos semelhante ao que está projetado entre nós.

MARCEL BRAZIER – referindo-se a este regime afirma:

“On tremble un peu à l'idée que le régime nouveau de participation aux acquêts ait pu être promu au titre de régime légal. La loi s'est sagement contentée d'en offrir aux notaires et futurs époux un modèle plus élaboré que ne l'étaient les timides applications des principes encore peu expérimentés.” (“Le Nouveau Droit des Époux et les Régimes Matrimoniaux”, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, pág. 191.)

Na Alemanha este regime foi escolhido como legal. Quais seriam as diferenças entre o sistema francês e o alemão? A primeira delas encontra-se no

artigo 1.365 do Código Civil alemão que exige a outorga uxória para a alienação de bens. Assim sendo, a regulamentação prevê a existência do regime da "cláusula de mão comum ou disposição conjunta".

Em segundo lugar a liquidação do regime de participação nos aqüestos opera-se diferentemente quando se trata de liquidação após a morte e quando a causa se fundamentar em divórcio.

Quando houver a liquidação por morte, em caso de sucessão legítima esta opera-se pelo acréscimo de uma quarta parte da herança do outro cônjuge sem que se leve em conta a existência ou não de aqüestos. O direito alemão inclui o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário do outro na seguinte proporção: de uma quarta parte concorrendo com herdeiros de primeiro grau; da metade, havendo herdeiros de segundo grau; e, da totalidade quando não existirem herdeiros de primeiro e segundo graus. A estes quinhões deve-se acrescer a quarta parte que representa "le r glement forfaitaire de la créance de participation". Nesta atribui o do crédito na participa o, os filhos do primeiro leito e, eventualmente, do segundo leito, em caso de novo casamento, que sucedem ao cônjuge que contribuiu com a quantia maior nos aqüestos sofrerão desvantagem. O mesmo se dirá quanto aos casamentos de curta dura o.

Quando se tratar de dissolu o em decorrência de divórcio o sistema é igual ao francês.

Os especialistas alemães manifestaram pouco entusiasmo pela possibilidade de constru o pretoriana nesta matéria. Consideram difícil a adapta o do novo regime legal principalmente quanto aos meios probantes. O regime exige por parte dos cônjuges um perfeito conhecimento de seus direitos e das obriga es, o que   necessário para o estabelecimento desta modalidade. (MARCEL BRAZIER, ob. cit., págs. 183   202.)

"Artigo 1.727 — No regime de participa o final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, cabendo-lhe, todavia, é época da dissolu o da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso, na constância do matrimônio."

O artigo 1.569 do Código Civil francês cuida, mais pormenorizadamente, da matéria.

O artigo 1.570, primeira parte, indica os bens que irão integrar o patrimônio originário — refere-se aos bens pertencentes ao c njuge na época do casamento e aqueles adquiridos após, por herança ou liberalidade.

Não h  refer ncia aos frutos no dispositivo projetado, enquanto que o artigo 1.570 do Código Civil franc s   expresse que não s o levados em conta os frutos dos bens que integram o patrim nio originário.

"Artigo 1.728 — Integram o patrim nio próprio os bens que cada c njuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na const ncia do casamento.

Parágrafo único — A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.”

A primeira parte do artigo 1.569 do Código Civil francês estatui:

“Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d’eux conserve l’administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu’il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens.”

“Artigo 1.729 — Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I — Os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se subrogaram.

II — Os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade.

III — As dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único — Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.”

O artigo 1.569 do Código Civil francês afirma que:

“... A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l’autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final.”

Parece muito mais técnica esta forma de se visualizar um patrimônio originário e um patrimônio final. Portanto, quando da dissolução cada cônjuge participa da metade dos aqüestos líquidos (acquêts nets) ocorridos no patrimônio do outro, quer dizer, participa da metade da diferença de valor entre o patrimônio final e o patrimônio de origem.

Conclui-se, pois, que durante o casamento cada cônjuge possui:

- a) todos os bens adquiridos antes do casamento;
- b) aqueles adquiridos por sucessão ou liberalidade;
- c) aqueles adquiridos durante o casamento a título oneroso.

Assim sendo, podemos afirmar que o patrimônio de origem inclui:

- a) todos os bens adquiridos antes do casamento;
- b) todos os bens adquiridos por sucessão ou liberalidade, exceto os frutos desses bens.

Caso os bens referidos nas letras *a* e *b* tenham sido alienados, incluem-se: 1) os que se sub-rogarem em seu lugar, e 2) o valor dos que foram alienados e que não foram objeto de sub-rogação. Acreditamos que a solução do artigo 1.729 do Projeto é superior à do Código Civil francês, pois exclui desde logo no cálculo dos aqüestos o patrimônio originário.

“Artigo 1.730 — Ao se determinar o montante dos aqüestos, computar-se-á também o valor das doações feitas por um dos cônjuges sem a necessária autorização do outro. Nesse caso, poderão o cônjuge prejudicado ou seus herdeiros reivindicar o bem, ou imputá-lo ao monte partilhável, por seu valor à época da dissolução.”

O artigo 1.574 do Código Civil francês indica como calcular o valor das doações no momento da apuração dos aqüestos. Esta eventualidade está prevista no Código Civil alemão mas só pode ser invocada dentro do prazo de dez anos.

“Artigo 1.731 — É imputável, por igual, ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, podendo o cônjuge lesado, ou seus herdeiros, preferir reivindicá-los.”

Consultar artigo 1.573 do Código Civil francês. O artigo 1.574 do Código Civil francês indica como calcular o valor dos bens alienados em fraude aos direitos do outro cônjuge. O artigo 1.577 é muito importante. Este artigo tem correspondente no Código Civil alemão, e contudo só pode ser invocado o ato de disposição se não tiver ocorrido o escoamento do prazo de dez anos.

Podemos, então, concluir que na determinação do patrimônio final estão compreendidos:

- a) todos os bens pertencentes ao cônjuge quando da dissolução, inclusive aqueles objeto de disposição *causa mortis*;
- b) o valor das doações feitas por um dos cônjuges sem a necessária autorização do outro;
- c) o valor dos bens alienados em detrimento da meação;
- d) os créditos que um cônjuge tenha para com o outro.

O artigo 1.731 do Projeto fala, genericamente, em “bens alienados em detrimento da meação, podendo o cônjuge lesado, ou seus herdeiros, preferir reivindicá-los”.

Por sua vez, o artigo 1.573 do Código Civil francês fala em bens “alienados fraudulentamente” ou no caso de constituição de renda vitalícia ou sem possibilidade de receber o valor. A redação do Projeto por falar em “bens alienados em detrimento de meação” por ser mais genérico é mais conveniente e abrangente.

“Artigo 1.732 — Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um só dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.”

O Código Civil francês não tem dispositivo equivalente, que parece de grande utilidade para evitar dúvidas na determinação do patrimônio final.

“Artigo 1.733 — Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.

Artigo 1.734 — No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio, ou no crédito por aquele modo estabelecido.

Artigo 1.735 — As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.”

Parece-me dispositivo muito perigoso, pois sempre haverá possibilidade de se penhorar bem móvel pertencente a outro cônjuge.

“Artigo 1.736 — Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.

Parágrafo único — Impugnada a sua titulariedade, caber-lhe-á provar a causa da aquisição.

Artigo 1.737 — O direito à futura meação não é renunciável, cessível ou penhorável.”

O artigo 1.569 do Código Civil francês apenas afirma ser tal regime *incessível*.

“Artigo 1.738 — Na dissolução do regime de bens por desquite, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que aquele for requerido.”

O dispositivo é procedente, pois seria injusto que se integrassem na categoria dos aqüestos aqueles bens adquiridos após a separação e antes da homologação do desquite amigável ou do trânsito em julgado no caso de desquite litigioso.

“Artigo 1.739 — Se não for possível, nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário.

Parágrafo único — Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados tantos bens quantos bastarem.”

O artigo 1.576 do Código Civil francês regula esta matéria do seguinte modo, o que desde logo revela as diferenças com o critério adotado no dispositivo que estamos examinando:

“La créance de participation donne lieu à paiement en argent. Si l'époux débiteur rencontre des difficultés graves à s'en acquitter entièrement dès la clôture de la liquidation, les juges peuvent lui accorder

des délais qui ne dépasseront pas cinq ans, à charge de fournir des sûretés et de verser des intérêts.

La créance de participation peut toutefois donner lieu à un règlement en nature, soit du consentement des deux époux, soit en vertu d'une décision du juge, si l'époux débiteur justifie de difficultés graves qui l'empêchent de s'acquitter en argent.

Le règlement en nature prévu à l'alinéa précédent est considéré comme une opération de partage lorsque les biens attribués n'étaient pas compris dans le patrimoine originaire ou lorsque l'époux attributaire vient à la succession de l'autre."

O sistema francês prefere a participação em dinheiro e não em natureza (*in nature*).

"Artigo 1.740 – Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge superstite de conformidade com os artigos anteriores, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

Artigo 1.741 – As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros."

Acreditamos que o regime de participação final de aqüestos apenas ficaria regulamentado de maneira completa caso fossem acrescentados alguns artigos do Código Civil francês do capítulo correspondente.

#### 1) Possibilidade de outras convenções neste regime

Cairia bem um artigo como o 1.581:

"a) En stipulant la participation aux acquêts, les époux peuvent adapter toutes clauses non contraires aux articles 1.387, 1.388 et 1.389.

b) Ils peuvent, notamment, convenir d'une clause de *partage inégal* ou

c) stipuler que le survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la *totalité des acquêts* nets faits par l'autre.

d) Il peut également être convenu entre les époux que celui d'entre eux qui, lors de la liquidation du régime, aura envers l'autre une créance de participation, pourra exiger la dation en paiement de certains biens de son conjoint, s'il établit qu'il a un intérêt essentiel à se les faire attribuer."

#### 2) Falta na nossa lei a obrigatoriedade de um inventário dos bens que integram o patrimônio originário.

O artigo 1.570, 2ª parte, assevera:

"La consistance du patrimoine originaire est prouvée par un état descriptif, même sous seing privé, établi en présence de l'autre con-

joint et signé de lui; à défaut, le patrimoine originaire est tenu pour nul. La preuve que le patrimoine originaire aurait compris d'autres biens ne peut être rapportée que par les moyens de l'article 1.402."

No sistema francês, portanto, a falta do inventário gera como sanção o desconhecimento do patrimônio originário que é considerado nulo, dividindo-se o total do patrimônio entre ambos os cônjuges.

O artigo 1.570, 2ª parte, indica a forma de que se deve revestir o inventário.

- 3) Falta no nosso Projeto uma regra esclarecendo como se resolve a divisão dos bens em caso de participação desigual na formação dos aqüestos. Estatui o artigo 1.575 do Código Civil francês o seguinte:

"Si le patrimoine final d'un époux est inférieur à son patrimoine originaire, le déficit est supporté entièrement par cet époux. S'il lui est supérieur l'accroissement représente les acquêts nets et donne lieu à participation.

S'il y a des acquêts nets de part et d'autre, ils doivent d'abord être compensés. Seul l'excédent se partage: l'époux dont le gain a été le moindre est créancier de son conjoint pour la moitié de cet excédent. A la créance de participation ou ajoute, pour les soumettre au même règlement, les sommes dont l'époux peut être d'ailleurs créancier envers son conjoint, pour valeurs fournies pendant le mariage et autres indemnités, déduction faite, s'il y a lieu, de ce dont il peut être débiteur envers lui."

Como no cálculo do Projeto exclui-se desde logo o patrimônio originário, a redação de um tal artigo seria bem mais simples.

- 4) Falta um artigo com a última parte do 1.576 do Código Civil francês que ressalva os direitos do credor ao estatuir:

"La liquidation n'est pas opposable aux créanciers des époux; ils conservent le droit de saisir les biens attribués au conjoint de leur débiteur."

- 5) Falta no Projeto uma norma atribuindo prazo para se proceder a divisão dos aqüestos. Não nos parece conveniente deixar o assunto sendo regulado pelo longo prazo de dez anos do direito alemão, durante o qual pode ser intentada uma "action en liquidation". Seria preferível incluir no Projeto um artigo específico para tal assunto. A matéria recebeu seu tratamento no artigo 1.578 do Código Civil francês.

- 6) A regra do artigo 1.381 do Código Civil alemão bem que poderia ter sido aproveitada. De acordo com este dispositivo o cônjuge pode recusar o pagamento do crédito na participação quando o resultado apareça desigual face às circunstâncias, e o texto explica que isto ocorrerá, principalmente, quando o cônjuge que ganha menos recusou durante um certo período a contribuir para as despesas da casa.

Haverá uma liquidação por antecipação nas seguintes eventualidades previstas no citado artigo:

- 1) recusa de participação nas despesas do lar e convicção de que não mudará de comportamento no futuro;
- 2) em caso de convenção unilateral (alienação de todo ou de parte do patrimônio);
- 3) quando as dívidas puderem ultrapassar o crédito na participação ou puserem-no em perigo;
- 4) recusa categórica das informações solicitadas sobre o valor do patrimônio.

Esta liquidação é prevista no artigo 1.580 do Código Civil francês, que reza:

“Si le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite donnent lieu de craindre que la continuation du régime matrimonial ne compromette les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut demander la liquidation anticipée de sa créance de participation. Les règles de la séparation de biens sont applicables à cette demande. Lorsque la demande est admise, les époux sont placés sous le régime des articles 1.536 à 1.541.”

#### CAPÍTULO VI — *Do regime de separação de bens*

“Artigo 1.742 — Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar.”

O artigo tem redação bem melhor que a do 276 do Código Civil que se revela prolixo. A expressão “permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele” é redundante, pois não há bens comuns a não ser que sejam adquiridos em condomínio o que nada tem a haver com regime matrimonial de bens.

A importante inovação para melhor é a adoção neste regime da inteira liberdade para o cônjuge dispor de seus bens, quer se trate de bens móveis, quer de imóveis, podendo, pois, aliená-los livremente dispensando-se de outorga uxória. O artigo 276 apenas admitia tal poder de disposição quanto aos bens móveis. Fica, pois, afastado o poder do outro cônjuge de controle dos atos de disposição, o que existe (artigos 235 e 242 do Código Civil) no interesse da defesa do patrimônio familiar.

“Artigo 1.743 — Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.”

O artigo difere do 277 do Código Civil, que se preocupa, apenas, em estatuir que a “mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal, com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente aos do marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial”.

O dispositivo projetado, com mais acerto, estipula que tal obrigação compete a ambos os cônjuges. É importante frisar que a participação nas despesas leva em conta não só os rendimentos dos bens, mas, também, os rendimentos do trabalho de ambos os cônjuges, além de manter o princípio da proporcionalidade que leva em conta os rendimentos de cada cônjuge para determinar qual a quota-parte com que cada um contribuirá. A mudança se deve ao novo papel desempenhado pela mulher casada na sociedade contemporânea.

## CONCLUSÕES

### A) Quanto à necessidade de reforma no regime matrimonial de bens

CLAUDE RENARD considera que o direito matrimonial contemporâneo é dominado por duas tendências fundamentais:

- reconhecimento do igual valor das pessoas dos cônjuges
- preocupação com os valores sociais que a união cria (in *Introduction Générale à "Sept Leçons sur la Réforme des Régimes Matrimoniaux"*, publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Liège, Liège, 1977, pág. 12).

Por sua vez, nota-se tendência para a substituição das expressões bens próprios, bens do marido, bens comuns para patrimônio próprio, comuns etc.

Falta no Projeto brasileiro a utilização da palavra "patrimônio", como se fez na lei belga, por exemplo, na nova redação do artigo 1.398.

Ressalta CLAUDE RENARD: "Le régime legal est fondé sur l'existence de trois patrimoines: le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme et le patrimoine commun aux deux époux."

PAUL DELNOY explica que as expressões "masses propres", "masse commune ou de communauté" étaient toutefois très "chargés" sociologiquement. TOULLIER avait sans doute eu tort de soutenir que la communauté était la propriété du mari. C'était pourtant de cette manière qu'elle apparaissait à beaucoup de nos concitoyens et plus encore de nos concitoyennes. Il semblait donc nécessaire aux auteurs de la loi d'abolir les vocables, comme pour être plus certain d'abolir la réalité qu'ils recouvraient. On abandonne le vocable "communauté", parce que l'on veut concevoir les rapports patrimoniaux entre époux dans un esprit nouveau: celui de l'égalité." ("Le Régime Légal: La Composition Active des "Patrimoines", in "Sept Leçons sur la Réforme des Régimes Matrimoniaux", págs. 37 e 38.)

Com relação ao patrimônio deve-se aplaudir quando a lei belga considera próprios ou não comunicáveis – artigo 1.401, 2, o direito de propriedade literária, artística ou industrial. Permanece, pois, de propriedade do cônjuge autor ou inventor ainda que o ato de criação se dê durante o casamento. O produto da cessão permanece, igualmente, de propriedade do cônjuge autor. Mas os frutos periódicos da exploração são comuns, como os frutos dos bens próprios e o fruto de qualquer atividade – artigo 1.405 do Código Civil belga.

O Projeto brasileiro é silente sobre o assunto que, contudo, é regulado pelo artigo 40 da Lei nº 5.988, de 14-12-1973, que estatui:

“Os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos, resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo se o contrário dispuser o pacto antenupcial.”

Tal assunto deveria ter sido previsto pelo projetador brasileiro.

#### B) *Novas diretrizes quanto à administração de bens da sociedade conjugal*

CLAUDE RENARD, em “Le Régime Légal: La Gestion”, afirma que o regime da comunhão baseava-se na gestão exclusiva do marido. Estabelecia um único gestor e uma única pessoa que respondia para com terceiros. Era o reino do absolutismo marital (ob. cit., pág. 64).

Com a reforma no regime de bens podemos admitir, quanto à administração dos mesmos na classificação de CLAUDE RENARD, três sistemas:

- 1) a gestão conjunta ou cogestão, onde a intervenção conjunta dos cônjuges é exigida em todos os atos;
- 2) gestão concorrente — cada cônjuge pode praticar sozinho apenas os atos de gestão, considerando-se autorizado a representar seu cônjuge que deve respeitar seus atos;
- 3) gestão exclusiva ou privativa — apenas um dos cônjuges está habilitado a praticar atos jurídicos sobre certas categorias de bens e tem, pois, um monopólio para a gestão de tais bens.

Estes três tipos de gestão são dominados pela idéia da igualdade dos cônjuges, mas conforme técnicas de realização muito diferentes.

Nenhum desses sistemas é utilizável no estado puro quando se tratar de regime da comunhão. É inevitável ainda que se adote como base um deles, que se o emende combinando-o com os outros.

Examinemos de início a *gestão conjunta*. É, evidentemente, impossível exigir o concurso dos cônjuges para todos os atos, ainda que os mínimos. Seria correr o risco de paralisar a gestão em caso de mínimo desacordo e de envenenar de maneira permanente as relações entre os cônjuges. Seria, também, negar o direito de cada cônjuge de possuir um campo reservado para sua atuação pessoal.

Quanto à *gestão concorrente* acabar-se-ia criando situações inextricáveis se, ainda que de boa fé, os cônjuges praticassem atos inconciliáveis. Seria, também, obrigar cada um dos cônjuges a suportar as conseqüências dos caprichos ou da má vontade do cônjuge.

Quanto à *gestão exclusiva*, ela é desejável, numa repartição funcional, para certos bens de caráter pessoal; ela é mesmo possível, viu-se, num plano geral, mas deve se combinar com a cogestão quanto aos atos importantes. (CLAUDE RENARD, ob. cit., pág. 64.)

# Alguns aspectos da obrigação alimentar

MARCO AURELIO S. VIANA

## SUMÁRIO

- 1 — Fundamento
- 2 — Pressupostos
- 3 — Alimentos entre parentes
- 4 — Alimentos entre cônjuges
- 5 — Alimentos na Rússia, Tchecoslováquia e Iugoslávia

### 1 — FUNDAMENTO

O homem é, em si mesmo, incompleto, e só pela união poderá alcançar o progresso e o bem-estar, o que explica a necessidade de vida em comum, em regime de dependência com seus pares, caminho para atingir a realização de todo o seu potencial. Não apenas o instinto ou a própria fragilidade humana faz com que ele busque o convívio social, mas a própria razão, porque só pela soma de esforços será completo. Sobretudo nas sociedades ditas cristãs, a solidariedade deveria assumir posição de destaque, como consequência do próprio ensinamento crítico. No entanto, a experiência demonstra que o império do egoísmo é ainda marcante, com prejuízos evidentes para todos.

O homem tem um significado em si próprio, não apenas como integrante da família e do Estado. Como assevera WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "sobre a terra, o indivíduo tem inauferível direito de conservar a própria existência, a fim de realizar seu aperfeiçoamento moral e espiritual. O direito à existência é o primeiro dentre todos os direitos congênitos" (1).

Procurando preservar a vida, o homem é protegido contra si mesmo, até na abastança, pois o Estado lhe veda a disposição total dos bens, devendo ele, em caso de doação, reservar o suficiente à sua própria existência (art. 1.174 do Código Civil).

Ora, se a proteção existe quando em situação favorável, na adversidade não poderia abandoná-lo. Se é regra que o indivíduo, mercê seu próprio esforço, consiga obter o ganho para suas necessidades, não é menos verdade que o infortúnio é, igualmente, companheiro da humanidade, caminhando em sua companhia pelos tempos afora. E quando ele surge, o homem é amparado pelo instituto dos alimentos. O ser humano não está bastante maduro para agir nesse sentido, ou seja, am-

(1) *Curso de Direito Civil*, vol. II, pág. 296.

parar o menos aquinhado, que mais que a natureza, a própria razão lhe dita. Cabe, então, a coação legal, para suprir a falta.

Impossível seria que se impusesse à coletividade tal responsabilidade. Daí a sua fixação no núcleo familiar, onde os seus membros devem, em decorrência dos laços mais estreitos que os ligam, apresentar maior receptividade às necessidades dos parentes. Dessa forma realiza no âmbito legal aquilo que a natureza, por si só, evidencia, ou seja, a necessidade de entreaajuda. Se no plano geral a obra seria impossível, no familiar é possível e necessária. Corporifica-se em texto legal o que dorme na consciência de homem: o socorro e a ajuda mútua.

Incapaz para o trabalho, doente, qualquer que seja a razão, se presente a necessidade, ali o socorre a obrigação alimentar, assegurando a vida humana.

Não se deve, como assinala MARTINHO GARCEZ FILHO, confundir-la com a "assistência dispensada pelo Estado ou Associações destinadas ao amparo e sustento dos indigentes" (2), embora aqui se procure, também, a assistência ao menos favorecido.

Tem-se considerado até aqui a obrigação imposta pela lei aos parentes e aos cônjuges. Mas não se deve esquecer que ela pode ser oriunda da convenção ou testamento, e até mesmo de condenação por ato ilícito, embora, como assevera JOSSERAND, ela seja mais frequente no âmbito familiar (3).

É da obrigação alimentar entre parentes e cônjuges de que se irá tratar.

## 2 — PRESSUPOSTOS

Para que se configure a obrigação alimentar, a lei reclama o curso de determinados pressupostos, a saber:

- a) parentesco dentro dos limites traçados pela lei;
- b) divórcio, pois, no melhor entendimento, vigente a sociedade conjugal, ou em caso de separação judicial, persiste o dever de mútua assistência;
- c) estado de miserabilidade;
- d) condição econômico-financeira do devedor.

Quem demanda alimentos deve estar em situação que lhe impossibilite a manutenção.

Sustentam ENNECERUS, KIPP e WOLF que se há de ter em conta tanto o patrimônio quanto a capacidade de trabalho do credor. Só após esgotados seus próprios recursos, seja utilizando os rendimentos, seja o capital em si mesmo, será parte legítima para reclamar os alimentos (4).

(2) *Direito de Família*, vol. II, pág. 209.

(3) *Derecho Civil*, T. I, vol. II, pág. 303.

(4) *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, vol. II, pág. 223.

Este é sem dúvida alguma o melhor entendimento, pois se o demandante possui patrimônio bastante para sua subsistência, é indiscutível que lance mão dele, para depois se voltar contra o devedor.

Mas se o bem que possui é imprestável ou improdutivo, para a constituição de renda vitalícia, entende-se com JOSSERAND que não lhe deve ser imposta sua venda, antes de pleitear alimentos <sup>(5)</sup>.

Mas não se esqueça, como assevera DE PAGE, que o estado de necessidade é essencialmente uma questão de fato <sup>(6)</sup>. Seu exame se fará sob orientação relativa. Assinala, com propriedade, JEAN PELISSIER que ele é o resultado da comparação entre os recursos do credor e suas necessidades pessoais <sup>(7)</sup>. Só quando os recursos próprios se esgotam é que se desenha o estado de miserabilidade.

Não se deve perder de vista a natureza do trabalho do credor. Um exemplo facilita o entendimento: se um trabalhador braçal ficar em uma cadeira de rodas, obviamente não dispõe de recursos para sua subsistência. Mas se isto ocorre com um profissional liberal, como um médico, um advogado etc., nada impede o exercício da profissão.

CUNHA GONÇALVES tece considerações em torno da situação social do credor, dizendo que não se pode exigir a um bacharel que vá empregar-se como cavador, mas não é forçoso que encontre emprego correspondente à sua habilitação profissional, desde que possa ser colocado em um emprego decente da burocracia, do comércio ou indústria <sup>(8)</sup>.

A lição é de todo procedente. Deve-se exigir do indivíduo colocação compatível com sua posição social.

No âmbito das relações entre pais e filhos, há, em verdade, dever de atender à subsistência dos últimos, se menores.

Se o filho menor dispõe de rendimentos ou bens de qualquer natureza, que atendam às suas necessidades, entende-se que não terá direito aos alimentos. Em verdade, não se justifica o sacrifício. Caso contrário, os pais têm que socorrer, dividindo o pouco que possuem. É sagrada a obrigação dos pais para com os filhos menores.

Quando o filho é maior, reclama-se a concorrência de todos os pressupostos, ou seja, estado de miserabilidade e condição econômico-financeira do devedor, porque ele já tem condições de lutar por sua subsistência.

Seria lícito alguém se recusar a trabalhar, sob o argumento de que tal atividade lhe prejudicaria o futuro?

Tome-se o exemplo de um estudante que alegue que o trabalho lhe impedirá o exercício de sua atividade: estudar.

Respondendo à questão, sustenta LEHMAN, com propriedade, que não cabe exigir, em princípio, do estudante uma atividade profissional,

(5) *Derecho Civil*, t. I, vol. II, pág. 313.

(6) *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. I, pág. 601, nota 1.

(7) *Les Obligations Alimentaires*, pág. 161.

(8) *Tratado de Direito Civil*, vol. II, pág. 439.

embora conclua que tudo depende das circunstâncias do caso concreto (9).

Sem dúvida alguma a matéria é de fato. O problema social estará presente mais uma vez. Ao estudante caberá provar que não encontrou colocação compatível com sua classe social, ou que, por pertencer à classe abastada, em sua idade não se exige atividade dessa natureza.

Se um terceiro fornece condições ao credor, que lhe permite fazer frente aos seus gastos, os alimentos lhe serão negados. Seria absurdo que, tendo com o que viver, viesse a onerar outra pessoa, enriquecendo-se dessa forma. Os alimentos visam a manutenção do alimentando, não sendo fonte de fortuna.

A prova da necessidade incumbe ao credor.

Sobre o assunto merece destaque a lição de DE PAGE. Ensina ele que o estado de necessidade não precisa ser absoluto. É relativo, não sendo preciso que o credor venha a morrer de fome. Essa relatividade, segundo ele, equivale a dizer que o que conta são as condições normais de vida em que ele vive, em razão de sua educação e condição social (10).

Se o credor concorreu para o seu estado de miserabilidade merece o socorro legal?

As opiniões são divergentes.

PONTES DE MIRANDA (11), JOSSE RAND (12), CUNHA GONÇALVES (13), entre outros, sustentam que os alimentos são devidos em qualquer circunstância.

Em sentido contrário se orienta DE PAGE (14).

Se o indivíduo chega à miséria por sua própria culpa, é antes de tudo um indigente moral. O socorro se mostra indispensável, pois, inclusive, se lhe abre oportunidade de recuperação, no momento que seus atos negativos passam a chicotear-lhe a existência.

O devedor deve estar em condições de atender o pedido. É mister, por conseguinte, uma comparação dos seus recursos com suas necessidades. Se estas não são atendidas, por insuficientes os meios de que dispõe, como se exigir que vá dividir seus reduzidos proventos com o credor? Exceção a esta regra é o filho menor, que sempre será atendido, e o cônjuge. A manutenção da prole e o dever de mútua assistência são imperativos legais. Não se cogita, nesses dois casos, da situação econômico-financeira do devedor.

(9) *Derecho de Familia*, pág. 390.

(10) Ob. cit., t. I, pág. 614.

(11) *Tratado de Direito Privado*, t. IX, pág. 218.

(12) Ob. cit., pág. 313.

(13) Ob. cit., vol. II, pág. 437.

(14) Ob. cit., t. I, pág. 615.

Há de se assegurar, antes de mais nada, ao devedor meios para sua própria sobrevivência, de forma condigna, para só depois lhe ser imposto o encargo. Não é sensato que sacrifique sua família e a si mesmo.

Os alimentos são proporcionais aos rendimentos do devedor e não a seu patrimônio, razão pela qual ele não pode ser compelido a dispor dele para socorrer o credor. LAFAIETE RODRIGUES DE MENEZES já defendia este ponto de vista, ensinando que os alimentos são tirados dos créditos dos bens (15).

A pensão será fixada em função do que o credor efetivamente percebe, sendo temerário o entendimento daqueles que defendem a inclusão do que se poderá vir a ganhar, como o fazem LEHMAN (16) e ENNECCERUS, KIPP e WOLF (17). A base de cálculo é o *valor atual*, aquilo que efetivamente existe, sendo inconcebível a admissão em uma verba certa de um valor futuro.

Não cabe ao credor provar que o devedor está em condições de atendê-lo. Cumpre-lhe apenas demonstrar o estado de miserabilidade em que se encontra. O devedor é que, em sua defesa, provará que não dispõe de meios para prestar o socorro reclamado. A única exceção a esta regra é encontrada no Direito suíço, estabelecendo o art. 329,2, que os irmãos e irmãs não serão compelidos a prestar alimentos senão quando em situação favorável.

A explicação dessa peculiaridade é encontrada em ROSSEL e MENTHA:

“Cette curieuse disposition s’explique historiquement: comme, en général, la législation cantonale, n’étendait pas l’obligation alimentaire aux frères et soeurs, on n’a pas voulu la leur infliger sans quelque atténuation” (18).

A regra, portanto, é o devedor provar que não se encontra em condições de atender ao pedido do credor.

### 3 — ALIMENTOS ENTRE PARENTES

A lei fixa, no núcleo familiar, os limites em que os alimentos são devidos. Especifica as pessoas que terão direito de demandar pelo auxílio.

No Direito brasileiro, vigente ou não a sociedade conjugal, os pais têm para com os filhos menores, não obrigação alimentar típica, mas verdadeiro dever de assistência. Não é necessária a concorrência do pressuposto *condição econômico-financeira* para que sejam compelidos a atender aos filhos menores. Como salienta CLÓVIS BEVILÁQUA, faz parte do “dever de em que estão de conservar e felicitar aqueles que fizeram vir ao mundo” (19). É ditame moral consagrado pela lei.

(15) Apud Pontes de Miranda, ob. cit., t. IX, pág. 220.

(16) Ob. cit., pág. 392.

(17) *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, vol. II, pág. 225.

(18) *Manuel de Droit Civil Suisse*, t. I, pág. 390.

(19) *Direito de Família*, pág. 412.

Mas se o filho menor dispõe de meios para atender aos seus gastos, não se admite que acione os pais.

No caso de filho maior, concorrem todos os pressupostos examinados anteriormente. (§ 2º, supra.)

Dentro do princípio de reciprocidade, já conhecido dos romanos e consagrado nas Ordenações Filipinas (Liv. 4, tit. 99, e Liv. 1, tit. 88), os filhos estão obrigados a socorrer os pais.

Ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que o filho natural goza do direito aos alimentos, uma vez reconhecida a paternidade, estando obrigado, também, a socorrer o pai (20).

O filho adúltero, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, está apto a acionar o pai para que lhe seja reconhecida a paternidade. Se vigente a sociedade conjugal, lhe é facultado, em segredo de Justiça, pleitear alimentos, nos termos do art. 4º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.

O pai, a seu turno, não tem tal direito, porque a filiação não admite reconhecimento.

A orientação atual é diferente daquela do Código Civil, que só admitia os alimentos se a paternidade fosse provada de forma indireta, não cabendo a iniciativa do interessado.

A situação do filho incestuoso é controvertida.

Assim é que CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA sustenta que só ao filho incestuoso é negada a ação de perfilhação, como ainda a atribuição de estado de reconhecimento espontâneo formal, restando-lhe apenas a concessão do art. 405 do Código Civil (21).

Defende o grande civilista pátrio a plena vigência do art. 405 do Código Civil. O filho incestuoso só terá direito aos alimentos em havendo sentença irrecorrível, não provocada por ele, ou declaração escrita ou confissão do pai, fazendo certa a paternidade.

Em sentido contrário a autoridade de ORLANDO GOMES, para quem o filho incestuoso teria ação contra o pai, por força do art. 4º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que teria revogado, assim, a disposição do Código Civil (art. 405). A este entendimento se chega, argumenta o doutrinador, porque o diploma legal usa a expressão *filhos ilegítimos*, que compreende todos os espúrios (22).

Convence melhor o pensamento do jurista baiano.

Quanto ao filho adotivo, lhe é facultado reclamar alimentos do adotante e, na falta deste, dos pais naturais, pois a adoção não extin-

(20) *Instituições de Direito Civil*, vol. V, pág. 263.

(21) *Ob. cit.*, pág. 265.

(22) *Direito de Família*, pág. 337.

gue o parentesco natural. Mas a obrigação, no último caso, tem caráter subsidiário.

Os alimentos são devidos entre ascendentes, descendentes e irmãos, sejam germanos ou unilaterais. Ela recai no mais próximo em grau, passando para o mais remoto.

Se o parente mais próximo não dispuser de meios para atender ao pedido, ou só tiver condições de prestar auxílio parcial, nada impede que se acione o parente mais remoto.

Os irmãos ocupam o último lugar na escala de exigibilidade, só comparecendo na falta dos ascendentes e descendentes.

Em Portugal, o direito alimentar é recíproco entre descendentes e ascendentes legítimos e, igualmente, entre pais e filho ilegítimo reconhecido voluntariamente, ou descendentes legítimos deste (art. 2.020 do CC).

Os alimentos são devidos entre irmãos legítimos e irmãos germanos ilegítimos (art. 2.022 do CC). Os tios estão obrigados a alimentos se o alimentando for filho legítimo de irmão legítimo ou de irmão germano daquele. No entanto, tal obrigação vigora até que o alimentando faça dezoito anos (art. 2.023 do Código Civil c/c art. 2.009 do mesmo diploma legal). Entre descendentes e ascendentes os alimentos são devidos segundo a ordem de sucessão legítima.

O Direito português reclama os mesmos pressupostos examinados na legislação nacional.

Em caso de adoção plena, o adotado e seus descendentes não têm vinculação com os parentes do adotante, não havendo entre eles obrigação alimentar. Já em relação ao adotante, é considerado filho legítimo, com todas as conseqüências legais (art. 1.979 c/c com art. 1.948, I, ambos do Código Civil).

Em se tratando de adoção restrita, o adotado e seus descendentes legítimos são obrigados a prestar alimentos ao adotante, na falta de cônjuge, descendente ou ascendente; mas a obrigação de atender ao adotado e seus descendentes incumbe ao adotante, em primeiro lugar (art. 1.995 CC). Se o adotante não puder ajudá-los, podem recorrer à família natural (art. 1.995 CC).

Na França, a obrigação alimentar é reconhecida entre pais e filhos, ascendentes e descendentes, bem como entre afins. Estes últimos, em casos excepcionais, pois a regra é que a afinidade produz efeitos menos enérgicos.

Segundo JOSSERAND, a jurisprudência francesa tem se orientado no sentido de admitir que o credor se dirija contra quem quiser, elegendo, livremente, entre os devedores. Está autorizado a recorrer a um afim antes de fazê-lo em relação aos pais. Segundo o doutrinador, a solução é contrária à tradição do direito, pois POTHIER já afirmava o caráter subsidiário da obrigação dos avós com relação aos pais, como, também, a obrigação dos netos, com relação aos filhos. Seria, portan-

to, necessário que se observasse uma hierarquia, como no Direito alemão (23).

Ensina JEAN CARBONNIER que os filhos adulterinos, incestuosos e naturais gozam do direito aos alimentos (24).

Na Alemanha, os descendentes precedem aos ascendentes, segundo a ordem de sucessão e na proporção das cotas sucessórias. Entre parentes da linha ascendente, o mais próximo responde, com preferência aos mais remotos e, entre vários, igualmente próximos, por partes iguais. O pai antecede à mãe como obrigado. Só em caso de desfrute sobre o patrimônio dos filhos é que a mãe será chamada antes dele.

Os filhos solteiros menores gozam de privilégios, pois os pais não podem antepor o próprio sustento ao do filho, devendo lançar mão de todos os meios possíveis para atendê-los.

O adotante deve alimentos ao filho adotivo, como se legítimo fosse. Se existem parentes naturais obrigados a prestar alimentos, sua obrigação não desaparece pela adoção, mas o dever do adotante é prevalente.

No Direito argentino, os alimentos são devidos entre os legítimos na seguinte ordem: pai, mãe e filhos.

Na falta dos pais ou não dispondo eles de condições de atender, a obrigação se transfere aos ascendentes.

Os irmãos devem alimentos entre si.

No campo da afinidade só o sogro, a sogra, genro e nora, estão obrigados reciprocamente.

Entre os parentes ilegítimos os alimentos observam a seguinte escala: pai, mãe e seus ascendentes. Faltando os pais ou não dispondo de meios para atender ao alimentando, são convocados o avô, a avó e seus netos e netas.

Se o parentesco é natural, os pais prestarão alimentos até os dezoito anos, e mesmo depois, se se fizer necessário. Os herdeiros do pai respondem pelos alimentos. Existe reciprocidade entre pais e filhos.

Os filhos adulterinos e incestuosos, reconhecidos voluntariamente, gozam do direito de reclamar alimentos até os dezoito anos e sempre que tiverem necessidade, se reconhecidos voluntariamente.

Quanto ao caráter recíproco da obrigação entre pais e filhos adulterinos e incestuosos, entende a jurisprudência, segundo JOSÉ ARIAS, que ele existe (25). Em sentido contrário se encontra JOSÉ OLEGÁRIO MACHADO (26).

Na Espanha, a disciplina é feita da seguinte forma: os ascendentes e descendentes legítimos (equiparando-se a eles os legítimos por matrimônio subsequente); os pais e filhos legítimos por concessão real

(23) Ob. cit., pág. 315.

(24) *Droit Civil*, págs. 537 e 533.

(25) *Derecho de Familia*, pág. 58.

(26) Ob. cit., pág. 626.

(hoje Chefe de Estado) e os descendentes legítimos destes; os pais e os filhos naturais reconhecidos, e os descendentes legítimos destes. Estão eles obrigados aos alimentos amplos ou civis. Aos alimentos "restringidos" ou naturais obrigam-se os pais e filhos ilegítimos, aos quais não ocorra a condição legal de naturais; os irmãos, ainda que só uterinos ou consangüíneos. Se os alimentos recaírem sobre vários obrigados, será obedecida a ordem abaixo:

- 1 — aos descendentes de grau mais próximo;
- 2 — aos ascendentes, também de grau mais próximo;
- 3 — aos irmãos.

No Direito suíço, os alimentos são devidos pelos ascendentes e descendentes, seja o parentesco em linha reta, *ad infinitum*, seja o parentesco legítimo ou natural. Os irmãos germanos, consangüíneos ou uterinos. Os afins não têm direito aos alimentos.

Em caso de casamento nulo, a situação dos filhos é a mesma dos filhos legítimos.

Os filhos naturais podem pleitear alimentos se reconhecidos pelos pais ou por sentença judicial.

O direito do filho adotivo é contra o adotante, mas não contra a família deste, não desaparecendo seus direitos e deveres em relação aos parentes de sangue.

#### 4 — ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES

Entre os deveres dos cônjuges está aquele de mútua assistência (art. 231, III, do Código Civil).

Ao marido, como representante legal da família, cabe prover a manutenção da família. Em situação normal sobre ele recai o encargo do sustento dos filhos menores e da mulher.

Estando o marido impossibilitado de cumprir com esta responsabilidade, a mulher é chamada para, com seu trabalho e haveres, contribuir para a manutenção do lar.

Estando a vida em comum se desenvolvendo dentro dos limites da harmonia e do equilíbrio, as relações se põem sem qualquer esforço.

Ocorrendo, no entanto, separação de fato, persistiria o dever de mútua assistência?

A resposta é positiva, não sendo lícito aos cônjuges se negarem ao dever que a lei lhes impõe.

Apenas no caso de abandono do lar sem justo motivo cessa a obrigação de sustento.

Em que pese o inciso IV do art. 234 do Código Civil, falar que cabe ao marido prover à manutenção da família, cumpre esclarecer que se o marido se encontra sem recursos, a mulher fica obrigada a socorrê-lo. É o ensinamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (27).

E a orientação é correta, por força do dever de mútua assistência que a lei impõe aos cônjuges. Inclusive a parte final do art. 234 do Código Civil determina o seqüestro de parte dos rendimentos da mulher em favor do marido e dos filhos, caso ela abandone, sem justa causa, a habitação conjugal.

O exame do Direito Comparado deixa claro que esta é a orientação adotada como regra geral.

Em Portugal, os alimentos são devidos pelos cônjuges mutuamente (arts. 2.015 e 1.673, ambos do Código Civil). Em caso de separação de fato, o inocente tem direito aos alimentos.

No Direito francês, segundo DE PAGE, a obrigação é recíproca, por força do que dispõem as alíneas b e j do art. 214 do Código Civil, resultando do dever de mútua assistência. Em caso de separação de fato, a mulher tem direito aos alimentos, se for inocente, em que pese a divergência jurisprudencial. Mesmo na separação de corpos o dever de mútua assistência persiste e, por conseguinte, a pensão alimentar (28).

Na lição de BORREL Y SOLER, o Direito espanhol reconhece o dever de mútua assistência, e a forma mais usual desse socorro é a prestação alimentar (29).

Na Suíça, durante a vigência da sociedade conjugal, os alimentos são devidos mutuamente em decorrência do próprio casamento.

Ocorrendo dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial, os alimentos continuam devidos. Ressalte-se que o dever de mútua assistência persiste, como deflui claramente do art. 3º da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 6.515/77, em caso de desquite, os alimentos eram prestados ao cônjuge *pobre e inocente* (art. 320 do Código Civil). Era uma sanção imposta ao faltoso, no *desquite litigioso*, pois naquele por mútuo consentimento, por se tratar de negócio jurídico bilateral, não se cogitava de culpa.

O cônjuge responsável pela separação perdia o direito aos alimentos, que persistiam apenas para o inocente e pobre. Este a qualquer momento podia pleitear o auxílio. Tinha-se por responsável o *culpado*, já que o desquite era imposto como sanção.

Com a Lei nº 6.515/77, a matéria sofre sensível modificação, porque o art. 19 reza que o cônjuge *responsável* pela separação judicial prestará ao outro, se dela *necessitar*, a pensão que o juiz fixar.

(27) Ob. cit., pág. 261.

(28) Ob. cit., t. I, pág. 604.

(29) Ob. cit., pág. 54.

Examinando o preceito, entende ANTONIO MACEDO DE CAMPOS que os alimentos são devidos pelo cônjuge que deu motivo ao pedido, não por aquele que teve a iniciativa da ação <sup>(30)</sup>.

Ao contrário do que ocorria sob a égide do Código Civil, que admitia o desquite litigioso como *sanção*, a Lei nº 6.515/77 consagra a separação judicial litigiosa como *sanção*, *falência* e *remédio*.

Em decorrência dessas diferentes espécies, a distribuição dos efeitos é feita de maneira diversa.

Se a *causa* da separação judicial é a ruptura da vida em comum ou doença mental grave, o *cônjuge que teve a iniciativa da separação judicial* perde o direito sobre os bens que o outro trouxe para o casamento; a mulher não poderá usar o nome do marido, quando tomar a iniciativa.

A guarda dos filhos, se o motivo da separação judicial é a ruptura da vida em comum, é entregue ao cônjuge em cuja companhia se encontram; se a causa é a doença mental grave, os filhos serão confiados ao cônjuge que estiver em condições de assumir normalmente sua guarda e educação.

Em nenhum dos casos apontados se cogitou de *culpa*, princípio que vigora apenas quando a separação judicial é concedida como *sanção* (arts. 10, 17 e 18).

O cônjuge que teve a *iniciativa* da separação, ajuizando ação de divórcio em decorrência de ruptura da vida em comum e doença mental grave, continua com o dever de assistência (art. 26).

Neste dispositivo não há qualquer referência a culpa.

*Responsabilidade* e *culpa* não se confundem. O indivíduo pode ser responsável sem ter culpa. Exemplo clássico é a fiança, em que o fiador responde sem ter culpa pelo inadimplemento da obrigação.

É perfeitamente compreensível que, ao falar em *cônjuge responsável*, a lei não está se referindo forçosamente a *cônjuge culpado*. A distribuição dos efeitos da separação judicial não se faz com fundamento na culpa, mas pela sua *causa determinante*. Isto está evidenciado pelos elementos coletados, e manifesta-se claramente no art. 26.

Ora, nada justifica tratamento diferente para duas hipóteses idênticas. Se o art. 26 referiu-se expressamente ao assunto, a razão é uma só: no divórcio, o dever de mútua assistência desaparece e como naqueles dois casos a lei entendeu que deveria permanecer, explicitou o fato.

Melhor seria que a matéria tivesse recebido tratamento objetivo, evitando tantos atropelos e incertezas. Foi mais um cochilo do legislador ordinário.

(30) *Teoria e Prática do Divórcio*, pág. 158.

Pela conjugação dos elementos coletados, é permitido apresentar o quadro dos alimentos, na separação judicial, da seguinte forma:

- a) sendo a separação judicial concedida em decorrência de conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, o cônjuge culpado continua obrigado aos alimentos;
- b) nos demais casos, o cônjuge que teve a iniciativa da ação fica responsável pelos alimentos.

Não se aplaude a linha adotada pela Lei nº 6.515/77, máxime na hipótese de ruptura da vida em comum, pelas injustiças que poderão ser cometidas. Melhor que a regulamentação da Emenda Constitucional se fizesse após estudo mais profundo, com exame dos diversos aspectos que envolve.

A orientação do Código Civil merecia ser mantida.

Sugere-se que se evite ajuizar ação com fundamento na ruptura da vida em comum, preferindo-se alicerçar o pedido na violação dos deveres do casamento, resguardando-se melhor o interessado.

O beneficiado será o cônjuge *pobre*.

Para garantir o cumprimento da pensão alimentar, é facultada a constituição de garantia real ou fidejussória, podendo o credor, no entanto, optar pela constituição de usufruto de bens do devedor. Também se o credor justificar a possibilidade de não recebimento regular da pensão, o juiz está autorizado a constituir o usufruto sobre bens do devedor.

O reajustamento da pensão se fará na forma dos índices de atualização das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, salvo decisão judicial (art. 22 da Lei nº 6.515/77).

A redação do art. 22 reclama interpretação cautelosa, não sendo crível que a lei admita a utilização de outro índice, máxime se for considerado que o Estado tem feito uso dos índices de ORTNs como índice para reajustamentos, como no caso dos aluguéis, visando a realização de sua política econômica.

A expressão "salvo decisão judicial" deve ser entendida no sentido de serem respeitados outros índices utilizados em processos anteriores à vigência da Lei nº 6.515/77. Não se quer dizer com isso que o credor esteja impedido de pleitear reajustamento com base em ORTNs, se este lhe for mais favorável.

Ao contrário do que ocorre na separação judicial, em que não se pode falar em obrigação alimentar, no rigor da palavra, com o divórcio a obrigação surge na sua acepção real, pois o dever de mútua assistência desaparece.

Como conseqüência, aquele que reclamar alimentos fica submetido aos pressupostos da obrigação alimentar:

- a) estado de miserabilidade do credor;
- b) condição econômico-financeira do devedor.

Aplica-se tudo aquilo que se estudou no § 2º, supra. O devedor só prestará alimentos se estiver em condições de atender.

Enquanto na separação judicial o devedor fica obrigado ao sacrifício para atender ao credor, por força do dever de mútua assistência, no divórcio, só será compelido à prestação se dispuser de meios.

No divórcio, a pensão assume caráter indenizatório.

A questão tem suscitado divergências doutrinárias. Assim é que JEAN PELISSIER sustenta que a obrigação tem o mesmo fundamento daquela existente entre os esposos não divorciados. Persistiria o dever de mútua assistência (31).

Em sentido contrário o entendimento de DE PAGE (32), CUNHA GONÇALVES (33) e JOSSERAND (34), entre outros.

No Direito positivo brasileiro, nenhuma dúvida pode pairar sobre o cunho indenizatório da pensão, pois o divórcio extingue com os efeitos civis do casamento, inclusive o dever de mútua assistência. Quando se entendeu que o dever de mútua assistência devia prevalecer, o fato foi consignado de forma expressa, no art. 26 da Lei nº 6.515/77. Também no art. 3º, ao disciplinar a separação judicial, observou-se que o dever de mútua assistência persistiria.

A pensão, no divórcio, é concedida porque o ex-cônjuge pode ter sido levado a uma situação difícil por não contar mais com a ajuda do outro. Sofre um prejuízo com a dissolução da sociedade conjugal.

Em caso de anulação de casamento, estando de boa-fé um ou ambos os cônjuges, os alimentos são devidos até a anulação.

Um fato que se observa na sociedade brasileira, quando da dissolução da sociedade conjugal, é a posição da parte beneficiada pela pensão, que passa o resto de sua vida vivendo dos alimentos, tornando-se peso morto no organismo social. Se a pensão alimentar não é fonte de ócio, não se justifica a inércia do credor. É de todo conveniente que se estude a solução adotada na Tchecoslováquia; a pensão perdurará por tempo nunca superior a cinco anos, só podendo ser prolongada em casos excepcionais, a critério do Tribunal (art. 92 da lei de 4 de dezembro de 1963).

Em Portugal, advindo o divórcio, separação judicial de pessoas e bens, o cônjuge inocente terá direito aos alimentos, se a culpa for de um deles; se ambos forem culpados, aquele que não for considerado o principal culpado terá direito à pensão; se os dois são igualmente culpados, ou a separação ocorre por mútuo consentimento, o direito aos alimentos é igual para eles.

Na hipótese de casamento anulado, o cônjuge de boa-fé conserva o direito aos alimentos, mesmo após o trânsito em julgado ou averbamento da decisão respectiva.

(31) Ob. cit., pág. 27.

(32) Ob. cit., pág. 1.016.

(33) *Tratado de Direito Civil*, vol. III, pág. 102.

(34) Ob. cit., pág. 306.

No Direito francês, em caso de separação de corpos, o dever de mútua assistência persiste, vigorando a pensão para o cônjuge necessitado. No divórcio os alimentos são devidos, o que não ocorre na anulação.

Na lição de ENNECCERUS, KIPP e WOLF, o Direito alemão estabelece que o culpado prestará alimentos ao inocente, em caso de dissolução da sociedade conjugal. Mas advertem que o tratamento legal é diferente para o homem e para a mulher. Esta, quando parte inocente, tem direito à pensão apenas se seus rendimentos não forem o bastante. Aquele só terá legitimidade para acionar, em sendo inocente, quando não estiver em condições de se manter por conta própria <sup>(35)</sup>.

No Direito argentino, em caso de divórcio, o marido atenderá a mulher se ela não dispuser de meios de sobrevivência (art. 71, MC). Sendo o casamento putativo, a obrigação alimentar persiste.

Nos termos do art. 1.434 do Código Civil espanhol, dissolvida a sociedade conjugal, a obrigação alimentar persiste, com caráter de reciprocidade. Já o casamento putativo só produzirá efeito em relação ao cônjuge de boa-fé.

No Direito suíço, reconhece-se, não apenas direito a indenização por danos materiais e morais, ao cônjuge inocente, como, também, pensão alimentícia. E em caso de anulação, a liquidação dos bens matrimoniais, indenização e alimentos, é feita na forma estabelecida para o divórcio.

## 5 — ALIMENTOS NA RÚSSIA, TCHECOSLOVÁQUIA E IUGOSLÁVIA

O estudo dos alimentos nos países da *cortina de ferro* oferece dificuldades, porque é impossível contar com obras doutrinárias e mesmo textos atualizados sobre o tema. Por isto é que, no desenvolvimento do presente parágrafo, transcrever-se-á os textos legais, na medida do possível, ensejando-se o conhecimento dos dispositivos, oferecendo-se oportunidade para novas conclusões por parte dos estudiosos.

Reservou-se um parágrafo para o exame da matéria porque se trata de direitos pertencentes a um sistema diferente daquele conhecido no mundo cristão.

A análise do Direito russo tem valor apenas histórico, uma vez que não se dispõe do Código em vigor. Focaliza-se o Código das Leis do Casamento, da Família e da Tutela, sancionado em 9 de novembro de 1926 e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1927.

O espírito do Direito de Família soviético vem delineado em instrução elaborada em 1929, pelo Colégio de Cassação da Corte Suprema, e que ARMINJON, NOLDE e WOLF dão a conhecer:

“Une série d'instruction de notre droit du mariage et de la famille et, en particulier, le droit aux aliments entre les membres de la famille, ont, comme point de départ, le fait qu'une

(35) Ob. cit., vol. I, pág. 231.

des principales fonctions, non certes l'unique, de la famille, tant à la campagne qu'en ville, est toujours une fonction d'assurance sociale de membres de cette famille . . . Pour autant qu'à l'étape actuelle du développement de notre économie et de notre genre d'existence le rôle du secours individuel à l'intérieur d'une famille n'est pas éliminé, les tribunaux sont obligés de tenir compte de ce que toutes les espèces d'obligations alimentaires sont comme de assurances sociales transplantées sur le terrain des rapports de famille." (36)

É dentro dessa orientação que se desenvolve e regulamenta o instituto dos alimentos.

a) *Alimentos entre parentes* — os artigos 42 e 49, 54 e 55, relacionam os obrigados aos alimentos: pais, filhos, irmãos, avós e netos.

Não basta a relação de parentesco, sendo, igualmente, necessária a concorrência de pressupostos, como deflui claramente do art. 49:

"Os filhos devem fornecer sustento aos pais indigentes e incapazes de trabalhar."

Ensina VICENTE RAO que se o Código não define deveres de caráter pessoal e moral dos filhos para com os pais, indica, contudo, uma obrigação de natureza patrimonial destes para com aqueles: a obrigação de lhes prestar alimentos (37).

Se o pai não preenche os requisitos legais, poderá, talvez, recorrer ao Código de Trabalho, fazendo uso do seguro social.

O filho atenderá na proporção de seus rendimentos, nos termos do art. 52:

"As pessoas obrigadas à prestação de alimentos respondem por partes iguais, salvo quando, devido à diversidade de sua situação patrimonial, ou à ausência de qualquer delas, ou a outras razões atendíveis, julga o tribunal necessário fixar outra proporção."

A disciplina dos alimentos entre irmãos é feita pelo art. 54:

"Os irmãos e irmãs não maiores, que se acham em estado de indigência e não podem receber o seu sustento dos pais, por ausência ou insolvibilidade destes, têm direito a reclamá-los dos irmãos possuidores de recursos suficientes."

O menor (14 a 18 anos), se em estado de indigência, dispõe de ação contra o irmão ou irmã, que atenderá se dispuser de meios para tanto, por força do que estatui o art. 52.

Se o menor reclamar alimentos dos avós, além do estado de indigência, deverá provar que não se encontra em condições de trabalhar.

(36) *Traité de Droit Comparé*, t. III, pág. 390.

(37) *Direito de Família dos Soviets*, pág. 168.

O tratamento é diferente daquele reservado para a relação entre irmãos. É o que se conclui do art. 55, em sua segunda parte:

“... Por igual forma os netos não-maiores, indigentes ou incapazes de trabalhar, que não podem receber o seu sustento dos pais, têm direito de recebê-lo dos avós possuidores de recursos bastantes.”

Os avós estão legitimados a reclamar alimentos dos netos, se o cônjuge ou os filhos não estiverem em condições de sustentá-los. Para acionarem têm que estar em estado de indigência e incapazes de trabalhar. É o que dispõe o art. 55, em sua primeira parte.

Conclui-se que os avós, embora autorizados a pleitear alimentos dos netos, que tenham condições para tanto, só estão obrigados a prestá-los ao neto menor. Não há reciprocidade entre eles, assim como não existe entre irmãos, que não estão obrigados entre si. É a solução que oferecem os artigos 54 e 55.

*b) Alimentos entre cônjuges* — para o povo russo, como declara a Exposição de Motivos, o casamento é uma associação de dois trabalhadores. Daí a redação do art. 14:

“O esposo indigente e incapaz de trabalhar tem o direito de receber do outro esposo o seu sustento, em sendo este reconhecido pelo tribunal, achar-se em condições de lhe prestar assistência. O esposo indigente e capaz de trabalhar goza, igualmente, do direito ao sustento, durante a sua desocupação.”

Fica claro que a obrigação de trabalhar incumbe aos dois cônjuges, consequência lógica dessa “associação de dois trabalhadores”. E para que se configure a obrigação alimentar entre os cônjuges, cumpre observar o seguinte: *a)* indigência; *b)* incapacidade de trabalhar; ou *c)* indigência e capacidade de trabalho durante a desocupação; *d)* capacidade econômica do cônjuge devedor.

Dissolvida a sociedade conjugal, passa a vigorar o que dispõe o art. 15:

“O direito ao sustento, que tem o esposo indigente e incapaz de trabalhar, contra o outro esposo, subsiste mesmo após a extinção do casamento, enquanto não se modificarem as condições que, de acordo com o art. 14 do presente Código, servem de base a tal direito; não pode porém ultrapassar de um ano, a contar da extinção do casamento. A soma do socorro devido ao esposo indigente e incapaz de trabalhar é fixada pelo tribunal, com duração máxima de seis meses, não podendo exceder o valor do socorro equivalente ao seguro social.”

O dispositivo legal suscita controvérsias, na lição de VICENTE RAO:

“ELIACHEVITCH — NOLDE e CHAMPCOMMUNAL assim distinguem os dois prazos acima: um ano para o esposo indigente incapaz de trabalhar, seis meses para o esposo indigente capaz de trabalhar.

Cumpra, porém, observar, sem prejuízo da autoridade de tão ilustres juristas, que em algumas traduções literais e diretas do texto russo, como, por exemplo, na de JEAN PATOUILLET, editada pela Biblioteca do Instituto de Direito Comparado, de Lyon, os dois prazos aparecem ligados à mesma hipótese de esposo indigente e incapaz de trabalhar.

De acordo com esta última tradução, dever-se-ia, pois, considerar o prazo de um ano como aquele dentro do qual pode o socorro ser reclamado, e o de 6 meses como tempo de duração do socorro reclamado em tempo hábil, isto é, dentro de um ano a contar da cessação do casamento.

Ora, duas razões acodem a dar preferência a esta última maneira de entender o texto: primeira, a de que o art. 22, ao tratar do registro da cessação do casamento e de acordo, entre as partes, sobre a obrigação de mútuo sustento, apenas alude ao esposo indigente e incapaz de trabalhar, o que é confirmado, ainda, pelo art. 24; segunda, a de que o Código de 1918, em seus artigos 119 e 130, onde consagra a disposição equivalente à do art. 15 do Código em vigor, limitava, por sua vez, ao esposo indigente e incapaz de trabalhar, tal direito ao sustento.” (38)

O conceito de indigência era encontrado no art. 107 do Código anterior: “indigente é o esposo que não possui o mínimo necessário para sua existência”.

Pelo exame feito, evidencia-se que é pobre a técnica jurídica russa, o que se explica pela falta de tradição do Direito soviético e pela tendência a uma sociedade sem Direito.

Na Tchecoslováquia, a matéria é regulada pelo Código de Família, publicado em 13 de dezembro de 1963, e que entrou em vigor em 19 de abril de 1964.

A aplicação do código é feita segundo princípios estabelecidos no diploma legal.

Assim é que faz repousar no casamento a base da sociedade, havendo igualdade de direitos entre os cônjuges. O casamento tem por finalidade a fundação da família e a boa educação dos filhos. Em relação a estes, os pais respondem, perante a sociedade, pelo seu desenvolvimento físico e psíquico, e pela educação que lhes reserva, pois dessa forma consegue reforçar a unidade entre os integrantes da família e da sociedade. Mas, por outro lado, a própria sociedade vela pela educação da criança, havendo para tanto órgãos estatais com essa única preocupação. A maternidade tem posição relevante e a mulher encontra nela a sua maior realização. Entre os membros da família há dever de entreatuação mútua visando assegurar, segundo suas condições e possibilidades, o desenvolvimento do nível material e cultural da família.

38) Ob. cit., pág. 113.

É dentro desses princípios que se erige a instituição familiar, e que se aplica a lei.

O núcleo familiar, para efeitos de alimentos, é reduzido aos ascendentes e descendentes, havendo reciprocidade entre pais e filhos, como vem assinalado no Capítulo I da Terceira Parte do Código de Família, que trata da "Obrigação Alimentar Recíproca entre Pais e Filhos". Esta reciprocidade atinge, de um modo geral, os ascendentes e descendentes, por força do art. 88, I.

Inexiste obrigação entre irmãos.

Os pressupostos de miserabilidade e condição econômico-financeira estão presentes por força do que dispõe o art. 96, I, inserido nas "Disposições Comuns", e que se aplica a todo o Direito Alimentar.

A parte final do artigo é bastante interessante, pois enseja ao tribunal um poder maior de apreciação, determinando que ele tenha em consideração se o devedor renuncia a um emprego melhor com o objetivo de prejudicar o credor, ou a uma vantagem patrimonial qualquer.

Em relação aos filhos menores, a pensão é devida, cumprindo ao tribunal agir independentemente de provocação. O socorro ao menor é feito de ofício. Mas o filho maior tem que requerer ao tribunal.

O socorro dos filhos aos pais é feito quando eles têm condições de ganhar a vida.

O art. 88 determina que o credor recorrerá aos parentes mais próximos, em primeiro lugar, para, só depois, se dirigir aos mais afastados.

Assim acionará, em primeiro lugar, os descendentes, e, não dispondo estes de recursos, sua ação será dirigida aos ascendentes. Em primeiro lugar, os mais próximos e, só mais tarde, os mais afastados.

Quando os obrigados são em maior número, cada qual responde por parte da dívida, segundo as possibilidades e capacidade dos devedores entre si.

A revisão dos alimentos é feita mediante provocação da parte interessada. Mas se for menor, a intervenção do tribunal se fará de ofício. Evidencia-se que é significativa a preocupação estatal com relação ao menor.

Em caso de adoção, estabelece-se, entre adotante e adotado, relação igual à existente entre pai e filho, com todas as suas conseqüências. E entre o adotado e os pais do adotante nasce, igualmente, uma relação de parentesco. Os direitos e deveres do adotado em relação a sua família desaparecem.

Quanto à tutela dos filhos, cumpre salientar que até que eles estejam em condições de atender às próprias necessidades, cumpre aos pais o socorro. Mas reserva a lei tratamento distinto, segundo sejam maiores ou menores. Estes são mais diretamente protegidos, agindo o Estado com rigor, intervindo sempre que se fizer necessário, sem que haja pedido nesse sentido. Se os pais não vivem juntos, cabe ao tribu-

nal a fixação da contribuição de cada um para o sustento dos filhos menores, ou homologar o acordo celebrado entre os pais. Se vivem juntos, e um deles não cumpre com o seu dever, novamente intervém o tribunal, para restaurar o equilíbrio comprometido. Se se tratar de maior, o tribunal só decidirá mediante provocação.

Vigente a sociedade conjugal, os cônjuges devem alimentos reciprocamente. E mesmo antes de se dirigirem aos filhos, cumpre-lhes exigir o auxílio do companheiro.

Existe entre marido e mulher dever de mútua assistência.

Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, por força do divórcio, a obrigação alimentar subsiste, não se cogitando, no entanto, de culpa. Pouco importa quem tenha dado causa a ele. O que se leva em consideração é simplesmente o fato de o cônjuge estar sem condições de obter o necessário para sua manutenção, e o outro dispor de meios para atendê-lo. É o que disciplina o art. 92, I.

Um aspecto interessante, que merece estudo, é a duração da pensão. Ao contrário do Direito brasileiro, o Direito tcheco limita a prestação a cinco anos. Findo este prazo, o devedor está liberado, e só por razões excepcionais o tribunal determinará que ela se prolongue ou se perpetue.

A morte do devedor extingue a obrigação, bem como o novo casamento do credor.

A situação da mãe solteira merece disciplina especial. O pai tem obrigação em relação a ela, devendo arcar com as suas necessidades durante vinte e cinco semanas, bem como com a gravidez e o parto. A pedido da mãe o tribunal imporá àquele, cuja paternidade é provável, a obrigação de fornecer à mulher meios para o pagamento de tais gastos, assim como os da criança, pelo período de vinte e cinco semanas.

Nas "Disposições Comuns" é encontrado o art. 96, 2, cujo alcance não se tem como prever, e em nome do qual não poucas injustiças poderão ser cometidas. Ele assim dispõe:

*"Une pension alimentaire ne saurait être attribuée, si cela était en contradiction avec les principes de morale de la société."*

A disposição é típica do sistema adotado por aquele Estado.

Na Iugoslávia, os alimentos encontram disciplina na Lei Fundamental sobre Casamento, de 3 de abril de 1946, Lei sobre Adoção, de 1º de abril de 1947, e Lei sobre Relações entre Pais e Filhos, de 1º de dezembro de 1947.

A obrigação alimentar entre pais e filhos tem caráter recíproco, assim como aquela entre irmãos, desde que se trate de irmão menor. Os alimentos estão presentes, ainda, entre outros parentes legítimos, em linha reta, ou seja, ascendentes e descendentes. Também o padrasto e a madrasta têm obrigação para com o enteado, com caráter recíproco.

A manutenção dos filhos menores não reclama a constatação do estado de miserabilidade.

Mas no que se refere aos outros parentes, o credor, para demandar, tem que estar incapacitado para o trabalho e sem meios de subsistência. Já o devedor tem que estar em condições de prestar, pois a lei fala em possibilidade do obrigado.

A adoção gera entre o adotante e o adotado, bem como em relação aos parentes destes, os mesmos direitos e deveres existentes entre pais e filhos (art. 17). Se a adoção se deu em conjunto pelos dois cônjuges, a morte de um deles não põe termo à relação. A adoção não cria qualquer vínculo entre o adotado e os pais do adotante e, por conseguinte, não nasce nenhum direito ou dever entre eles. Por outro lado, com relação aos direitos e deveres do adotado para com seus pais, bem como para com outros parentes, não sofre alterações em decorrência da adoção.

Existe entre os cônjuges dever de mútua assistência e fidelidade. Se um deles necessitar, por não dispor de meios para sua subsistência, por estar incapacitado para o trabalho ou por não encontrar ocupação, o outro está obrigado a socorrê-lo, desde que esteja em condições de fazê-lo. Vê-se, novamente, a presença daqueles pressupostos comuns a outros Direitos de orientação comunista, e mesmo aos Direitos do sistema francês, no que tange à obrigação alimentar: a necessidade de quem pede e a condição de quem dá.

Em caso de dissolução da sociedade conjugal, o cônjuge inocente tem direito aos alimentos, concorrendo os seguintes elementos: falta de recurso, incapacidade para o trabalho, falta de ocupação. Só pela concorrência de tais pressupostos surge o direito do credor. O devedor prestará os alimentos se dispuser de meios para tanto. Com o casamento do credor extingue-se a pensão, o mesmo ocorrendo caso ele se torne indigno.

Contempla-se o casamento inexistente, reservando-se ao cônjuge inocente o mesmo tratamento que se reconhece ao divorciado. Assim, aquele que desconhecia a causa determinante da inexistência tem direito aos alimentos em relação ao culpado nas mesmas condições do divorciado.

Em caso de anulação de casamento, o tratamento é o mesmo: o cônjuge inocente é equiparado ao divorciado e os filhos tidos como legítimos.

A exposição feita com relação ao Direito da Rússia, Tchecoslováquia e Iugoslávia, autoriza concluir que, em que pese as variações existentes entre eles em alguns pontos, no conjunto, as soluções não fogem daquelas dadas pelos Direitos do sistema francês. Esta é a característica dos Direitos do grupo comunista que, naquilo que não fere o marxismo-leninismo, adota soluções iguais àquelas adotadas pelos Estados de orientação cristã.

# Da necessidade de nova intervenção do legislador para restabelecer a harmonia entre o Direito Civil e o Processo Civil

(A impropriedade do critério insito no art. 1.014, parágrafo único, do novo CPC).

Des. ALCINO PINTO FALCÃO

## SUMA:

Partilha amigável do pai.

Colação.

Direito comparado.

Valor dos bens.

Problema criado pelo novo CPC.

1. Desde os reinícolas que uns (o famoso Dr. Pascoal de MELO FREIRE) acham ser por demais simples o instituto da partilha feita em vida pelo ascendente e outros divergindo, como Manoel de Almeida e Sousa, DE LOBÃO (1),

(1) Cf. *Notas do uso prático e críticas*, vol. III da edição da Imprensa Nacional de Lisboa (1885), pág. 388 (ao Tit. XII, § 3.º, do Livro III, das *Instituições* do citado Dr. Melo Freire).

em notas ao primeiro, quando, dizendo-se arrimado em Guerreiro e outros mais antigos, dizia:

“A matéria das partilhas, feitas pelos pais aos filhos por ato entre vivos, não é tão fácil como pensou Melo.”

E tudo indica que a boa razão estivesse com este último praxista, ao menos face ao problema que o nosso novo Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73) houve por bem de nos trazer, inovando para pior, neste ponto como em muitos outros de direito material, que nele não deveriam figurar.

É que, em si simples, o instituto vem a apresentar dificuldades, principalmente quando confrontado com o da colação, se o intérprete não atender que aquele se distingue e com este, às vezes, faz exceção.

2. Em sua aparente singeleza, o nosso Código Civil de 1917, em seu artigo 1.776, prevê:

“É válida a partilha feita pelo pai, por atos entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.” (2)

A segunda parte do artigo, abrindo espaço para dificuldades (e aí é que, parece, LOBÃO, prevendo, as divisava), permite ligar o artigo ao 1.785 do mesmo diploma, pelo qual a “colação tem por fim igualar as legítimas dos herdeiros”, fazendo com que se lembre que já o art. 1.171 recitava:

“A doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima.”

Em perfeita concordância com esse modo de regular o tema pelo direito substantivo, o nosso primeiro Código de Processo Civil unitário (Decreto-Lei nº 1.608/39), no § 2º do art. 488, previa:

“Se o valor da doação, ou do dote, não constar do ato respectivo, nem houver estimação feita na época desse ato, o avaliador atribuirá aos bens conferidos o valor que teriam ao tempo da doação ou do dote.”

E assim para ficar de acordo com o artigo 1.792 da lei material (“Os bens doados ou dotados, imóveis, ou móveis, serão conferidos pelo valor certo ou pela estimação que deles houver sido feita na data da doação”).

---

(2) O atual Anteprojeto de Código Civil traz uma modificação para melhor, substituindo (art. 2.229) o “pelo pai” por um mais abrangente “por ascendente” no mais mantendo a redação de 1917. Sem espírito de síntese e hartamente diferente do nosso, o art. 2.029 do Código Civil português de 1966. Embora a maioria das legislações, das que admitem o instituto, só se refiram aos pais, não há motivo para não poder fazer a partilha em vida os avós, muitas vezes sem filhos vivos.

Mas o novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), que tantas vezes prima em dispor em contrário ao Código Civil, mais uma vez (e já agora indo, sem qualquer respeito, também contra o anteprojeto aludido) se deu ao luxo, dispondo no parágrafo único de seu artigo 1.014:

“Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as ações e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.” (8)

Em verdade — embora me parecendo ser a solução adotada no Código Civil de 1917 a mais justa e acertada — não se pode negar que o legislador, através dos séculos, tem variado ao propósito. No longo período, em que o assunto era disciplinado entre nós pelas Ordenações do Reino de Portugal, que mesmo após a Independência continuaram a vigor entre nós, por força da famosa lei de 20 de outubro de 1823, ensinava nosso ilustre colega Des. TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE, desembargador da Relação da Corte (em sua edição anotada (4) das clássicas *Primeiras Linhas sobre o Processo Orfanológico* do eminente advogado de Covilhã, bacharel José PEREIRA DE CARVALHO), ensinava, forte na Ordenação, L. IV, Tit. 97, §§ 13 usque 15, que, sendo a doação de bens de raiz, deve fazer-se diferença: porque ou os bens doados existem ainda em poder do doante ou não. Se não existem, devem necessariamente conferir-se pelo que valiam ao tempo da doação; se existem, deve ter-se em consideração, se estão danificados ou melhorados. No primeiro caso devem conferir-se pelo que valiam ao tempo da doação, excedendo as danificações à quarta parte do valor; no segundo, devem conferir-se pelo que valem ao tempo da colação, querendo os outros herdeiros. Já os móveis deviam vir à colação no estado em que estiverem ao tempo dela, quer fossem estimados, quer não; e não existindo, deve conferir-se o valor que eles tinham ao tempo do dote. E já em nota 116 (pág. 108) se esclarecia que no caso dos dotados se deveria atender ao valor do patrimônio dos doantes ao tempo da sua morte, salvo quando as doações foram feitas por motivo de casamento (aí, seria opcional: elegerem o tempo da doação ou o da morte dos doantes).

3. O instituto da partilha entre vivos convive com o da colação, mas como linhas paralelas, que se aproximam, mas não se encontram; antes, o primeiro repele a segunda, como se verá.

Assenta raízes a colação no Direito romano, mas com diferença digna de marca quanto à moderna colação — vê-se em MAX KASER (5) — já que no Di-

(3) Os próprios processualistas reconhecem que esse parágrafo contém direito substantivo (cf., Des. H. MORAIS E BARROS, nos *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. IX, págs. 226/229).

(4) Servimo-nos da edição do Rio de Janeiro, 1879. Ver, dela, nota 118, às págs. 109/110.

(5) Cf., *Römisches Privatrecht*, 5.ª edição, de 1966, págs. 281/282.

reito romano clássico o herdeiro, que já gozasse do *status* de emancipado, não apenas era chamado a conferir aquilo que havia recebido do defunto, mas também o que de seu (como patrimônio próprio) possuía, a fim de formar uma massa comum e igualarem-se os quinhões dos demais herdeiros não favorecidos (*nicht begünstigten Abkömmlingen gleichzustellen*).

Só na fase ulterior de orientalização do Direito romano é que a *collatio bonorum* se estendeu como dever de todos os descendentes, admitindo-se a presunção de que o morto haja querido a todos tratar de modo igual (*dass der Erblasser alle Abkömmlinge gleich behandeln wollte*); ou seja, a nova concepção de *collatio descendantium* — que é que tem pertinência ao direito mais moderno — modelada pelo Imperador Leão, no ano 472 da nossa era e ampliada, após, por Justiniano <sup>(6)</sup>.

Mas se é certo que a nossa colação encontra sua origem no Direito romano — não menos exato é que este nenhum subsídio nos poderá fornecer a respeito do *aliud* que sem dúvida é a hipótese de partilha de ascendente — de natureza contratual e prevista no art. 1.776 do nosso Código Civil, uma vez que, consubstanciando a doutrina consolidada, observam MITTEIS e LIEBERICH <sup>(7)</sup>, ao Direito romano eram desconhecidos os contratos hereditários, já que nele se estimava que a não revogabilidade chofraria a incondicional liberdade de testar, então reconhecida.

Tampouco para os fins do nosso art. 1.776 nos poderão trazer qualquer esclarecimento os doutores do Direito alemão atual, dada a amplitude nele reconhecida ao *Erbvertrag* <sup>(8)</sup>, isto é, contrato sucessório. Tampouco o Direito anglo-saxão, onde sempre foi ampla a liberdade de testar sem reserva de cota hereditária, mas que desconhece qualquer tipo de *Erbvertrag* <sup>(9)</sup> alemão, suíço ou escandinavo.

Para o nosso artigo 1.776 significativo é o Direito francês, pois nele, com perfeita correspondência ao nosso texto, que com ele se ajusta, é que o instituto da partilha de ascendente obteve sólidos alicerces jurídicos.

Esse produto do Direito costumeiro francês, que se conformou na Idade Média, em contraposição aos “países” franceses de Direito escrito, fiéis à tradição romana, veio a obter consagração no Código de Napoleão, e deste veio

(6) Cf., S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. II, págs. 641/642.

(7) Cf., *Deutsches Privatrecht*, 3.<sup>a</sup> edição, pág. 152.

(8) Cf., HORST BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 116.

(9) Cf., ARMINJON, NOLDE e WOLFF, *Droit Comparé*, tomo III, Paris, 1952, pág. 90. Ver nota 13 adiante, quanto ao Direito austríaco.

a inspirar o art. 1.044 do Código Civil italiano de 1865, o que deu margem a autorizadas lições de mestres peninsulares que escreveram sob o regime daquele revogado diploma italiano, já que o mais recente — com aplauso de uns e saudosismo de outros <sup>(10)</sup> — acabou por não mais prever essa modalidade de partilha *inter vivos*, por ato entre vivos, que é a partilha de ascendente. Essa desativação do instituto da partilha em vida no Código italiano do legislador fascista não tem a mesma *ratio* da previsão da norma alemã ou inglesa em que, na primeira, decorre da ampla liberdade dos pactos sucessórios, isto é, dos *Erbvertrage* e, na inglesa, do princípio da plena mutabilidade dos testamentos, como uso já gravado — mas sim, como próprio daquele regime político (infenso a homenagear princípios de liberdade), de uma posição **proibitiva**, consagrada na primeira parte do art. 3º do livro relativo às sucessões e doações (“é nula toda convenção com que se disponha da própria sucessão”); a colocação do princípio logo no início do referido livro (Livro II) foi justificada no famoso Relatório ao Rei, por “... constituir a norma a consequência lógica do princípio de que a delação da herança pode dar-se apenas por lei ou testamento” <sup>(11)</sup>.

O Direito espanhol (além de ter o particularismo de, no ponto, vigorar o princípio romano em Catalunha, Navarra e Baleares) <sup>(12)</sup>, no art. 1.056 do Código Civil, admite o que os autores chamam de “partición practicada por el causante por actos *inter vivos*”. Mas, observam os especialistas citados em a nota dozena, a jurisprudência (citam julgados de 13 de junho de 1903 e de 6 de março de 1945) — esse ato jurídico é sempre revogável: “esta partição, apesar de feita por atos entre vivos, tem a natureza essencialmente revogável de toda disposição testamentária, pois sempre é ato *mortis causa*”. Com cópia de argumentos e fulcro no julgado de 1945, afirmam que o artigo espanhol não se informou no Código de Napoleão, já que este admite um *aliud*: “doação-partilha”, figura de caráter misto (sucessório e contratual); declaradamente favoráveis à solução do Código Civil espanhol, considerando inconveniente e fonte de problemas a solução francesa, dizem que não foram bem inspirados os argentinos, por admitirem a partilha de ascendente por ato entre vivos, tanto assim que o clássico civilista portenho LAFAILLE dela diz que sempre mereceu críticas em todos os tempos, recordando a trama da famosa obra de Shakespeare, **O Rei Lear**...

(10) Cf., F. AZZARITI, MARTINEZ e G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed., págs. 579/580.

(11) Cf., NICOLA STOLFI e FRANCESCO STOLFI, *Il codice civile commentato*, Nápoles, 1941, vol. II, pág. 8.

(12) Cf., os notáveis ROCA SASTRE e PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, vol. II, págs. 379/380, 384 usque 395.

As considerações acima, fora sua pertinência ao Direito comparado, servem para dar razão ao velho Lobão, ao discrepar de Melo Freire: os direitos divergem entre si (13).

4. Uma coisa parece logicamente dever concluir-se: a partilha em vida do pai faz inútil e incabível a conferência ou colação (14).

A partilha em vida íntegra, sem dúvida, um ato de doação, mas não é apenas uma doação. Será um ato complexo (ato misto, como dizem os austríacos, segundo o autor citado em a nota 13 retro). É o que DANTE CAPORALI (15), escrevendo sobre o antigo diploma italiano, com precisa argumentação, punha em realce: "Esta divisão — *divisio parentum inter liberos* — é um ato complexo, porque, de um lado, o ascendente exercita seu direito de disposição sobre todo o seu patrimônio ou sobre uma parte deste; de outro lado, como uma espécie de magistrado doméstico, julga da oportunidade de repartir os bens entre os descendentes, no modo que ele supõe mais cômodo... *Omissis*... A divisão do ascendente exclui a divisão judicial (grifo meu), se compreende todos os seus bens; se, ao revés, diz respeito apenas a parte dos bens, então é que se deverá proceder a uma divisão judicial desses outros bens."

(13) Dentro de um mesmo grupo, há sempre espaço para diferenciações, em geral não havendo fidelidade absoluta a um determinado modelo. É o que se vê, por exemplo, em relação ao sistema alemão, no que tange ao Direito austríaco. O Direito austríaco reconhece o *Erbvertrag*, mas sem a amplitude do alemão, suíço e escandinavo — já que se limita a tolerá-los entre cônjuges e noivos, esclarecendo FRANZ GSCHNITZER, o egrégio catedrático de Innsbruck, em seu livro *Erbrecht* ("Springer Verlag", 1964, págs. 38/39): a) que tal contrato não é obrigacional: ele não obriga (*er verpflichtet nicht*), apenas vincula (*er bindet nur*), tratando-se de *contractus sui generis* (embora não tranqüilo o ponto, *str.*). Isso pode parecer estranho a quem não estiver acostumado com aquela velha concepção binária *Schuld x Haftung*, do velho Direito germânico (sobre ela, o que já expus na *Revista Forense*, vol. 128/23); b) que a antiga doutrina e jurisprudência estimavam incabível tal contrato, se a favor de terceiro (em geral a favor da prole), mas a mais recente o admite. Justificam os austríacos a inclusão do *Erbvertrag* na lei civil, por ser instituto ligado ao testamento em comum, que permitem (como ocorria entre nós antes do nosso Código Civil).

(14) Os termos conferência e colação são sinônimos, na nossa usual prática forense, como nota CARVALHO SANTOS (cf. *Repertório Enciclopédico*, tomo IX, pág. 319), embora merecesse prosperar a distinção proposta por CLÓVIS BEVILAQUA (*Código Civil Comentado*, vol. VI, n.º 2, ao art. 1.786), em que se reservaria a denominação colação para o ato de restituição à massa hereditária dos bens doados ou dados em dote aos co-herdeiros para o fim de calcular a legítima. Conferência se reservaria para apelar o ato de verificar se houve excesso na liberalidade, a fim de se repor a parte inoficiosa.

(15) Cf. *Dizionario del Diritto Privato*, de Scialoja, Bonfante e Busatti, vol. II, n.º 65, pág. 672.

Em conhecido estudo exaustivo, sob o título *Rapporti giuridici fracoeredi*, GIUSEPPE PIOLA<sup>(16)</sup>, esteiado em julgados e na lição de Demolombe, Pacifici-Mazzoni e Melucci, com justificada ênfase acentuava que a dispensa de colação resulta, virtualmente, no caso de divisão ou partilha feita pelo ascendente por ato entre vivos e que a lei... “claramente demonstrou reconhecer o caráter de atribuição definitiva ao descendente daquilo que, com a partilha, dispôs o ascendente”.

Entre os franceses — cujo Código Civil, como já acentuado, serve de paradigma no ponto — dominante em jurisprudência forense e doutrinária é, no caso da mesma, não comportar o dever de levar à colação os bens (os herdeiros... *ne seront pas obligés de les rapporter au jour du décès du donateur pour les partager de nouveau*. É o que, traduzindo a *communis opinio*, diz o decano J. de la MORANDIÈRE<sup>(17)</sup>, merece transcrito.

“1.924 — 1.º Doação-partilha — A lei permite aos ascendentes fazer a distribuição e partilha de seus bens entre seus descendentes por ato entre vivos e esta forma de partilha é muito mais usada do que a por testamento. Ela é empregada por pais, mães ou outros ascendentes que, em ficando idosos, queiram descartar-se da administração e da exploração dos seus bens e eis porque os doam, total ou parcialmente, a seus filhos ou descendentes. Ao mesmo tempo eles, desde o presente, fazem a partilha entre eles, de tal sorte que... *étant non seulement donataires, mais copartageants, les enfants ne seront pas obligés de les rapporter au jour du décès du donateur pour les partager de nouveau*” (grifos meus).

E o decano acrescenta tratar-se de ato contratual, mas ato complexo, pois a... “*donation-partage... produit à la foi les effets de la donation et ceux du partage*” (os grifos são de próprio autor transcrito).

Dai, é fácil inferir que a norma traz ínsita (*ratio legis*) uma presunção, que autores do século passado já realçavam, como, pela maioria, G. BAUDRY-LACANTINERIE<sup>(18)</sup>, ao ponderar que uma das vantagens da partilha em vida é que... “*les biens qui dépérissent entre les mains débiles de l'ascendant prospéreront entre les mains jeunes et vigoureuses de ses descendants*”.

5. Do que acima se expôs parece permitir concluir que o legislador processual do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) cometeu uma *bévue*<sup>(19)</sup> no parágrafo único do art. 1.014, ao afastar-se, frontalmente, do critério civil, impondo-se um reexame do mesmo pelo Congresso, já agora sem as arbitrárias

(16) No antigo *Digesto Italiano*, vol. XXII, quarta parte, n.º 17, pág. 525 e nota onzena.

(17) Cf. *Cours de Droit Civil*, nona edição, tomo III, n.º 1.924, pág. 982.

(18) Cf. *Précis de Droit Civil*, sexta edição (1898), vol. III, n.º 1.183, pág. 776.

adobas do AI-5, que veio a implantar entre nós o sistema das transmissões, incompatível com a democracia representativa, em que o Poder Legislativo se transforma em mero órgão homologador das propostas (desenhos de lei “vinculativos”) do detentor do Poder (partido ou ditador, singular ou porta-voz de agrupamento, que haja usurpado aquele) <sup>(19)</sup>.

(19) O sistema, incompatível com a democracia representativa, que o malsinado AI-5 deu margem a instituir-se no Brasil — consciente ou inconscientemente — foi uma apropriação indébita do sistema das transmissões, que enfeia o regime soviético (sobre tal sistema, ver REINHART MAURACH, professor da Universidade de Munique, *Handbuch der Sowjetverfassung* (Isar Verlag, 1955), págs. 29 e 172/173). Muitas vezes se critica os outros quando o mal está em casa, mas é estranho que um regime que se propôs declarar guerra a outro não tenha tido pejo em praticar a herética importação e praticá-la como corruptela.

Num período oprobioso e opressivo as leis saem de ordinário imperfeitas, como é o caso do novo Código de Processo Civil, votado com trigança, enquanto o autor do Anteprojeto ainda Ministro. É sabido que emendas oferecidas por uma Comissão Revisora, nomeados seus membros pelo mesmo autor do Anteprojeto, nenhuma consideração mereceram do Governo da época, colocando os membros de tal comissão, apesar de ilustres professores e magistrados no ridículo; não há como deixar de reconhecer isso, bastando ler o que, com vexada honestidade, informa o prof. José Carlos BARBOSA MOREIRA, infelizmente membro da aludida Comissão Revisora (conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros em 22-1-1973 e publicada na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara*, vol. 29, págs. 5 e segs.). Como a memória dos homens é fraca, convém transcrever o que o ilustre processualista (hoje desembargador), com o pudor que o caracteriza, disse perante o Sodalício (pág. 13): ... “na Exposição de Motivos que o Ministro da Justiça (Prof. Alfredo Buzaid) encaminhou ao Presidente da República, nos últimos dias do mês de julho de 1972, com o texto do projeto a ser encaminhado ao Congresso Nacional, não se fez, surpreendentemente a meu ver, nenhuma referência aos trabalhos da Comissão Revisora. Também se omitiu a publicação desses trabalhos. O Decreto n.º 61.239, de 25 de agosto de 1967, no seu artigo 4.º, determinava que, encerrados os trabalhos da Comissão Revisora de qualquer dos Anteprojeto de Código então em andamento ou em cogitação pelo Governo, deveria o trabalho da Comissão Revisora ser publicado e, durante o prazo de noventa dias, aguardar-se a contribuição das pessoas e das entidades interessadas. Essa contribuição seria submetida novamente à própria Comissão Revisora, que então elaboraria, à luz dela, o texto definitivo, e este é que seria submetido ao Presidente da República para encaminhamento ao Congresso Nacional”.

O parágrafo único do art. 1.014 do novo Código de Processo Civil dá aso a desigualdade de tratamento e pode levar à perplexidade até. Aquela, porque em vigor ainda o art. 519 do Código Civil, pelo qual o reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias, tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo e já não assim ocorrerá no caso de colação, posto que os herdeiros que a exijam, em substância, devem ser tidos como reivindicantes de bens a entrar na massa hereditária, por sua estimação ao menos. E situações de perplexidade, no caso de *universitas rerum* (um rebanho dizimado pela peste, v. g.), de um estabelecimento que, *medio tempore*, caia em insolvência, nada disto estando previsto na solução preconizada no referido parágrafo.

# Interpretação no Direito de Autor

CARLOS ALBERTO BITTAR  
Mestre e Doutor em Direito pela USP

## SUMÁRIO

### I — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. Introdução
2. A natureza peculiar das normas de Direito de Autor: a proteção do autor de obra intelectual

### II — A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO DE AUTOR NO PLANO CONVENCIONAL E NO DO DIREITO COMPARADO

3. A edição de normas interpretativas especiais nas convenções internacionais
  - 3.1. Considerações preliminares
  - 3.2. Os textos convencionais
4. A edição de normas interpretativas especiais no Direito comparado
5. A interpretação no Direito Autoral francês
  - 5.1. Na lei
  - 5.2. Na doutrina moderna
  - 5.3. Na jurisprudência
  - 5.4. Na doutrina anterior à lei de 1957
6. A interpretação no Direito Autoral italiano
  - 6.1. Na lei
  - 6.2. Na doutrina moderna
  - 6.3. Na jurisprudência
  - 6.4. Na doutrina anterior à lei de 1941
7. A interpretação no Direito Autoral alemão
  - 7.1. Na lei
  - 7.2. Na doutrina
  - 7.3. Na jurisprudência
8. A interpretação no Direito Autoral de outros países
  - 8.1. No Direito escandinavo
  - 8.2. No Direito português
  - 8.3. No Direito espanhol
  - 8.4. No Direito mexicano
  - 8.5. No Direito argentino
  - 8.6. No Direito belga
  - 8.7. No Direito suíço
  - 8.8. No Direito irlandês
  - 8.9. No Direito tcheco
  - 8.10. No Direito iugoslavo
  - 8.11. No Direito soviético e no dos países socialistas

9. A exceção da interpretação extensiva no sistema anglo-norte-americano

### III — A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

10. A interpretação na lei atual
11. Na doutrina moderna
12. Na legislação anterior
13. Na doutrina anterior à Lei nº 5.988/73
14. Na jurisprudência

### IV — SÍNTESE CONCLUSIVA

## I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

### 1. Introdução

Conforme salientamos alhures, em certos campos do Direito, tendo em vista a respectiva índole, o legislador impõe determinada interpretação, limitando a atuação do exegeta ou do aplicador da lei, por meio de norma de cunho vinculatório (1).

Isso ocorre em razão da natureza especial do Direito em causa, dos princípios que o inspiram, da *ratio* que o embasa, como, por exemplo, no Direito de Autor, cujo caráter peculiar temos exalçado (2).

Com efeito, a orientação da interpretação, ou o direcionamento, pelo legislador, da ação do intérprete, tem em mira evitar o entendimento ampliativo, a conceituação dilatada, ou a conclusão extensiva, que possam sacrificar os objetivos últimos visados pelo mesmo Direito.

Nesse sentido, no plano do Direito de Autor — direito especial, em função exatamente do elemento moral que o integra e define — são erigidas normas especiais de proteção aos autores de obras literárias, artísticas e científicas, no sentido de garantir-lhes os direitos abrangidos em seu contexto, nas diferentes relações jurídicas em que se envolvam, conforme mostraremos no presente trabalho.

Esse Direito ampara — como se sabe — os autores de obras intelectuais, artísticas, literárias e científicas, visando garantir-lhes, de um lado, a proteção aos diferentes aspectos morais de sua produção, para assegurar a sua integridade e impedir qualquer ofensa e, de outro, proporcionar ao criador da obra as vantagens pecuniárias que a sua utilização econômica lhe puder oferecer.

As prerrogativas morais compõem o chamado "direito moral" e, as de cunho econômico, o "direito patrimonial" ou "pecuniário". Aquelas vão desde o direito de inédito ao de defesa da integridade da obra e estas correspondem à participação do autor em qualquer forma de utilização econômica da obra (3).

(1) V. nosso artigo "Interpretação no Direito em geral", in RT 493/24.

(2) Em várias oportunidades temos realçado esse aspecto. V., dentre outros trabalhos, nosso livro *Direito de Autor na Obra Feita Sob Encomenda*, S. Paulo, RT, 1977, especialmente págs. 4, 5, 18 e 19 segs.; e o verbete "Direito Autoral", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

(3) V., dentre outros autores, PEDRO VICENTE BOBBIO: *O Direito de Autor na Criação Musical*, S. Paulo, Lex, 1951, págs. 7 e 8.

## 2. A natureza peculiar das normas de Direito de Autor: a proteção do autor de obra intelectual

As normas de Direito de Autor são de natureza protetiva ao criador da obra. Com esse espírito, é que se erigiu todo o extenso conjunto de princípios e regras, que compõe o Direito de Autor, fruto, principalmente, dos trabalhos de inúmeras convenções internacionais e, por isso, caracterizado por um profundo sentido de uniformidade, mesmo no plano nacional.

Desde os primeiros movimentos para a sua regulamentação como direito, essa foi a idéia-matriz: a proteção dos autores de obras intelectuais.

E, com esse objetivo, efetuou-se, de 8 a 19 de setembro de 1884, a Convenção de Berna, que fixou os traços fundamentais desse Direito, cujos textos vêm sofrendo revisões periódicas, para adaptação à sua própria evolução e às novas conquistas da técnica (4).

Subjetivo e privatista, pois, mesmo por origem, é o sistema jurídico que deflui do reconhecimento dos direitos do autor sobre a sua criação intelectual. Volta-se para o amparo do autor, ou seja, do indivíduo como criador de obra de espírito. Por isso é que apresenta **ratio** especial, ou fundamento distinto, do direito comum, como já anotava ÉDOUARD SILZ (5). Rege relações pessoais do autor com sua obra e cuida de ampará-lo contra violação à sua personalidade especial como criador, conforme assinalam GEORGES MICHAÉLIDÈS NOUAROS (6) e HERMANO DUVAL (7).

Em face disso o Direito de Autor é, em princípio, ilimitado, para satisfazer aos interesses do criador da obra. Em consequência, suas normas representam restrições às regras gerais sobre o direito de liberdade de ação e sobre o de propriedade, como anota HUGO WISTRAND (8).

Assim, tem sido insculpido e consagrado nas Constituições dos Estados modernos como um dos direitos fundamentais do indivíduo. No Direito brasileiro, desde a primeira Constituição Republicana, de 1891 (art. 72, § 26), até o texto vigente (Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1/69: art. 153, § 25) (9).

Com efeito, conforme STIG STRÖMHOLM: "Tout le système du droit d'auteur, y compris les dispositions relatives aux contrats de cessions, a pour but d'assurer une protection efficace des intérêts qu'attache le créa-

(4) A convenção foi formalizada em 9-9-1886. V., dentre outros autores, ANTÔNIO CHAVES; **Direito Autoral de Radiodifusão**, S.P., Max Limonad, 1952, págs. 32 e segs.

(5) ÉDOUARD SILZ: "La notion juridique de droit de l'auteur — son fondement, ses limites", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, XXXII, págs. 331/424, especialmente pág. 394. A respeito, v. tb. nosso artigo "O Direito de Autor no Plano das Liberdades Públicas", in *Justitia*, 98, págs. 165 e segs.

(6) GEORGES MICHAÉLIDÈS NOUAROS: **Le Droit Moral de l'Auteur**, Paris, Arthur Rousseau, 1935, pág. 50.

(7) HERMANO DUVAL: **Direitos Autorais nas Invenções Modernas**, Rio, Ed. Andes, 1956, págs. 11 e 12.

(8) HUGO WISTRAND: **Les Exceptions Apporées aux Droits de l'Auteur sur ses Oeuvres**, Paris, Edit. Montchrétien, 1968, págs. 32 e 33.

(9) Todas as Constituições e reformas têm mantido a garantia, à exceção da Carta de 1937 (na Emenda de 7-9-1926: art. 72, § 26; Const. de 1934: art. 113, inc. 20; Const. de 1946: art. 150, § 25).

teur intellectuel à ses productions. C'est dans ce but que les législateurs modernes ont édité des règles plus ou moins complètes tendant à limiter strictement la portée des cessions, à réserver à l'auteur toutes les prérogatives qui ne rentrent pas, selon une interprétation étroite, parmi les droits dont il s'est départi" (10).

## II — A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO DE AUTOR NO PLANO CONVEN- CIONAL E NO DO DIREITO COMPARADO

### 3. A edição de normas interpretativas especiais nas convenções internacionais

#### 3.1. Considerações preliminares

Assim, em razão da natureza especial do Direito de Autor, é que se tem: **a)** adotado, como norma, a interpretação restrita dos negócios jurídicos sobre Direito de Autor, quase sempre por textos expressos; **b)** inserido normas singulares para o efetivo respeito e a defesa de suas prerrogativas, principalmente morais; **c)** limitado o alcance das cessões de direitos sobre a matéria autoral; e **d)** editado normas complementares sobre esse instituto, requerendo-se sempre a configuração expressa, no respectivo instrumento, dos direitos cedidos.

A edição de normas especiais de interpretação no Direito de Autor tem visado evitar dúvidas na prática, dentro da noção exposta de que impossível, mesmo por sua natureza, a extensão do entendimento dos termos ajustados pelas partes.

Por isso é que, mesmo à ausência de texto expresso, a doutrina e a jurisprudência sempre defenderam o princípio da interpretação limitativa nas convenções sobre matéria autoral.

Objetiva-se, com essa orientação, assegurar a efetividade da proteção que o Direito de Autor confere ao criador de obra intelectual, resguardando-o nos negócios jurídicos que celebra para a utilização econômica de sua obra.

É que, a par da índole especial desse Direito, a crescente multiplicação das formas de comunicação das obras de engenho e a necessidade de especialização para o exercício das atividades correspondentes têm exigido a atuação de empresas na reprodução ou representação dessas obras.

Assim sendo, o autor confia a editor ou empreendedor de espetáculos a divulgação e a exploração da obra, mediante participação nos resultados, e por meio de diferentes contratos: edição, encomenda, cessão, produção e outros (11).

E, como o autor, em geral, não dispõe de conhecimentos técnicos específicos, com muito mais razão recebe o amparo legal, seja na deli-

(10) STIG STRÖMHOLM: *La Concurrence entre l'Auteur d'une Oeuvre de l'Esprit et le Cessionnaire d'un Droit d'Exploitation*, Stockholm, Norstedt & Söners, 1969, pág. 11.

(11) A matéria foi desenvolvida em nossa dissertação *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, já citada, págs. 27 e seqs.

mitação do alcance das concessões que faz, seja na edição de normas disciplinadoras dos diversos contratos sobre direitos autorais.

Mas, precedendo a elaboração legislativa e informando as próprias convenções internacionais, a doutrina e a jurisprudência — aquela lapidando os contornos do direito moral e esta ditando soluções para os conflitos exurgidos e restringindo a extensão das autorizações dadas pelo autor — construíram todo um sistema de normas interpretativas para efeito de cingir os direitos cedidos àqueles individualizados no respectivo instrumento de negócio jurídico.

Sobressaem-se, dentre elas: a) a da necessidade de participação do autor em cada um dos processos de utilização, independentes entre si; e b) a obrigatoriedade de inserção, no instrumento de contrato, dos direitos cedidos, permanecendo na esfera do autor os não explicitados de forma inequívoca.

Identificam-se essas diretrizes em diversos sistemas legislativos nacionais mesmo entre aqueles separados por diferenças sensíveis em seu conjunto.

Isso se deveu, especialmente, às premissas que se fixaram por ocasião da primeira convenção sobre Direito de Autor, em que se definiu como uma das metas nesse campo a da uniformização legislativa <sup>(12)</sup>.

### 3.2. Os textos convencionais

Com efeito, os preceitos acima expostos encontram-se ínsitos nos textos da Convenção de Berna, de 1896, e nas subseqüentes revisões: Paris (Ato Adicional: 1896); Berlim (1908); Roma (1928); Bruxelas (1948); Roma (1961); Estocolmo (1967); e Paris (1971).

Na primeira convenção, os países contratantes constituíram-se em “estado de união”, para “a proteção do direito dos autores sobre obras literárias e artísticas” (incluídas as científicas: art. 4º), compreendendo os direitos já concedidos pelas leis nacionais e os que viessem a ser reconhecidos (arts. 1º e 2º).

O texto inaugural já distinguia a reprodução (art. 4º); a representação e execução pública (art. 9º); assegurando, ainda, o direito à tradução (art. 6º), e adaptações (art. 10), e referindo-se às obras publicadas pela imprensa, obras dramáticas, musicais e outras.

Considerava, pois, como independentes as formas de utilização da obra, exigindo a autorização do autor em cada caso.

O Ato Adicional de 1896 introduziu as novelas, publicadas em folhetins e em compilações periódicas, e os artigos de periódicos, estendendo a proteção à fotografia (art. 7º).

A Convenção de Berlim considerou protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor: as traduções, adaptações, arranjos,

(12) Sobre a Convenção de Berna: v. tb.: K. STOYANOVITCH: *Le Droit d'Auteur dans les Rapports entre la France et les Pays Socialistes*, Paris, Lib. Générale, 1959, págs. 53 e segs.; e MARIE CLAUDE DOCK: *Étude sur le Droit d'Auteur*, Paris, Lib. Générale, 1963

reproduções etc. (art. 2º), aplicando-se as suas disposições às fotografias e às obras obtidas por processo análogo (art. 3º). Exigiu a autorização do autor de obras musicais para a adaptação a instrumentos para reprodução mecânica e execução pública (art. 13) e para representação e reprodução pública pela cinematografia ou processo análogo (art. 14).

Reflete o texto a preocupação dos unionistas em submeter ao regime da Convenção os novos processos de comunicação introduzidos pela técnica, dentro da orientação primeira de não enunciar exaustivamente as obras protegidas e os processos de reprodução, a fim de não os deixar escapar ao seu alcance.

A Convenção de Roma, de 1928, consagrou expressamente o direito moral, consignando que, independentemente dos direitos patrimoniais e mesmo após a sua cessão, conserva o autor o direito de reivindicar a paternidade da obra e de opor-se a modificações que lhe sejam prejudiciais à honra ou reputação (art. 6º, **bis**).

Note-se ainda que o texto reafirma a pluralidade dos direitos patrimoniais.

A Convenção de Bruxelas, de 1948, introduziu novas formas de comunicação da obra, submetendo-as à autorização autoral; à radiodifusão ou à comunicação pública por qualquer meio; à comunicação pública diferente da do organismo de origem; à efetivada por meio de alto-falantes ou outro meio análogo (art. 11 — **bis**). Ressalvou que a autorização concedida em qualquer dos modos não implicava na de impressão por instrumento destinado a processos de reprodução de sons ou imagens (alínea 3ª). Inseriu, ainda, a recitação pública (art. 11 — **ter**); a impressão por instrumento mecânico para reprodução mecânica; a execução pública pela mesma forma (art. 13); a adaptação e reprodução cinematográfica e análogos (art. 14).

A Convenção de Paris, de 1971, que substituiu as demais (art. 32), aperfeiçoou mais os textos, falando em autorização para gravação (art. 11 — **bis**); transmissão pública (art. 11 — **ter**) e também para a tradução (art. 11 — **ter**); e estabelecendo o direito de participação do autor na mais-valia da obra de arte, ou direito de seqüência (art. 14 — **ter**).

O exame dos textos denuncia, pois, que os unionistas distinguem: a) o direito moral na base do Direito de Autor e, por isso, insuscetível de restrição na cessão de direitos patrimoniais; b) a existência de diferentes direitos patrimoniais, independentes, que se preocupam em destacar, à medida em que a técnica revela novas formas de comunicação das obras intelectuais; c) a necessidade de autorização autoral apartada para utilização de cada direito patrimonial; d) em conseqüência, a especificação, no instrumento de contrato, de cada direito cedido; e) a interpretação estrita de suas cláusulas.

#### 4. A edição de normas interpretativas especiais no Direito comparado

No Direito comparado encontram-se perfeitamente delineadas essas diretrizes. Deter-nos-emos no Direito francês, no italiano e no alemão,

examinando também outros ordenamentos jurídicos para, por fim, concentrar-nos no Direito brasileiro.

Pode-se, desde logo, assentar que, nas relações entre autor e editor (ou empreendedor ou cessionário de direitos autorais), prevalece o princípio da interpretação estrita.

Com efeito, demonstrando o interesse prático de que se revestem os conflitos sobre direitos autorais, em face da intensidade com que se exploram os direitos patrimoniais, salienta STIG STRÖMHOLM que impera nesse campo:

“Le principe de l'interprétation stricte des cessions en matière de droit d'auteur — principe adopté par les législateurs modernes — est destiné à laisser à l'auteur, après la cession d'une partie de ses droits, un faisceau de prérogatives bien défini” (13).

Isso confere uniformidade legislativa à matéria — conforme anotamos — fazendo com que, em sistemas jurídicos completamente diferentes, imperem os mesmos princípios de proteção ao criador da obra intelectual, evitando-se, em conseqüência, o entendimento extensivo no equacionamento de questões relativas a direitos autorais.

## 5. A interpretação no Direito Autoral francês

### 5.1. Na lei

A lei francesa, de 11-3-1957, destaca por expresse, no conteúdo do Direito de Autor, os atributos morais e os pecuniários (art. 1º).

Define os direitos morais como perpétuos, inalienáveis e imprescritíveis (art. 6º). Ao titular dos direitos cabe, outrossim, o direito exclusivo de exploração econômica da obra, sob qualquer forma (art. 21), compreendido sob as designações de reprodução e representação (art. 26).

Fixa a independência do aspecto incorpóreo do direito em relação à propriedade do objeto (art. 29). E, como conseqüência, prescreve que a cessão do direito de representação não importa no de reprodução, e vice-versa, assinalando que, mesmo quando um contrato implique em cessão total de direitos, deve entender-se como limitado aos modos de exploração nele previstos (art. 30). Impõe, ainda, a autorização do autor, por escrito, com relação a cada direito cedido, que cumpre seja mencionado especificadamente na estrutura da cessão, cujo instrumento limitará o âmbito do aproveitamento econômico, quanto à extensão, o destino, o lugar e a duração (art. 31).

Nessa ordem de idéias, a lei francesa declara nula a cessão global de obras futuras (art. 33), permitindo apenas a concessão de direito de preferência e com respeito a obras de gênero claramente determinado (art. 34). Além disso, estabelece a participação proporcional do autor em qualquer cessão (total ou parcial) de direitos (art. 35).

(13) Ob. cit., pág. 13.

Outrossim, a exploração econômica da obra por forma não previsível ou não prevista no contrato deve ser estipulada mediante cláusula expressa, que preveja a participação proporcional do autor (art. 38).

Ademais, na cessão parcial, o cessionário substitui o autor no exercício dos direitos, mas nas condições e limites do contrato (art. 39). Mesmo no contrato geral de representação, a sociedade-mandatária deve agir nas condições estipuladas no respectivo instrumento (art. 43), que lhe não confere monopólio (art. 44).

Por fim, ao regular o contrato de edição, insiste a lei em que a utilização econômica se faça sempre na forma e nos modos de exploração determinados no contrato (arts. 48 e segs.).

Ante ao exposto, observa-se que a lei francesa, fiel ao espírito unionista, insere várias normas interpretativas em seu contexto, as quais refletem as preocupações protetivas assinaladas, amoldando-se aos princípios gerais enunciados.

Distingue, pois, diferentes direitos patrimoniais, considerando-os independentes e submetendo cada qual à autorização autoral. Limita a cessão aos expressos termos ajustados, exigindo a clara individualização dos direitos no respectivo instrumento e impondo a participação do autor em processos não previstos ou supervenientes. Mesmo no contrato geral de representação, celebrado com as sociedades de arrecadação, os termos avençados ditam os limites de atuação da entidade.

## 5.2. Na doutrina moderna

Discorrendo sobre a lei de 1957, HENRI DESBOIS assinala que, nas convenções sobre direitos de autor, o princípio geral é o da interpretação restrita, fixada através de regras imperativas, que, inclusive, exige a especificação dos direitos cedidos no respectivo instrumento de negócio.

Escreve, a respeito, que o legislador não se contenta em estabelecer disposições "qui dérogent aux règles du Code civil relatives à l'administration des preuves". Mas ainda intervém "dans l'aménagement des contrats, afin d'éviter que les auteurs se dépouillent inconsidérément du fruit de leur travail: il les a protégés contre eux-mêmes, estimant selon une présomption traditionnelle que l'expérience dément plus d'une fois qu'ils n'ont cure de leurs intérêts pécuniaires" (14).

Acrescenta o mesmo autor que, de duas formas, o legislador disciplina a matéria: a) quanto aos direitos, "a essentiellement posé des règles impératives d'interprétation"; e b) quanto às obras, de modo mais violento, "en condamnant la cession globale des oeuvres futures" (15).

E o princípio de interpretação restrita é de ordem pública, como anota ANDRÉ HUGUET, "car une clause contractuelle inserée dans la conven-

(14) HENRI DESBOIS: *Le Droit D'Auteur en France*, Paris, Dalloz, 1966, págs. 578 e 579. Em face do caráter do Direito de Autor, DESBOIS propõe a utilização de "concessão" em vez de "cessão", quando se discute o projeto que deu origem à lei (v. pág. 127).

(15) Ob. cit., pág. 579.

tion, et tendant à renverser la méthode d'interprétation restrictive en interprétation extensive serait illicite" (16).

Assim, com a aplicação do princípio geral, a consequência última será a ineficiência pura e simples do contrato que dispuser ao contrário. Com efeito, as partes não podem alterar as citadas regras de interpretação (17), de conformidade com o princípio da predominância da ordem pública. Nesses casos, o direito especial derroga o direito comum.

É que, no campo do Direito de Autor, as regras de direito comum não satisfazem, em virtude da personalidade especial do autor — como anota ANDRÉ FRANÇON —, de modo que a lei intervém para regulamentar os contratos sobre matéria autoral (18).

Na mesma linha de pensamento, ressalta ALAIN LE TARNEC: a) a necessidade de discriminação, no contrato dos direitos cedidos, e b) a prevalência da interpretação estrita, **verbis**:

"L'objet de l'autorisation accordé par l'auteur sur son oeuvre, d'une manière générale, l'objet du contrat, doit être rigoureusement précisé. S'il ne l'est pas d'une manière suffisante, il appartient au juge d'interpréter étroitement la convention, le cas échéant" (19).

Com isso — anota o mesmo autor —, na regulamentação da utilização econômica da obra, o legislador estreita o campo de atuação do intérprete e, em vista da orientação traçada, nas convenções sobre direitos de autor, de u'a maneira geral, "l'auteur conserve tous les droits autres que ceux dont il n'a pas disposé en termes précis et non équivoques" (20).

Com efeito, já se fixou que cada modo de exploração corresponde a um direito patrimonial. Ora, esse direito é "exclusivo, oponível a todos", cabendo ao autor, pois, autorizar ou proibir a utilização de cada qual, como registra ANDRÉ KEREVER (21)

Por essa razão, sempre prevaleceu, no Direito francês, a tese da determinação da extensão dos direitos cedidos em função do fim e das modalidades de contrato — como assinala STIG STRÖMHOLM, analisando diferentes conflitos entre autor e cessionário em alguns sistemas — de modo que conserva o criador os direitos não expressamente mencionados no respectivo instrumento, considerando-se nula a cessão global (22).

(16) ANDRÉ HUGUET: *L'Ordre Public et les Contrats d'Exploitation du Droit d'Auteur*, Paris, Lib. Générale, 1962, pág. 126.

(17) Cf. HENRI DESBOIS: ob. cit., págs. 581 e segs.

(18) ANDRÉ FRANÇON: *La Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1970, pág. 81.

(19) ALAIN LE TARNEC: *Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 1966, pág. 110 (v. tb., págs. 78, 79 e 175).

(20) Ob. cit., pág. 111.

(21) ANDRÉ KEREVER: "Le Droit d'Auteur en Europe Occidentale", in *Hommage a Henri Desbois*, Dalloz, Paris, 1974, pág. 50.

(22) STIG STRÖMHOLM: *Le Droit Moral de l'Auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave*, Stockholm P. A. Norstedt & Söners, 1966, vol. II, t. 2, pág. 10.

Assim, na cessão, o autor não se despoja de seus direitos, senão nos limites objetivados. Se se refere a determinada produção cinematográfica, a extensão dos direitos cedidos restringe-se à realização do filme, conforme demonstra PAUL DANIEL GÉRARD (23). O mesmo ocorre com relação à obra fotográfica, segundo PIERRE FRÉMOND (24).

Dessa forma, em obra executada em público e depois radiodifundida ou televisionada, ao autor oferecem-se duas ocasiões para exercício de seus direitos. Em primeiro lugar, "au titre de la communication au public réuni au lieu où s'effectue l'exécution"; e, em segundo, "au titre de la communication au public qui perçoit les sons transmis par l'appareil de radio, ou qui voit les images passer sur les écrans de télévision", segundo ALAIN LE TARNEC (25).

Com efeito, os direitos patrimoniais compreendem todas as utilizações possíveis da obra intelectual, como anota HUGO WISTRAND (26).

Por isso é que, analisando as regras que limitam o alcance das autorizações consentidas pelo autor, na lei francesa, ANDRÉ FRANÇON (27), depois de tecer comentários dos textos citados, assenta que se a técnica revelar novo modo de exploração da obra de engenho, pertencerá ao autor e não ao cessionário (28).

A prevalência da exegese estrita é ressaltada também por J. G. RENAULD — que estuda o contrato de adaptação e examina a interpretação das cessões em vários sistemas: francês, belga, irlandês, suíço e italiano —, assinalando que, por inversão das regras gerais do Direito, ao editor (ou ao cessionário) cabe fazer a prova da extensão da cessão, "le contrat devant être interprété restrictivement", com remissão a POIRIER, F. PLAISANT, SAVATIER e GÉRARD (29).

Assim, a transferência de um dos direitos não implica na de outros direitos parciais, conforme anota RENAULD, de modo que se admite também "que la cession qui englobe l'ensemble du droit d'auteur, n'aura point d'effet à l'égard des modes d'exploitation non encore connus au moment de la convention" (30).

Ainda conforme o mesmo autor, essas regras de interpretação — sobre as quais inexiste discussão — são mais notáveis porque derogam manifestamente o direito comum. Dessa forma, enquanto o cessionário de um bem qualquer adquire o direito de usá-lo como entender, no Direito de Autor, ao contrário, "l'acquéreur du droit n'est investi que des fa-

(23) PAUL DANIEL GÉRARD: *Los Derechos de Autor en la Obra Cinematográfica*, trad. MANUEL PARÉS MAICAS, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, págs. 147 e segs.

(24) PIERRE FRÉMOND: *Le Droit de la Photographie*, Paris, Dalloz, 1973, pág. 153 (em que também propugna pela interpretação restritiva).

(25) Ob. cit., pág. 290.

(26) Ob. cit., pág. 21.

(27) Ob. cit., págs. 82 e segs.

(28) Ob. cit., pág. 83.

(29) J. G. RENAULD: *Droit d'Auteur et Contrat d'Adaptation*, Bruxélas, F. Larclier, 1955, pág. 124, nota 3.

(30) Ob. cit., pág. 125.

cultés expressément prévues à la convention, les autres restant à la disposition du cédant" (31).

As mesmas diretrizes prevalecem com relação ao contrato de representação geral, entre autores e sociedades arrecadadoras de direitos autorais, em que a atuação destas se conforma aos termos ajustados, como se pode observar em ANDRÉ SCHMIDT (32).

### 5.3. Na jurisprudência

Mas, mesmo antes da consagração legal do sistema de interpretação estrita, já a jurisprudência assim entendia, decidindo pela limitação dos direitos cedidos aos precisos termos convencionados entre as partes.

Com efeito, informa-nos ALAIN LE TARNEC que as disposições limitativas do alcance das cessões na lei derivam de soluções ditadas pela jurisprudência (33).

Estudo aprofundado nesse sentido foi realizado por STIG STRÖMHOLM, que, analisando o direito moral e as implicações com a cessão de obras futuras no Direito francês, alemão e escandinavo, mostra como a jurisprudência e a doutrina edificaram estes conjuntos de princípios, apresentando vários casos, nos três sistemas, em que predominam as teses expostas (34).

ALAIN LE TARNEC cita também várias decisões da jurisprudência. Assim, por exemplo, as que distinguiram as autorizações para radiodifusão e televisionamento, de um lado, e a execução pública, de outro (35). Refere-se, ainda, a acórdão em que se assentou que, na reprodução por um processo gráfico, o autor conservava o direito à adaptação cinematográfica; e outro, em que se definiu que, quando o autor concedia a editor de música o direito de extrair de sua obra uma ópera, não significava que podia este proceder a adaptação cinematográfica (36).

ISIDRO SATANOWSKY reporta-se a decisões em que se fixou que o direito de proceder ao registro não comportava o de audição pública ou a utilização radiotelefônica, com remissão a BOUTEL, R. PLAISANT e HENRI DESBOIS (37).

J. G. RENAULD aponta, dentre outras decisões, uma antiga, em que se estabeleceu que a cessão para adaptação cinematográfica, realizada à

(31) Idem, *Ibidem*.

(32) ANDRÉ SCHMIDT: *Les Sociétés d'Auteurs: SACEM-SACD — Contrats de Représentation*, Paris, Lib. Générale, 1971, págs. 158 e segs. e 175 e segs.

(33) Ob. cit., pág. 110. O caráter protetivo da jurisprudência é acentuado também por ROBERT PLAISANT: "Le Conventions Relatives au Droit Moral", in *Hommage a Henri Desbois*, Paris, Dalloz, 1974, págs. 84 e segs., v. tb. EDOUARD SILZ, ob. cit., págs. 414 e 415.

(34) Ob. cit., vol. II, tomo 2, págs. 9, 23, 27 e segs.

(35) Ob. cit., pág. 290.

(36) Ob. cit., pág. 79. Com respeito à fotografia, v. tb. RENE GOURIOU: *La Photographie et le Droit d'Auteur*, Paris, Lib. Générale, 1959.

(37) ISIDRO SATANOWSKY: *Derecho Intelectual*, B. Aires, Tipografía Argentina, 1954, vol. II, pág. 371. Com relação à fonografia, v. tb. PIERRE LE BEC: *Le Droit d'Auteur et la Phonographie*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, em que já aponta a interpretação estrita na jurisprudência.

época do filme mudo, não permitia ao beneficiário produzir filme falado, após a introdução desse novo processo (38). Também na cessão para sonorização em determinada língua, deveria ser obedecida essa especificação (39).

#### 5.4. Na doutrina anterior à lei de 1957

Pela mesma trilha enveredava a melhor doutrina, desde os primeiros sistematizadores da matéria.

Com efeito, já GUSTAVE LARDEUR, ao tempo em que se concebia o Direito de Autor como propriedade, propugnava por solução favorável ao autor em todos os casos de renúncia, salientando que deveriam sempre receber interpretação restritiva (40).

RENÉE-PIERRE LEPAULLE, por sua vez, examinando o contrato de edição, ressalta o aspecto moral do Direito de Autor, assinalando que não importava essa avença em sua alienação. Ao revés, com a conclusão do contrato, o autor conservava, **verbis**:

“Également tous les droits qui n’ont pas fait l’objet du contrat tel que le droit d’autoriser une traduction, un arrangement, ou la représentation de son oeuvre” (41).

Destaca também o aspecto pessoal do Direito de Autor ÉDOUARD SILZ, assentando que, na transmissão de direitos patrimoniais, permanece intacto o direito moral e que as normas estritas de Direito de Autor são de ordem pública, limitando, pois, a liberdade contratual (42).

LÉON MALAPLATE ressalta, em face da natureza do Direito de Autor e mesmo sem texto expresso de lei, a necessidade de participação do autor em todos os processos de utilização da obra, assinalando que:

“Quiconque les exerce sans son autorisation mérite d’être poursuivi, même si la loi ne le prévoit pas expressément, du seul fait qu’il y a une atteinte à la personnalité de l’auteur” (43).

Outrossim, os direitos patrimoniais devem ser utilizados nos termos fixados pelo autor, como anota GEORGES MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, ao versar a questão da comunicação da obra ao público, **verbis**:

“Les créanciers ne peuvent saisir le droit de reproduction que dans le sens et les limites où il a été exercé par l’auteur: l’oeu-

(38) Ob. cit., pág. 125, nota 3.

(39) Ob. cit., pág. 151.

(40) GUSTAVE LARDEUR: *Du Contrat d’édition en Matière Littéraire*, Paris, Arthur Rousseau, 1893, pág. 121. Poucas vezes em contrário são lembradas, mas isoladas (v. tb. J. G. RENAULD: ob. cit., pág. 123), que refletem a incerteza conceitual da época, em que o Direito de Autor ainda não se encontrava claramente definido em todos os seus aspectos, especialmente morais. V. a respeito, ainda, G. HUARD: *Traité de la Propriété Intellectuelle*, Paris, Marchal et Billard, 1903, vol. I, pág. 111.

(41) RENÉE-PIERRE LEPAULLE: “Les Droits de l’Auteur sur son Oeuvre”, Paris, Dalloz, 1927, pág. 162.

(42) Ob. cit., pág. 414.

(43) LÉON MALAPLATE: “Le Droit d’Auteur — sa Protection dans les Rapports Franco-Étrangers”, Paris, Recueil Sirey, 1931, pág. 57.

vre doit être considérée inédite quant aux modes de reproduction dont l'auteur n'a pas voulu se servir."

Dessa forma, acrescenta o mesmo autor que:

"Une oeuvre publiée par la voie de la presse ne peut être transposée à l'écran cinématographique, le chef des créanciers ayant saisi le droit de reproduction" (44).

## 6. A interpretação no Direito Autoral italiano

### 6.1. Na lei

A lei italiana, de 22-4-1941, também confere ao autor — depois de consagrar os aspectos morais do Direito — o direito exclusivo de utilização econômica da obra, sob qualquer forma ou modo (art. 12), especificando, exemplificativamente (art. 13), diferentes processos (reprodução, transmissão, execução, representação, difusão etc.).

Também sufraga a independência, entre si, desses direitos exclusivos, salientando que o exercício de um não exclui o de outro (art. 19).

De outra parte, ao disciplinar o contrato de edição, prescreve que poderá conter todos os direitos ou alguns, mas não se incluem os direitos futuros e nem os que dependam de modificação (art. 119 e suas alíneas). Além disso, assenta que a alienação de um direito não implica na transferência de outros (*idem*).

Nos contratos sobre obra futura, impõe a nulidade da cessão total — isto é, sem limite de tempo — permitindo-a apenas em período de até dez anos (art. 120).

### 6.2. Na doutrina moderna

Comentando disposições da lei, VALÉRIO DE SANCTIS acentua que, **verbis**:

"Nella classificazione e interpretazione di atti e negozi in materia de diritti di autori si debbono tener presenti i principi propri alla natura del diritto di autore, e soprattutto, quello della indipendenza delle varie facoltà esclusive" (45).

Lembra, outrossim, que os princípios expostos, embora inseridos na regulamentação do contrato de edição, têm caráter geral (arts. 119 a 121 da lei especial) e impõem: **a)** a inaccessibilidade de direitos futuros eventualmente atribuídos por lei posterior, que comporte proteção ao Direito de Autor mais ampla em seu conteúdo e de maior duração, e **b)** a validade da transferência de direitos em relação à obra a criar, com a observância das normas imperativas postas para a tutela do autor acerca dos limites do contrato (46).

(44) Ob. cit., pág. 125.

(45) VALÉRIO DE SANCTIS: Verbete "Autore", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, pág. 414

(46) *Idem*, *ibidem*.

Salienta, em outro passo, que, em face do princípio da independência das várias formas de utilização dos direitos patrimoniais, o exercício de um não exclui o de outro, assinalando que, no regime anterior à lei de 1941, assim já o afirmava a jurisprudência e a doutrina (47).

TULLIO ASCARELLI ressalta, por sua vez, a importância da enumeração legislativa das faculdades compreendidas no direito patrimonial, que se faz para proteger o autor na exploração da obra (48). Assinala que, em face da pluralidade de direito, nas sucessivas utilizações da obra, ao autor se reserva a execução, a gravação (e, pois, reprodução pela gravação) e a utilização do disco para a execução lucrativa da obra, eis que distinta a reprodução por gravação da execução pelo uso do disco (49).

Resguarda a lei ainda, conforme o mesmo autor, a reprodução da obra pela imprensa, a recitação, a execução e a representação da obra impressa, porque configuram utilizações distintas, embora a segunda pressuponha a primeira. Acentua então que isso reflete na delimitação dos direitos derivados do de autor, **verbis**:

“Estos tendrán el contenido que corresponde a la facultad a que se refiera el negocio; la concesión de la representación no implica, por tanto, la de la difusión; la concesión de la reproducción no implica la del recitado y por eso las diversas facultades podrán corresponder a sujetos distintos...” (50).

Analisando, em outra parte, o contrato de edição, anota ainda ASCARELLI, quanto aos direitos transmitidos (ou faculdades do direito de utilização), que “son aquellos y sólo aquellos contractualmente especificados” (51).

Para esse efeito, segundo o mesmo escritor, a lei estabelece, na tutela do autor, dois limites, **ad litteram**: **a)** “excluye que la transmisión pueda implicar la constitución de un derecho mas amplio que el que actualmente corresponde al autor; e **b)** excluye que, salvo pacto expreso (advirtase, pues, que el pacto al respecto debe ser expreso), la enajenación (dice la ley) se extienda al derecho (**rectius**: facultad) de utilización de las eventuales transformaciones y elaboraciones de que la obra es susceptible (y dejando a salvo en todo caso los límites establecidos por el inalienable derecho moral), incluidas las adaptaciones para el cine, la radio y el registro sobre aparatos mecánicos” (52).

No mesmo sentido, pronunciam-se PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE que, depois de assentar a independência dos direitos de utilização e da exclusão de um direito pelo exercício de outro, fazem a distinção

(47) Ob. cit., pág. 392.

(48) TULLIO ASCARELLI: *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, trad. de E. VERDERA y L. SUÁREZ-LLANOS, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, pág. 671.

(49) Ob. cit., pág. 670.

(50) Idem, *Ibidem*.

(51) Ob. cit., pág. 740.

(52) Idem, *Ibidem*.

entre as duas formas tradicionais: o contrato de edição e o de cessão de direitos, assinalando que o conteúdo do primeiro "consiste nella concessione al' editore di poteri concernenti da un lato la riproduzione in un certo numero di esemplare, dall'altro la pubblicazione e messa in circolazione dell'opera" (53).

E com base na lei atual em que destacam também os limites já expostos (art. 119), afirmam que:

"Al di fuori di queste due forme di utilizzazione, hanno vigore i principi dell' indipendenza delle varie forme esclusive dell'autore e dell'interpretazione restrittiva degli atti di disposizione sul diritto di autore" (54).

Discorrendo sobre os direitos patrimoniais, GIUSEPPE PADELLARO acentua que se constituem de uma série de faculdades para a utilização econômica da obra, sob diferentes formas e modos, originários ou derivados, a saber: reprodução por qualquer processo; difusão por radiofonia ou televisão; elaboração; transformação de obra narrativa em teatral, cinematográfica, e outros. Salienta então que representam "diritti assolutamente indipendenti tra di loro che lo scrittore può esercitare separatamente e cedere singolarmente o congiuntamente, in piena libertà contrattuale" (55).

Nesse sentido, a autorização dada para determinado processo não se estende a outro. Assim, a cessão de música para produção cinematográfica restringe-se à produção pública nas respectivas salas, não compreendendo a divulgação em cassetes. Da mesma forma, concedida ao editor a publicação da obra pela imprensa, não poderá fazê-lo por meio diferente (como, por exemplo, fixação em cassete) (56).

Pondera, outrossim, MARIO FABIANI que esses direitos de utilização econômica estão compreendidos em um elenco exemplificativo na lei (arts. 13 e segs.). E, com remissão a ASCARELLI, registra que "é appunto la tutela dell'autor quella che impone un elenco delle facoltà attribuitegli per impedire che i diritti derivati a terzi da quello dell'autore possano comprendere facoltà che invece l'autore intendeva riservarsi o concedere a soggetti distinti" (57).

Versando, em outra obra, o contrato de edição, assenta GIUSEPPE PADELLARO que, mesmo em presença de contratos diversos, com que se transfiram direitos de utilização econômica de uma obra intelectual, "dovranno applicarsi le limitazioni poste dalle norme inderogabili della legge

(53) Ob. cit., pág. 276.

(54) Idem, ibidem.

(55) GIUSEPPE PADELLARO: *Il Diritto d'Autore* (La disciplina giuridica degli strumenti di comunicazione sociale), Milano, F. Vallardi, 1972, pág. 5.

(56) Ob. cit., págs. 102 e 103.

(57) MARIO FABIANI: *Il Diritto d'Autore nella Giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1963, pág. 57.

speciale, sotto il titolo sul contratto di edizione, norme che sono informate al principio della protezione dell'autore quale contraente più debole" (58).

As normas desse gênero, fixadas na lei, são as que se referem, por exemplo, ao número mínimo de exemplares e aos prazos e termos, "cui mancata previsione implica in vista della sopra rilevata inderogabilità, l'invalidità della pattuizione", como acentua (59).

MARIO ARE, por sua vez, enfoca a questão sob o aspecto da distinção entre o direito da utilização da obra e a propriedade **corpus mechanicum**, assinalando:

"Data la netta distinzione tra il diritto di proprietà dell'esemplare ed il diritto di utilizzazione economica dell'elemento intellettuale dell'opera considerato nella sua astrattezza, la cessione dell'un diritto non implica corrispondentemente la cessione dell'altro" (60).

Por isso é que acentua que, quando o autor ceder a propriedade de exemplar, não transmite ao adquirente o direito de reprodução de execução e outros, citando OLIGNER, BALL e ULMER. Ao revés, o direito permanece "íntegro rimanendo delimitato solo per quanto attiene al godimento dell'elemento formale incorporato nell'esemplare..." (61).

GIORGIO JARACH, salientando também a independência dos direitos patrimoniais, frisa que esse conceito se faz presente quando se trate de determinar o conteúdo dos contratos concluídos pelo autor, nos quais venha a ceder a terceiros um ou mais de seus direitos (62).

Assinala então que esses direitos são "assoluti, opponibili, cioè, a qualsiasi terzo, il quale è tenuto a rispettarne l'esclusività". Em face disso e, mesmo no silêncio da lei, é de concluir-se que "l'autore possa liberamente includere l'opera già ceduta se la sua inclusione nella raccolta stessa faccia concorrenza all'edizione del cessionario dell'opera singola" (63).

### 6.3. Na jurisprudência

A jurisprudência já se orientava nesse sentido, bem antes da promulgação da lei atual, a exemplo do Direito francês.

De fato, PIOLA CASELLI refere-se a decisões alcançadas com respeito a obra complexa, em que se fixou que a publicação de artigo ou monografia, como parte de obra, não implicava o direito de fazer publicação separada ou em outra obra coletiva. E, em outro passo, que, concedido o direito para a divulgação sem ilustrações, o editor não poderia lançar a obra com ilustrações, e vice-versa, reportando-se a KOHLER (64).

(58) GIUSEPPE PADELLARO: *I Diritti degli Autori, degli Editori, degli Esecutori e degli Interpreti*, Milano, Giuffrè, 1969, pág. 107.

(59) Ob. cit., pág. 108.

(60) MARIO ARE: *L'Objetto del Diritto di Autore*, Milano, Giuffrè, 1963, pág. 242.

(61) Ob. cit., pág. 242 e nota 34.

(62) GIORGIO JARACH: *Manuale del Diritto d'Autore*, Milano, U. Mursia & Cia., 1968, pág. 59.

(63) Ob. cit., pág. 61.

(64) Ob. cit., pág. 784.

Menciona TULLIO ASCARELLI decisões em que se estabeleceu que a edição de um artigo em uma revista não compreendia o direito de sua reprodução em cópias separadas; e a edição em um volume não compreendia a em fascículos ou em apêndices <sup>(65)</sup>.

MARIO FABIANI cita antigas decisões, em que se distinguiu, claramente, no campo das obras musicais, o direito da emissão do de recepção em público <sup>(66)</sup>.

Dentro da mesma orientação, informa-nos GIUSEPPE PADELLARO que a jurisprudência tem declarado a invalidade de contratos em que se desrespeitam os limites fixados pela lei sobre a edição, como a determinação do número mínimo de exemplares e o termo final na cessão <sup>(67)</sup>.

Apresenta-nos, por sua vez, AUGUSTO FRAGOLA, dentre outros, questão em que se definiu, interpretando-se cláusula contratual que, para a cessão do direito de redução cinematográfica de obra literária, é reservado ao cedente o direito de consentir <sup>(68)</sup>.

MARIO FABIANI oferece-nos, outrossim, decisões em que se distinguiu o direito de reprodução por gravação e o direito de pôr em circulação as cópias, salientando que o complexo de faculdades contidas no direito patrimonial pode ser objeto de diferentes convenções <sup>(69)</sup>.

#### 6.4. Na doutrina anterior à lei de 1941

Mesmo antes da edição da lei de 1941, também a doutrina defendia as mesmas idéias.

Com efeito, PIOLA CASELLI, atendo-se ao caráter absoluto do direito moral e da interferência da vontade do autor na publicação da obra, assenta a independência entre as formas de publicação, concluindo que: **a)** pelo exercício de um direito, o autor não perde os demais, e **b)** a obra deve considerar-se inédita quanto aos modos não incluídos na publicação, **verbis**:

“Dal concetto del valore assoluto della signoria spettante all'autore sull'opera non pubblicata, combinato con il principio che l'atto di pubblicazione deve corrispondere alle modalità della determinazione di volontà dell'autore, si può trarre da regola che l'autore, il quale abbia prescelto un dato mezzo di pubblicazione, non perde il diritto esclusivo ad una pubblicazione diversa, e che, quindi, un'opera pubblicata in una data maniera deve ri-

(65) Ob. cit., pág. 740

(66) Ob. cit., pág. 60 e notas 94 a 97. No mesmo sentido, LUIGI SORDELLI: *Diritto d'Autore*, Milano, Giuffrè, 1954, que se refere à radicação, na jurisprudência, da necessidade de consentimento do autor nas sucessivas utilizações dos discos, págs. 5 e segs.

(67) Ob. cit., pág. 108.

(68) AUGUSTO FRAGOLA: *La Cinematografia nella Giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1966, págs. 93 e segs. Do mesmo autor, v. tb.: *La Radiotelevisione nella Giurisprudenza*, 1971, em que oferece casos de utilização abusiva de imagem e de violação da personalidade em televisão, págs. 105 e segs. e 205 e segs.

(69) Ob. cit., págs. 57 e segs.

tenersi non pubblicata rispetto alle altre maniere da lui non consentite" (70).

Em outra parte, analisando a lei então vigente (art. 42) — que estipulava que a cessão, mesmo absoluta, não compreendia o direito de tradução, redução ou adaptação da obra —, ressalva que inobstante a imperfeita redação do texto, devia-se entendê-lo aplicável a todos os processos de utilização: assim, a dramatização, a adaptação cinematográfica, a versificação e demais (71).

Salienta que essa regra deriva da lei alemã de 1901, acentuando depois que, em cada contrato, deve a vontade do autor determinar-se de modo seguro e preciso (72). Assinala também que, no caso, a lei intervém para regular a cessão de direitos, mas, à sua falta, deveriam aplicar-se os princípios gerais da interpretação dos contratos. E, nesse sentido, nos países em que se não introduziram regras especiais supletivas, a doutrina e a jurisprudência têm adotado a interpretação restritiva (73).

Por isso, conclui o citado autor, o contrato deve "sempre interpretarsi restrittivamente a favore dell'autore, malgrado le generalità dell'espressioni adoperate, per ciò che concerne l'estensione e l'efficienza della facoltà il cui esercizio è stato trasferito all'editore od empresario" (74).

No mesmo sentido e examinando a natureza e a disciplinação do contrato de edição, ALFREDO DE GREGORIO anota que inexistente transferência ao editor de todos os direitos de autor, limitando-se a transmissão apenas aos elementos necessários ao exercício normal do direito de edição. Por isso, o autor, "appunto perchè ha limitato alla facoltà di edizione esclusiva l'alienazione da lui compiuta, conserva il pieno godimento di tutte le altre facoltà comprese nel diritto di autore" (75).

A celebração do contrato deixa, pois, ao autor os outros direitos exclusivos, conforme o mesmo escritor, nos termos do assentado pela doutrina germânica, acolhida na lei italiana então vigente. Assim, remata DE GREGORIO que, após a conclusão do contrato, "restano nell'autore le facoltà non contenute nel diritto di edizione da lui alienato, o non altrimenti trasmesse, mediante una specifica determinazione contrattuale, all'editore" (76). Mantém, pois, o autor os direitos de tradução, versificação, dramatização e outros, não perdendo, em suma, as faculdades de utilização não compreendidas na edição (77).

(70) EDUARDO PIOLA CASELLI: *Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione*, Torino, Tornese, 1927, pág. 406.

(71) Ob. cit., págs. 782 e 783.

(72) Ob. cit., pág. 783.

(73) Ob. cit., pág. 787.

(74) Idem, *ibidem*.

(75) ALFREDO DE GREGORIO: *Il Contratto di Edizione*, Roma, Athenaeum, 1913, págs. 119 e segs. e pág. 206.

(76) Ob. cit., pág. 208.

(77) Ob. cit., pág. 209.

## 7. A interpretação no Direito Autoral alemão

### 7.1. Na lei

A lei alemã, de 9-9-1965, confere também ao autor a exploração econômica da obra (art. 15), depois de ressaltar os aspectos pessoais e patrimoniais do direito (art. 11).

Permite a lei a concessão do direito de uso, sob qualquer forma ou limite, como direito exclusivo ou não, mas a utilização deve ser procedida na forma em que haja sido permitida, não tendo efeito a concessão para modos de exploração não conhecidos (art. 31). Se o contrato não especificar os modos de utilização, a concessão terá a sua amplitude determinada em função da finalidade nela perseguida (*idem*). A concessão pode, outrossim, ser limitada no tempo, lugar e conteúdo (art. 32).

Admite a lei a cessão, pelo autor, do direito de uso, fixando regras para os casos de dúvida: se o autor concede o direito de uso, deve-se considerar que reserva os direitos de publicação e exploração sobre qualquer adaptação da obra; se para reprodução, reserva o direito a realizar registros sonoros ou visuais; se para comunicação, não adquire o cessionário o direito de ver ou ouvir a obra fora do ato público a que estiver destinada: alto-falantes ou outro processo (art. 37 e suas alíneas).

A contratação sobre obras futuras deve fazer-se por escrito, podendo ser denunciada em cinco anos (art. 40).

### 7.2. Na doutrina

Estudando a evolução do direito moral e a questão das obras futuras no Direito alemão, francês e escandinavo, STIG STRÖMHOLM salienta que, no primeiro, desde a lei de 1901, já se delimitava a extensão da cessão de direitos, com base no sistema de princípios (expostos) construídos pela doutrina e pela jurisprudência <sup>(78)</sup>.

Predomina no Direito alemão a doutrina da cessão finalística que, conforme o mesmo autor, inspirou a regra interpretativa contida na lei atual, que reserva ao autor os modos de utilização da obra não previstos no contrato de concessão.

Salienta, ainda, que a mesma orientação prevalece nos dois outros sistemas, onde se acham inscritas disposições similares às da lei alemã e, como que sintetizando a orientação geral, registra, **verbis**:

*"D'une façon générale, les législateurs se sont efforcés de saisir tous les actes pratiquement concevables à propos d'une oeuvre de l'esprit pour les soumettre au monopole de l'auteur"* <sup>(79)</sup>.

### 7.3. Na jurisprudência

Nesse campo, como se verifica ainda no citado STRÖMHOLM, a jurisprudência também precedeu à lei. Inúmeras decisões são citadas e dis-

(78) STIG STRÖMHOLM: ob. cit., vol. II, tomo 2, págs. 23 e segs.

(79) *Idem*, *Ibidem*, pág. 189.

cutidas pelo autor, sempre limitativas do alcance das cessões, mesmo antes da lei de 1901.

Também J. G. RENAULD — que estuda a interpretação das cessões em diferentes ordenamentos jurídicos — oferece-nos decisões da jurisprudência alemã, com remissão a ULMER, nas quais se assentou que, em face do caráter especial dos direitos de autor, jamais poderiam ser completamente alienados e ainda DE BOOR <sup>(80)</sup>.

## **8. A interpretação no Direito Autoral de outros países**

### **8.1. No Direito escandinavo**

No Direito escandinavo prevalecem também, de um modo geral, as tendências expostas, como, aliás, aponta STIG STRÖMHOLM, no texto retrocitado.

As leis dos países escandinavos — que se caracterizam por uma acentuada uniformização e disposição quase idêntica — conferem ao autor o direito exclusivo de exploração da obra, na forma originária ou modificada (por tradução, adaptação, transformação, fixação e outros modos). Assim o estabelecem a lei sueca de 30-12-60; a dinamarquesa, de 31-5-61, e a norueguesa, de 12-5-61 (art. 2º).

Permitem a cessão total ou parcial do direito de disposição, salientando que a cessão de exemplares da obra não implica na dos direitos patrimoniais (art. 27). A lei norueguesa destaca que, na cessão sob forma dada, ou por meios determinados, não poderá o cessionário utilizar a obra de outro modo (art. 25). Acentuam essas leis, ainda, que, na edição, o autor conserva os demais direitos não compreendidos na reprodução (art. 31).

Acentuam, ainda, que, se a aplicação de disposições do contrato resultar contrária a usos e costumes em matéria autoral, deverão as cláusulas sofrer modificação ou considerar-se nula a avença (leis sueca e dinamarquesa, art. 27, e lei norueguesa, art. 29).

### **8.2. No Direito português**

A legislação de Portugal (Decreto nº 13.725, de 27-3-27) assegura ao autor os direitos de reproduzir, editar, negociar ou vender a obra, podendo autorizar tradução, representação (art. 15) e outras formas de transmissão a terceiros, como direitos patrimoniais (§ 1º) sob qualquer modo, por exemplo: extração de novela de obra de teatro; transformação em verso de obra em prosa, e vice-versa; e conversão de obra dramática em livreto de ópera (art. 27).

Prescreve, com respeito ao contrato de edição, que o direito se transmite isoladamente em qualquer edição, reservando-se ao autor a publicação em outras (art. 43 e alínea 3ª). Estabelece que o direito de

(80) Obra citada, págs. 124, nota 6, e 126, nota 1.

editar separadamente diversas obras não confere o de fazer edição completa, sem consentimento especial; e, também, o contrato para edição completa não autoriza a publicação em separado (art. 50 e parágrafo único). Além disso, ressalta que o direito de edição não transmite o de tradução ou qualquer outro, podendo dele o autor dispor livremente (art. 62).

Quanto à representação, presume que o direito se transmite por separado dos demais (art. 70). Fixa que as transmissões do direito de representação são sempre de interpretação restrita (art. 90, parágrafo único), podendo fazer-se a título oneroso ou gratuito (art. 96) e limitar-se a qualquer dos direitos patrimoniais (art. 97, § 1º).

Evidencia-se, pois, a plena adequação do Direito português ao sistema unionista, com a individualização e independência dos direitos patrimoniais; e a necessidade de formulação contratual expressa para cada autorização, além da fixação de norma especial de interpretação estrita.

### 8.3. No Direito espanhol

A lei espanhola de 10-1-1879, que especifica os direitos compreendidos (art. 2º: de tradução, refusão, reprodução, transformação e outros), permite a sua cessão por ato entre vivos (art. 6º), requerendo sempre a autorização autoral para a sua utilização (especialmente: arts. 12, 16 e 19).

Prescreve, ainda, que a venda de objeto de arte não importa em alienação do direito de reprodução ou exposição, reservados ao autor (art. 9º), a quem confere também o direito de publicar em volume a obra cujos direitos tenha cedido (art. 32).

Estabelece, outrossim, que a matéria referente a direitos de autor se regula pelo direito comum, com as limitações da legislação especial (art. 5º).

Observam-se aqui também a independência dos direitos patrimoniais e a necessidade da permissão do autor em sua utilização.

Analisando a relação contratual entre autor e editor, em função do direito espanhol, JOSÉ MARIA DESANTES acentua que o Código Civil estabelece normas, de caráter vinculante <sup>(81)</sup>, sobre interpretação (arts. 1.281 a 1.289). Mas a natureza do contrato e a função econômica podem ditar outras (arts. 1.258 a 1.287).

Assinala que, em regra, deve o intérprete observar a vontade das partes e o fim visado, para o estudo dos contratos, deduzindo, em função desse entendimento, várias regras práticas de interpretação ou critérios, como denomina <sup>(82)</sup>.

(81) JOSÉ MARIA DESANTES: *La Relación Contractual entre Autor y Editor*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1970, pág. 110.

(82) Ob. cit., págs. 111 e segs.

#### 8.4. No Direito mexicano

A lei mexicana, de 4-11-63, cujas disposições são de ordem pública e estabelecidas em benefício do autor (art. 1º), exige também o consentimento deste para quaisquer formas de utilização (art. 5º), independentes entre si, a saber: produção, transmissão etc. (art. 3º).

Com referência à edição, permite às partes livre pactuação, salvo quanto aos direitos irrenunciáveis. Esse contrato não significa alienação dos direitos patrimoniais: o editor não dispõe de direitos mais do que os conseqüentes para o melhor cumprimento da avença.

Assim, fixa que a autorização para divulgação da obra em separado não confere direito para a edição em conjunto, e vice-versa (art. 52). Estabelece, mais, que o direito de publicar a obra não compreende o de explorá-la em representação ou execução pública (art. 72), nem o de difundir-la por televisão ou radiodifusão ou processo semelhante abrange o de radiodifundir ou explorar a obra publicamente, salvo pacto em contrário (art. 73).

Verifica-se, pois, que também a lei mexicana se ajusta às diretrizes até aqui expostas, distinguindo os diferentes direitos pecuniários e impondo, em razão de sua independência, a contratação apartada e expressa de cada qual. Em conseqüência, impera também a interpretação estrita dos negócios jurídicos sobre matéria autoral.

#### 8.5. No Direito argentino

A lei argentina, de 2-10-1957, prescreve que nas relações de Direito de Autor se aplica o direito comum, respeitadas as condições e limites da lei especial (art. 12).

A lei permite ao autor a cessão de direitos, mediante alienação total ou parcial, que conferirá direito ao aproveitamento econômico da obra (art. 51). Estabelece, outrossim, que a alienação das plantas, croquis etc. destina-se à execução a que o autor tenha em vista (art. 15).

Fixa, ainda, com respeito à edição, que o autor pode traduzir, transferir, refundir a obra, mesmo contra o editor (art. 38), que só tem direito vinculado à impressão, difusão e venda dos exemplares da obra (art. 39).

Amolda-se, pois, a lei argentina aos princípios gerais enunciados, delimitando o campo da edição e diferenciando os diversos direitos pecuniários.

Estudando os direitos intelectuais na legislação argentina, depois de apresentar visão geral do Direito de Autor, acentua ISIDRO SATANOWSKY, com relação aos direitos patrimoniais, que ao autor cabe autorizar cada um dos processos de utilização da obra (83).

(83) Ob. cit., vol. I, pág. 323. A mesma orientação prevalece no Direito dos países latino-americanos, em face também da influência francesa, recebida desde a codificação napoleônica. No Direito colombiano, v. ARCADIO PLAZAS: *Derechos Intelectuales*, Bogotá, Lib. Voluntad, 1942, y págs. 125 e segs.

Assinala, outrossim, que em face da lei, conserva o autor na edição, salvo renúncia, os direitos de tradução, transmissão e outros. Os direitos do editor vinculam-se apenas à impressão, difusão e venda dos exemplares (arts. 38 e 39 da lei especial), devendo o contrato especificar os direitos compreendidos <sup>(84)</sup>.

Ressalta, ainda, SATANOWSKY que o poder do autor é discricionário, e esse princípio relaciona-se ao direito intelectual e à liberdade de consciência. Por isso, conclui:

“De ahí proviene también el principio de que cedido un derecho intelectual, o una determinada forma de reproducción, representación o modificación, otros no se consideran implícitamente incluidos” <sup>(85)</sup>.

Assim, a simples entrega do manuscrito da obra não confere direito a reprodução, execução ou qualquer outro <sup>(86)</sup>.

Já HECTOR DELLA COSTA, na estruturação do vínculo jurídico autoral, ressalta o caráter absoluto dos direitos de autor, de modo que se não pode conceber, sobre a obra, poder jurídico superior ao do autor, pelo fato da criação. Daí, os direitos decorrentes: de adaptação, tradução e demais <sup>(87)</sup>.

No campo autoral, conforme DELLA COSTA, a vontade alheia sujeita-se ao exercício dos direitos pelo autor, “pues el autor originario conservará todos aquellos derechos que expresamente no haya cedido”, em face de seu *ius* absoluto, que inclui o *ius revocandi* <sup>(88)</sup>.

Nesse sentido defende o mesmo autor a tese de que a cessibilidade dos direitos de autor vulnera esse caráter, razão por que prefere falar em delegabilidade. Assim, para ele, esses direitos são apenas delegáveis, porque o autor é a parte mais fraca na relação <sup>(89)</sup>.

## 8.6. No Direito belga

A lei belga (de 22-3-1886, com modificações em 5-3-1921) considera móveis, cessíveis e transmissíveis (art. 3º) os direitos patrimoniais, ressaltando que não pode o cessionário modificar a obra para venda posterior (art. 8º). Impera a exegese estrita, como anota J. G. RENAULD <sup>(90)</sup>, na apreciação das convenções sobre a matéria.

(84) Ob. cit., pág. 351. O Direito argentino é estudado no vol. II, às fls. 107 e segs. V. tb. CARLOS MOUCHET e SIGFRIDO RADAELLI: *Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas*, B. Aires, Guillermo Kraft, 1948, tomo 2, págs. 3 (direitos morais) e pág. 71 (direitos patrimoniais) e segs.

(85) Ob. cit., vol. I, pág. 524.

(86) Ob. cit., vol. I, pág. 371.

(87) HECTOR DELLA COSTA: *El Derecho de Autor y su Novedad*, B. Aires, Cathedra, 1971, pág. 74.

(88) Ob. cit., pág. 95.

(89) *Idem*, *ibidem*.

(90) Ob. cit., pág. 149.

### 8.7. No Direito suíço

A lei suíça assenta que a transferência de uma das faculdades compreendidas no Direito de Autor não significa a de outros direitos parciais, salvo convenção em contrário (art. 9º, alínea 2ª). A interpretação restrita também se impõe, segundo o mesmo RENAULD, que se reporta a BIANCO e STREULI (91).

### 8.8. No Direito irlandês

A lei irlandesa limita a cessão às faculdades expressamente previstas no ato (art. 2º). Deduz-se, conforme ainda J. G. RENAULD, que se torna praticamente impossível a cessão completa de direitos, porque, para tanto, deveriam ser previstos todos os modos de exploração imagináveis, com remissão a BEAUFORT e PFEFFER (92).

### 8.9. No Direito tcheco

A lei tcheca, de 25-3-65 — que impõe a inalienabilidade de direito moral, para a proteção da qualidade de autor (art. 12) —, exige sempre o consentimento do autor para a utilização econômica da obra (art. 14), salientando que nenhum direito pode ser objeto de renúncia ou restrição por contrato (alínea 3ª).

Assim, para a divulgação da obra, determina que o contrato estipule forma e amplitude, fim, remuneração e demais elementos (art. 22, alínea 3ª), devendo celebrar-se sempre por escrito (alínea 4ª).

Como se observa, também aqui se consagra a interpretação estrita, com a exigência de especificação dos direitos cedidos, que são, pois, considerados independentes.

### 8.10. No Direito iugoslavo

No Direito iugoslavo, reconhecem-se as prerrogativas morais e patrimoniais (lei de 20-7-1968, art. 27). Os direitos patrimoniais são os de utilização econômica da obra (art. 28) e consistem em publicar, reproduzir, transformar, elaborar, representar a obra, enfim, utilizá-la sob qualquer forma ou modo (art. 31).

Os direitos patrimoniais podem ser cedidos livremente (art. 53), mas sempre por escrito, não produzindo qualquer efeito a contratação verbal (art. 57).

Dessa forma, também aqui se segue a linha de Berna. Nesse sentido, a jurisprudência tem decidido que está sujeita ao pagamento dos direitos autorais qualquer comunicação ao público, por meio de alto-falantes, de obra musical, como nos informa LEONELLO LEONELLI (93).

(91) Ob. cit., pág. 124 e nota 7.

(92) Ob. cit., pág. 124 e nota 5.

(93) LEONELLO LEONELLI: "Il Diritto d'Autore nella Repubblica Iugoslava", in *Il Diritto di Autore*, 1975, n.º 4, pág. 559.

### 8.11. No Direito soviético e no dos demais países socialistas

No Direito soviético — que permite a utilização da obra através de contrato e por qualquer forma que possa reproduzir o resultado da atividade criadora do autor (Código Civil, de 1965, arts. 472 e 485) — distingue também diferentes direitos patrimoniais (arts. 476 e 492), requerendo sempre a autorização autoral (principalmente: arts. 476, 485 e 492).

Conforme observa K. STOYANOVITCH — que o confronta com o regime de proteção existente na França —, no Direito soviético e, em geral, no dos países socialistas, mostra-se a jurisprudência bastante criativa (94) e, inobstante as limitações decorrentes do sistema, o artista raramente vê frustrados os seus legítimos direitos (95).

### 9. A exceção da interpretação extensiva no sistema anglo-norte-americano

Descerra-se exceção a essa orientação no Direito anglo-norte-americano, em virtude de particularidades do sistema, que se contrapõe ao chamado “sistema europeu”, de base francesa, ou da “União de Berna”.

Com efeito, no Direito anglo-norte-americano, que se mostra objetivo e publicista, o Direito de Autor mantém ainda o caráter de direito de propriedade, como assinalam NATHAN COHEN (96), STEPHEN LADAS (97) e PHILIP WITTENBERG (98).

Destina-se o reconhecimento do “copyright” a assegurar ao autor os proventos econômicos de sua obra, mas, nesse sistema, predomina o interesse público, conforme registra HERMANO DUVAL (99). A proteção é feita em razão da obra e do benefício que traz à coletividade, para promover o progresso das letras, ciências e artes, como se consigna expressamente na Constituição norte-americana (art. 1º, § 8º).

O direito moral não se acha contemplado no “Copyright Act”. Em algumas leis civis estaduais se reconhece um “moral right”, mas é com base na “common law” que tem sido invocado na prática, como anotam MARGARET NICHOLSON (100) e ANTONIO MISERACHIS (101), para impedir-se reprodução e utilização da obra sem consentimento do autor.

(94) Ob. cit., págs. 38 e 167 e segs.

(95) Idem, pág. 170.

(96) NATHAN COHEN: “State Regulation of Musical Copyright”, in *Oregon Law Review*, abril de 1939, pág. 175.

(97) STEPHEN LADAS: *The International Protection of Literary and Artistic Property*, New York, The Macmillan Co., 1938, pág. 3.

(98) PHILIP WITTENBERG: *The Protection and Marketing of Literary Property*, New York, Julian Messner Inc., 1920, pág. 3.

(99) HERMANO DUVAL: “Limites aos Direitos Autorais”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XXXI, págs. 212 e segs.

(100) MARGARET NICHOLSON: *A Manual of Copyright Practice*, New York, Oxford University Press, 1946, pág. 55.

(101) ANTONIO MISERACHIS: *El Copyright Norteamericano*, Barcelona, Bosch, 1946, págs. 64 e segs.

Ao reverso do sistema da Convenção de Berna, que exigiu em princípio fundamental a não imposição de formalidades extrínsecas para a proteção das obras, o Direito anglo-norte-americano exige o registro da obra e a menção de reserva, no estatuto. Por essa razão é que ANDRÉ FRANÇON acentua que o Direito de Autor não alcança, naqueles países, o nível de proteção atingido na França <sup>(102)</sup>.

Dos contratos para utilização da obra, os princípios são a edição (licença) e a cessão (assignment), diferenciando-se substancialmente, pois, enquanto no primeiro existe licença para publicação, pelo segundo o autor pode despojar-se de um ou mais direitos.

Ora, predomina na jurisprudência norte-americana a chamada "teoria da indivisibilidade", segundo a qual somente há cessão se a transmissão de direitos se consuma em sua integralidade. Se o autor reserva parte dos direitos, deve-se entender presente a simples licença, permanecendo aquele como titular dos direitos, como acentua EDUARDO J. V. MANSO <sup>(103)</sup>.

Essa teoria representa uma das mais significativas peculiaridades do sistema norte-americano, conforme BARBARA RINGER <sup>(104)</sup>. Com base nessa orientação é que se define qual o nome que aparecerá na divulgação do **copyright** e quem tem legitimidade para agir em caso de infração ao Direito Autoral.

No mesmo sentido, MICHAEL F. MAYER informa-nos que a jurisprudência já decidiu que a autorização para representação pública de película cinematográfica no mundo inteiro incluía a distribuição por televisão, embora critique essa tese <sup>(105)</sup>.

Em face desse objetivo é que, tanto a lei inglesa (de 5-11-56: art. 3º), como a norte-americana (título 17, USC, com as modificações de 7-9-57: art. 2º), ainda conferem direito originário ao empregador, em obras sob encomenda, inobstante a impropriedade, eis que o Direito de Autor se funda na criação da obra, como mostramos em nossa citada dissertação.

O mesmo ocorre no Direito canadense, como aponta LÉON-MERCIER GOUIN, em que ao empregador também são atribuídos direitos originários em certos casos, abrindo-se exceção aos princípios gerais da titularidade <sup>(106)</sup>.

Com respeito aos direitos patrimoniais, distingue os direitos de utilizar, fruir, dispor da obra e autorizar, no todo ou em parte, a sua utilização ou fruição, por terceiro (art. 29). Faz depender de autorização autoral a utilização por qualquer forma: edição; tradução; adaptação; inclusão em

(102) ANDRÉ FRANÇON: *La Propriété Littéraire et Artistique en Grand-Bretagne et aux États-Unis*, Paris, Arthur Rousseau, 1955, págs. 5 a 57 e segs.

(103) EDUARDO J. V. MANSO: "Contratos de Direitos Autorais", in *R. T.* n.º 467/5.

(104) BARBARA RINGER: "Judicial Developments in United States — Copyright Law", in *R.I.D.A.*, LXVII, Jan., 1971, págs. 65 e segs.

(105) MICHAEL F. MAYER: "A Decline of Protection for Creative Rights?", in *R.I.D.A.*, LXX, Out., 1971, pág. 70.

(106) LÉON-MERCIER GOUIN: *Le Droit d'Auteur*, Montreal, Fides, 1950, n.º 25 e segs., págs. 33 e segs.

fonograma ou em película cinematográfica; comunicação direta ou indireta; execução; representação; recitação; declamação; radiodifusão sonora ou audiovisual, por alto-falantes, telefonia com fio ou sem, ou aparelhos sonoros; videofonografia e execução pública (art. 30 e parágrafo único). Consagra, assim, a independência das diferentes formas de utilização (art. 35).

Ainda dentro dessa orientação, a lei protege as obras complexas como independentes, mas permite a reprodução em separado, pelos autores, das partes constituintes (art. 7º e parágrafo único).

De outra parte, traça normas para a regulamentação da cessão de direitos, permitindo se efetive cessão total ou parcial, a título universal ou singular (art. 52). Ressalva, porém, na transmissão total que compreenda todos os direitos os de natureza personalíssima, como o de introduzir modificações e os expressamente excluídos por lei (parágrafo único).

A lei presume onerosa a cessão (art. 53) e prescreve seja averbada para valer contra terceiro (art. 19). Exige que, no instrumento de cessão, façam as partes constar especificadamente quais os direitos envolvidos e condições do exercício, quanto ao tempo, lugar e remuneração (art. 2º). Considera o cessionário como sucessor do autor para os efeitos legais (arts. 17 e 42, § 2º).

Com relação à cessão de obra futura, fixa como limite máximo o período de cinco anos (art. 54). Se o contrato for indeterminado ou de prazo superior, a tanto se reduzirá, com a diminuição proporcional da retribuição, se for o caso (parágrafo único).

Além disso, traça normas limitativas com respeito à edição (arts. 57 e segs.) — que se circunscreverá a uma, se inexistir cláusula contrária (art. 59) —, à representação e à execução, em que insiste na autorização autoral (arts. 73 e segs.).

Mas, os Estados Unidos procederam à reformulação de sua legislação a nível federal para atender à evolução processada na matéria, na qual ampliaram o âmbito da proteção dos autores, acatando os reclamos da doutrina (107).

### III. A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO AUTORMAL BRASILEIRO

#### 10. A interpretação na lei atual

O Direito brasileiro inscreve-se na linha privatista e subjetiva da União de Berna. Com efeito, como signatário da Convenção, tem o nosso País seguido, em traços gerais, as diretrizes definidas nos conclaves revisionais.

A lei atual vai além: insere norma expressa sobre interpretação dos negócios jurídicos no Direito de Autor (Lei nº 5.988/73, art. 3º). Contem-

(107) A nova lei entrou em vigor em 1-1-1978. V., a respeito, a nossa referida dissertação, em que discutimos esse sistema (págs. 46 e segs.), mostrando as suas peculiaridades.

pla ademais, em seu contexto, diferentes normas particularizadoras de defesa do direito moral e limitativas às cessões do direito pecuniário (especialmente: arts. 25 a 28; 29; 30; 52 a 54).

Assim, de início, a Lei nº 5.988, de 14-12-73, impõe expressamente, a interpretação estrita dos negócios jurídicos sobre direitos autorais (art. 3º), reconhecendo ao autor direitos morais e patrimoniais (art. 21), enunciando (art. 25) e definindo aqueles como inalienáveis e irrenunciáveis (art. 28).

Deflui do exposto que a lei atual — que sorveu no Direito francês a orientação — sufraga o princípio da interpretação estrita, erigindo-o em texto expresso; reconhece também, incisivamente, a independência das formas de utilização das obras intelectuais, delas oferecendo especificação exemplificativa; restringe a autonomia dos contratantes na celebração de contratos de cessões de direitos, impondo a forma escrita, a enunciação expressa dos direitos cedidos e suas condições, e a exclusão dos modos não previstos, como corolários do princípio geral.

Inserese, pois, na mesma orientação dos países integrantes da União de Berna.

## 11. Na doutrina moderna

Manifestando-se sobre a Lei nº 5.988/73, o Prof. ANTÔNIO CHAVES tece breves comentários sobre suas disposições, em confronto com o projeto de Código de Direito de Autor e Direitos Conexos, antes apresentado <sup>(108)</sup>. Analisando os direitos patrimoniais, sua natureza e a independência das formas de utilização da obra intelectual, acentua que a "autorização ou cessão, de qualquer direito" "diz respeito exclusivamente às modalidades de utilização contratada" <sup>(108)</sup>.

Frisa que inexistente problema mais delicado do que o da cessão de direitos, em face da multiplicidade de modos pelos quais se pode utilizar a obra intelectual, que o desenvolvimento da tecnologia vem tornando cada vez mais complexo. E, em face da proposição anterior — que melhor protegia o autor —, critica a permissão de cessão global da lei atual, salientando que deveria o texto exigir, nesse caso, reserva obrigatória ao autor <sup>(110)</sup>.

Assinala, por seu turno, o Prof. FÁBIO MARIA DE MATTIA que, em face da natureza do Direito de Autor, o legislador limita a liberdade convencional, ditando normas para reger as relações entre o autor e o editor ou empreendedor de espetáculos <sup>(111)</sup>.

(108) ANTÔNIO CHAVES: *Nova Lei Brasileira de Direito de Autor*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, págs. 28 e segs. Sobre o referido projeto, v. ANTÔNIO CHAVES, in *Revista dos Tribunais*, 234/14 e 235/33.

(109) Ob. cit., pág. 33.

(110) Ob. cit., pág. 41.

(111) FÁBIO MARIA DE MATTIA: *O Autor e o Editor na Obra Gráfica*, S. Paulo, Saraiva, 1975, págs. 19 e segs.

Ressalta, outrossim, quanto à edição, o caráter geral de que se reveste (112), aspecto esse também antes apontado pelo Prof. WALTER MORAES, que registra, em vários pontos, as limitações dos contratos de cessão no âmbito dos direitos conexos (113).

A independência das formas de utilização da obra intelectual e a necessidade de autorização autoral foram, ainda, realçadas pelo Prof. ANTÔNIO CHAVES em parecer, emitido a 9-9-75, para a SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), a respeito de música captada, em que mostra as diferenças entre o direito de emissão e o de recepção e a participação do autor em cada qual, conforme proclama a Convenção de Berna (em especial, arts. 8; 9; 11; 11 ter; 12 e 14) e com base em inúmeros autores e copiosa jurisprudência (114).

EDUARDO J. V. MANSO, que estuda os contratos em matéria autoral, distingue diferentes tipos e, mostrando a distância entre a cessão e a concessão de direitos, acentua que o instrumento respectivo deve conter especificadamente os direitos negociados. Assinala então que "a interpretação do contrato, por força do que dispõe o art. 3º dessa Lei nº 5.988, há de ser estrita", no sentido de que "ao intérprete não será permitido atribuir ao cessionário outros modos de utilização da obra além dos previstos" no respectivo contrato (115).

Limitam-se os direitos, assim, àqueles expressamente consignados na convenção. Assim, se o instrumento se refere a concessão para edição gráfica, isso significa que o autor reserva os demais. Não poderá, pois, a obra ser divulgada sob outra forma. Se as partes convencionam a utilização da obra mediante publicação em fascículos, não poderá ser divulgada sob forma de livro, e assim por diante.

Circunscreve-se, pois, a cessão aos aspectos mencionados no respectivo instrumento, vedada qualquer extensão, que invalidará o ato.

Com efeito, o autor tem plena titularidade sobre qualquer modalidade de exploração da obra, como acentua o citado escritor (116). Assim, uma obra literária pode ser utilizada em publicação, radiodifusão, recitação ou outro processo. Mas cada maneira específica é independente da outra. Se o autor cede o direito de representação, conserva o de reprodução e, dentre os direitos que compreende, consideram-se transferidos somente os expressos no contrato.

Ora, é para assegurar essa independência que a lei estabelece a interpretação estrita, como conclui (117).

(112) Ob. cit., pág. 25.

(113) WALTER MORAES: *Posição Sistemática do Direito dos Artistas, Intérpretes e Executantes*, S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973 (V. pág. 254, dentre outras).

(114) ANTÔNIO CHAVES: *Obras Radiodifundidas ou Televisadas — Música Captada*, parecer divulgado pela SICAM, SP, 1976.

(115) Ob. cit., pág. 13. Sobre contratos, v. o nosso verbete "Contratos de Direitos Autorais", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

(116) EDUARDO J. V. MANSO: "Direitos Autorais Decorrentes da Obra Intelectual Encomendada", in *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 136, pág. 45.

(117) Ob. cit., pág. 47.

De nossa parte, além da referida dissertação — em que analisamos os contratos de direitos autorais, detendo-nos nos diferentes aspectos da obra de encomenda — temos, em diferentes trabalhos, exalçado a natureza protetiva do Direito de Autor e o limitado alcance das cessões feitas pelos autores, na utilização econômica de suas obras (118).

Ao intérprete caberá, em cada caso, para equacionar as dúvidas exurgidas, examinar cuidadosamente os termos dos contratos à luz dos princípios expostos.

Deverá atentar para a respectiva formulação e definir a intenção das partes, pois, como adverte EDUARDO ESPINOLA (119), a inserção de cláusulas e condições de figuras jurídicas distintas (de cessão e edição, por exemplo), no contrato, poderá, em vista das profundas diferenças que as separam, suscitar dificuldades para o intérprete que, para dirimi-las, adotará, no entanto, a exegese estrita.

## 12. Na legislação anterior

Mas, no regime da legislação anterior, dúvidas existiam, em certa parte da doutrina, quanto ao alcance de cessões de direitos morais, em face de texto expresso do Código Civil, que permitia renúncia ao direito de nomeação da obra (art. 667), inobstante a tradição de nosso Direito, fundado na doutrina alemã (120).

Com efeito, o Direito de Autor nasceu no Brasil sob a égide do direito moral — a exemplo do que ocorreu na Alemanha, conforme assinala VON LISZT, referido por SAMUEL MARTINS (121) — com a instituição do delito da contrafação no Código Criminal do Império (art. 261).

Erigido o Direito de Autor à categoria de mandamento pela Constituição de 1891, com o reconhecimento da exclusividade ao criador para a exploração da obra, editou-se a Lei nº 496, de 1-8-1898, sob a influência da lei belga de 22-3-1886.

Essa lei definiu os direitos de autor como móveis, cessíveis e transmissíveis, no todo ou em parte (art. 3º), mas ressaltou que a cessão, quer do direito, quer da obra, não incluía o direito de modificar a obra, seja para venda, seja para exploração, sob qualquer forma (art. 5º).

Sufragou, pois, a limitação da cessão de direitos, acompanhando a melhor orientação filosófico-doutrinária sobre a matéria, que defendia o respeito ao elemento moral dos direitos de autor.

(118) V. nosso *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, citado, págs. 27 e segs. e 65 e segs. V. tb. "O aspecto moral das obrigações em Direito de Autor", in *Rev. Forense*, n.º 261; *O Direito de Autor no plano das liberdades públicas*, citado; *Interpretação no Direito em geral*, citado.

(119) EDUARDO ESPINOLA: Parecer in *Rev. dos Tribunais*, 274/49 e segs.

(120) Cf. SAMUEL MARTINS: *Direito Autoral, seu Concelto, sua História e sua Legislação entre Nós*, Recife, Liv. Francesa, 1906, págs. 8 e segs.

(121) Ob. cit., págs. 5 e segs.

Mas o Código Civil, promulgado pela Lei nº 3.071, de 1-11-1916, não acompanhou, em certo aspecto, a evolução dos conceitos sobre esse Direito.

Com efeito, de um lado, consagrou o direito exclusivo de reprodução ao autor (art. 649) e afirmou, em consonância com a natureza do Direito de Autor, que a cessão não transmitia o direito de modificar a obra, que permanecia na esfera do autor (art. 659). Limitou, ainda, a cessão de artigo jornalístico a vinte dias da publicação, findos os quais o autor recobrava os direitos (parágrafo único). Além disso, impôs a autorização autoral para a reprodução (art. 663), redução, inserção em compêndio, transformação de gênero, ou desenvolvimento (arts. 664 e 665), reconhecendo, pois, a independência das formas de utilização.

Delineou os limites da edição (arts. 1.346 e segs.), cujas regras estendeu à representação, determinando a licença autoral para a comunicação do manuscrito (art. 1.362).

Entretanto, de outra parte, manifestou o Código verdadeiro retrocesso, quando permitiu ao autor a cessão do direito de ligar o nome aos seus produtos intelectuais (art. 667), rompendo com a sua própria sistemática e com a natureza dos direitos intelectuais.

Essa norma foi criticada com veemência por CLÓVIS BEVILAQUA, que assinala que o projeto estatuiu exatamente o reverso (art. 774). Foi inserido no Congresso, que se deixou impressionar pela existência de alguns obscuros escritores que, mediante paga, produziam obras para outrem assinar <sup>(122)</sup>. Mas constitui mesmo a maior aberração de nosso Código Civil.

Por isso, inúmeras vezes levantaram-se contra esse texto, provocando debates na doutrina, resumidos por LINO LEME <sup>(123)</sup>. Dentre outros, criticaram essa disposição: FILADELFO AZEVEDO <sup>(124)</sup>, EDUARDO ESPINOLA <sup>(125)</sup> e o Prof. ANTÔNIO CHAVES <sup>(126)</sup>. Admitiam, ao revés, a cessibilidade do direito de nomeação: PONTES DE MIRANDA <sup>(127)</sup>, PEDRO VICENTE BOBBIO <sup>(128)</sup> e HERMANO DUVAL <sup>(129)</sup>.

Outros escritores, ainda, após a realização da Convenção de Roma, em 1928, que prescreveu a inalienabilidade do direito moral — promulgada no Brasil, pelo Decreto nº 23.279, de 24-10-1933 — declaram a insubsistência do citado texto, dentre os quais: CLÓVIS <sup>(130)</sup>, ALBERTO

(122) CLÓVIS BEVILAQUA: *Código Civil Comentado*, Rio, Freitas Bastos, 1944, vol. V, pág. 226, obs. n.º 1. A proposta partiu de ARTHUR LEMOS, que se fundava em POUILLET.

(123) LINO LEME: *Direito Civil Comparado*, S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1962, pág. 361.

(124) FILADELFO AZEVEDO: *Direito Moral dos Escritores*, Rio, Alba, 1930, págs. 31 e segs.

(125) EDUARDO ESPINOLA: Parecer in *Rev. dos Tribunais*, 274/49 e segs.

(126) *Direito Autoral de Radiodifusão*, cit., págs. 302 e segs.

(127) PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1971, vol. XV, págs. 49, 59 e 62.

(128) PEDRO VICENTE BOBBIO: Parecer in *Rev. dos Tribunais*, 274/86 e segs.

(129) "Limites aos Direitos Autorais", in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*.

(130) Obra e local citados, obs. n.º 3.

DA ROCHA BARROS <sup>(131)</sup>, EDUARDO ESPÍNOLA <sup>(132)</sup>, GONDIM NETTO <sup>(133)</sup> e DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA <sup>(134)</sup>.

Outra orientação surgiu, também, com a promulgação do Código Penal — que definiu como crime a atribuição falsa a outrem de autoria de obra intelectual (art. 185) — no sentido de considerar-se, com isso, revogado o texto do art. 667 do Código Civil. A tese foi defendida por FILADELFO AZEVEDO e aceita pelo Prof. RUBENS LIMONGI FRANÇA <sup>(135)</sup>.

Lembra, a propósito, o Prof. ANTÔNIO CHAVES, ao falar sobre a inalienabilidade do direito moral, que foi, inclusive, apresentado projeto, da autoria do jurista CLOVIS RAMALHETE, para efeito de limitação legal da cessão de direitos, cujo texto não veio, porém, a ser acolhido <sup>(136)</sup>.

Ao revés, o Decreto nº 4.790, de 2-1-1924, estatui a necessidade de numeração dos exemplares da obra — cuja fixação o Código já atribuíra ao editor (art. 1.355) — sempre que inexistisse alienação, ao editor, dos direitos sobre a obra (art. 4º), admitindo, pois, uma cessão total.

Inexistiam, outrossim, regras de interpretação específicas para o campo do Direito de Autor, além das que decorriam da análise sistemática do Código, retroapresentada.

Normas dessa espécie foram, no entanto, inseridas na antiga Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071, de 1-1-16), a saber: a que vedava a escusa do cumprimento da lei pelo desconhecimento (art. 5º); a que impunha obrigação ao juiz de despachar ou sentenciar, mesmo na omissão da lei (art. 5º); a que restringia o alcance da lei de exceção aos casos especificados (art. 6º); e a que mandava aplicar a analogia e os princípios gerais na omissão da lei (art. 7º).

No Código, foram contempladas duas outras normas para a interpretação de negócios jurídicos: uma, que manda o intérprete, nas manifestações de vontade, buscar a intenção das partes e não o sentido literal das expressões (art. 85); e, outra, que determina a interpretação estrita dos contratos benéficos (art. 1.090). Assim, no sistema do Código, deve-se perquirir a intenção dos contratantes, para a definição de sua vontade real e, como acentua o Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, mediante a reconstrução retrospectiva do ato volitivo e sua harmonização com as cláusulas contratuais. De outro lado, nos contratos benéficos

(131) ALBERTO DA ROCHA BARROS: *Direitos Autorais dos Escritores*, SP, 1946, pág. 15.

(132) Ob. e local citados.

(133) GONDIM NETTO: Parecer in *Rev. dos Tribunais*, 274/59 e segs.

(134) DIRCEU DE OLIVEIRA: *Direito de Autor*, Rio, Ed. Nacional de Direito, 1956, pág. 18.

(135) Cf. RUBENS LIMONGI FRANÇA: *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, SP, RT, 1971, pág. 136, nota 101 (A obra de FILADELFO AZEVEDO é "Reflexos do Novo Código Penal sobre o Direito Civil", in *Arquivo Judiciário*, n.º 60, 1941, "Suplemento", pág. 29; e a de RUBENS LIMONGI FRANÇA: *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, SP, RT, 3.ª ed., pág. 300, nota 448.

(136) Ob. cit., págs. 295 e segs.

(como a doação), a parte vincula-se àquilo a que expressamente se obrigou <sup>(137)</sup>.

A atual Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-1942), dispõe, por sua vez, que: **a)** na omissão da lei, devem ser aplicados a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º), e **b)** cabe ao intérprete atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º).

Eram essas as regras de cunho interpretativo — conforme CLÓVIS BEVILAQUA <sup>(138)</sup> — que existiam antes da Lei nº 5.988/73, objetivando orientar o exegeta e, principalmente, os juízes, as quais apresentam caráter geral, porque insitas em diploma legal introdutório.

### 13. Na doutrina anterior à Lei nº 5.988/73

Mas, mesmo assim — e considerada a questão debatida — a melhor doutrina sempre adotou posição protetiva ao autor, limitando o alcance dos negócios jurídicos celebrados para a utilização das obras intelectuais e salvaguardando os aspectos morais do direito.

Com efeito, anota FILADELFO AZEVEDO — que fez estudo sobre o direito moral e suas características — que a cessão do direito autoral é sempre entendida restritivamente, citando ROSEMBERGER <sup>(139)</sup>. Dessa forma, acentua que a dilatação de prazos de proteção e de outras formas de reprodução não ficam abrangidas na transferência anterior.

Salienta, depois, que na desapropriação deve a interpretação ser restrita, frisando, ainda, que essa diretriz limitativa era defendida por doutrina e jurisprudência <sup>(140)</sup>.

ALBERTO DA ROCHA BARROS diferencia a cessão da edição, mostrando também o alcance restrito que, em face da natureza do Direito de Autor, assumem <sup>(141)</sup>.

Na mesma diretriz, manifesta-se PEDRO VICENTE BOBBIO que, analisando os direitos autorais na obra musical, acentua que a permissão do autor para a edição da obra se esgota com a sua reprodução, em papel no qual se imprimam os símbolos musicais, e com a colocação dos exemplares impressos em comércio. Com isso se conclui o referido processo reprodutivo, não podendo ser utilizada a obra sob outro modo, mesmo que represente lógica consequência da edição, “sem que o autor

(137) *Curso de Direito Civil — Obrigações*, SP, Saraiva, 1977, vol. 2, pág. 48. V. tb. SILVIO RODRIGUES: *Direito Civil — Contratos*, SP, Saraiva, 1977, vol. III, pág. 81.

(138) Ob. cit., 1927, 3.ª ed., vol. I, págs. 106 e 107. Sobre normas interpretativas, v. RUBENS LIMONGI FRANÇA: *Formas e Aplicação do D. Positivo*, SP, RT, 1968, págs. 55 e segs. Informa que foi MELLO FREIRE o primeiro a preocupar-se, entre nós, com a questão, que interessou também a PAULA BATISTA, CARLOS MAXIMILIANO e ao Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (que enumera várias regras extraídas da jurisprudência, ob. e local acima citados).

(139) Ob. cit., pág. 84.

(140) *Idem*, *Ibidem*.

(141) Ob. cit., págs. 35 e 36.

volte a interferir, no exercício do direito específico, correspondente a esse outro processo" (142).

Enfatiza que todas as leis do mundo reconhecem ao autor a interferência específica nas execuções públicas da obra. Daí, a "licença de edição é, logicamente, limitada à realização sonora não pública, portanto, individual, que tem na edição o processo preparatório" (143).

Nessa ordem de idéias, a concessão para inserção de música em filme limita-se à produção, não podendo ser estendida à realização sonora pública que àquela se seguir. A autorização conferida para sincronização não compreende a de exibição (144).

No mesmo sentido e examinando contrato firmado entre compositores e editor de música, assenta GONDIM NETTO que, na cessão de direitos, permanecem com o autor os não expressos no contrato. Cada direito deve ser "objeto de licença expressa" e outorgada exclusivamente pelo autor ou por mandatário com poderes especiais.

Assim, conclui que a autorização para reprodução fonomecânica ou fabricação de discos e sincronização em filme "não inclui permissão de representação, de execução pública e de teletransmissão pelo rádio ou televisão" (145).

Desse modo, o autor pode transferir todos os direitos ao editor, mas mediante fixação de percentagem em cada direito cedido, conforme PEDRO VICENTE BOBBIO (146). A idênticas conclusões chegaram inúmeros outros juristas, examinando o mesmo contrato, em que um compositor transmitia a um editor todos os seus direitos patrimoniais, para divulgação no mundo todo: EDUARDO ESPÍNOLA (147), FREDERICO JOSÉ DA SILVA RAMOS (148) e ALFREDO BUZAID (149).

Assim sempre entendeu o Prof. ANTÔNIO CHAVES que, em várias partes de sua obra sobre o direito de radiodifusão (150) mostra-se veementemente defensor da inalienabilidade do direito moral, o que imprime caráter restrito às convenções sobre a matéria, a ponto, inclusive, de poder ser utilizado contra o próprio autor (151).

Em HERMANO DUVAL, que examina o Direito de Autor em face das novas técnicas de comunicação, encontram-se também definidas as tendências limitativas aos negócios jurídicos autorais (152).

(142) PEDRO VICENTE BOBBIO: *O Direito de Autor nas Criações Musicais*, cit., págs. 27 e 28.

(143) *Idem*, *Ibidem*.

(144) Págs. 60 e 63.

(145) *Ob. e local citados*.

(146) Parecer in *Rev. dos Tribunais*, 274/86 e segs.

(147) *Ob. e local citados*.

(148) FREDERICO J. DA SILVA RAMOS: Parecer in *Rev. dos Tribunais*, 274/69 e segs.

(149) ALFREDO BUZAID: Parecer in *Rev. dos Tribunais*, 274/77 e segs.

(150) *Ob. cit.*, págs. 295 e segs. e 311 e segs. Em outras obras, sempre foi essa a tônica das manifestações do Prof. ANTÔNIO CHAVES. Cf. tb., quanto a obras musicais: *Rev. dos Tribunais*, 422/59, em que mostra a limitação das cessões de direitos patrimoniais.

(151) *Ob. cit.*, págs. 334 e 335.

(152) *Direito de Autor nas Invenções Modernas*, cit., págs. 80 e segs.; 180 e 253 e segs. (quanto ao cinema, ao rádio e televisão).

Por isso é que a melhor doutrina, mesmo sem texto expresso de lei, tem defendido que, até a ilimitada transmissão, “com todos os direitos”, deixa ainda ao autor as faculdades jurídicas relacionadas com a tutela de sua personalidade especial, ou, como diz KURT RUNGE — referido por GONDIM NETTO, *verbis*:

“Auch die unbeschraenkte Uebertragung mit allen — Rechten belaesst dem Urheber noch die persoendlich Keitsrechtlichen Befuegnisse, die such auf die Wahrungseiner Urhebereche und die werktreue bezirken” <sup>(153)</sup>.

#### 14. Na jurisprudência

Observa-se a mesma orientação na jurisprudência que, além, tem cumprido missão importante na evolução do Direito de Autor e na fixação de diferentes conceitos. A tendência protetiva ao autor e o alcance restrito da cessão de direitos foram assentados também muito antes da lei especial, inobstante a assistemática norma referida.

Assim é que a jurisprudência tem, por exemplo, sob o aspecto moral, vedado a reprodução da obra sem autorização do autor, mediante as cominações legais <sup>(154)</sup>. Também desautorizou: a divulgação de música com a supressão do nome do autor do texto poético, impondo a necessária indenização <sup>(155)</sup>; o aproveitamento de romance em sua maior parte, em peça apresentada como original em rádio, pela empresa de radiodifusão <sup>(156)</sup> e a edição não consentida de obra musical <sup>(157)</sup>.

Mas as mais freqüentes demandas — que muito agitaram os nossos tribunais — são encontradas no campo do direito de execução pública, com as sociedades arrecadadoras pleiteando a cobrança de direitos autorais sobre composições musicais, de autoria de seus filiados executadas em locais públicos, casas de danças, clubes, restaurantes e demais. Nesses casos, reafirmando a exclusividade do autor (através das sociedades mandatárias) em autorizar a divulgação, como direito independente, a jurisprudência tem feito prevalecer a exigência dos direitos autorais de execução, com as cominações devidas <sup>(158)</sup>.

Outrossim, na cessão de direitos sobre obra musical, para produção cinematográfica, declarou a necessidade de pagamento dos direitos pelo

(153) *Rev. dos Tribunais*, 274/59.

(154) *Rev. dos Tribunais*, 243/399.

(155) *Rev. dos Tribunais*, 105/206.

(156) *Rev. dos Tribunais*, 161/631

(157) *Rev. dos Tribunais*, 304/181.

(158) *Rev. Forense*; 111/156; 123/104; 126/159; 140/313; 149/141; 152/220; 164/278, e *Rev. dos Tribunais*; 164/731; 188/476; 194/382; 252/181; 253/609; 256/548; 260/603; 262/145; 284/618; 285/901; 286/765; 287/490; 288/673; 289/551; 294/717; 300/636; 306/711; 328/548 e 719; 339/298; 345/487; 348/213; 348/550; 350/540; 360/422; 361/123 e 445/110. Na *Rev. dos Tribunais* 164, às folhas 425 e 428, encontram-se também pareceres, no mesmo sentido, de ALVINO LIMA e LINO LEME.

exibidor, conforme ajuste <sup>(159)</sup>. Em outro caso, decidiu-se que a cessão não importa em renúncia, devendo o exibidor pagar a remuneração em cada projeção ou execução da fita sonora <sup>(160)</sup>.

Fixou-se, de outro lado, que na cessão de composição musical a editor, mediante participação percentual na venda de exemplares — por não constituir cessão pura e simples —, o autor tem direito à retribuição e à prestação de contas <sup>(161)</sup>.

Ainda na orientação estrita, a jurisprudência obrigou o editor, pelo excesso de exemplares, a indenizar o autor. Determinou, em outro caso, a favor do autor, a perda dos exemplares produzidos além do convenicionado <sup>(162)</sup>.

No mesmo sentido, decidiu-se — ainda com respeito à edição de obra literária — que, na cessão de direitos autorais pelo autor ou herdeiro, a lei posterior, que prorroga a sua duração, protege os herdeiros, se o contrato não dispuser em contrário, porque se presume que aqueles cedem somente os direitos existentes no momento do ajuste <sup>(163)</sup>.

Assentou-se, em outro julgado, e com relação à cessão do direito de adaptação para a cinematografia, que inadmissível é a reprodução da peça em resumo, mesmo com autorização da empresa cessionária, porque a disposição para aquele fim não implica na divulgação por outra forma <sup>(164)</sup>.

Em outros julgados, concedeu-se ao autor indenização, em virtude de: **a)** reprodução não autorizada de quadro em estampas menores <sup>(165)</sup>; e **b)** divulgação de obra artística, não autorizada pelo autor, com finalidade comercial <sup>(166)</sup>.

Sob o aspecto processual, tem a jurisprudência considerado os direitos autorais suscetíveis de proteção por meio de interditos <sup>(167)</sup>.

#### IV. SÍNTESE CONCLUSIVA

O Direito de Autor, que se identifica, em essência, por seu aspecto moral irrenunciável, apresenta cunho eminentemente protetivo ao criador da obra intelectual. Objetiva amparar a personalidade especial do autor, ou seja, do indivíduo como criador de obra de engenho, e garantir-lhe os proventos decorrentes de utilização de sua produção.

(159) *Rev. dos Tribunais*, 338/503 e 360/422.

(160) *Rev. dos Tribunais*, 213/101.

(161) *Rev. dos Tribunais*, 192/604.

(162) *Rev. dos Tribunais*, 219/578.

(163) *Rev. dos Tribunais*, 455/218.

(164) *Rev. Forense*, 210/104.

(165) *Rev. dos Tribunais*, 225/303.

(166) *Rev. dos Tribunais*, 372/108.

(167) *Rev. dos Tribunais*, 444/100.

Dalí, tem sido consagrado nas Constituições dos Estados modernos como um dos direitos individuais inalienáveis do homem, acentuando-se, com a sua evolução, a condição de direito especial (ou **sui generis**, como assinalam os escritores), conforme a melhor doutrina, e as legislações atuais reconhecem.

Índole peculiar apresentam as suas normas, dirigidas à garantia de proteção eficaz ao autor, especialmente nas relações estabelecidas para o aproveitamento econômico de sua obra.

Dessa forma, desde os primórdios de sua afirmação como direito especial, tem sido assentada essa orientação protetiva, tanto na jurisprudência, como na doutrina — mesmo à ausência de normas expressas de lei — e também na legislação, em que recentemente vem assumindo contornos mais definidos.

Assim, têm sido inseridas normas especiais para: **a)** assegurar a inviolabilidade do direito moral, proclamando-se a sua inalienabilidade; **b)** garantir a independência dos diferentes direitos patrimoniais e a autorização autoral em todos os processos de utilização da obra; **c)** fixar a delimitação do conteúdo da edição; **d)** estabelecer a limitação do alcance da cessão de direitos; **e)** exigir a configuração expressa e inequívoca no instrumento de contrato, dos direitos cedidos em cada despojamento.

Essa é a linha traçada pelos unionistas de Berna, de caráter subjetivo, desde a Convenção inaugural e ressaltada a cada nova revisão, em que se procura acompanhar os progressos técnicos da comunicação. Vislumbra-se, contudo, exceção a esses princípios no Direito anglo-norte-americano, em face de peculiaridades do sistema, que se reveste de cunho objetivo.

As mesmas tendências protetivas encontram-se no Direito brasileiro, que se acasala na vereda unionista, evidenciando doutrina e jurisprudência a fidelidade à natureza peculiar do Direito e a conseqüente limitação da extensão das convenções particulares, desde as primeiras manifestações e, mesmo, contra esdrúxula norma estilhaçadora do direito moral, que em sua codificação se imiscuiu.

Consagrando esse entendimento — e realçando a sua importância —, a Lei nº 5.988/73 impõe, por expresse, a interpretação estrita dos negócios jurídicos sobre direitos autorais e dita normas especiais para a sua regulamentação, mostrando-se, nesse passo, identificada com a evolução do Direito de Autor e elidindo, por previsão explícita, quaisquer dúvidas a respeito.

É de preservar-se, pois, esse sistema, que se amolda ao caráter especial do Direito de Autor, possibilitando-se, assim, que se concilie o crescente desenvolvimento da tecnologia e a contínua introdução de novas formas de utilização da obra intelectual, com a necessidade de preservação, ao autor, dos direitos decorrentes de sua produção — tanto morais, como patrimoniais — dentro do infinito liame que os entrelaça.

(168) Rev. dos Tribunais, 359/319 e 423/242.

## BIBLIOGRAFIA

- ARE, MARIO: **L'oggetto del Diritto di Autore**, Milano, Giuffrè, 1963.
- ASCARELLI, TULLIO: **Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**, trad. de E. VERDERA y SUAREZ-LLANOS, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970.
- AZEVEDO, FILADELFO: **Direito Moral dos Escritores**, Rio, Alba, 1930.
- BARROS, ALBERTO DA ROCHA: **Direitos Autorais dos Escritores**, SP, 1946.
- BEC, PIERRE LE: **Le Droit d'Auteur et la Phonographie**, Paris, Arthur Rousseau, 1911.
- BITTAR, CARLOS ALBERTO: **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**, SP, RT, 1977.  
**Direito de Autor na Obra Publicitária**, SP, RT, 1979.
- BOBBIO, PEDRO VICENTE: **O Direito de Autor na Criação Musical**, S. Paulo, Lex, 1951.  
Parecer in **Rev. dos Tribunais**, 247/86.
- BUZUID, ALFREDO: Parecer in **Rev. dos Tribunais**, nº 274/77.
- CASELLI, EDUARDO PIOLA: **Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione**, Torino, Torinese, 1927.  
"Diritti d'Autore", verbete in **Novissimo Digesto Italiano**, vol. V.
- CHAVES, ANTÔNIO: **Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão**, S. Paulo, Max Limonad, 1952.  
"O Direito de Autor nas Obras Musicais", in **Revista dos Tribunais**, 457/11.  
"O Direito de Autor na Obra Cinematográfica", in **Revista dos Tribunais**, 422/59.  
"O Projeto Brasileiro do Código de Direitos de Autor", in **Revista dos Tribunais**, 235/33.  
**Nova Lei Brasileira de Direito de Autor**, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.  
**Obras Radiodifundidas ou Televisadas — Música Captada**: parecer divulgado pela SICAM, SP, 1976.
- COHEN, NATHAN: "State Regulation of Musical Copyright", in **Oregon Law Review**, XVIII, fasc. 3, Univ. of Oregon, abril de 1939.
- COSTA, HECTOR DELLA: **El Derecho de Autor y su Novedad**, B. Aires, Cathedra, 1971.
- DESANTES, JOSÉ MARIA: **La Relación Contractual entre Autor y Editor**, Pamplona, Universidad de Navarra, 1970.
- DESBOIS, HENRI: **Le Droit d'Auteur en France**, Paris, Dalloz, 1966.
- DOCK, MARIE CLAUDE: **Étude sur le Droit d'Auteur**, Paris, Lib. Générale, 1963.
- DUVAL, HERMANO: **Direitos Autorais nas Invenções Modernas**, Rio, Andes, 1956.  
"Limites aos Direitos Autorais", in **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, XXXI, págs. 212 e segs.
- ESPÍNOLA, EDUARDO: Parecer in **Revista dos Tribunais**, 274/49.
- FABIANI, MARIO: **Il Diritto d'Autore nella Giurisprudenza**, Padova, Cedam, 1963.
- FRAGOLA, AUGUSTO: **La Cinematografia nella Giurisprudenza**, Padova, Cedam, 1966.  
**La Radiotelevisione nella Giurisprudenza**, Padova, Cedam, 1971.

- FRANÇON, ANDRÉ: **La Propriété Littéraire et Artistique en Grand-Bretagne et aux États Unis**, Paris, Arthur Rousseau, 1955.
- La Propriété Littéraire et Artistique**, Paris, Presses Universitaires de France, 1970.
- FRÉMOND, PIERRE: **Le Droit de la Photographie**, Paris, Dalloz, 1973.
- GÉRARD, PAUL DANIEL: **Los Derechos de Autor en la Obra Cinematográfica**, trad. de MANUEL PARÉS MAICAS, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958.
- GONDIM, NETTO: Parecer in **Revista dos Tribunais**, 274/59.
- GOUIN, LÉON-MERCIER: **Le Droit d'Auteur**, Montreal, Fides, 1950.
- GOURIOU, RENÉ: **La Photographie et le Droit d'Auteur**, Paris, Lib. Générale, 1959.
- GRECO, PAOLO e VERCELLONE, PAOLO: **I Diritti sulle Opere del Ingegno**, Torino, Torinese, 1974.
- GREGORIO, ALFREDO DE: **Il Contratto di Edizione**, Roma, Athenaeum, 1913.
- HUARD, G.: **Traité de la Propriété Intélectuelle**, Paris, Marchal et Billard, 1903.
- HUGUET, ANDRÉ: **L'Ordre Public et les Contrats d'Exploitation du Droit d'Auteur**, Paris, Lib. Générale, 1962.
- JARACH, GIORGIO: **Manuale del Diritto d'Autore**, Milano, U. Mursia & Cia., 1968.
- KEREVER, ANDRÉ: "Le Droit d'Auteur en Europe Occidentale", in **Hommage a Henri Desbois**, Paris, Dalloz, 1974.
- LADAS, STEPHEN: **The International Protection of Literary and Artistic Property**, New York, The Macmillan Co., 1968.
- LARDEUR, GUSTAVE: **Du Contrat d'Édition en Matière Littéraire**, Paris, Arthur Rousseau, 1893.
- LEME, LINO: **Direito Civil Comparado**, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1962.
- LEONELLI, LEONELLO: "Il Diritto d'Autore nella Repubblica Iugoslava", in **Il Diritto di Autore**, out.-dez. 1975, págs. 543 a 559.
- LEPAULLE, RENÉE PIERRE: **Les Droits d'Auteur sur son Oeuvre**, Paris, Dalloz, 1927.
- MALAPLATE, LÉON: **Le Droit d'Auteur — sa Protection dans les Rapports Franco-Étrangers**, Paris, Recueil Sirey, 1931.
- MANSO, EDUARDO J. V.: "Contratos de Direitos Autorais", in **Revista dos Tribunais**, nº 467.
- "Direitos Autorais Decorrentes da Obra Intelectual Encomendada", in **Arquivos do Ministério da Justiça**, dezembro 1975, págs. 44 a 75.
- MARTINS, SAMUEL: **Direito Autoral, seu Conceito, sua História e sua Legislação entre Nós**, Recife, Liv. Francesa, 1906.
- MATTIA, FABIO MARIA DE: **O Autor e o Editor na Obra Gráfica**, S. Paulo, Saraiva, 1975.
- MAYER, MICHAEL F.: "A Decline of Protection for Creative Rights?", in **R.I.D.A.**, LXX, outubro 1971.
- MICHAÉLIDÉS-NOUAROS, GEORGES: **Le Droit de l'Auteur**, Paris, Arthur Rousseau, 1935.
- MIRANDA, PONTES DE: **Tratado de Direito Privado**, Rio, Ed. Borsoi, 1971, vol. XV.

- MISERACHIS, ANTONIO: **El Copyright Norteamericano**, Barcelona, Bosch, 1946.
- MORAES, WALTER: **Posição Sistemática do Direito dos Artistas, Intérpretes e Executantes**, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- MORRIS (JR.), THOMAS B.: "The Origins of the Statute of Anne", in **7 Copyright Problems Analysed**, New York, Fred B. Rothman, 1966, págs. 222 e segs.
- MOUCHET, CARLOS e RADAELLI, SIGFRIDO A.: **Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas**, B. Aires, Guillermo Kraft, 1948.  
**Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas**, B. Aires, Abeledo Perrot, 1966.
- NICHOLSON, MARGARET: **A Manual of Copyright Practice**, New York, Oxford University Press, 1945.
- PADELLARO, GIUSEPPE: **Il Diritto d'Autore (La Disciplina Giuridica degli Strumenti di Comunicazione Sociale)**, Milano, F. Vallardi, 1972.  
**I Diritti degli Autore, degli Editori, degli Executori e degli Interpreti**, Milano, Giuffrè, 1969.
- PLAISANT, ROBERT: "Les Conventions Relatives au Droit Moral de l'Auteur", in **Hommage a Henri Desbois**, Paris, Dalloz, 1974.
- PLAZAS, ARCADIO: **Derechos Intelectuales**, Bogotá, Lib. Voluntad, 1942.
- RAMOS, FREDERICO JOSÉ DA SILVA: Parecer in **Revista dos Tribunais**, 274/70.
- RENAULD, J. G.: **Droit d'Autore et Contrat d'Adaptation**, Bruxelles, F. Larclier, 1955.
- RINGER, BARBARA: "Judicial Development in United States Copyright Law", in **R.I.D.A.**, LXVII, janeiro 1971, e LXIII, julho 1972.
- SANCTIS, VALERIO DE: **Contratto di Edizione — Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione**, Milano, Giuffrè, 1965.  
 "Autore", verbete in **Enciclopedia del Diritto**, vol. IV.
- SATANOWSKY, ISIDRO: **Derecho Intelectual**, B. Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- SCHMIDT, ANDRÉ: **Les Sociétés d'Auteurs. SACEM-SACD — Contrats de Représentation**, Paris, Lib. Générale, 1971.
- SILVA, DIRCEU DE OLIVEIRA E.: **Direito de Autor**, Rio, Ed. Nacional de Direito, 1956.
- SILZ, ÉDOUARD: "La Notion Juridique de Droit Moral de l'Auteur, son Fondement, ses Limites", in **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1933, vol. XXXII.
- STOYANOVITCH, K.: **Le Droit d'Autore dans les Rapports entre la France et les Pays Socialistes**, Paris, Lib. Générale, 1959.
- STRÖMHOLM, STIG: **Le Droit de l'Autore en Droit Allemand, Français et Scandinave**, Stokholm, P. A. Norstedt & Söners, 1966.  
**La Concurrence entre l'Autore d'une Oeuvre de l'Esprit et le Cessionnaire d'un Droit d'Exploitation**, Stockholm, Norstedt & Söners, 1969.
- TARNEC, ALLAIN LE: **Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique**, Paris, Dalloz, 1966.
- WISTRAND, HUGO: **Les Exceptions Apportées aux Droits de l'Autore sur ses Oeuvres**, Paris, Edit. Montchréstien, 1968.
- WITTENBERG, PHILLIP: **The Protection and Marketing of Literary Property**, New York, Julian Messner Inc., 1920.

# Algumas considerações sobre o capital estrangeiro

(Ilegalidade das discriminações sem base na lei federal)

**ARNOLDO WALD**

Advogado no Rio de Janeiro e em  
Brasília, Professor catedrático da Fa-  
culdade de Direito da Universidade  
do Rio de Janeiro.

“Ninguém será obrigado a fazer ou  
deixar de fazer alguma coisa senão em  
virtude de lei.” (Art. 153, § 2.º, da Cons-  
tituição Federal.)

1. Um dos problemas que tem sido recentemente discutido tanto na área administrativa, como nos tribunais, é o referente ao regime jurídico das empresas controladas por estrangeiros, domiciliados ou não no País, e as restrições que podem sofrer em virtude de normas regulamentares federais ou de leis estaduais ou municipais. A matéria não tem merecido maiores estudos, até o presente momento, mas justifica um exame dos seus aspectos jurídicos, numa fase de importantes investimentos estrangeiros no País, devendo ser fixadas, com clareza e sem ambigüidades, as regras referentes ao capital que entra no Brasil e que necessita conhecer as normas que lhes são aplicáveis.

2. Temos sempre entendido que, somente em virtude de lei (e não de decreto ou outro diploma de nível hierárquico inferior) federal (e não estadual ou municipal), pode haver discriminação entre brasileiros e estrangeiros ou entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados. Efetivamente, o princípio constitucional estabelece a equiparação de nacionais e estrangeiros na forma da lei, que deve ser interpretado como aplicável tanto às pessoas físicas, como às pessoas jurídicas. Conseqüentemente, só a legislação federal e, nela, os textos de leis em sentido formal é que podem estabelecer uma distinção entre nacionais e estrangeiros, pois se a equiparação decorre da lei federal, somente ela é que pode admitir exceções, que significam, na realidade, a derrogação da norma legislativa, que não pode ocorrer em virtude de decretos, portarias, instruções ou avisos.

3. A necessidade de norma legal específica para que possa haver a restrição dos direitos dos estrangeiros decorre de vários mandamentos constitucionais. Na realidade, o art. 153, § 23, da Emenda Constitucional nº 1, que decorre de uma longa tradição da legislação brasileira, assegura igualmente a nacionais e estrangeiros:

“... o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão...”

Trata-se de norma aplicável tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas, pois o texto constitucional não faz a respeito qualquer distinção e o intérprete não pode discriminar no silêncio do texto constitucional.

4. A aplicação do princípio constitucional às pessoas jurídicas e, em particular, às sociedades civis e comerciais decorre da própria tradição do nosso direito constitucional inspirado na lição dos publicistas norte-americanos, para os quais a referência constitucional à pessoa devia ser sempre entendida como abrangente, compreendendo tanto o indivíduo como as *corporações*. Assim, na interpretação da Emenda nº 14 à Constituição norte-americana, que assegura a todas as pessoas o direito à propriedade, ao *due process of law* e à igual proteção das leis, a Suprema Corte americana entendeu, desde a segunda metade do século passado, que a norma se aplicava às sociedades comerciais. (V. LOUIS H. POLLAK, *The Constitution and the Supreme Court*, 1966, Cleveland & New York, The World Publishing Co., vol. I, pág. 286.)

5. Mesmo os juristas que divergem dessa interpretação, como o eminente PONTES DE MIRANDA, chegam à conclusão que qualquer discriminação entre brasileiros e estrangeiros, que não tenha o seu fundamento na lei federal, é inconstitucional, concluindo que mesmo a legislação ordinária federal só poderia estabelecer distinções com base na Constituição Federal (PONTES DE MIRANDA, *Dez Anos de Pareceres*, Rio, Francisco Alves Editor, 1974, vol. I, Parecer nº 20, págs. 193/194).

6. Não há, pois, qualquer dúvida, nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileira quanto ao princípio, de acordo com o qual toda limitação ou restrição dos direitos dos estrangeiros deve necessaria-

mente constar em lei, em sentido formal, em virtude do que dispõe o art. 153, § 2º, da Constituição vigente:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

7. A lei que rege o assunto é federal, pois abrange o regime jurídico dos estrangeiros que constitui, incontestavelmente, a matéria de que trata o art. 8º, inciso XVII, letras *o* e *p*, que se referem, respectivamente, à “nacionalidade, cidadania e naturalização”; e à “emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiros”.

8. De qualquer modo, a legislação sobre direitos e deveres dos estrangeiros sempre foi federal, como se verifica pelo Decreto-Lei nº 941, de 13-10-1969 (especialmente título IX), e pelo Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970, que o regulamentou (título X).

9. No tocante ao regime de estrangeiros, devemos acrescentar que a Constituição Federal vigente (Emenda Constitucional nº 1) não concede competência supletiva aos Estados para legislar a respeito do assunto (art. 8º, XVII, e parágrafo único).

10. O princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros já constava no art. 3º do Código Civil e, somente durante o Estado Novo, é que algumas normas de nível inferior à lei estabeleceram uma distinção, que não mais pode prevalecer diante do texto constitucional vigente.

11. Neste sentido é a lição de HAROLDO VALLADÃO, que a respeito esclarecia, na vigência da Constituição de 1967, que:

“Um retrocesso temporário se verificará entre 1937 e 1945, com o regime ditatorial de pré-guerra, na Carta de 1937, e em numerosos decretos-leis e decretos e resoluções discriminatórios, não mais vigentes em face dos preceitos terminantes da Constituição de 1946, arts. 31, I, e 141 e § 1º, e da atual, 9º, I, 140, §§ 1º e 2º, e 150 e § 1º” (HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S. A., 1968, pág. 402).

12. É idêntico o pensamento do Procurador e eminente jurista DARDEAU DE CARVALHO, na sua excelente monografia sobre a *Situação jurídica de estrangeiros no Brasil*, na qual salienta:

“20 — As restrições constitucionais impostas aos estrangeiros, como se vê, eram bastante limitadas. Mas, entre as Constituições de 1937 e 1946, e mesmo depois desta, surgiram, nas leis ordinárias, numerosas restrições, não só às atividades dos estrangeiros, como às atividades dos próprios naturalizados. Contaram-se, em certo momento, mais de cem atividades vedadas aos estrangeiros, muitas delas sem nenhum amparo constitu-

cional e mesmo ao arrepio da Constituição. Uma das tarefas mais árduas da comissão interministerial que elaborou o anteprojeto do Estatuto (vigente) foi precisamente a de proceder à revisão dessas limitações, reduzindo-as ao estritamente necessário e conveniente aos interesses e à segurança nacionais, porque, país de imigração, não pode o Brasil deixar de oferecer incentivos aos estrangeiros que nos procuram. Resultou desse exame a fórmula do Título IX do Estatuto, anterior, porém, à Emenda Constitucional nº 1, que passaremos a analisar" (A. DARDEAU DE CARVALHO, *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*, S. Paulo, Sugestões Literárias, 1976, pág. 184, nº 20).

13. Por sua vez, a legislação sobre capital estrangeiro estabelece o mesmo tratamento para as empresas nacionais e as sob controle de acionistas que não tenham a nacionalidade brasileira, conforme se verifica do texto peremptório do art. 2º da Lei nº 4.131, de 2-9-1962, que tem a seguinte redação:

"Ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, *sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.*" (Grifos nossos.)

14. Comentando o referido artigo, o Professor HERCULANO BORGES DA FONSECA teve o ensejo de ponderar que:

"Quis o legislador, na lei sobre capitais estrangeiros, que estes gozassem de todas as garantias e que não sofressem outras discriminações senão as previstas na Lei nº 4.131. Essa qualificação é muito útil e evita que, em virtude de decretos, instruções ou portarias, se pretenda acrescentar restrições outras, que possam perturbar os investimentos estrangeiros e criar um clima menos favorável para aqueles que confiem no País e para ele tragam seus bens e capitais" (HERCULANO BORGES DA FONSECA, *Regime Jurídico do Capital Estrangeiro*, Rio de Janeiro, Editora Letras e Artes, 1963, pág. 67).

15. O princípio, que se encontra na Lei nº 4.131, foi reafirmado no decreto que a regulamentou, com uma única modificação de redação, que não afeta a norma aplicável ao caso. Efetivamente, enquanto a lei entendeu que não poderia haver restrições ao capital estrangeiro, a não ser aquelas que ela própria estabelecia, o decreto reafirma a equiparação de tratamento entre os capitais nacional e alienígena, ressalvadas as exceções previstas "em lei", ou seja, tanto na Lei nº 4.131, como nos eventuais diplomas posteriores, desde que tenham o nível de lei em sentido formal (leis ou decretos-leis) elaborados pelo Congresso Nacional e sancionados pelo Presidente da República (leis) ou por este baixados e posteriormente aprovados pelo Poder Legislativo (decretos-leis).

16. Na realidade determina o art. 2º do Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965, que:

“Art. 2º — Ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas em lei (Lei nº 4.131, artigo 2º).”

17. Posteriormente, a legislação federal, que tratou dos estrangeiros, e que consta do Decreto-Lei nº 941, de 1969, e do Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970, reiterou o princípio da igualdade e da reserva legal, ou seja, reafirmou a equiparação dos estrangeiros aos nacionais, ressalvadas tão-somente as exceções contidas em lei, devendo esta ser entendida no sentido formal.

18. Efetivamente, determina o art. 115 do Decreto-Lei nº 941 que:

“Art. 115 — O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição Federal e das leis.”

19. Ensina a respeito JOSÉ BRITO ALVES que:

“1 — O art. 115 trata do gozo dos direitos, que se distingue do exercício dos direitos. Gozar de direitos é ter a faculdade abstrata de participar das vantagens que a lei concede; exercer direitos é usar efetivamente dos direitos cujo gozo a lei abstratamente admite. No exercício dos direitos é que se manifesta realmente a vida jurídica do cidadão. Não se trata mais, no exercício dos direitos, de simples definições abstratas da lei, mas sim, dos casos reais e concretos de sua aplicação” (JOSÉ BRITO ALVES, *A Regulamentação do Capital Estrangeiro no Brasil*, Rio de Janeiro, Sindicato dos Bancos do Estado da Guanabara, 1975, pág. 66).

20. Comentando ainda o referido artigo, DARDEAU DE CARVALHO, na sua excelente monografia, lhe dá a adequada interpretação ao escrever que:

“O estrangeiro residente no Brasil, consoante dispõe o artigo 115, pode gozar (faculdade abstrata) de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis. Em princípio, pois, todo direito reconhecido aos brasileiros, na Constituição e nas leis, pode ser exercido pelos estrangeiros residentes, ressalvadas, porém, as exceções que expressamente consignarem” (DARDEAU DE CARVALHO, obra citada, pág. 179).

21. Cabe, aliás, salientar que o referido diploma fez o levantamento de todas as limitações aos direitos de estrangeiros para incluí-las no art. 118, pretendendo apresentar uma enumeração taxativa das

restrições aos estrangeiros que, na realidade, só não se tornou exaustiva por terem surgido outras limitações posteriores em outros diplomas legais.

22. O Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970, trata dos direitos e deveres dos estrangeiros no seu título X (arts. 142 a 151), reafirmando de início que

“O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição Federal e das leis” (art. 142).

23. O mesmo decreto contém, no seu art. 145, as restrições ao estrangeiro na área civil e comercial e, no art. 146, as limitações de ordem política, reiterando, assim, as normas já constantes de lei.

24. No tocante ao direito comercial, cabe salientar que o parágrafo único do art. 60 da antiga Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-Lei nº 2.627) determinava que:

“Quando a Lei exigir que todos os acionistas ou certo número deles sejam brasileiros, as ações da companhia ou sociedade anônima revestirão a forma nominativa.”

Essa disposição foi mantida pela lei vigente (art. 300 da Lei nº 6.404, de 15-12-76).

25. Verifica-se, assim, que sempre se entendeu que a exigência de nacionalidade brasileira para o exercício de certo tipo de atividade comercial ou o controle de certas empresas só podia constar em texto legislativo federal.

26. Recentemente, a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro teve o ensejo de argüir a inconstitucionalidade de lei local que estabeleceu uma discriminação entre empresas nacionais e estrangeiras para fins de licitação. Trata-se da Lei Municipal nº 6, de 27 de junho de 1977, contra a qual foi apresentada, no egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma representação que passou a ter o nº 15/77 e está aguardando julgamento. Oferecida a representação pelo Procurador-Geral da Justiça, o Prefeito, representado pela Procuradoria do Estado, ingressou no feito como litisconsorte e, na petição dirigida ao Desembargador Relator, entendeu que a discriminação entre empresas estrangeiras e nacionais feria a legislação federal, devendo, pois, ensejar a declaração de inconstitucionalidade de diploma municipal.

27. Concluimos, pois, que qualquer discriminação em virtude da nacionalidade da empresa ou de seus controladores só pode decorrer da Constituição e da lei federal, sendo, conseqüentemente, inconstitucionais ou ilegais quaisquer normas federais de nível inferior (decretos, portarias, avisos, instruções, resoluções) ou quaisquer normas estaduais ou municipais que estabeleçam tal distinção sem amparo na Constituição ou na lei federal.

# Teoria finalista da ação

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPE

## 1 — TEORIAS DA AÇÃO

As teorias da ação, na doutrina moderna do crime, podem ser classificadas em teorias causais e teorias finais. Dentro de cada uma das duas grandes classes referidas, observa-se a combinação entre os fundamentos objetivos e subjetivos de um lado e os fundamentos descritivos e valorativos de outro. Assim, na primeira classe de teorias — *as teorias causais* —, os fundamentos descritivos, combinados com os fundamentos objetivos, dão forma à teoria naturalista da ação, ou teoria causal propriamente dita, e combinados com os fundamentos subjetivos, dão forma à teoria sintomática da ação. Já na segunda classe de teorias — *as teorias finais* —, os fundamentos valorativos e objetivos, de um lado, caracterizam a teoria social da ação, e os fundamentos valorativos e subjetivos, de outro lado, caracterizam a teoria finalista da ação ou teoria final propriamente dita. Em síntese: enquanto a teoria causal é descritiva e objetiva, a teoria sintomática é descritiva e subjetiva, e enquanto a teoria social é valorativa e objetiva, a teoria finalista é valorativa e subjetiva (1).

Apresentado o esquema, pode-se dizer que as teorias causais são descritivas e que as teorias finais são valorativas. O descritivo diz respeito ao fático, ao real, e o valorativo, ao cultural, ao normativo. O objetivo, ou externo, exterior, quando no campo do real, diz respeito ao mundo físico circundante e, quando no campo do normativo, ao mundo circundante da coletividade. O subjetivo, no real, refere-se à personalidade do agente e, na esfera normativa, à vontade individual.

Outras combinações existem, ou são possíveis, sempre girando, porém, em torno dos binômios objetivo-subjetivo e descritivo-valorativo, com o predomínio desse ou daquele fundamento, com a predominância dessa ou daquela combinação. Desse modo, a teoria pessoal da ação, de Arthur Kaufmann, a quem se deve a simétrica classificação acima apresentada, aproxima-se da teoria social, estendendo-a ao homem como matéria, vida, alma e espírito (2). Assim também a teoria, que denominamos normativa, aproxima-se da teoria social da ação, limitando-a, porém, a uma ordem jurídica determinada.

(1) Arthur Kaufmann, *Schuld und Straf-Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Carl Heymanns Verlag KG, 1966, 39.

(2) Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, c., 39-66.

Enquanto, porém, a teoria pessoal da ação parte de fundamentos filosóficos para explicar a ordem jurídica, a teoria normativa da ação parte da ordem jurídica para explicar-lhe os fundamentos filosóficos. Na teoria pessoal da ação, deve-se ter presente que o Direito é concebido como a relação de conformidade entre o *ser* e o *dever*, e que o *ser* e o *dever* nem são idênticos (Tomás de Aquino), nem diferentes (Kant), mas equivalentes por *analogia* e não no sentido da dialética de Hegel (3). Na teoria normativa, o dogmata pode investigar as raízes filosóficas da ação conforme um determinado ordenamento jurídico, o qual, pela simples razão de não ser um *sistema filosófico*, mas um *sistema jurídico*, pode acolher fundamentos de filosofia nem sempre coerentes e, às vezes, até contrários e mesmo contraditórios.

## 2 — TEORIAS CAUSAIS

As teorias causais nasceram na *atmosfera* das ciências causais e explicativas do século dezenove. Dominaram o pensamento jurídico-penal dos fins do século passado e dos começos do século vinte. É a época do positivismo filosófico e do positivismo científico. É a época, também, do positivismo jurídico e do positivismo criminológico. Na Alemanha, o dogma causal-explicativo desenvolveu a dogmática jurídica, e, na Itália, criou condições para o nascimento da criminologia.

A teoria causal propriamente dita, que se fundamenta no descritivo e no objetivo, considera a ação como um *movimento corporal voluntário* e como uma *modificação sensível do mundo exterior* (4). Em sua pureza, não explica os crimes de simples atividade, nem a omissão. Foi fecunda para a investigação do nexu de causalidade. Hoje, ao apresentar-se, concebe a ação independentemente do resultado, afirmando que, segundo um conceito superior e unitário, a ação nem é causal, nem final (5).

A teoria sintomática da ação, que se fundamenta no descritivo e no subjetivo, investiga, na personalidade do agente, a causa do ato. Por amor à simetria e por amor à ordem didática expositiva, a teoria sintomática figura como uma das quatro teorias fundamentais da ação. A sua influência, porém, na doutrina e na prática não pode ser supervalorizada. Ao cair no dualismo que separa, na definição do crime, ato e autor, perde a significação (6). Vale como um apelo veemente à consideração da personalidade do autor na ordem jurídico-punitiva.

(3) Arthur Kaufmann, *Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung*, in *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, C. F. Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, 277.

(4) Paul Bochélmann, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975, 45-46.

(5) Juergen Baumann, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Muenchen, 1974, 391.

(6) Schoenko-Schroeder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen und Berlin, 1976, 111.

### 3 — TEORIAS FINAIS

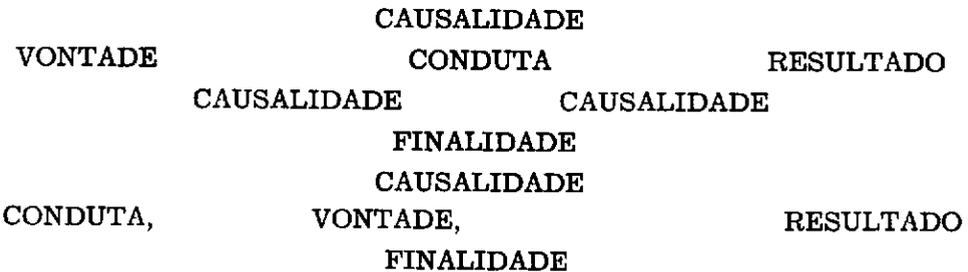
As teorias finais surgiram no segundo quartel do século vinte, sob a influência da filosofia dos valores, em suas várias direções, e, em particular, sob a influência da filosofia de N. Hartmann.

A teoria social da ação, que se fundamenta no valorativo e no objetivo, considera a ação como um *fator significativo e formativo da realidade social com seus aspectos pessoal, final, causal e normativo*, abarcando, desse modo, a tendência objetiva da ação (Eb. Schmidt) e a posição subjetiva do fim (Jescheck) (7). Ao fundamentar a ação na realidade social, estende-se para além da realidade jurídica, o que é censurável, porque introduz, no conceito, um elemento metajurídico.

A teoria final propriamente dita, ou teoria finalista da ação, que se fundamenta no subjetivo e no valorativo, constituiu, no terceiro quartel do século vinte, o tema mais apaixonadamente tratado e discutido pela doutrina jurídico-penal da Alemanha. Parece que, no presente momento, esgotou-se em sua disponibilidade protéica, cristalizada que está em escola que reúne adeptos ortodoxos e heterodoxos. Breve exposição da teoria finalista da ação está contida no item que segue.

### 4 — TEORIA FINALISTA

*Finalidade é a mentalização de fins, direção da atividade para alcançar o fim e realização conforme o plano dos fins (9), e vontade é o fator dirigente que governa o acontecimento externo e o converte em uma ação dirigida a um fim (10). Atividade final é um operar consciente orientado ao fim (11).* Com tais frases, Welzel estabelece os princípios da teoria finalista da ação. Não nega, porém, a causalidade que, por ser *cega*, serve de suporte à finalidade, que é *vidente*. Com o quadro de Baumann, a seguir exposto, compreende-se, com clareza, qual a diferença e a relação existente entre a causalidade, em seu sentido primeiro, e a finalidade, concebida por Welzel:



(7) Johannes Wessels, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, C. F. Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, 15-16.

(8) Hermann Blei, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 16., voalig neubearbeitete Auflage des von Edmund Mezger bagruendete Werkes, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975, 61-62.

(9) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, 33.

(10) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, c., 34.

(11) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, c., 33.

Pelo quadro exposto, o conceito final da ação é, também, causal: a vontade se propõe os fins, escolhe os meios para alcançá-los e dá-lhes eficácia causal (12).

O dolo é a vontade de ação dirigida para a realização de um tipo de delito (13). Já na culpa, decisivo não é o simples ato voluntário que produz o resultado, mas a execução concreta, a concreta direção da ação final, segundo uma conduta social modelo, que está orientada para evitar resultados socialmente intoleráveis (14).

## 5 — TEORIA CIBERNÉTICA

Welzel informa que, ao tomar do campo da filosofia de Nicolai Hartmann, pela primeira vez e em 1935, o termo *finalidade*, outra expressão não existia que melhor se adequasse ao seu pensamento sobre a ação humana. Ao surgir, porém, em 1948, com Norbert Wiener, o termo *cibernética*, seria melhor talvez preferi-lo ao termo *finalidade*, para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade. Como, porém, o termo *cibernética* tem uma significação precisa no campo da matemática, deve ser mantido o uso lingüístico jurídico-penal *finalidade*, sabendo-se, desde já, que ocasiona mal-entendidos ao ser interpretado de uma maneira estreita e literal. Se não fora o inconveniente indicado, a *ação cibernética* compreenderia, com clareza, o dolo e a culpa, abrangendo, em ambos, o que existe de juridicamente relevante, ou seja, a *direção* (15).

Estudando a ação cibernética ou biocibernética (16), introduz Guenther Jakobs a inevitabilidade no conceito da ação (17). Aqui o finalismo penetra a esfera do direito civil (18), o que é investigado e ressaltado por Erwin Deutsch (19).

(12) Juergen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, c., 391-392.

(13) Hans Welzel, o.c., 65.

(14) Hans Welzel, o.c., 130.

(15) Hans Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, in Festschrift fuer Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Heinz Zipf, Verlag C. F. Mueller-Karlsruhe, 1972, 3-8.

(16) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, c., 37.

(17) Guenther Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in Festschrift fuer Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. Maerz, 1974, Herausgegeben von Guenther Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gord Geilen, Haus Joachim Hirsch, Hans, Ludwig Scheiber, Guenther Jakobs und Fritz loos, 1974, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 307-325.

(18) Schoenke-Schroeder, Strafgesetzbuch, c., 11e.

(19) Erwin Deutsch, Finalitaet, Sozial aedequanz und Schuedtheorie als zivilrechtliche Strukturbergriff, Welzels Fernwirkungen auf di Zivibrechtsdogmatik, in Festschrift fuer Welzel, c., 227-250.

## 6 — FINALIDADE INCONSCIENTE

Mantendo o termo *finalidade*, Stratenwerth fala de uma *finalidade inconsciente*. Cita logo no começo do seu trabalho o exemplo do automatismo na conduta, que geralmente está adequado a um fim, e que, apesar disso, não recebe o devido tratamento doutrinário nem pela teoria causal, nem pela teoria social, nem pelo conceito negativo de ação de Herzbergs. Somente a *direção*, que regula a conduta, é suficiente para fazê-lo, e o faz tanto no automatismo quanto nas ações afetivas e de curto-circuito. No automatismo, sem dificuldade, porque, nele, originalmente, a conduta é *conscientemente* dirigida. Nas ações afetivas e nos atos de curto-circuito, porém, é necessário apelar para um primitivo estágio de direção consciente.

Distinguindo entre direção consciente e direção inconsciente, Stratenwerth fundamenta a finalidade inconsciente. Deste modo, não existe conduta humana que não possa ser conscientemente dirigida, inclusive aquela que se verifica em estado de embriaguez. A possibilidade de uma direção consciente, porém, não existe nos reflexos corporais puros, como o reflexo dos tendões da patela ou rótula do joelho; nos ataques convulsivos, e nos movimentos vertiginosos <sup>(20)</sup>.

## 7 — CRÍTICA DO FINALISMO

A escolha do termo *finalidade*, como o próprio Welzel reconheceu, ao término de sua extraordinária vida de pensador e de jurista, não foi das mais felizes. E isto não só porque a finalidade é termo inconveniente e fonte de equívocos <sup>(21)</sup>, como também porque a filosofia de N. Hartmann, que inspirou o finalismo, é um *corpus metaphysicum sem alma* <sup>(22)</sup>.

A afirmativa de Bergson, repetida por Sartre, de que a finalidade é o inverso do mecanicismo ou da causalidade <sup>(23)</sup>, ajusta-se à teoria hartmanniana dos três atos — proposição de fim, escolha de meios, execução. Deste modo, o exagero da teoria finalista é o inverso do exagero da teoria causal: enquanto esta *obriga-se* a encontrar, para cada ação, um resultado típico, aquela luta para indicar, em cada ação, um fim típico, ou atípico (hipótese da culpa no sentido estrito).

Que a estrutura da ação é *ôntica* ou *ontológica*, é problema filosófico discutível, não competindo à dogmática jurídica afirmá-lo ou negá-lo, e, se o fizer, terá de fazê-lo à luz de um determinado ordenamento

(20) Guenter Stratenwerth, *Unbewusste Finalitaet?* in *Festschrift fuer Welzel*, c., 289-305, principalmente, 290, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 302 e 303.

(21) André Lalande, *Vocabulario de la Filosofía*, I, tradução sob a direção de Luis Afonso, Buenos Aires, 1953, 496.

(22) Johannes Hirschberger, *História da Filosofia Contemporânea*, tradução e prefácio de Alexandre Correia, Herder, São Paulo, 1963, 185.

(23) Henri Bergson, *L'évolution créatrice*, Paris, 1948, 39; Jean-Paul Sartre, *El ser y la nada — Ensayo de ontología fenomenológica* — traducción de Juan Valmar, tercera edición, Losada, Buenos Aires, 1972, 181.

jurídico. O mesmo se diga quanto à afirmativa de que todas as ações humanas dirigem-se conscientemente a um fim. Vale, aqui, em apoio do pensamento filosófico científico, o apoio do pensamento filosófico literário. "Car, pour l'avenir que nous faisons, par exploration, travail, entreprises, intrigues, armées en marche, nous ne pouvons guère le penser; il n'est pas objet; il est ambigu par l'action même, inconnaissable par l'action même. Une épée cherche passage vers moi, un chariot roule et va m'écraser; je perçois, je bondis, j'échape; cet avenir se fait; je suis mort si je le pense fait" (24).

Em vários tipos penais, encontra-se um determinado fim. Na tentativa, existe um fim. Havê-lo-á no crime consumado? Discutível. E no *dolus eventualis* e na *aberratio*? Também discutível. E na omissão e na exculpação? Igualmente discutível. E na culpa em sentido estrito? Na culpa, mesmo considerando-se o resultado como condição de punibilidade, deve ser lembrado que é o resultado que torna a ação um fato criminoso (25).

Mesmo dando ao finalismo o conteúdo da cibernética ou biocibernética, para conceber a ação como o fato dirigido e orientado pela vontade, mesmo assim as dificuldades não são removidas. O conceito cibernético da ação cria um *tipo ideal* que não alcança os atos impulsivos e afetivos (26). Numa grande quantidade de crimes, depara-se uma *desordem passional*, o que não é de estranhar, porque, no final de contas, não é o próprio crime uma *desordem*? Como buscar, na desordem passional, um fim? "Se é verdade que as paixões sensíveis são *desregramentos da afetividade*, não em virtude de sua intensidade, mas *porque escapam ao controle da razão*, já não se vê que sentido pode conservar o problema da finalidade delas. Uma desordem não tem fim nem sentido, e é por isso mesmo que é uma desordem" (27). E por que procurar, justamente na ação criminosa, um fim consciente, racional?

Provavelmente, por isso mesmo, Stratenwerth, com sua doutrina da *finalidade inconsciente*, afastou-se do finalismo, que é, a rigor, *finalidade consciente*. Conforme a observação de Schnoeke-Schroeder, modificou consideravelmente o primitivo conceito finalista de ação, construindo, sobre ele, uma nova doutrina (28).

Embora construída sobre fundamentos vulneráveis, a teoria finalista tem o grande mérito de ter agitado o pensamento jurídico-penal durante um quarto de século. E, no estudo de interesse prático imediato, deve-se, a ela, profundas investigações, principalmente nos campos da omissão e da culpa.

(24) Alain, *Les Passions et la Sagesse*, Gallimard, 1960, 51.

(25) Juergen Baumann, *Strafrecht -Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking-Bielefeld, 1975, 215-216.

(26) Juergen Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, c., 213 e 216-217.

(27) Régis Jolivet, *Tratado de Filosofia, II, Psicologia*, tradução de Gerardo Dantas Barreto, Livraria Agir Editora, Rio, 1967, 387-388.

(28) Schoenke-Schroeder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, c., 115.

# Contencioso administrativo

EDYLCÉA NOGUEIRA DE PAULA

Procuradora da República, Professora de  
Direito Administrativo da Faculdade de Di-  
reito — CEUB

- I — Introdução
- II — Conceito
- III — Histórico e evolução
- IV — O controle do ato administrativo no Brasil
- V — O contencioso em face da Emenda nº 7/77
- VI — Conclusões

## I — INTRODUÇÃO

Suscitou o instituto inúmeras discussões entre os especialistas, já que introduzido no Direito brasileiro refletindo modelos estrangeiros, sem se definir por tal ou qual.

Adotando, assim, peculiaridades de vários sistemas, tomou uma feição esdrúxula, causando perplexidades na sua compreensão e deixando entrever as dificuldades que surgirão quando da sua criação efetiva e conseqüente aplicação.

Visa este trabalho procurar apresentá-lo racionalmente, esclarecer alguns pontos conflitantes que possam resultar da interpretação dos dispositivos constitucionais a ele referentes e alertar os futuros aplicadores da lei no caso concreto.

## II — CONCEITO

É o contencioso administrativo um sistema de controle da legalidade dos atos administrativos que têm por objeto julgar os conflitos de interesse entre os vários órgãos da Administração Pública ou entre estes e os particulares.

Constitui-se, portanto, em um sistema de justiça administrativa, em que a própria Administração institui órgãos próprios para efetivar este julgamento.

## III — HISTÓRIA E EVOLUÇÃO

Instituído na França, resultou da interpretação que deram os franceses à Teoria da Separação de Poderes, exposta por Montesquieu no sempre atual *De l'Esprit des Loix*.

Entenderam que, havendo a tripartição dos poderes, estes deveriam ser independentes, sem quaisquer interferências de um no outro, receando que uma ingerência nefasta do Poder Judiciário no Poder Executivo pudesse prejudicar as causas burguesas. Desconfiavam os administradores revolucionários, assim, da justiça ordinária francesa.

Bonnard cita a respeito:

“Dès le début de la Révolution, il se manifesta une extrême méfiance à l'égard des tribunaux judiciaires en ce qui concerne leur attitude à l'égard de l'administration”.

Criou, por isso, a Administração revolucionária um sistema de controle da legalidade da atividade administrativa dentro do próprio Poder Executivo, retirando-o daqueloutro Poder.

Este controle se instituiu pela primeira vez, na Lei nº 16, de 24-8-1790, que dizia:

“As funções judiciais são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas. Não poderão os juizes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos”;

e foi mantido na Constituição de 3-9-1791, quando declarou:

“Os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar para, perante eles, comparecerem os administradores, por atos funcionais”.

---

(1) Roger Bonnard — *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*, Paris, 1934, pág. 152.

É exercido pelo Conselho de Estado a que, somente, escapa a competência para julgar os litígios decorrentes de atividades públicas com caráter privado, litígios que envolvem questões de Estado e capacidade das pessoas, de repressão penal, e litígios que se refiram à propriedade privada.

Difere, fundamentalmente, do outro sistema básico de justiça administrativa também originada da mesma teoria, com interpretação diversa, que entendia ser necessário haver a independência das funções do Estado, adotado, entre outros países, pela Inglaterra e Estados Unidos, em que o Poder Judiciário conhece e julga das causas em que a Administração é parte, sem a instituição de tribunais especiais para proceder a estes julgamentos. É o tipo anglo-saxão da jurisdição una que vige em alguns países da América Latina, tais como o Brasil, a Argentina e o México.

Nos EUA, os órgãos colegiados (Courts, Boards, Commissions) instituídos para apreciar determinadas espécies de conflitos administrativos não proferem decisões definitivas, com força de coisa julgada. O Poder Judiciário sempre poderá ser provocado para revê-las.

Seguem-nos, ainda, de perto, a Bélgica, a Grécia e a Itália, porém com uma diferença: a criação de tribunais administrativos dentro do Poder Judiciário, específicos, portanto, com competência parcial.

Na Iugoslávia, introduziu-se o sistema francês, com peculiaridades locais, que não afetam a sua estrutura.

Filiados a ele, ainda, estão Portugal, Suíça, Áustria e Alemanha que, entretanto, dele se distanciaram partilhando a competência dentro da justiça ordinária, cometendo-a a tribunais administrativos (cf. § 13 do GVG c/c § 4º do EGZPO, § 4º do EGGVO e § 4º do VWGO, na Alemanha).

Esta a tendência generalizada na Europa, atualmente, pois o sistema francês do administrador juiz entrou em declínio em razão da atuação quase nunca independente dos agentes do contencioso que fazem parte da própria Administração e, por isso, não podem julgar com imparcialidade.

Verificamos, assim, que dos dois sistemas básicos — o inglês e o francês — derivaram outros modelos históricos, sendo certo que as formas puras não mais existem, como bem salientado por Seabra Fagundes (2).

#### IV — O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Três fases se apresentam no Direito brasileiro:

1ª — De 1500 a 1822, em que vigiam as instituições portuguesas.

(2) Seabra Fagundes, in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1957, SP, pág. 133.

Adotou-se o regime de Administração municipalista de que encontramos, ainda hoje, vestígios no foral, na câmara municipal, no juiz ordinário ou “de fora”, nos corregedores e ouvidores. Estas autoridades eram competentes para exercer a jurisdição administrativa, e de suas decisões cabiam recursos para a Casa de Suplicação em Lisboa, ou para a Relação do Porto.

Mais tarde, criaram-se a Relação da Bahia (1609), a do Rio de Janeiro, a do Maranhão e a de Pernambuco.

2ª — De 1822 a 1889, há uma nítida influência da Constituição francesa.

Nossa Carta Magna de 1824, outorgada pelo Imperador, instituiu quatro poderes, entre eles o Poder Moderador, com caráter político, exercido pelo Imperador e auxiliado por um Conselho de Estado.

Este órgão foi suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e, posteriormente, restabelecido em 1841, por D. Pedro II. No ano seguinte, fez-se a sua regulamentação através do Regimento nº 124, de 5-2-1842, concedendo-lhe a função jurisdicional em casos de conflito negativo entre o juiz ordinário e os presidentes das Províncias, relativos a causas em que fossem apreciados atos administrativos, decidindo pela competência da jurisdição ordinária ou do autocontrole da Administração.

3ª — De 1889 até nossos dias, em que tivemos nosso Direito influenciado pelo norte-americano, provocando profunda alteração no sistema de controle dos atos administrativos.

A Constituição de 1891 instituiu, no art. 60, alínea b, a Justiça Federal, de caráter especial com competência para julgar todas as ações em que a União Federal tivesse interesse, cabendo-lhe, ainda, conhecer, em raríssimas circunstâncias, de questões civis e criminais, absorvendo, assim, todo o contencioso administrativo, aqui significando conflito.

Trouxe a Lei nº 221, de 20-11-1894, uma ação específica do particular para anular os atos administrativos, restringindo, entretanto, a apreciação do juiz ordinário quanto à conveniência e oportunidade da ação do agente da Administração, em relação, portanto, ao mérito administrativo.

Na Constituição de 1891, com a instituição, no art. 72, § 22, do **habeas corpus**, surgiu a “Teoria Brasileira do **Habeas Corpus**”, defendida por Rui Barbosa e Pedro Lessa, que estendia sua aplicação à proteção de direitos individuais contra a ilegalidade, ainda que não se referisse à liberdade de locomoção.

Com a construção, admitida também pelos Tribunais, se pôde efetivar mais prontamente o controle dos atos administrativos.

Ao mesmo tempo, utilizavam-se dos interditos possessórios, cujos procedimentos cautelares facilitavam-no, também.

Restringindo a aplicação do **habeas corpus** a seus limites originários, a reforma da Constituição de 1926 retirou do particular o remédio para exercer o controle dos atos ilegais do agente público.

Entretanto, permaneceu a necessidade da criação de um instituto que pudesse, rapidamente, permitir ao particular defender-se perante a Administração.

Em 1934, a Constituição, no art. 112, § 33, introduziu o mandado de segurança, que foi regulamentado pela Lei nº 191, de 16-1-1936 e, mais tarde, pela Lei nº 1.533/51.

Neste período, podemos verificar que o controle se exercia pelo Poder Judiciário. Existiam já, entretanto, paralelamente, um controle parlamentar, exercido quanto aos atos de determinadas autoridades (membros do Supremo Tribunal Federal, Presidente da República — art. 57, § 2º, e 53 da Constituição de 1891, respectivamente) e um controle pelos próprios órgãos da Administração, baseado no poder hierárquico, em matéria fiscal, pessoal etc., visando a um aperfeiçoamento de sua atuação e corrigindo ilegalidades porventura existentes, chamado autocontrole.

Os três tipos de controle coexistem ainda hoje.

A coexistência, entretanto, não exclui da apreciação do Poder Judiciário as lesões aos direitos individuais.

E, assim, embora existam órgãos com competência para julgar determinados conflitos de interesse entre o particular e a Administração, como os Conselhos de Contribuintes, suas decisões, da mesma forma que sucede nos Estados Unidos, não têm força de coisa julgada, porque consagrado no art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, está o princípio da unidade de jurisdição: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, mantido no art. 150, § 4º, da Constituição de 1967 e na Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 4º

Esta Emenda trouxe uma inovação quando estabeleceu no art. 111:

“A lei poderá criar **contencioso administrativo** e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.” (grifos nossos);

referindo-se a litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União Federal, suas autarquias ou empresas públicas.

Foi o primeiro passo na direção de se criar o contencioso, já em sentido formal — conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição —, prevalecendo, entretanto, a possibilidade de o Poder Judiciário lançar a última “pá de cal” sobre os conflitos, eis que suas decisões não teriam força de coisa julgada, em razão da observação do legislador no § 4º do art. 153, dispositivo a que foi feita a remissão pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977.

#### V — O CONTENCIOSO FACE À EMENDA Nº 7/77

Além daquela disposição do art. 111, que prevê a hipótese da criação do contencioso para julgar, administrativamente, causas em que a matéria se relacione a pessoal da União, trouxe a Emenda nº 7/77 o art. 203, *in verbis*:

“Poderão ser criados contenciosos administrativos federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (art. 153, § 4º)”.

As hipóteses, assim, se restringiram a questões de pessoal federal e fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho federais e estaduais permanecendo as questões de pessoal estaduais e municipais, fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho municipais na competência do Poder Judiciário.

Vale ressaltar, ainda, a expressão “sem poder jurisdicional” estatuída no dispositivo, querendo nos parecer significar “sem força de coisa julgada”, como sói acontecer com os contenciosos já existentes, criados por lei ordinária, como o Conselho de Contribuintes, o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo etc., de cujas decisões não emana aquele efeito.

Como citado anteriormente, a disposição contida no art 153, § 4º, da Constituição Federal, consagra, no Brasil, constitucionalmente, o sistema judicial ou de jurisdição una, estabelecendo que nenhuma lesão de direito individual poderá deixar de ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

O acréscimo feito pela Emenda nº 7/77 a este artigo, *in verbis*:

“... O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”

incluindo essa condição de se exaurirem as vias administrativas antes do ingresso em juízo, não feriu o princípio da unidade de jurisdição.

Criou-se apenas uma condição da ação, especial e nova, submetendo o direito subjetivo do administrado a ela. Este direito, portanto, só nascerá após a utilização de todas as esferas administrativas.

Verificamos que a norma é de direito processual e mais bem colocada estaria em lei ordinária, como foi feito na Lei nº 1.533/51, que regula o mandado de segurança, quando dispõe:

“Art. 5º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I — de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.”

Entretanto, sua fixação na Constituição teve por objetivo alcançar o legislador estadual, que não tem competência para legislar sobre direito processual; e, tendo sido facultada, com a Emenda, a criação de contencioso administrativo estadual (art. 203), permitir-lhe a possibilidade de, também, utilizar-se da condicionante.

O art. 204:

“A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (arts. 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida”,

estabelece a faculdade de a lei dispor sobre competência, cometendo aos Tribunais superiores o conhecimento das revisões, naquelas causas, sendo certo que, em se tratando das referentes à União, a própria Emenda a fixou no art. 122, inciso II:

“Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

II — julgar, originariamente, nos termos da lei, o pedido de revisão das decisões proferidas pelos contenciosos administrativos (art. 204).”

Constituiu-se aquela em norma permissiva, dando ao Estado-Membro a faculdade de não subtrair da justiça de primeiro grau a competência, o que não acontece em relação à União, em que uma instância foi suprimida.

Por fim, inovou a Emenda nº 7/77, dispondo no art. 205:

“As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão.”

Trata, aqui, das questões em que haja interesse da União e suas respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; do Estado-Membro e suas respectivas entidades da administração indireta; da mesma forma em relação ao Distrito Federal e aos Municípios; e das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista de cada pessoa jurídica de direito público, entre si.

Não nos parece, como entendeu o eminente Mestre Diogo de Figueiredo <sup>(3)</sup>, ter esse dispositivo excepcionado a competência geral do Judiciário, porque tal interpretação nos levaria a um conflito com o § 4º do art. 153, além de que não houve exclusão expressa. Ainda que assim fosse, uma disposição transitória não tem força para derrogar ou limitar norma constitucional típica, quando com ela incompatível.

A disposição já provocou decisões nos Tribunais Superiores, tais como a proferida no RE 86.083-RJ, em que foi relator o Ministro Bilac Pinto, publicada no DJU, de 1º-7-77, pág. 4.465:

“Sociedade de Economia Mista. Litígio com a União. Competência, no caso, da autoridade administrativa nos termos do art. 205 da CF, mesmo para os processos em andamento. Recurso extraordinário prejudicado”;

e a prolatada pelo Tribunal Federal de Recursos, na AC nº 37.017-PR, Relator Ministro Oscar Correia Pina, publicada no DJU, de 27-4-78, pág. 2.763:

“Ação proposta por autarquia federal contra sociedade de economia mista, também integrante da Administração Federal Indireta. Procedência.

Apelação. Conhecimento. Reforma da sentença para ser julgado extinto o processo, sem exame do mérito, pois o litígio deve ser resolvido administrativamente (Constituição Federal, art. 205, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977).”

**Data venia** dos eminentes e cultos julgadores, discordamos de ambas as decisões.

E discordamos porque consideramos tal norma constitucional uma disposição de eficácia limitada, segundo a classificação apresentada pelo professor José Afonso da Silva, in **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, pág. 76, que significa que não produz, com a simples entrada em vigor, todos seus efeitos essenciais, pois o legislador constituinte não estabelece nela uma normatividade bastante para tal, deixando para o legislador ordinário essa tarefa.

Não havendo, ainda, lei ordinária que disponha sobre a criação efetiva dos órgãos administrativos julgadores, não pode o Poder Judiciário se negar a prestar a sua função jurisdicional, com soluções simplistas como estas.

(3) Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Contencioso Administrativo** — Forense, 1977, Rio, p. 74.

Outra decisão recente proferida pelo Presidente do Tribunal Federal de Recursos, indeferindo recurso extraordinário interposto no AG MS 69.385-SP, fundamenta-se em que:

“Trata-se de recurso extraordinário oriundo de controvérsia entre autarquia federal (Instituto Nacional de Previdência Social) e Município (Prefeitura Municipal de Osasco). A teor da Emenda Constitucional de número 7, de 13 de abril de 1977, que introduziu na Carta Política o art. 205, conferindo à autoridade administrativa a solução das questões “entre a União, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista ou entre umas e outras”, entendo que restou extinta a competência do Poder Judiciário para o processo e julgamento dos feitos, inclusive os pendentes . . .” (publ. no DJ, de 14-2-78, pág. 500).

Com muito maior razão apresenta-se, aqui, nossa discordância, por se tratar de causa em que são partes uma autarquia federal e um Município, cujo julgamento permanece na competência do Poder Judiciário, segundo o disposto no art. 125, inciso I, da Constituição, *in verbis*:

“Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar;”

não se submetendo jamais ao contencioso criado no art. 205, o que quebraria a sistemática de nosso ordenamento jurídico e político, com o desrespeito ao princípio basilar da federação (art. 47, § 1º c/c art. 1º da CF).

## VI — CONCLUSÕES

1. O contencioso administrativo no Brasil é um modelo híbrido, com características do contencioso francês, sem dispensar a apreciação judicial dos atos administrativos.
2. As causas de sua competência limitam-se aos litígios decorrentes das relações de trabalho (matéria de pessoal federal); fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho, federais e estaduais.
3. A permissão constitucional para que se exija o exaurimento das vias administrativas não fere o princípio da unidade de jurisdição. É, apenas, uma condição da ação.
4. As decisões administrativas proferidas nas causas previstas no art. 205 não retiram do Judiciário a competência para apreciá-las, porque, sendo

a disposição transitória, não derroga a norma típica constitucional do § 4º do art. 153 da CF, pois é com ela incompatível.

5. Esta norma é de eficácia limitada, não produzindo efeitos por si só. Necessita da lei ordinária para fazê-lo. Sua aplicação no momento, pelos Tribunais, constitui negação da prestação jurisdicional.

#### BIBLIOGRAFIA

- 1 — ANDRADES, Stratis — **Contentieux Administratif des États Modernes**. Paris, ed. Recueil Sirey.
- 2 — AMARAL, Diogo de Freitas — **A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos**. Lisboa, 1967.
- 3 — ARAGÃO, J. Guilherme de — **A Justiça Administrativa no Brasil**. Rio, 1955.
- 4 — BONNARD, Roger — **Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration**. Paris, 1934.
- 5 — DICKINSON, John — **Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States**.
- 6 — FAGUNDES, Seabra — **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio, 1957 e 1967.
- 7 — FIORINI, Bartolomé — **Teoría de la Justicia Administrativa**. Buenos Aires, 1944.
- 8 — GUICCIARDI, Enrico — **La Giustizia Amministrativa**. Pádua, 1943.
- 9 — JACQUELIN — **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris, 1899.
- 10 — LANGROD, Georges — **Contrôle Judiciaire de l'Administration Américaine**. Paris.
- 11 — LOPES DIAS, Vitor Manuel — **Contencioso Administrativo**. Lisboa.
- 12 — LAWSON — "Le Droit Administratif Anglais", in **Revista de Introdução ao Direito Comparado**, 1951, pág. 413.
- 13 — MAYER, Otto — **Droit Administratif Allemand**. Paris, 1903.
- 14 — MEIRELLES, Hely Lopes — **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, 1966 — 4ª ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- 15 — MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo — **Tribunais Administrativos para o Controle dos Atos do Poder Público na República Federativa do Brasil**. Ed. Bolsol, Rio, 1970.  
— **Curso de Direito Administrativo**. Forense, 3ª ed., Rio, 1976.  
— **Contencioso Administrativo**. Forense, Rio, 1977.
- 16 — POUND, Roscoe — **Administrative Law — Its Growth, Procedure and Significance**. University of Pittsburg Press, 1954, págs. 8 e 30.
- 17 — RANELLETTI, Orest — **Le Guarentegie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione**. Roma, 1934.
- 18 — RENÉ, Jacquelin — **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris.
- 19 — ROBSON, WILLIAM A. — **Justice Administrative Law**. Londres, 2ª ed.
- 20 — SANDEVOIR, P. — **Études sur le Contentieux de Pleine Jurisdiction: l'Apport de l'Histoire à la Théorie de la Jurisdiction Administrative** (thèse). Lille, 1962, Lib. Gén. Dr. Jur., 1954.

# Funcionário público

RAIMUNDO VIANA

Procurador do Estado da Bahia

- 1 — Conceituação
- 2 — Classificação
- 3 — Fontes normativas
- 4 — Situações especiais
- 5 — Reflexos da questão

## 1 — *Conceituação.*

O conceito de funcionário público é tema que ainda não encontrou na doutrina sua exata e uniforme compreensão e definição, continuando, portanto, a reclamar exame com vistas a seu equacionamento. Em verdade, contentam-se quase todos que tratam da matéria com as repetidas definições dadas pelas leis estatutárias e que, para seu entendimento, exigem a conceituação de *cargo público*.

Com efeito. O Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), dizia que “funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público” (cf. art. 2º). No mesmo sentido é o disposto no art. 2º da vigente Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. Aliás, também o Código Penal, dando amplitude ao conceito, considera “funcionário público para os efeitos penais quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

No plano da legislação dos Estados, no particular, a cópia do modelo federal é servil. Na Bahia, a Lei nº 680, de 26 de novembro de 1954 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado), definia funcionário público como “a pessoa legalmente investida em cargo público” e, coincidentemente, também em seu art. 2º Outra não é a regra de igual artigo da Lei nº 2.323, de 11 de abril de 1966, ora em vigor.

Para muitos a conceituação legal, por sua amplitude, desmerece aceitação. José Cretella Júnior, v. g., adverte que a mesma, “embora digna de nota pelo sintetismo de que se reveste, ampla em demasia é a conceituação estatutária”, abrangendo, portanto, todos os *agentes públicos* (in *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, pág. 99). Sob outro enfoque Themístocles Brandão Cavalcanti faz críticas à orientação le-

gislativa por não incluir na definição os requisitos da *permanência* e da *estabilidade* (v. *Tratado de Direito Administrativo*; vol. IV, pág. 57, 3ª ed.). Enquanto isto, Celso A. Bandeira de Mello entende que funcionário público é a pessoa “que mantém com o Poder Público relação de trabalho de natureza profissional em caráter não eventual, sob vínculo de dependência” (in *Revista de Direito Público*, vol. 13, págs. 46/47).

Enquanto isto, a lei define *cargo público* como sendo aquele criado por lei, em número certo, com denominação própria e pago pelos cofres públicos (cf. art. 3º do Decreto-Lei nº 1.713/39; art. 2º, última parte, da Lei nº 1.711/52). Já o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado da Bahia, no particular, fugindo à repetição simplista, considera cargo público “o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas ao funcionário com as características essenciais de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres do Estado”. Na doutrina a questão continua suscitando debates, tendo em vista os diferentes posicionamentos adotados pelos tratadistas. Enfrentando-a, foi assim equacionada por Themístocles Brandão Cavalcanti:

“cargo público... é aquilo que a lei o considera como tal, porquanto o Estatuto não limita a natureza da função nem torna explícito o caráter específico, peculiar, que integra a função pública na definição de cargo” (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 7, pág. 253).

Como se verifica, a doutrina é vacilante, forçando adesão quase incondicional à conceituação da lei, a despeito de sua amplitude e longa abrangência. Com efeito, os requisitos da *permanência* e *estabilidade* devem ser entendidos e aceitos em termos. Sim, porque a existência do cargo público depende da lei, a ela se condicionando, portanto. Ademais, agentes públicos há que se caracterizam precisamente pela eventualidade ou transitoriedade do exercício de suas funções. É o que ocorre, por exemplo, com os *funcionários comissionados*. Como se sabe, o titular de cargo em comissão tem sua permanência condicionada à confiança da autoridade que o nomeia ou do que o indica e, via de regra, com a renovação dos mandatos executivos opera-se quase total mudança nos escalões administrativos, sendo regra o pedido de exoneração desses servidores, em face até de incompatibilidades de ordem política. Aliás, os próprios funcionários efetivos e vitalícios têm suas funções limitadas no tempo ou em razão de idade ou de sua aptidão física ou mental, o que indica *temporiedade*.

É evidente que nem todos os *agentes públicos* podem ser abrangidos pelo conceito legal ou doutrinário de funcionário público, até porque muitos há que nem sequer cargo público ocupam. Naturalmente, servi-

dores ou agentes públicos são porque exercem função pública. A recíproca, todavia, está longe de ser verdadeira. Há funcionário sem função pública (e.g. o aposentado, o disponível) e exercício de função pública por quem não é funcionário, como ocorre, por exemplo, com todos os servidores públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A esta altura, é inarredável a conclusão de que, a despeito de suas distorções, a questão encontra na lei seu delineamento, desde a criação do cargo, a duração do seu exercício, requisitos de provimento, sua extinção ou modificação. Naturalmente, o sentido de permanência e estabilidade está ligado à continuidade dos serviços públicos fundamentais, em contraposição à temporariedade de projetos para a consecução dos fins públicos. É claro que o Poder Público tem deveres básicos e que não poderão ser limitados porque estão diretamente ligados às necessidades do povo, das comunidades e que nunca desaparecem (a saúde pública, a segurança pública, a educação, e outras). O cumprimento desses deveres, porém, opera-se através da execução de projetos temporários ou por meio do exercício de funções permanentes. Todavia, tanto umas como outras poderão ser cometidas a funcionários públicos ou a empregados públicos, espécies do gênero servidor público. Portanto, não há uma correspondência entre a permanência da atividade e a condição de seus executores, inclusive porque, atualmente, o intervencionismo estatal é quase regra geral, inclusive em caráter substitutivo, mesmo sem se configurar o monopólio legalizado. Via de regra, entretanto, no campo das atividades básicas os encargos são conferidos a determinadas categorias de servidores, com exclusão de qualquer outra (Justiça, Ministério Público, atividade militar). Isto não ocorre, porém, com outras funções que podem ser indiferentemente entregues ao servidor independentemente de sua condição ou regime jurídico.

Nessa linha de raciocínio conclui-se que a função diz-se permanente quando corresponder a uma atividade básica do Poder Público. Pouco importa, porém, que seja exercida por funcionário ou por outro servidor que não ocupe cargo público. Assim, não é exagero afirmar-se que *funcionário é a pessoa que exerce ou já exerceu função de caráter permanente OU NÃO, definida como pública pela lei e vinculada a cargo público.*

Não me parecem relevantes os requisitos apontados por Celso Bandeira, isto é, a *relação de trabalho* e o *vínculo de dependência*, como caracterizadores do instituto. Em verdade, o inativo é funcionário, inclusive por definição legal, embora já não mantenha relação de emprego, inexistindo, também, o vínculo da dependência. A própria permanência e a estabilidade ou não eventualidade se me apresentam como

conceitos relativos, posto que deverão ser consideradas apenas subjetivamente. Como é sabido, os funcionários comissionados têm investidura praticamente *a termo*. Por fim, a dependência, em última análise, decorre da lei e a ela se limita, em face da natureza estatutária da relação jurídica entre o Estado e seus agentes. Os integrantes do Ministério Público, por exemplo, no exercício de suas funções, têm absoluta independência, o mesmo ocorrendo com quase todos os cargos técnicos e da magistratura. Não há que se confundir disciplina funcional com exercício de função pública. No primeiro caso, evidentemente, haverá necessariamente dependência, o mesmo não ocorrendo, via de regra, no outro, não sendo o fenômeno nota caracterizadora do instituto.

## 2 — *Classificação.*

Na atual estrutura constitucional brasileira o serviço público é atendido fundamentalmente pelos seus *servidores*, gênero de que são espécies os *funcionários* e os *empregados públicos*. Estes, são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, tendo em vista que resulta passiva a disposição do art. 106 da Constituição do Brasil que preconiza a extinção do regime trabalhista no serviço público, continuando a regra do art. 104, da Constituição de 1967, que mandava aplicar a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. Aqueles, todavia, são regidos pelos Estatutos e se classificam em *efetivos*, *comissionados* e *vitalicios*. Antes, havia a figura do *extranumerário* e do *interino*, espécies vedadas pelas exigências constitucionais quanto ao provimento. Situação curiosa existe disciplinada no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei nº 2.323, de 11 de abril de 1966), qual seja a investidura em *função gratificada* de elementos estranhos aos Quadros do Serviço Público Estadual (cf. art. 287), mas que não chega a caracterizar outra espécie, tendo em vista sua extravagância e evidente solução emergencial.

Portanto, nesses regimes jurídicos se comportam todos os servidores públicos, salvo raras exceções herdadas de permissivos anteriores.

## 3 — *Fontes normativas.*

Inquestionavelmente, todo e qualquer regime jurídico tem a sua fonte básica na Constituição. Já a nossa Carta Constitucional de 1937, seguindo o exemplo da Constituição de Weimar, deu *status* constitucional ao funcionário público, definindo-lhe direitos e deveres, mencionando-os, embora, “normativa e programaticamente”, como assinalou Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo III, pág. 462), reser-

vando à lei ordinária o estabelecimento dos pressupostos para o provimento dos cargos públicos. Com efeito, embora o regime jurídico seja um só — relação estatutária —, variados podem ser e o são os pressupostos para investidura, pouco importando, ainda, o elenco de direitos, deveres, responsabilidade e posicionamento na escala hierárquica.

A lei ordinária pode diversificar, dentro de uma mesma unidade, o regime jurídico quanto a determinados grupos funcionais, no tocante a esses pressupostos, afastando-os do *regime geral*. Em verdade, existem diversas categorias funcionais disciplinadas por legislação especial, por Estatuto próprio, valendo ressaltar que o fenômeno tende a se acentuar, em face das preocupações quanto à especialização de funções. Assim é que há um estatuto para os militares, para os diplomatas, agentes da segurança pública, procuradores, promotores, magistério etc. Tudo depende, pois, da lei. Esta, ao criar um cargo, pode subordinar seu ocupante ao regime geral ou a regime especial por ela definido. Logo, é indubitosa a conclusão de que o regime jurídico a que se subordina o agente público não pode ser levado em consideração para o efeito de se excluir do conceito de funcionário esse ou aquele ocupante de cargo público. Inclusive, a própria Constituição, quanto a determinados cargos, de logo fixa os pressupostos para investidura. Exemplifique-se com os cargos de Ministro de Estado (art. 84), Procurador-Geral da República (art. 95), Ministro de Tribunal Superior (arts. 118, 121), juiz federal, juizes e Tribunais especiais (arts. 123, 128 e 141), além de outros. É de destacar-se ainda a regra do art. 145, parágrafo único, sobre os cargos que são privativos de brasileiros natos.

Também as Constituições dos Estados assim estabelecem. Confirmando a Constituição da Bahia quanto aos cargos de Conselheiro do Tribunal de Contas (art. 45), Secretário de Estado (arts. 60/61), Procurador-Geral do Estado e da Justiça, juiz de direito (art. 76).

Esse fato, entretanto, não exclui da lei ordinária a possibilidade de fixar outros deveres e disciplinar outros direitos e vantagens para os ocupantes desses cargos. Por outro lado, a fonte normativa quanto aos pressupostos para investidura não afasta o ocupante do cargo do conceito de funcionário e, à falta de lei especial dispondo sobre direitos e vantagens, é de aplicar-se a lei geral. Pode ocorrer, ainda, que a própria lei especial reserve à geral certas situações quanto a esses servidores. É comum em Estatutos específicos a determinadas categorias funcionais a remessa para o Estatuto geral de determinadas matérias. São exemplos, em nosso Estado, a Lei de Organização Judiciária (Resolução nº 02), o Código do Ministério Público, o Estatuto do Servidor Policial, o Estatuto do Magistério.

Colocadas as coisas com base nas considerações acima explicitadas, conclui-se que toda e qualquer pessoa que exerce função definida como pública pela lei e vinculada a um cargo, é funcionário.

#### 4 — *Situações especiais.*

Há uma certa resistência contra a dispensa do mesmo tratamento jurídico a agentes públicos de posições hierárquicas acentuadamente diferentes. No particular, teorias são construídas justificando distinções no *gênero* que a meu ver inexistem.

A doutrina francesa, comandada nesse particular, por Maurice Duverger, faz distinção entre as *instituições políticas* e as *instituições administrativas*, considerando as primeiras como “l'ensemble des organes fondamentaux de l'état, ceux qui prennent les décisions essentielles qui orientent la vie de la nation”, caracterizando as outras como “les organes secondaires et subordonnés, qui assurent l'application effective des décisions politiques” (in *Droit Public — Élément* —, pág. 112).

Nesse plano doutrinário é feita outra distinção, com reflexos diretos sobre o conceito de funcionário, entre *governar* e *administrar*. É bastante ilustrativa a seguinte lição:

“... *gouverner* c'est assurer le fonctionnement des pouvoirs publics ..... et *administrer* c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec la puissance publique et des divers administrateurs entre elles...” (in Duez et Debeyere, *Traité de Droit Administratif*, pág. 153).

Rivero, inclusive, chega a dizer que a fixação da competência do titular de certos cargos pela própria Constituição deve-se ao *caráter político desses cargos* (cf. *Droit Administratif* — Précis Dalloz — 4ème éd., pág. 12).

Entre nós Celso A. Bandeira de Mello considera agentes políticos:

“... os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental. Sua função é a de fundadores da vontade superior do Estado” (ob. cit., págs. 46/47).

Conseqüentemente, ao lado dos agentes públicos que exercem funções administrativas, existem os agentes públicos que atuam politicamente, estando estes fora do conceito de servidor público em sentido próprio, ou melhor, estes não são funcionários e nem empregados públicos. Há quem os denomine de *agentes políticos*, *condutor político*, *governante* etc., com outra diferente situação jurídica, portanto. Resta saber, entretanto, quem pode ser assim classificado.

Com efeito, a atividade governamental se desenvolve sob os aspectos político e administrativo. Sim, porque ao lado do comando, do governo, há a administração, a realização, a ação construtora. Concretamente, porém, não há limites definidos entre essas duas atividades e que por estarem muito próximas e porque devem estar harmonizadas, às vezes, se confundem. Perante a lei a matéria é estranha, dificultando ainda mais sua precisão que se subordina, por isto mesmo, às formulações ou especulações meramente doutrinárias e até semânticas. Poder-se-ia dizer que o agente político é aquele que foi investido na função politicamente, ou seja, através de um *processo eleitoral*, exatamente porque assume o cargo em face de *um direito político*. Nesta situação se encontram o Presidente e o Vice-Presidente da República, o Governador e o Vice-Governador de cada Estado, o Prefeito e o Vice-Prefeito dos Municípios eleitos pelo povo, assim como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores.

Há quem pretenda incluir dentre os agentes políticos os seus auxiliares imediatos, quais sejam, no plano federal os Ministros e no plano estadual os Secretários de Estado e, por via de conseqüência, naturalmente, os Secretários do Município. Essa amplitude, todavia, conduz a situação paradoxal. Sim, porque direito político é o que se relaciona com o processo eleitoral e não pode abranger atos posteriores. Ademais, há auxiliares imediatos em nível de Diretoria ou de Presidência de determinados órgãos que não podem deixar de ser considerados como funcionários. Estes, por sua vez, estão equiparados aos integrantes do denominado primeiro escalão.

Enfrentando a matéria, na Procuradoria Especializada Administrativa, assim conclui:

“Conseqüentemente, entendo que o cargo de Secretário de Estado é comissionado e seu ocupante não poderá deixar de ser considerado funcionário público e, assim, ao mesmo devem ser asseguradas as vantagens previstas constitucionalmente, como a gratificação adicional por tempo de serviço (v. art. 70 da Constituição da Bahia).

Todavia, os doutrinadores ligados à doutrina francesa objetam essa conclusão (cf. Paul Duez et Guy Debeyere, Waline, Rivero, Laubadère, Maurice Duverger e outros tantos), tendo em vista a distinção que fazem entre governar e administrar. Naturalmente, não há negar o evidente aspecto acentuadamente preponderante, de natureza política, em certas funções públicas, inclusive no que se refere à escolha dos respectivos titulares. Há, até, o que é ainda mais significativo, influência

político-partidária. O fenômeno, todavia, não descaracteriza a função e muito menos a condição jurídica de seu titular.

Em verdade, os auxiliares imediatos dos Chefes de Poderes Executivos (Ministros ou Secretários de Estado, por exemplo), “dirigem a ação administrativa na sua área de competência, conforme a orientação política dominante”. Entretanto, este fato é irrelevante para a pretendida descaracterização dos mesmos como funcionários. Sim, porque todos os órgãos do Estado, do ponto de vista administrativo, devem agir em consonância com as diretrizes traçadas pelo condutor maior que é o Chefe do Poder Executivo. Ademais, poderão ser considerados como auxiliares do agente político todos quantos sejam investidos em cargos públicos em face da confiança de que desfrutam, mesmo porque o provimento é ato de vontade dessa autoridade, ainda que a indicação seja feita por outra.

Note-se, ainda, que entre o cargo de Governador ou de Prefeito ou de Presidente da República e os cargos de Secretário ou de Ministro não há qualquer afinidade conceitual ou substancial. E não se argumente com a fonte normativa sobre os requisitos para investidura, que é a Constituição para ambos, porque o argumento nada prova, já que também para outros cargos — e ninguém nega a condição de funcionário de seus ocupantes — a fonte normativa básica é a Carta Magna. Enquanto isto, é sabido que a criação de uma Secretaria ou de um Ministério é matéria reservada à lei ordinária, assim como a delimitação de sua área de ação e a determinação de sua estrutura, tanto mais que a Constituição se limita a traçar linhas gerais sobre suas atribuições e competência.

##### 5 — *Reflexos da questão.*

A discussão sobre o tema referido não se exaure apenas no campo especulativo. Ao contrário. Do seu desate depende a solução de variadas situações, tais como deveres, direitos, responsabilidades, vantagens e proibições. Evidentemente, desacolhida a tese dos que consideram esses auxiliares com *funcionários*, estarão eles ao desabrigo dos direitos e vantagens estatutariamente instituídos e que não sejam restritos a essa ou àquela categoria funcional por expressa disposição legal. Por outro lado, resultariam inaplicáveis aos mesmos as regras sobre *acumulação* de cargos, funções ou empregos inseridas na Constituição Federal. *A contrario sensu*, aceita a tese, estarão eles protegidos por essas normas estatutárias sem incidência restrita, independentemente daquelas vantagens por prerrogativas da função que exercem e estipuladas em lei própria.

# Princípios gerais de Direito Agrário

IGOR TENORIO

Professor de Direito Agrário e de Direito Tributário na Universidade de Brasília.

## S U M A R I O

- 1 — Sentido da expressão “Princípios gerais de Direito”
- 2 — Sinopse histórica do Direito Agrário
- 3 — Visão das políticas agrárias no mundo
- 4 — Relação jurídica agrária
- 5 — Problemas gerais da agricultura brasileira
- 6 — Princípios gerais do Direito Agrário brasileiro

### 1 — Sentido da expressão “Princípios gerais de Direito”

É desnecessário recordar-se a gama de opiniões contraditórias em torno do sentido da expressão **Princípios gerais de Direito**.

De fato, há, no extremo, quem negue sua existência. Há quem os filie ao Direito romano ou ao Direito natural. Há, ainda, quem os admita como válidos para a cultura jurídica de todos os tempos. E, finalmente, há quem os considere apenas para o direito de um só país.

No presente trabalho, vamos utilizá-la em especial referência ao Direito brasileiro, e particularmente, ao Direito Agrário.

Pode-se justificar a necessidade do estudo dos “Princípios gerais”, como matéria propedêutica, pelos motivos:

a) servem como resumo do sistema para fins didáticos, apresentando, em forma sintética, dados pré-jurídicos e do direito positivo (finalidade enciclopédica);

b) servem para fixação de conceitos fundamentais do Direito Agrário, pois, como se sabe, não havendo sido, ainda, codificado, inexistente uma parte geral, legislada, desta disciplina jurídica;

c) servem para explicar o espírito da nova legislação agrária, bem como o sentido da reforma agrária. Portanto, são instrumentos para a compreensão do Direito;

d) servem para “localizar” as normas em caso de pesquisa.

Pelo que se expôs ao interpretar-se uma norma de Direito Agrário, além do que se aplica às normas em geral (Lei de Introdução ao Código Civil), há o comando do art. 103 do Estatuto da Terra, que reclama, antes e acima de tudo na aplicação da lei a perfeita ordenação do sistema agrário do País, de acordo com os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

É para os propósitos acima que serve o estudo dos “Princípios gerais”.

## 2 — Sinopse histórica do Direito Agrário

Para um estudo propedêutico do Direito Agrário, não interessa o exame das legislações antigas.

Centrando nossa atenção nesse século, veremos que, na placenta do Direito Econômico, surge o Direito Agrário, em estado de nascimento; não como obra acabada, tal como Vênus, na concepção de Botticelli, porém, ainda nos contornos imprecisos de um ente inacabado.

Fruto da I e da II Guerras Mundiais; de cruciais problemas políticos e sociais agrários, sentidos em escala planetária; da desmedida intervenção estatal no campo econômico e social, o Direito Agrário é a mais antiga e mais nova das províncias do Direito.

Está, indissolavelmente, ligado à política agrícola.

E, diga-se, não se cultiva em países de liberalismo econômico.

O Direito Agrário é resultante, por conseqüência, da nova ordem econômica e social, de poder público intervencionista, de limitação ao setor privado, do exercício da atividade econômica.

## 3 — Visão das políticas agrárias no mundo

Embora correndo o perigo de falhas ou erros, torna-se, contudo, necessária uma visão de conjunto das políticas agrárias no mundo.

Podemos agrupar os países subdesenvolvidos em quatro classes:

**a) Mundo africano**

Há uma imensa variedade de regimes fundiários, e esta extrema diversidade acompanha as diversas etnias da África negra.

**b) Sobrecarga demográfica em países insulares**

Há uma sobrecarga demográfica em países insulares, que têm estrutura microfundiária: Java, Haiti e Taiwan são exemplos.

**c) Europa mediterrânica**

A pressão demográfica na Europa mediterrânica dá um colorido especial à luta entre o latifúndio e o minifúndio. E essa pressão populacional exerce seu peso sobre estruturas arcaicas, criando bolsões de pobreza naquele continente.

**d) América Latina**

A América Latina é palco para o conflito entre uma pressão demográfica considerável e estruturas agrárias complexas. Complexas essas estruturas, visto a imensa importância dos latifúndios (tradicional e improdutivo; e extensões imensas, modernamente exploradas), e o elevado número de minifúndios absorventes de mão-de-obra, mas incapazes de significar uma opção fundiária válida, em termos de progresso social.

Em relação aos países desenvolvidos, de igual modo, é possível conceber-se o conjunto:

**a) Estados Unidos da América**

Ocorrência de produtores marginalizados, em regime de liberalismo agrário. Semelhante é a situação da Austrália e do Canadá.

**b) Europa Ocidental (MCE)**

A Europa do Mercado Comum vem experimentando uma evolução agrária dirigida, sob a supervisão estatal, e com excelentes resultados práticos.

**c) Europa Oriental**

Pela cópia do modelo russo, hoje, o sistema agrário da Europa Oriental se assemelha e se apresenta, em grande dose, como um projeto uniforme.

Isso, no fundo, é uma negação de poderosas razões históricas e psicológicas; mas a identidade do modelo conduziu, em toda a parte, ao mesmo resultado — insuficiência da produtividade na agricultura coletiva e estatal.

#### **4 — Relação jurídica agrária**

Visto que a relação jurídica instrumenta um comando legal a uma preexistente relação social, é claro que convém recordar o modelo: lei, origem (evento), sujeitos e objeto da relação jurídica. Noutras pala-

vras, lembremos como se estabelece o mecanismo de aplicação da norma legal ao caso concreto.

A lei é a regra de comando de relações (entre pessoas ou entre estas e coisas). A origem da sua aplicação pode ser:

- a) ato jurídico (voluntário);
- b) fato jurídico (natural e involuntário);
- c) ato ilícito (responsabilidade);
- d) *ex lege* (obrigatório).

Os sujeitos são ativo (credor) e passivo (devedor).

E o objeto é a coisa ou o que se oferece à finalidade da relação jurídica — bem, substância material ou incorpórea — que satisfaz ao fim visado pelos interessados; é o resultado da operação jurídica.

Vamos, em seguida, sumarizar as posições de análise do Direito Agrário em relação aos sujeitos, ao objeto e à origem da relação jurídica agrária.

Em relação ao sujeito, temos o Direito Agrário como Direito Profissional e subjetivo, em quatro principais correntes.

Começemos com o Direito Agrário entendido como o Direito do produtor ou do agricultor.

Para justificar-se a preeminência do titular se invoca a inadequação da disciplina civil tradicional e o conhecido fenômeno da publicização do Direito.

O Direito Agrário teria a finalidade de proteger o interesse do agricultor.

No caso brasileiro, os arts. 3º e 4º do Estatuto da Terra enumeram como titulares da propriedade rural: condomínios (cooperativas e sociedades abertas); proprietário familiar, empresário rural e parceiro.

Vem em seguida a concepção do Direito Agrário como o Direito do empresário agrícola.

Ao empresário, responsável pelas formas de organização da produção agrícola, seguem-se as estruturas da empresa familiar, empresa estatal ou empresa rural.

Parece-nos, ainda, inadequada, no Brasil, sua construção legal e doutrinatória, bem como possível a confusão desta com a disciplina Direito Comercial.

Ainda há, entre os defensores do Direito Agrário subjetivo, a corrente que o classifica como direito do trabalhador rural (*droit des paysans* dos franceses ou *Bauerrecht* dos alemães).

É uma reminiscência medieval.

Nós mesmos temos, na legislação brasileira, a figura do **cultivador direto**, a que alude a própria Lei Magna, em seus artigos 21, § 6º, e 171.

Porém, é inaplicável ao caso brasileiro, por expresse comando do artigo 107, § 2º, do Estatuto da Terra.

Por último, o Direito Agrário, para os juristas do Leste Europeu, é o Direito dos entes coletivos de produção (direito de *holkhose* e direito das cooperativas agrícolas). É uma idéia ligada à planificação socialista da economia, e fora do mundo ocidental.

Em comum, todas as concepções subjetivas são marcadas pela fórmula “sujeito e exercício da atividade profissional”, do que decorre um Direito autônomo.

Quanto ao grupo de vinculação da autonomia do Direito Agrário ao “objeto” da relação jurídica, temos o exame das hipóteses do uso e posse da terra.

No caso brasileiro, há normas de interesse social quanto à propriedade imobiliária pública e privada; quanto à ocupação e ao uso da terra; quanto ao desmembramento e remembramento fundiário; e quanto à reforma agrária.

É importante a discussão dos conceitos de imóvel rural e de estabelecimento rural.

As concepções objetivas do Direito Agrário discutem o imóvel rural entre as teorias de **localização** (acatada pelo Código Tributário Nacional) e a da **destinação** (do Código Civil).

E também é importante a noção de estabelecimento rural, isolada, ou junta a de fundo rústico, para abranger a totalidade de bens e serviços integrantes do negócio agrário.

Creemos que as teorias objetivas centralizam sua atenção em conceitos pouco diferenciados — **imóvel rural e fundo rústico** — noções por igual estudadas no Direito comum, e portanto, conceitualmente, não oferecem uma solução ao problema da autonomia científica desta disciplina.

Em relação à origem da relação jurídica, imaginemos um quadro: de um lado o Direito Civil, e de outro, as normas que jorram da oficina da intervenção estatal no campo econômico e social.

Premida pelas pressões sociais e políticas, vergou-se a estrutura do antigo Direito Civil, para acolher normas especializadas, ditadas para reger os problemas econômicos da Agricultura. E à medida em que desaparecia o liberalismo econômico, brotava o Direito Agrário, como instrumento jurídico ditado pelos propósitos da política agrária e da realização da justiça social no campo.

A origem privatista de parte do Direito Agrário, nutrido na matriz do Direito Civil, está bem assentada na aplicação subsidiária deste em matéria dos contratos agrários (Lei nº 4.947/66, artigo 13; e Decreto nº 59.566, art. 88).

Porém, qual ente, advindo de simbiose complexa o Direito Agrário conta com normas transpostas do Direito Civil (**jus dispositivum**), que é o capítulo das regras permissivas; e de normas de ordem pública (**jus cogens**).

Para a interpretação das normas permissivas, de Direito Civil Agrário, utiliza-se o princípio de igualdade das partes.

Quanto ao capítulo das normas de ordem pública, que constitui o nosso **Direito Administrativo Agrário**, o método interpretativo conduz ao reconhecimento da desigualdade das partes, pois aí temos relação de autoridade e de submissão.

Em resumo, as normas permissivas são facultativas, de autonomia da vontade, e conduzem a formas flexíveis ou espontâneas.

As normas de ordem pública são de proteção ou de intervenção econômica e social.

Objetivam a revisão das estruturas agrárias e a disciplina obrigatória de certos atos.

E ainda traçam limites à intervenção estatal, e dão salvaguardas ao cidadão, quanto ao processo de reconstrução do regime agrário.

Essa diferença de métodos (princípio de igualdade *versus* da desigualdade das partes, na relação jurídica) só desaparecerá com a codificação do Direito Agrário, no Brasil, questão para ser examinada em imprevisível futuro.

## 5 — Problemas gerais da agricultura brasileira

Visto a insistência que pusemos nas conexões entre o Direito e a Política Agrícola, convém um levantamento panorâmico dos atuais problemas da agricultura brasileira, tal como considerado pelo próprio governo. Assim, os dados pré-jurídicos envolvidos auxiliarão na compreensão do espírito da atual legislação agrária.

Creemos que as dez mais importantes preocupações (e a ordem de enunciá-las não estabelece, entre elas, prioridades) são:

a) ocupação dos espaços vazios do Centro-Oeste e da Amazônia, no Plano de Integração Nacional, e na execução de variados projetos;

b) uma linha de "rearrumação" das atividades agropecuárias, pelo incremento do criatório e da produção de alimentos e de matérias-primas; e de diversificação e especialização regional. É a introdução do modelo norte-americano dos mosaicos de culturas agrícolas;

c) apoio para que o setor agrícola aumente sua participação no Produto Interno Bruto. Uma maior taxa de investimentos fixos e toda a sorte de medidas de apoio à economia rural estão nessa linha de raciocínio;

d) simultânea melhoria no padrão de vida do produtor e do trabalhador rural e nova estratégia social para o setor rural;

e) modernização das técnicas agrícolas, de mercado e de gerência, para colocar a agricultura em nível operativo empresarial. São pontos de apoio no esforço as entidades EMBRAPA e EMBRATER;

f) utilização da capacidade geradora de divisas, pela exportação de produtos agrícolas, para cobertura de déficit da balança de pagamento (os chamados agrodólares);

g) revisão e ajuste do sistema de financiamentos e estímulos tributários para obtenção de todas as vantagens do mesmo;

h) elaboração de uma política de uso da terra para fins agrícolas;

i) continuação e expansão dos programas de redistribuição de terras e da reforma agrária;

j) fortalecimento da autoridade do setor público em suas funções indelegáveis, entre estas, as de planejamento e fiscalização.

## 6 — Princípios gerais de Direito Agrário brasileiro

O primeiro e básico princípio é o do monopólio legislativo da União. Direito Agrário é direito nacional, não se permitindo, sequer, legislação supletiva dos Estados.

O Direito Agrário compreende a disciplina jurídica dos interesses e obrigações concernentes à terra e aos bens imóveis rurais para fins de execução da Reforma Agrária; e o controle dos fatos e atos administrativos pertinentes.

Daí, interessar ao Direito Agrário o fator “utilização” da terra, e não a “titulação” do proprietário ou possuidor. O que se faz, como se faz, para produzir, para evitar tensões sociais, eis o escopo da norma agrária.

O Direito Agrário é dicotômico, sempre abrangendo reforma agrária e política agrícola.

A Reforma Agrária se inclui, sabiamente, no próprio título da ordem econômica e social da Constituição.

O direito de propriedade imobiliária rural está garantido, sob restrições (Constituição Federal, art. 153, §§ 22 e 34).

Daí, a hipótese de desapropriação para fins de Reforma Agrária, (C.F., art. 161), com pagamento da terra parcialmente em títulos.

A Constituição Federal agasalha a propriedade campestre (art. 171), mas na organização da exploração econômica da terra acolhe-se, na le-

gislação, também, a empresa rural, e o condomínio fundiário (Estatuto da Terra, art. 3º), proibida a exploração direta estatal (Estatuto da Terra, art. 10).

Faz-se na Lei Maior alusão à defesa da ecologia rural (art. 172), norma programática não regulamentada.

O acesso à propriedade conhece variegadas formas:

- a) desapropriação por interesse social;
- b) reversão à posse da União das terras devolutas federais para posterior revenda;
- c) atribuição gratuita de títulos de propriedade (usucapião laboral referido no art. 98 do Estatuto da Terra; e legitimação de posse, objeto do comando do art. 171 da C.F.);
- d) outros, contidos no art. 17 do Estatuto da Terra.

As obrigações dos detentores de terra, para plena realização da sua função social, estão descritas no Estatuto da Terra, nos parâmetros de bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; níveis de produtividade; conservação dos recursos naturais e justas relações de trabalho.

O conceito de tamanho da propriedade rural merece a excelente concepção do módulo, através do que estão definidos o latifúndio por extensão e o minifúndio; bem como é o padrão para os cálculos fiscais do imposto sobre propriedade territorial rural, e do controle de venda de propriedades rurais a estrangeiros. Portanto, pelo "módulo" já estão classificadas as propriedades cujas formas de ocupação e exploração não preenchem sua função social (exceto, é claro, o latifúndio por inexploração, que não resulta da dimensão, senão da inatividade do seu proprietário).

Ademais, devemos considerar o estabelecimento constitucional e legal da tributação sobre a terra (ITR, Imposto de Renda etc.).

E, finalmente, as medidas de defesa da economia rural (arts. 73 a 91 do Estatuto da Terra) concluem a extensa relação das normas gerais de nosso Direito Agrário.

Para nós, o Direito Agrário brasileiro é o Direito da produção agropecuária e das relações jurídicas pertinentes.

É o instrumento jurídico para a melhoria da produtividade agrícola; para absorção da moderna tecnologia rural; e para a institucionalização de serviços de entrosamento entre a economia rural e a urbana (compra de bens e serviços, e de venda de produtos agrícolas).

Sobretudo, objetiva a realização simultânea da Política Agrícola e da Reforma Agrária.

A autonomia do Direito Agrário decorre da especialização da relação jurídica. Toda relação jurídica decorrente de ato ou fato de produção agrária está sob a égide do Direito Agrário.

# Breves notas sobre as origens da regra da inamovibilidade dos juízes no Direito francês

CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO

"... Que l'autorité judiciaire soit assurée de son indépendance et demeure la gardienne de la liberté de chacun. La compétence, la dignité, l'impartialité de l'État en seront mieux garanties."

*Général CHARLES DE GAULLE*

(4 de setembro de 1958. Praça da República, Paris)

Foram necessários vários séculos para que a norma da inamovibilidade dos juízes, essencial para o exercício do cargo, fosse assentada no Direito francês.

A regra foi adotada inicialmente com reservas. A razão destas baseava-se no fato de os governantes não poderem, com sua adoção, manter os magistrados sob seu controle.

A aceitação dessa norma iria tornar o magistrado menos sujeito a injunções quando pressionado pelas paixões e solicitações do gênero humano, podendo julgar com liberdade de consciência e de acordo com as provas que se lhe apresentassem.

O decurso de tempo que vai da Antiguidade Clássica até a Alta Idade Média deve ser afastado de nossos espíritos para a fixação da origem dessa regra. As consequências da queda do Império Romano, das invasões dos bárbaros e dos árabes retardarão a idéia da administração da justiça nos Estados soberanos em formação. Somente no século XII é que essa idéia reapareceria, repousando, sobretudo, no princípio da autoridade do rei. Os juristas da época proclamavam: "Toute justice émane du Roi". E, com relação aos Parlamentos judiciários, poder-se-á aduzir que os estudiosos da matéria estão quase todos de acordo quando afirmam que aqueles tiveram sua origem na "Curia Regis".

Com o aumento da tarefa de distribuir justiça, o Poder Central viu-se obrigado a dividir suas atribuições. A justiça foi, então, delegada pelo rei que podia, entretanto, avocar para si julgamentos de seu interesse. O rei detinha, em última análise, a administração da justiça. A "mão da justiça", simbolizando esse poder, lhe era entregue quando lhe sua coroação.

A principal atribuição do rei era, portanto, distribuir justiça.

As origens da regra remontam a Felipe IV, o Belo, rei de França de 1285 a 1314, que, após empreender uma grande depuração, declarou que os magistrados seriam inamovíveis.

Entretanto, convém frisar que essa inamovibilidade se projetava mais no campo pessoal do que na função.

A inamovibilidade pessoal era concedida ao magistrado tão-somente para que este exercesse suas funções durante o reinado do soberano que a conferira.

Foi o rei Luís XI o primeiro soberano francês a dar uma certa relevância à regra da inamovibilidade, admitindo a venalidade dos cargos. Uma vez que os magistrados se tornavam proprietários de seus cargos, não poderiam, conseqüentemente, ser demitidos, a não ser se tivessem sido condenados por prevaricação.

O seu sucessor, Luís XII, rei de França, de 1461 a 1483, denominado o "Pai do Povo", assegurou eficazmente a inamovibilidade dos magistrados. Em 1467, esse rei consagraria o princípio da inamovibilidade dos magistrados, aliado a sua independência.

A autoridade e o prestígio da justiça proporcionariam aos magistrados daquela época situação invejável, que seria, entretanto, mudada com o advento dos reinados de Henrique II e Henrique III.

Henrique IV, rei de França e de Navarra, também respeitaria a regra da inamovibilidade. Aliás, foi esse soberano que autorizou a transmissão hereditária do cargo de magistrado.

Essa autorização real permitiria o nascimento das grandes dinastias judiciárias em França.

Morto Henrique IV, assassinado pelo fanático Ravailiac — mas, provavelmente, em co-autoria com o Duque d'Épernon — o Presidente do Parlamento, de Harley, iniciou, então, o processo. A rainha enviou um seu representante, que o presidente não quis receber. O próprio Duque o procurou, alegando, sobretudo, que vinha como amigo, o que fez com que o presidente respondesse: — "Je n'ai point d'amis, Monsieur. Je vous ferai bonne justice, contentez-vous de cela."

A regra da inamovibilidade dos juizes sofreu diversos atentados durante o absolutismo. Quando os magistrados usavam de sua independência, suprimiam-se os parlamentos <sup>(1)</sup>, como ao tempo de Maupeou <sup>(2)</sup>, ou, então, sob pretexto de depuração, alguns juizes eram afastados, como por exemplo os protestantes, quando da revogação do Editto de Nantes.

(1) Sob o "Ancien Régime", a palavra Parlamento significava o primeiro Corpo de Justiça do Reino, mas desempenhando papel nitidamente político.

(2) René Nicolas de Maupeou foi, de 1768 até sua morte, em 1792, o último Chanceler de França do Antigo Regime, embora já não tivesse o poder desde 1774.

Sob Maupeou, os Parlamentos foram se enfraquecendo. Em 1771, foram instituídos os Conselhos do Rei.

Ressalte-se que durante a presidência desse Chanceler os cargos de magistrados foram distribuídos gratuitamente aos cidadãos de nenhum saber jurídico, a incapazes.

Basta lembrar que, ao tempo do Cardeal Armand-Jean du Plessis de Richelieu, alguns magistrados, sob pretexto de que não aplicavam com rigor suas Ordenações, foram postos à margem de seu cargos.

Luís XIV, rei de França, de 1643 a 1715, criou as Câmaras de Justiça e a chamada Câmara ardente para julgar o Superintendente das Finanças, Nicolas Fouquet, condenado como dilapidador dos bens do reino. Fouquet fora denunciado por Colbert, que tinha, portanto, interesse em sua condenação. Para julgá-lo, foi constituída uma jurisdição de exceção, tendo sido designado o Presidente Lamoignon. Colbert tomou, então, a liberdade de visitá-lo para persuadi-lo a condenar Fouquet, fazendo expressamente o pedido de condenação. Tendo o presidente respondido a Colbert de maneira independente "qu'un juge ne donne son avis qu'une fois et à l'audience", acabou por pedir sua exoneração.

As Câmaras de Justiça também foram chamadas para julgar Marie-Madeleine d'Aubray, marquesa de Brivilliers, que acabou sendo decapitada e queimada na famosa "Place de Grève", em 1676, sob a acusação de envenenamento.

Luís XV várias vezes desrespeitou a independência da magistratura, ora dissolvendo, ora suprimindo parlamentos.

Luís XVI, por seu turno, detestava a magistratura, agindo nos moldes de seus antecessores; exílios e prisões de magistrados eram considerados normais.

Em outubro de 1789, a Assembléia Nacional decretaria que todos os parlamentos do reino teriam suspensas suas atividades, exceto o de Paris, cujo Templo de Themis não seria poupado, também, logo a seguir.

Era, portanto, temerário à época da Revolução julgar segundo os predicamentos de Montesquieu, Voltaire, Beccaria e Jean-Jacques Rousseau, embora já muito antes de 1789 os princípios da presunção de inocência, da legalidade das penas, da irretroatividade das leis, da pena como medida ético-retributiva, a abolição de torturas já fossem encontrados em decisões dos parlamentos. Muitos julgados já reivindicavam o poder soberano de julgar, esse direito inalienável de distribuir justiça, em homenagem à consciência universal.

De abril a julho de 1790, os constituintes preparam a reforma judiciária. Seriam os magistrados eleitos ou designados pelo rei?

As leis sobre a organização da justiça civil foram estabelecidas de 16 a 24 de agosto de 1790. O Tribunal de Cassação foi previsto pela lei de 27 de novembro de 1790 e os tribunais criminais departamentais pelas leis de 17 a 29 de setembro de 1791.

Não restaria, assim, pedra sobre pedra do "Ancien Régime".

Os magistrados eleitos em novembro de 1790 tomariam posse em 25 de janeiro de 1791, em toda a França.

Aos vinte de abril de 1791, uma delegação da Assembléia Nacional instalaria o Tribunal de Cassação, na célebre Câmara Dourada do antigo Parlamento de Paris.

A Constituição francesa, de 3 de setembro de 1791, consagrando o sistema de eleição de juizes, assim estabelecia:

“Art. 2º — La justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple, et institués par des lettres-patentes du Roi qui ne pourra les refuser. — Ils ne pourront être, ni destitués que pour forfaiture dument jugée, ni suspendus que pour une accusation admise. L'accusateur public sera nommé par le peuple.”

Não tardaram, porém, as interferências dos convencionais, no tocante à independência da magistratura. Aos 9 de março de 1793, estava criado o Tribunal revolucionário, que não iria emitir julgamentos imparciais, independentes da vontade da Convenção. Basta lembrar que, para isso, a lei do 22 Prairial (10 de junho de 1794) suprimiria o interrogatório dos acusados e a audiência de testemunhas de defesa!

Em 22 de agosto de 1795, nova Constituição francesa foi promulgada (Constituição de 5 Fructidor, ano III). O Título VIII dessa Constituição estatua normas sobre o Poder Judiciário. As disposições gerais eram tratadas nos artigos 202 a 209; as especiais concernentes à justiça civil nos artigos 210 a 221.

O artigo 206, da citada Constituição, assim previa:

“Les juges ne peuvent être destitués que pour forfaiture légalement jugée, ni suspendus que par une accusation admise.”

O artigo 209 fixava normas sobre a eleição dos juizes:

“Nul citoyen, s'il n'a l'âge de trente ans accomplis, ne peut être élu juge d'un tribunal de département, ni juge de paix, ni assesseur de juge de paix, ni juge d'un tribunal de commerce, ni membre du tribunal de cassation, ni juré, ni commissaire du directoire exécutif près les tribunaux.”

Desse modo, a idade mínima para ser eleito em 1795 era fixada em trinta anos, quer para juizes de tribunais departamentais, juizes de paz, juizes de tribunais comerciais, membros do Tribunal de Cassação. Essa idade estendia-se aos assessores dos juizes de paz, jurados e comissários do diretório executivo junto ao tribunais.

A Revolução Francesa suprimiria a venalidade e a hereditariedade do cargo de magistrado, inovando com o sistema de eleição. O resultado da adoção deste foi uma catástrofe, acabando por demonstrar sua ineficiência.

Com o golpe do 18 Brumário, isto é, com a instalação do Consulado, a Constituição do ano VIII estabeleceria nova reforma judiciária, que seria realizada pela lei de 27 Ventôse.

A Constituição da República Francesa, de 24 Frimário, Ano VIII, não fará alusão à inamovibilidade, mas sim à perda do cargo. Assim é que no art. 49 do Título IV (Do Governo) está previsto:

“Le Premier Consul promulgue les lois; il nomme et révoque à volonté les membres du Conseil d'État, les ministres, les ambassadeurs et autres agents extérieurs en chef, les officiers de l'armée de terre et

de mer, les membres des administrations locales et les commissaires du gouvernement près les tribunaux. Il nomme les juges criminels et civils, autres que les juges de paix et de cassation, sans pouvoir les révoquer.”

Logo após o golpe de Estado (18 Brumário), o presidente do Tribunal de Yonne recusou-se a admitir a validade da lei que instituía o governo provisório, tendo sido alijado de suas funções, e apenas reintegrado em 1830, após mais de trinta anos, quando já contava setenta e um anos de idade.

O próprio Napoleão Bonaparte colocou a seu encargo o recrutamento de magistrados, com exceção dos juizes de paz e dos membros do Tribunal de Cassação. Ao revés, o Ministério Público, o “Parquet”, retomaria o seu lugar como instituição tradicional.

Argutamente, em 1812, quando do exame das nomeações de juizes feitas pelo jurista Jean-Jacques de Combacérés, duque de Parma (um dos elaboradores do Código Civil francês de 1804), Napoleão Bonaparte acentuaria que era necessário que a magistratura estivesse “au-dessus de toute séduction, même de la part du pouvoir”.

Ressalte-se que, embora reconhecesse a relevância da garantia da independência dos juizes, a inamovibilidade sofreu graves atentados desde a promulgação da Constituição do ano VIII.

Com a Carta Constitucional de 1814, o instituto da inamovibilidade foi previsto no artigo 58, relativo ao capítulo da ordem judiciária:

“Les juges nommés par le roi sont inamovibles.”

Com o advento da Restauração, seria procedida uma depuração dos membros da magistratura. Foram as chamadas “Cours prévôtales” que deram origem ao “Terror Branco”. Os “Cem Dias” expurgariam os novos juizes e chamariam os antigos.

Quando do retorno de Luís XVIII, medidas contrárias foram tomadas. Como se depreende do exposto, a inamovibilidade não era respeitada, apesar do texto constitucional a ela aludir expressamente.

A Carta Constitucional de 14 de agosto de 1830 a manteve em seu artigo 49:

“Les juges nommés par le roi sont inamovibles.”

A Carta de 1814 fora emendada pelas duas Câmaras em 7 de agosto de 1830 e sancionada pelo rei no dia 9 do mesmo ano.

O art. 48 dessa Carta destacava que “toute justice émane du roi; elle s’administre en son nom par des juges qu’il nomme et qu’il institue”. Os juizes eram, então, nomeados pelo rei e gozariam da garantia constitucional da inamovibilidade.

Em 1848, um decreto anunciava que a regra da inamovibilidade era incompatível com a forma republicana de governo e contrária ao princípio da responsabilidade dos funcionários.

Após o discurso abaixo de Royer Collard, na Câmara dos Deputados, chegou-se à conclusão de que se estava incorrendo em grande erro:

“Lorsque le Pouvoir chargé d’instituer le juge au nom de la Société appelle un citoyen à cette éminente fonction et lui dit:

— Quand vous monterez au Tribunal, qu’au fond de votre coeur il ne reste ni une crainte ni une espérance: soyez impassible comme la loi.

Le Citoyen répond:

— Je ne suis qu’un homme et ce que vous me demandez est au-dessus de l’humanité. Secourez donc ma faiblesse. Affranchissez-moi de la crainte ou de l’espérance. Promettez-moi que je ne descendrai point du Tribunal, à moins que je ne sois convaincu d’avoir trahi les devoirs que vous m’imposez.

Le pouvoir hésite mais éclairé par l’expérience sur ses véritables intérêts il dit au juge: Vous serez inamovible.”

Levando em conta, pois, a advertência que continha esse discurso, a Constituição de 4 de novembro de 1848 restabeleceu a garantia da inamovibilidade dos juízes, no artigo 87 do Capítulo VIII (Do Poder Judiciário):

“Art. 87 — Les juges de première instance et d’appel, les membres de la Cour de Cassation, et de la Cour des Comptes sont nommés à vie. — Ils ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois.”

O art. 85 previa a nomeação dos juízes pelo Presidente da República:

“Les juges de paix et leurs suppléants, les juges de première instance et d’appel, les membres de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes, sont nommés par le Président de la République, d’après un ordre de candidature ou d’après des conditions qui seront réglées par les lois organiques.”

O Segundo Império iria revigorá-la, mas, usando do artifício da modificação dos limites de idade, iria desvencilhar-se de magistrados que lhe não eram agradáveis.

O governo da Defesa Nacional dispensaria 268 membros do Ministério Público, da chamada magistratura de pé, e 15 magistrados!

Com o surgimento da Terceira República, foi votada a lei de 31 de agosto de 1883, que seguiria os passos do que se fizera no Segundo Império: 10 primeiros presidentes, 21 presidentes de câmara, 175 conselheiros, 109 presidentes de tribunais foram destituídos! (*Apud* Jean Portefaix, *Histoire de la Justice*, pág. 53).

Um novo rude golpe, portanto, sofreria a magistratura, que se via, assim, desprestigiada, ignorada, ultrajada. E, a propósito, convém lembrar que o pre-

sidente Bonjean, do Tribunal do Sena, foi fuzilado no ano de 1871, tendo em vista sua independência!

Em 1908, foi instituído o recrutamento de magistrados mediante concurso público.

Em 1944, em virtude dos acontecimentos da Liberação da França, a regra da inamovibilidade dos magistrados foi suspensa, sendo restabelecida no país pela Ordenação de 13 de abril de 1945 e mantida pelas duas Constituições que a sucederam.

O princípio comporta duas exceções: sanções para o magistrado que cometeu faltas graves, acarretando com isso sua transferência *ex officio* ou sua disponibilidade, decretadas pelo Conselho Superior da Magistratura, e aposentadoria para o magistrado que, padecendo de grave enfermidade, ponha em risco a prestação jurisdicional.

A Constituição da IV República francesa, de 27 de outubro de 1946, em seu art. 84, Título IX, relativo ao Conselho Superior da Magistratura assim aludia:

“Le Président de la République nomme, sur présentation du Conseil Supérieur de la Magistrature, les magistrats, à l'exception de ceux du Parquet.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature assure, conformément à la loi, la discipline de ces magistrats, leur indépendance et l'administration des tribunaux judiciaires.

Les magistrats du siège sont inamovibles.”

Ressalte-se que o Projeto da referida Constituição, de 19 de abril de 1946, não fazia alusão diretamente à inamovibilidade, pondo, todavia, em relevo a regra da independência dos juizes:

“Art. 114 — Le Conseil Supérieur de la Magistrature assure, dans les mêmes conditions et conformément à la discipline de ces magistrats, leur indépendance et l'administration des tribunaux judiciaires.”

Foi a Constituição da IV República que erigiu a garantia da inamovibilidade em princípio constitucional. A criação do Conselho Superior da Magistratura teve origem nessa Constituição.

A Constituição da V República foi promulgada em 4 de outubro de 1958.

O art. 64, dessa Magna Carta, proclama:

“Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Les magistrats du siège sont inamovibles.”

E a ordenação de 22 de dezembro de 1958 acentua:

“Le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement aucune affectation nouvelle, même en avancement.” (Art. 64.)

Desse modo, os magistrados franceses não poderão ser removidos para um novo juízo sem o seu consentimento prévio, mesino em se tratando de promoção.

Ao contrário dos magistrados ("magistrats du siège"), os membros do Ministério Público francês ("magistrature debout" — "Parquet") não gozam da garantia da inamovibilidade. Eles formam um corpo hierárquico, sob a direção do Ministro da Justiça (Garde des Sceaux), submetendo-se às instruções que lhes são dadas por seus superiores hierárquicos.

Conseqüentemente, os magistrados franceses são nomeados pelo governo, após parecer do Conselho Superior da Magistratura.

A sua independência é assegurada pelo Presidente da República. A lei os protege de quaisquer mutações.

É necessário ressaltar que, em 1962, essa garantia foi desrespeitada, por ocasião da independência da Argélia e com relação, apenas, aos magistrados com jurisdição nesse país.

Convém assinalar, finalmente, que o princípio da inamovibilidade dos juízes "n'est pas édicté dans le seul souci d'être agréable aux magistrats mais pour assurer leur indépendance. Ils n'ont en effet de compte à rendre à personne, sinon à leur conscience, pour les jugements qu'ils rendent; ils ne peuvent même faire figure d'originaux, en méconnaissant la jurisprudence de la Cour de Cassation, objet d'un pieux respect de la part de l'ensemble des Juges. Chargés d'interpréter et appliquer la Loi ils lui doivent une scrupuleuse obéissance: toute action politique leur est interdite et, a fortiori, toute manifestation d'hostilité au pouvoir établi". (Cf. "Encyclopédie Pratique du Droit", tomo I.)

#### BIBLIOGRAFIA

- PORTEFAIX, Jean. *Histoire de la Justice*. Hachette, Paris, 1963, 64 páginas.
- GARÇON, Maurice. "La magistrature et son histoire", in *Revista Historia*, nº 193, dezembro de 1962.
- Les cahiers français*, números 156-157, setembro-dezembro de 1972, Paris.
- Encyclopédie Pratique du Droit*, Fernand Nathan Ed., tomo I, Paris, 1965.
- DUVERGER, Maurice. *Constitutions et Documents Politiques*. Presses Universitaires de France, Paris, 1958.
- Texte intégral du projet de Constitution (Vide Constituição Francesa de 1950), publicado pelas Imprensas dos Jornais de Paris.
- "Le Texte Intégral de la Nouvelle Constitution" (Constituição de 1958), publicado pelo *Journal Français du Brésil*, em 15 de setembro de 1958.
- Avenirs*, set-out 1963, números 144-145, 308 páginas, Paris.
- "La Justice en France", editado pela *Documentation Française Illustrée*, Paris, 63 páginas.
- "Le Consulat", nº 5-239, nov. de 1963, da *Documentation Photographique*, Paris.

Uma visão atualizada dos sistemas  
computarizados  
de informações jurídicas (\*)

JEAN-PAULO EMARD E JANE BORTNICK STAENBERG (\*\*)

Trad. Antônio Carlos Pojo do Rego  
(do PRODASEN)

A utilização da tecnologia da computação no campo do direito tem crescido constantemente desde a década de 60. A necessidade inicial de novos instrumentos de apoio à pesquisa de legislação e à prática jurídica se torna cada vez mais premente, na medida em que o governo e as grandes corporações se envolvem num número cada vez maior de processos. O volume de provas, combinado com a necessidade de pesquisas extensas e detalhadas da legislação vigente, tem freqüentemente obrigado ao uso de computadores. Na esfera legislativa, o número de novos projetos de lei apresentados permanece alto, e a complexidade dos assuntos que os legisladores devem examinar, nos níveis federal e estadual, aumenta constantemente.

(\*) Os pontos de vista expressos neste trabalho são dos autores e não necessariamente os do Serviço de Pesquisa do Congresso (Congressional Research Service) e da Biblioteca do Congresso.

(\*\*) Analistas de Ciências da Informação, Congressional Research Service, Biblioteca do Congresso.

Este artigo apresenta uma visão das atividades atuais na área de recuperação de informações jurídicas por computador. Foi dada ênfase aos projetos recentemente desenvolvidos no Congresso americano e nos legislativos estaduais, em campos como bancos de dados de legislação e controle de projetos em tramitação. São também discutidos os novos sistemas de informação de iniciativa do Poder Executivo e os projetos de expansão dos sistemas já existentes. Finalmente, trataremos de sistemas de informações da iniciativa privada, que estão disponíveis para uso de advogados, tanto na área de auxílio à pesquisa jurídica como na de sistemas de informação gerencial.

## A ÁREA DO CONGRESSO

Como instituição, o Congresso americano está iniciando o 190º ano de sua vida legislativa. Desde a sua primeira sessão, no Federal Hall de Nova Iorque, a 6 de abril de 1789, viveu mudanças dramáticas em seu tamanho e procedimentos. Problemas sociais, políticos e econômicos cada vez maiores têm enfrentado os legislativos, nos últimos anos. Tentando compreender estes problemas e auxiliar a sua resolução, os parlamentares necessitam coligir e processar montanhas de formulários com informações. Para facilitar o manuseio destas informações, o Congresso utiliza o processamento eletrônico.

O papel do Congresso mudou pouco desde a sua fundação, o que faz com que cada parlamentar continue a ter, basicamente, três responsabilidades: 1) como legislador, deve ser responsável pela análise e decisão em assuntos de importância regional e internacional; 2) como representante de um distrito ou estado, tem a responsabilidade de buscar o bem-estar de sua região, através da ação legislativa; 3) como uma espécie de fiscal, o congressista deve ser acessível a cada eleitor, sendo responsável por tentar fornecer-lhe assistência em qualquer problema, seja este grande ou pequeno (1).

Enquanto essas funções sofreram pouca alteração desde 1789, o escopo dos deveres e responsabilidades do congressista foi profundamente alterado. Um exemplo específico é o tempo que um congressista precisa dedicar à elaboração, apresentação, discussão e votação de projetos. Somente no aspecto de votação, um senador na primeira sessão legislativa da 94ª legislatura poderá ter passado 1.180 horas em plenário. Durante este período, cada senador deverá ter votado 598 vezes, inclusive na resposta de 94 votações nominais (2).

(1) Congresso Americano. Câmara. Comissão Especial sobre Comissões. O Congresso e a Tecnologia da Informação, Washington, Government Printing Office, 1974, pág. 10.

(2) Congresso Americano. Senado. Comissão Especial Temporária para o Estudo do Sistema de Comissões do Senado. Primeiro Relatório, com recomendações: jurisdições, número, tamanho e limitações da participação de senadores como membros e presidentes de Comissões, procedimentos de distribuição de assuntos e de datas. Washington, GPO, 1976 (94.ª Legislatura, 2.ª sessão legislativa. Senado. Relatório n.º 94-1395), pág. 5.

Além deste tipo de atividade legislativa, cada senador deverá achar tempo para assistir a numerosas reuniões de comissões e subcomissões. Em 1947, o Senado tinha 15 comissões permanentes, com um total de 44 subcomissões. Em 1976, tal número havia crescido para 18 comissões, mas o número de subcomissões era agora de 140, representando um aumento de mais de 300%. Para aumentar ainda mais esta expansão, foram criadas outras 34 comissões especiais ou mistas (3).

Assim, se compararmos estatísticas de 1947, um senador poderia ser designado para apenas cinco comissões e subcomissões. Em 1976, o número médio de designações de cada senador, entre comissões permanentes, especiais, mistas, painéis e seminários, tinha aumentado para 20. Com a aprovação da Resolução do Senado nº 4, na 95ª Legislatura, os senadores podem fazer parte de apenas 3 comissões e de nove subcomissões. Enquanto isto representa uma redução significativa no número de designações, o comprometimento potencial do tempo do senador ainda é muito alto. Os deputados também enfrentam a mesma situação organizacional: em 1976, havia 33 comissões e 180 subcomissões (4).

Durante a 92ª e a 94ª Legislaturas (1971-1976), os deputados e senadores apresentaram um total de 75.860 projetos de lei e de resolução nas duas Casas. Destes, 1.846 foram aprovados e sancionados (5). A atual legislatura terá de opinar acerca de um número similar de projetos. Durante os últimos anos, os congressistas tiveram de utilizar-se de uma série de meios para "localizar" matérias em tramitação. Publicações internas, arquivos especializados e "sistemas" bastante elaborados, usando recursos mecânicos e manuais, foram utilizados para este fim. As legislaturas mais recentes foram beneficiadas na sua busca de controle da informação disponível no Legislativo pelo desenvolvimento de arquivos de dados computarizados e pela instalação de terminais de computador nos escritórios do Congresso (6). Será possível um acesso ainda maior dos gabinetes dos congressistas a matérias legais, na medida em que mais e mais dados legais são preparados para publicação em forma legível por computador.

Num seminário recentemente, o Deputado Charles Rose, Presidente do Grupo de Trabalho da Câmara dos Representantes sobre Informação e Computadores, observou que o Congresso está "... apenas arranhando a superfície do uso dos computadores e da recuperação de informações jurídicas" (7). Ao invés de basear-se nas fontes tradicionais de informação e nas publicações, o congressista considera que através de apresentações, seminários e demonstrações, seus colegas podem eventualmente perceber

(3) *Idem*, pág. 6.

(4) *Ibidem*.

(5) Compilação de estatísticas fornecidas pelo Departamento de Resumos de Projetos, Divisão de Legislação Americana, Serviço de Pesquisa do Congresso, Biblioteca do Congresso.

(6) A distribuição de terminais com acesso aos arquivos do sistema SCORPIO no Congresso é o seguinte: Senado: 135 terminais; Câmara: 178 terminais; Serviço de Pesquisa do Congresso: 74 terminais.

(7) Observações feitas pelo Deputado Charles Rose. Seminário sobre recuperação por computador de informações jurídicas. Washington, 16-5-77.

toda a potencialidade dos sistemas computarizados de recuperação de informações legislativas.

#### A) Resumos de Projetos de Lei e de Resoluções

Uma das mais antigas publicações formais do Congresso americano que fornece informações legislativas é a **Digest of Public General Bills and Resolutions** (Resumo de Projetos de Lei e Resoluções). Conhecido correntemente como "Bill Digest", este documento tem sido publicado continuamente pela Biblioteca do Congresso, desde 1936. Percebendo a necessidade de rápidas descrições ou "resumos legais" do conteúdo da legislação proposta, o Congresso determinou que a Divisão de Leis Americanas do Serviço de Pesquisas do Congresso (Congressional Research Service) preparasse e mantivesse tal serviço. No prefácio do documento, é definido como objetivo principal da publicação, "fornecer, de forma sumária, os pontos essenciais dos projetos e resoluções e as alterações realizadas neles durante o processo legislativo" (8). Outros detalhes que são tratados no documento são: as ações que tiveram lugar nos comitês e no plenário de qualquer das Casas, o autor e co-autores do projeto, projetos idênticos, títulos resumidos dos projetos e índices por assunto.

O Departamento de Imprensa Oficial (Government Printing Office ou GPO) tem a responsabilidade de imprimir o "Bill Digest" em três números cumulativos durante cada sessão legislativa (9). Disponível ao público, que pode adquiri-lo no GPO, cada número cumulativo é dividido em quatro secções: 1) ações que ocorreram durante a legislatura; 2) resumos de projetos e resoluções; 3) índices dos projetos e resoluções resumidos; e 4) uma descrição factual de cerca de cem palavras sobre cada projeto ou resolução (10).

#### B) O Sistema SCORPIO e os arquivos do "Bill Digest"

Um problema importante desta publicação tem sido o tempo necessário para a sua preparação e impressão. No final de 1967, o Serviço de Referência Legislativa (o título antigo do Serviço de Pesquisa do Congresso) começou a aplicar a tecnologia da computação no arquivamento e processamento dos dados do resumo. Mais tarde, através do desenvolvimento, pelos próprios técnicos do Serviço, de um "software" de recuperação de informações conhecido pelo nome de SCORPIO (Subject-Content Oriented Retriever for Processing Information On-Line ou Recuperador Orientado para

(8) Biblioteca do Congresso. Serviço de Pesquisa do Congresso. Resenha de Projetos e Resoluções. Washington, GPO, 1976, Prefácio.

(9) Mac Kinsey & Co. Avaliação do Sistema de Documentação Legislativa — Serviço de Pesquisa do Congresso. Washington, Mac Kinsey & Co., 1977. Seção 2, pág. 3. O Serviço de Pesquisa do Congresso (CRS) alterou os processos de publicação do "Bill Digest" em conformidade com as recomendações deste relatório.

(10) Congresso Americano. Câmara. Resolução n.º 93-988: Para reformar a estrutura, a jurisdição e os procedimentos das Comissões da Câmara de Representantes através da emenda dos itens X e XI do Regimento. Março de 1974, pág. 38.

Assunto e Conteúdo, para o Processamento de Informações "On-Line"), o conteúdo e o **status** dos projetos de lei podem ser manuseados de modo flexível pelo computador da Biblioteca do Congresso. Os produtos resultantes, os Arquivos de Informação Legislativa da 93ª (1975) e 94ª (1976) Legislaturas, contêm informações sobre os projetos de lei apresentados às sessões destas duas Legislaturas. No caso do produto computarizado, cada projeto de lei ou resolução pode ser analisado em termos de cerca de 100 tipos específicos de dados. Os documentos podem ser recuperados por uma série de parâmetros, entre os quais alguns que têm sido de interesse especial para os parlamentares e seus assessores, tais como: autor, co-autor, resumo, ações, número da lei (quando aprovado), comissões às quais foi encaminhado, projetos idênticos ou anexados, e termos de indexação por assunto.

Com a experiência adquirida no desenvolvimento e uso continuado dos Arquivos de Informação Legislativa sobre a 93ª e 94ª Legislaturas, novas opções de recuperação de informações foram introduzidas para uso no Arquivo de Informação Legislativa da 95ª Legislatura. Atualmente, os projetos no arquivo podem ser recuperados por 17 novos elementos de informação. Alguns dos novos itens são: leis que serão alteradas pela aprovação do projeto; data em que a legislação entrará em vigor; citações do Código dos Estados Unidos, constantes do projeto; previsão orçamentária; quantias autorizadas e departamentos do governo que serão afetados. Dados referentes a emendas apresentadas nas comissões ou no plenário também foram incorporados aos arquivos da 95ª Legislatura. Todos os dados referentes a ações são atualizados diariamente, retirando-se as informações pertinentes do **Diário do Congresso**. Apesar deste procedimento de coleta de dados ser muito mais adequado, existe ainda uma defasagem de, pelo menos, 36 horas entre o evento e o momento em que a informação estará disponível para ser alimentada no computador.

### C) Sistema de Controle de Projetos

Mesmo com o aperfeiçoamento do "Bill Digest" e a sua incorporação, em 1971, a um formato automatizado, não existe disponível informação, em tempo real, sobre o **status** de um projeto de lei em particular. Em 1971, a Câmara dos Representantes instituiu uma nova organização de apoio, o Sistema de Informações da Câmara (House Information System ou HIS). Após pesquisar as necessidades de informação dos deputados, os técnicos do HIS definiram que um dos seus primeiros objetivos seria o desenvolvimento e implantação de um sistema de controle de projetos que funcionasse com um prazo de atualização adequado. Com a colaboração de consultores externos, os técnicos foram capazes de identificar cerca de 140 opções de ação legislativa, em termos de um projeto, que seriam significativas num sistema de "localização" do projeto.

Um dos elementos principais para se conseguir implementar um sistema de controle de projetos é a disponibilidade e a acurácia dos dados que devem alimentar o sistema. Diversos grupos de trabalho do Congresso foram

designados para fornecer informações legislativas ao sistema, de forma a assegurar que este seria bem sucedido. Entre estes grupos estão o escritório do Secretário, as Comissões, o Departamento de Indexação do **Diário do Congresso** e a unidade de indexação de projetos da Biblioteca do Congresso.

Em fevereiro de 1973, o Sistema de Informação da Câmara iniciou a operação do sistema de controle de projetos. Através de uma pesquisa via telefone feita ao novo Departamento de Status de Projetos, um assessor pode receber informações sobre qualquer projeto em tramitação no Congresso. Desde o início, o número de pedidos telefônicos de informação recebidos por este Departamento aumentou de cerca de 200 a 1.000 por dia. Em setembro de 1973, o Presidente da Comissão de Administração da Câmara estendeu formalmente os serviços deste departamento aos senadores. Um serviço adicional, que fornece relatórios impressos sobre a tramitação de projetos, foi iniciado em 1973 e agora serve cerca de 500 pessoas.

#### **D) O Sistema de Informação Legislativa e de Controle de Projetos**

O Sistema de Informação Legislativa e de Controle de Projetos (Legislation Information and Status System ou LEGIS) é uma consequência dos muitos sistemas de informação legislativa existentes no Congresso Americano. A razão básica que levou ao desenvolvimento deste novo sistema de informações era a limitação inerente aos sistemas existentes. O conteúdo atual de um projeto ou o seu **status**, da forma fornecida pelo sistema "Bill Digest" ou pelo Sistema de Controle de Projetos, não era tão atualizado ou amplo como era do desejo de muitos usuários. Com a introdução do sistema LEGIS, durante a 95ª Legislatura, novos tipos de informação legislativa ficarão disponíveis aos usuários. Emendas, comunicações do Executivo, Mensagens do Presidente da República, investigações das Comissões do Congresso e audiências de averiguações, tratados, nomeações, petições e outras atividades oficiais da Câmara e do Senado serão parte integrante do LEGIS.

Através dos esforços da Câmara, do Senado e da Biblioteca do Congresso, este empreendimento comum irá aumentar os recursos de informação legislativa e os serviços disponíveis a todos os parlamentares e assessores. Um elemento importante do sistema serão as atividades de alimentação do LEGIS. Os órgãos que geram informação legislativa serão os responsáveis principais dessa alimentação, de modo que, quando o sistema receber informações, estas sejam compreensíveis, confiáveis e atualizadas. Outro aspecto importante do LEGIS será o fato de estar disponível tanto na Câmara, quanto no Senado, quanto na Biblioteca do Congresso, através dos vários terminais de computador ali instalados.

#### **E) A Rede de Informações dos Parlamentares**

Um projeto-piloto relacionado com informação legislativa e instituído recentemente, na Câmara, foi patrocinado pela antiga Comissão de Infor-

mação daquela Casa do Congresso. Encarregado de estudar e recomendar novos sistemas de informação ou o aperfeiçoamento dos existentes, o Grupo de Trabalho sobre Recursos de Informação, subordinado àquela Comissão, implantou uma Rede de Informação dos Parlamentares. O objetivo deste projeto era permitir aos parlamentares e seus assessores o acesso direto aos sistemas de informação e aos bancos de dados do HIS, da Biblioteca do Congresso e de outras organizações, privadas ou subordinadas ao Poder Executivo.

Um grupo selecionado de deputados, comissões e o Departamento de Assessoria Jurídica participaram do projeto-piloto. Estão disponíveis aos participantes os seguintes serviços:

- 1) sistema de controle de tramitação e de identificação de projetos;
- 2) sete arquivos de dados que utilizam o sistema SCORPIO;
- 3) informações sobre agendas do Plenário e um sumário da Ata e dos debates em Plenário.

Mais recentemente, dois outros arquivos foram incluídos na Rede:

- 1) o Sistema de Recuperação de Informações Jurídicas (Justice Retrieval and Inquiry System ou JURIS) desenvolvido pelo Departamento da Justiça; e
- 2) o Sistema de Recuperação de Informações do Programa de Assistência do Governo Federal (Federal Assistance Program Retrieval System ou FAPRS), desenvolvido pelo Departamento da Agricultura.

Um relatório da Comissão, apresentado em novembro de 1976 e intitulado "Recursos de Informação Automatizada da Câmara de Representantes", afirma que a Rede tem provado ser um sucesso. Várias recomendações foram feitas após os estudos iniciais do sistema. Talvez entre as propostas mais significativas estava a continuação da operação do sistema e a sua expansão para todos os deputados que o desejassem. O Grupo de Trabalho observou no seu relatório que a Câmara estava atrasada em relação ao Executivo no uso de sistemas automatizados de informação. O relatório, porém, observa que:

"... no momento em que tais recursos tornaram-se disponíveis, os gabinetes do Congresso aprenderam rapidamente como usá-los, passaram a depender deles e a beneficiar-se substancialmente deles em termos do uso mais eficiente do tempo de seu pessoal e de informação de melhor qualidade e em maior quantidade que passou a estar disponível. A comissão acredita que, tendo sido iniciado um processo que visa permitir a análise sistemática dos recursos do computador e da sua possibilidade de resolver os problemas

---

(11) Congresso Americano. Câmara. Comissão de Administração. O sistema de acompanhamento de projetos da Câmara. Washington. GPO, 1975, pág. 2.

administrativos e de informação da Câmara, este processo deve ser continuado em todas as oportunidades que se apresentarem, através de todos os meios apropriados e com o apoio de todos os deputados e funcionários" (12).

#### F) Atividades futuras do Congresso nesta área

Na Câmara, a Consultoria de Revisão Legislativa iniciou há pouco um novo projeto que tem por objetivo auxiliar no cumprimento dos deveres e responsabilidades daquele departamento. Relacionado com a sua atribuição básica de revisar o **Código Americano**, o pessoal da Consultoria de Revisão Legislativa trabalhará em estreita colaboração com o Departamento de Imprensa Oficial para produzir a primeira versão daquele Código editada eletronicamente (13). Outras atividades da Câmara na área de recuperação de informações legislativas enfocarão as necessidades do Departamento de Assessoria Legislativa na área de redação de projetos e a contínua expansão de um sistema de preparação do calendário das comissões e a implantação de um sistema de publicação das audiências das comissões (14).

O Senado também dedicará atenção às potencialidades do uso de computadores na atividade de redação de projetos. A proposta é no sentido de que exista um estreito relacionamento entre o sistema de redação de projetos e os processos de preparação dos relatórios das comissões. Estas duas aplicações do computador permitirão às comissões do Senado demonstrar rapidamente as alterações que qualquer legislação proposta acarretará nas leis em vigor. Elas também fornecerão a base para o desenvolvimento de novos bancos de dados que contenham textos completos da legislação e melhorarão consideravelmente a capacidade de atualização de códigos de leis em vigor (15).

### O PODER EXECUTIVO

A nível federal, muito do trabalho inicial no campo de informações jurídicas computarizadas foi desenvolvido pelo Poder Executivo. Nesta área, as duas contribuições principais para a criação de bancos de dados de legislação foram dadas pelos Departamentos da Defesa e da Justiça. Em ambos os casos, os estatutos federais forneceram a base para tais bancos de dados. Recentemente, porém, tais bancos de dados foram expandidos para passarem a conter leis específicas e regulamentos.

(12) Congresso Americano. Câmara. Comissão de Informação. Recursos Automatizados de Informação para a Câmara. Washington. GPO, 1976, págs. 1-2.

(13) Congresso Americano. Câmara. Resolução n.º 93-988, pág. 83.

(14) Congresso Americano. Câmara. Comissão de Administração. Providência de Verbas para o Sistema de Informação da Câmara (HIS) da Comissão de Administração. Washington. GPO, 1977, (95.ª Legislatura, 1.ª sessão legislativa. Relatório da Câmara n.º 95-137) págs. 11-12.

(15) Entrevista com Anthony L. Harvey. Analista de Sistemas "Senior", Comissão do Senado Sobre Regimento e Administração, Senado, 31-5-77.

O Sistema Federal de Informação Jurídica por Meios Eletrônicos (conhecido anteriormente como LITE e agora como FLITE), um banco de dados desenvolvido e mantido pela Justiça Militar, contém uma variedade de matérias legais, que vão desde o **Código Americano** até o Regulamento da Força Aérea. Especificamente, os seguintes arquivos podem ser pesquisados através do sistema FLITE:

o Código Americano até o "Suplemento III" (janeiro de 1974);  
leis até outubro de 1975;

o Código de Regulamentos Federais, edição de 1974, os relatórios do Supremo Tribunal, de setembro de 1871 a janeiro de 1975;

o "Federal Reporter", segunda série (junho de 1965 a janeiro de 1977);

o "Federal Supplement" (junho de 1971 a janeiro de 1974);

os relatórios do "United States Court of Claims" (janeiro de 1965 a outubro de 1973);

o "Federal Digest" (1961-1977);

os regulamentos referentes a licitações, das Forças Armadas (1975);

as decisões sobre recursos encaminhados ao "Board of Contracts" (julho de 1965 a dezembro de 1975);

os pareceres do Procurador-Geral da República junto à Justiça Federal; e

as decisões da Inspeção-Geral publicadas (julho de 1921 a dezembro de 1974) e não publicadas (junho de 1955 a dezembro de 1975).

Entre outros materiais disponíveis estão o Regulamento da Força Aérea, o Manual de Procedimentos da Corte Marcial, os relatórios das Cortes Marciais, e acordos internacionais de especial interesse para o Departamento da Defesa.

O corpo de assessores jurídicos do FLITE, localizado em Denver, no Colorado, realiza pesquisas sem custo para o pessoal do Departamento da Defesa e por uma taxa-padrão de reembolso para os demais órgãos do Governo federal. A pesquisa aos bancos de dados é feita através do uso de palavras-chave e de frases. Os resultados podem ser mostrados em formato de citação, excerto ou de texto integral.

O Departamento da Justiça implantou um sistema automatizado de informação jurídica — o JURIS — para a recuperação tanto de legislação codificada quanto "de caso" (\*\*\*). Apesar de inicialmente conter apenas

(\*\*\*) No Direito americano existe uma diferença entre a "case law" aqui traduzida por "lei de caso" (ou casuística) e a "statutory law", o estatuto que é parte de um código. A "case law" é uma norma jurídica que visa uma ocasião específica, e que não terá vigência por muito tempo, como por exemplo, uma lei que aprove a construção de determinada obra pública; já o "statute" é uma lei de aplicação permanente, como o Código Penal, por exemplo.

legislação codificada (o Código Americano até o Suplemento II e leis desde janeiro de 1973 até maio de 1975), o banco de dados foi consideravelmente expandido na área de legislação "de caso". Atualmente, os seguintes arquivos podem ser pesquisados:

- "United States Reports" (fevereiro de 1937 a outubro de 1976);
- "Court of Claims Reports" (fevereiro de 1956 a julho de 1976);
- "Federal Reporter", segunda série (junho de 1962 a outubro de 1976);
- resumos de práticas federais modernas (1961-1976); e
- "West General Digest" — relatórios regionais (1967-1976).

Deverão ser acrescentados, proximamente, ao JURIS as "Decisões do Inspetor-Geral" e o "Federal Supplement". O sistema opera "on-line" (com acesso direto ao computador) com capacidade de recuperar o texto integral do documento usando terminais de vídeo.

Outro desenvolvimento importante no campo do direito tem sido a ênfase no desenvolvimento de um sistema de controle de informação que forneça apoio a questões judiciais. A nível federal, o órgão do Departamento de Justiça, encarregado de assistência jurídica às forças policiais, fornece recursos para o Instituto de Pesquisas Jurídicas e Sociais (INSLAW) desenvolver um sistema de controle computarizado de informações para o acompanhamento de casos criminais. Como resultado deste esforço, foi desenvolvido o Sistema de Informações Gerenciais para a Promotoria (PROMIS), que tem a capacidade de avaliar automaticamente cada caso de acordo com critérios padronizados que refletem a gravidade do crime e a ficha criminal do acusado. Além disso, o sistema gera relatórios estatísticos que mostram as atividades da promotoria e do tribunal, em cada uma das seções da promotoria. Relatórios de acompanhamento podem ser produzidos para mostrar que medidas foram tomadas em cada caso. Apesar de ter sido desenvolvido sob os auspícios (e conseqüentemente para atender às necessidades) do **promotor público** federal em Washington, este "software" pode ser utilizado em outras jurisdições.

Outros sistemas de informação jurídica desenvolvidos na área do executivo o foram a partir do fato de grande quantidade de material estar sendo elaborada de forma legível por computador, com finalidade de publicação. A "U.S. Tax Court" (tribunal para julgamento de assuntos fiscais), por exemplo, tem emitido, nos últimos dois anos, os seus relatórios em fita magnética, para permitir o uso posterior do computador na sua edição e impressão. Existe igualmente um projeto em andamento no Serviço de Arquivo Nacional para a conversão do "Código de Regulamentos Federais" para uma forma automatizada. Este projeto deverá demandar vários anos de trabalho, com o texto do "Federal Register" sendo digitado para incorporar-se como parte integrante do banco de dados.

#### OS LEGISLATIVOS ESTADUAIS

As Assembléias dos Estados, no início da década de 1960, começaram a aplicar a moderna tecnologia da informação ao processo legislativo. Fre-

qüentemente prejudicadas por sessões legislativas de curta duração, grande mobilidade de seus membros e recursos limitados, os Estados reconheceram a necessidade de abordagens inovadoras no desempenho de tarefas legislativas tradicionais, para que lhes fosse possível enfrentar as responsabilidades cada vez maiores que eram impostas ao deputado e ao próprio Legislativo. A maioria dos Estados começou a utilizar o computador de maneira gradual, para realizar tarefas de controle de projetos, redação de projetos, pesquisa histórica sobre o Legislativo e a publicação de material legislativo com técnicas de fotocomposição.

O crescimento dessas atividades continuou rapidamente nos anos seguintes. Tem havido uma expansão dos serviços em novas áreas como análise de orçamento, planejamento tributário, previsão de receita e remanejamento de distritos eleitorais. O desenvolvimento dessas novas aplicações foi realizado em muitos Estados através de um inter-relacionamento entre os diferentes Poderes. Na medida em que os Legislativos estaduais criam centros de processamento de dados mais sofisticados, tanto o Executivo quanto o Judiciário têm procurado o Legislativo para que este os auxilie. Um exemplo deste relacionamento é o Estado da Flórida. A Divisão de Processamento de Dados e Sistemas do Legislativo opera um sistema de distribuição das ações para os tribunais do Estado, utilizando o computador da Assembléia Estadual. Este sistema está disponível para acesso direto ("on-line") para funcionários do Judiciário, que dão entrada em dados, editam e realizam pesquisas usando terminais localizados em seus gabinetes.

A elaboração de códigos tem sido uma área de utilização tradicional do computador nos Legislativos estaduais. Recentemente, porém, o desejo de incluir-se legislação "de caso" nestes bancos de dados tem sido manifestado por funcionários em vários Estados. O Estado de Washington, que foi um dos primeiros a utilizar o computador para a recuperação de códigos, desenvolveu arquivos automáticos que incluem o "Código Revisado de Washington", o Código Administrativo, as Constituições Federal e Estadual, outros atos estaduais, pareceres do procurador estadual, datando desde 1949, e doze volumes de jurisprudência da Suprema Corte Estadual. Outros volumes de jurisprudência, apesar de não estarem disponíveis para pesquisa por terminal, estão disponíveis em arquivo magnético. A partir de 1977, tanto os relatórios do Tribunal Estadual quanto os do Tribunal de Recursos serão publicados usando-se o computador do Legislativo e o seu sistema de processamento de texto. Isso permitirá que o novo material seja facilmente incluído nos bancos de dados atualmente existentes <sup>(16)</sup>.

A tendência de colocar todos os códigos estaduais em computador foi reforçada pelo desejo de diminuir os custos da impressão, o tempo necessário para publicação e o interesse em desenvolver bancos de dados capazes de auxiliar na edição e redação da legislação. No Estado de Wisconsin, o Chefe do Escritório de Referência Legislativa estimou que as técnicas de

(16) WHITE, Richard O. "Informação Computarizada no Legislativo Estadual de Washington". In: **Comparative Legislative Information Systems**. Editado por John A. Worthley, Washington, National Science Foundation, 1976, págs. 129-130.

fotocomposição em uso no Departamento de Administração do Estado na impressão de documentos legislativos permite uma economia de alguns dólares por página, se comparado ao custo dos processos tradicionais de composição por linotipo (17). Outro exemplo da economia conseguida através de processos eletrônicos de impressão é o do Legislativo de Illinois. No relatório anual de 1976, da Comissão Mista sobre Sistemas de Informação Legislativa, afirma-se que, na área de processamento de texto, a economia aproximada em recuperação de textos legislativos foi de US\$ 36.000 por ano; além de US\$ 204.000 na redação de projetos; US\$ 60.000 na revisão de códigos; US\$ 48.000 na listagem e cadastramento de projetos e US\$ 25.000 em automação de legislação de sessões (18).

Apesar da maior parte dos sistemas de recuperação de legislação e redação de projetos ter sido desenvolvida por empresas privadas como a Aspen Systems, a Data Retrieval e a IBM, um número cada vez maior de Legislativos estaduais tem aumentado a sua capacidade de processamento através do desenvolvimento interno de "software". Desenvolvimento interno tem se tornado uma alternativa atraente para os Legislativos estaduais, na medida em que eles se dedicam cada vez mais à criação de sistemas integrados de informação legislativa. Estes sistemas tornam possível a pesquisa da legislação em vigor, a localização dos itens a serem alterados, a redação de um novo projeto de forma legível pelo computador, a inclusão de todas as emendas apresentadas, a redação final da lei, a atualização do código e a sua impressão através do uso de técnicas de fotocomposição. O Estado que mais tem se aproximado deste objetivo de integração legislativa é a Pensilvânia. Ali, um banco de dados integrado acompanha todo o processo legislativo, desde a redação do projeto até a publicação do código alterado. O sistema usado, que permite a introdução de dados via terminal, cria automaticamente novos arquivos e atualiza os arquivos existentes, todos os quais podem ser recuperados imediatamente.

Tem havido um crescimento constante na aplicação de computadores às funções dos Legislativos estaduais americanos e a tendência é que este crescimento continue. Em 1972, mais de dez Estados estavam operando sistemas de recuperação de informações jurídicas; hoje este número supera a casa dos trinta. Na medida em que mais Estados recodificam os seus estatutos e instalam sistemas de impressão eletrônica, o número de códigos estaduais que estão disponíveis em meio eletrônico aumentará e fornecerá uma fonte para novos bancos de dados jurídicos. Outro indicador positivo é um interesse crescente na aplicação de computadores na recuperação de textos legais nos Estados, que tem sido expresso pelas associações estaduais de advogados, os Legislativos e o Congresso Nacional. Por exemplo, a Conferência Nacional de Legislativos Estaduais criou recentemente um subcomitê para estudar a viabilidade de criar um formato comum para a indexação de leis estaduais. Através do desenvolvimento de uma estrutura

(17) Wisconsin. Serviço de Referência Legislativa. Memorando ao Deputado Tom Jensen, Líder da Minoria. Assembléia Estadual do Tennessee, 11-7-75.

(18) Illinois. Comissão Mista sobre Sistemas de Informação Legislativa. Relatório anual: Sistemas de Informação Legislativa. Springfield, Il. 1976, págs. 4-5.

e de um vocabulário de indexação comuns, poder-se-á estabelecer um banco de dados único para a legislação de todos os cinquenta Estados norte-americanos. Atualmente, este grupo está trabalhando no desenvolvimento de um vocabulário (thesaurus) e no estudo preliminar de um "software" adequado. Assim, tem-se notado progresso, tanto a nível dos Estados como em termos nacionais, no sentido de fornecer-se uma série de instrumentos e de arquivos em computador como apoio ao processo legislativo.

## SETOR PRIVADO

Continuam a expandir-se, também de forma crescente, os serviços comerciais que fornecem aos advogados, dentro e fora do Governo, sistemas que usam o computador para viabilizar uma série de funções, incluindo pesquisa de textos legais, administração de processos e elaboração de legislação. Na área de recuperação de textos integrais via terminal, a **Mead Data Central**, que já atuava no mercado, foi, há poucos anos, seguida pela **West Publishing Company**.

A **Mead** opera um banco de dados de textos integrais de legislação, o **LEXIS**, que contém legislação tanto a nível federal como estadual. Atualmente, o banco de dados contém legislação da Califórnia, Delaware, Flórida, Illinois, Kansas, Massachusetts, Missouri, Nova Iorque, Ohio, Pensilvânia e Texas. O **Código Americano**, as decisões do Supremo Tribunal, do Tribunal de Taxação, além de processos sobre seguros e regulamento de comércio, também estão disponíveis no banco de dados. Os processos e a legislação de outros Estados deverão ser incorporados ao sistema, aumentando consideravelmente os arquivos disponíveis. As pesquisas são feitas normalmente por advogados que usam palavras-chave, sendo que as citações, excertos ou textos integrais relevantes ao caso ficam disponíveis ao pesquisador num equipamento de saída de dados.

Uma empresa que entrou mais recentemente neste mercado foi a **West Publishing Company**, que mantém um banco de dados de mais de dois milhões de resumos de processos, preparados por advogados especializados. Estes resumos cobrem processos desde 1967, sendo todos os processos julgados em tribunais federais e todas as decisões do Supremo Tribunal desde 1961. O banco de dados de cabeçalhos de assunto pode ser pesquisado "on-line" usando a linguagem corrente, palavras-chave, ou os conectores da lógica de Boole, ou uma combinação destes três métodos. Como no caso da operação da **Mead**, o item recuperado pode ser examinado num terminal de vídeo ou em outro dispositivo de saída.

Um outro tipo de pesquisa jurídica foi desenvolvido pela Empresa de Publicações da Cooperativa dos Advogados. Este instrumento de pesquisa mantém um sistema de verificação de processos por computador, denominado **AUTO-CITE**. O banco de dados contém citações de mais de três milhões de processos, que são atualizados diariamente. O sistema permite ao advogado verificar o estado oficial do processo. O título do processo, o ano da decisão, referências oficiais e paralelas e uma cronologia, com referências a

decisões-chave, que sejam relevantes ao processo, todos estes dados são fornecidos pelo sistema.

Além do trabalho desenvolvido pela **Aspen Systems** no campo de sistemas de informação legislativa para Estados, esta empresa também fornece outros "softwares" e serviços especializados no campo jurídico. Especificamente, o seu programa de apoio a processos organiza grandes coleções de documentos, processa dados e alimenta documentos para a criação de um sistema de recuperação de textos integrais. A **Control Data** também desenvolveu um novo pacote de "software", o **PALLAS**, que "indexa e reproduz qualquer informação que o advogado decida ser relevante para o processo" (19). Tais serviços privados têm dado um auxílio importante aos advogados quando do acompanhamento de processos.

### CONCLUSÃO

Os sistemas de informações jurídicas que dão apoio às atividades tanto do Governo quanto da iniciativa privada têm aumentado rapidamente desde a sua criação no final da década de 50 e início da de 60. Uma parcela significativa deste desenvolvimento foi realizada pelo Congresso após 1973. O aumento de processos antitruste, com grandes volumes de documentos que devem ser examinados, forçou tanto o Governo quanto as assessorias jurídicas privadas a adotarem algum tipo de sistema automatizado de recuperação e controle de documentos.

Alguns fatores que influenciaram este crescimento foram:

- 1) a disponibilidade, do ponto de vista do custo e da facilidade de uso, de sistemas e equipamentos de processamento de dados;
- 2) a aceitação do computador por um número crescente de advogados, que tem tido contato com equipamentos de processamento de dados na Universidade; e
- 3) a disponibilidade de informação jurídica em meio magnético, como subproduto dos sistemas de fotocomposição.

O crescimento deste sistema continuará, com a recuperação mais rápida de informações através de uma série de tecnologias modernas como o uso de fibras óticas, de comunicação via satélite e a microminiaturização de terminais, os quais serão capazes de arquivar grandes volumes de informação. Estas novas tecnologias provavelmente alterarão os hábitos de trabalho de muitos advogados, já que os desligarão completamente de seu ambiente de trabalho em bibliotecas.

Estas tecnologias estão tendo atualmente e continuarão a ter um profundo impacto na advocacia, tanto na que atua no setor privado quanto na que serve ao Governo. Deve-se assim observar, com o máximo interesse, a eficácia com que a profissão irá usar este potencial tecnológico nos próximos anos.

(19) VAN SLAMBROUCK, Paul. Os computadores salvam advogados enterrados em dados de processos. *Christian Science Monitor*, 11-5-77, pág. 10.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (\*)

À venda na SSETEC (Senado  
Federal — 22.º andar) ou  
pelo Reembolso Postal

### “REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— nº 1 (março/1964) .....	10,00
— nº 10 (junho/1969) (reimpressão) .....	30,00
— nº 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão) ....	25,00
— n.ºs 13/14 (janeiro a junho/1967) .....	15,00
— nº 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão) .....	20,00
— nº 18 (abril a junho/1968) (reimpressão) .....	30,00
— nº 19 (julho a setembro/1968) .....	10,00
— nº 20 (outubro a dezembro/1968) .....	10,00
— nº 21 (janeiro a março/1969) .....	10,00
— nº 23 (julho a setembro/1969) .....	10,00
— nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão) .....	20,00
— nº 30 (abril a junho/1971) .....	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971) .....	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971) .....	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972) .....	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972) .....	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972) .....	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972) .....	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973) .....	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973) .....	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973) .....	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973) .....	20,00

(\*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Cr\$
— nº 41 (janeiro a março/1974) .....	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974) .....	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974) .....	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974) .....	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975) .....	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975) .....	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975) .....	30,00
— nº 48 (outubro a dezembro/1975) .....	30,00
— nº 49 (janeiro a março/1976) .....	30,00
— nº 50 (abril a junho/1976) .....	30,00
— nº 51 (julho a setembro/1976) .....	30,00
— nº 52 (outubro a dezembro/1976) .....	30,00
— nº 53 (janeiro a março/1977) .....	30,00
— nº 54 (abril a junho/1977) .....	30,00
— nº 55 (julho a setembro/1977) .....	30,00
— nº 56 (outubro a dezembro/1977) .....	30,00
— nº 57 (janeiro a março/1978) .....	30,00
— nº 58 (abril a junho/1978) .....	30,00
— nº 59 (julho a setembro/1978) .....	30,00
— nº 60 (outubro a dezembro/1978) .....	30,00
— nº 61 (janeiro a março/1979) .....	30,00

**“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA —  
NÚMEROS 1 a 60”**

Distribuição gratuita

**“LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO”**

(Coleção de Atos Institucionais, Atos  
Complementares e Decretos-Leis)

- 5º volume, contendo 336 páginas
  - Ato Institucional nº 10
  - Atos Complementares n.ºs 52 a 56
  - Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com  
índices cronológico e por assunto ..... 15,00
- 6º volume, contendo 488 páginas
  - Ato Institucional nº 11
  - Atos Complementares n.ºs 57 a 62
  - Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com  
índices cronológico e por assunto ..... 25,00

	Cr\$
– 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto .....	30,00
– 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto .....	35,00
– 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares n.ºs 78 a 94	
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares n.ºs 95 a 97	
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	20,00

	Cr\$
– 16º volume, contendo 424 páginas Atos Complementares n.ºs 98 e 99 Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65 .....	40,00
“ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” 7 volumes (4º e 6º volumes em 2 tomos) .....	120,00
“REFORMA AGRÁRIA” (3 tomos) (Edição de 1969) Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional .....	45,00
“O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL” (Edição de 1970) – Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 .....	15,00
“DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS” (Edição de 1971) – Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) .....	45,00
“PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1974) – Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – “Lei Orgânica dos Partidos Políticos”, e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – “Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos” .....	70,00
“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes) – 1º volume (3 tomos) – Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que “ins- titui o Código de Processo Civil” (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tra- mitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos) – 2º volume (2 tomos) – Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional) – Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	

## — 3º volume

- Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que “retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil”
- Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”
- Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”

Preço da coleção ..... 180,00

## “PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)

- Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que “altera a legislação da Previdência Social, e dá outras providências” (2 tomos) ..... 70,00

## “CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”

- Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 tomos) 2ª edição (julho de 1977) ..... 150,00

## “REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE — Dispositivos de Constituições Estaduais”

- Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos) ..... 150,00

## “CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(4ª edição — 1979) (formato bolso)

- Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-6-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; 8, de 14-4-77; 9, de 28-6-77; 10, de 14-11-77; 11, de 13-10-78, e 12, de 17-10-78 (com índice analítico-remissivo) ..... 25,00

## “O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS”

- Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda ..... 70,00

	Cr\$
<b>"SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS"</b> .....	80,00
– Quadros comparativos anotados	
– 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76 Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40	
– 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76 Lei nº 4.728, de 14-7-65	
<b>"CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL"</b> (atualizado) (edição 1978)	50,00
<b>"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA"</b>	
(3ª edição – agosto de 1978) .....	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978 .....	25,00
<b>"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – QUADRO COMPARATIVO"</b> (3ª edição – 1979) .....	100,00
– Texto constitucional vigente comparado, dispositivo por dispositivo, às Constituições de 1967 e de 1946	
– Notas das alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais)	
– Índice analítico-remissivo do texto constitucional vigente.	
<b>"LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL"</b> .....	100,00
– Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 – anotada	
– Histórico da Lei (tramitação legislativa)	
– Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura	
– Índices sistemático e analítico-remissivo	

## PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA

<b>"REGIMENTO INTERNO"</b> (edição 1976)	
– Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976 ..	15,00

## ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

### 1ª opção — Reembolso postal

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

2ª opção — **Assinatura anual** (n.ºs 62 a 65) \* — Envie pedido acompanhado de cheque nominal, em favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, no valor de Cr\$ 210,00 (duzentos e dez cruzeiros).

(\*) n.º 62: Cr\$ 30,00;  
n.ºs 63 a 65: Cr\$ 60,00 cada.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.160

## REEMBOLSO POSTAL

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias  
das publicações da  
Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional  
Instituto Nacional do Livro  
Senado Federal  
Câmara dos Deputados  
Supremo Tribunal Federal  
Tribunal Federal de Recursos  
Superior Tribunal Militar  
Tribunal Superior Eleitoral  
Tribunal Superior do Trabalho  
Assembléias Legislativas  
Tribunais de Justiça  
Faculdades de Direito