UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

**Revista da
Faculdade
de Direito
de
PÔRTO ALEGRE**

Ano V 1971 N° 1

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Reitor Magnífico

PROFESSOR EDUARDO ZACCARO FARACO

FACULDADE DE DIREITO

Diretor em exercício

PROFESSOR JOSÉ SALGADO MARTINS

Diretor da Revista

PROFESSOR ELPÍDIO FERREIRA PAES

Comissão de Redação

PROFESSOR CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA
PROFESSOR JOÃO PEDRO DOS SANTOS
PROFESSOR LENINE NEQUETE

Tôda correspondência deverá ser dirigida à Revista da Faculdade de
Direito de Pôrto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

— Av. João Pessoa. Pôrto Alegre (Rio Grande do Sul) — Brasil. —

Índice

EDITORIAL	1
HOMENAGEM A Ruy Cirne Lima	7
O SUJEITO DE DIREITOS E O CÓDIGO CIVIL — Prof. Ruy Cirne Lima	13
ESTRUTURA — Prof. Elpídio Ferreira Paes	19
DELINQUÊNCIA POLÍTICA E TERRORISMO — Prof. José Salgado Martins	25
DIREITO PATRIMONIAL DA FAMÍLIA — Prof. Clovis V. do Couto e Silva	39
APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO COMERCIAL CONTEMPORÂNEO — Prof. Paulo Barbosa Lessa	53
VENDA DE PRAÇA A PRAÇA E VENDA MARÍTIMA — Prof. Hernani Estrella	63
TRABALHO E DESENVOLVIMENTO — Prof. Carlos Alberto Barata Silva	93
PROBLEMÁTICA FILOSÓFICO-JURÍDICA ATUAL — Prof. Jacy de Souza Mendonça	117
TEORIA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS: ENSAIO CRÍTICO — Walter Eduardo Baethgen	143
A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO — Prof. Paulo Alberto Pasqualini	151
A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO — Prof. Wilson Alves Chagas	165
HOMENAGEM	169
ÍNDICE DE AUTORES	171

Prof. Ruy Cirne Lima

RUY CIRNE LIMA

Não se compreenderia o reaparecimento da Revista da Faculdade, sem uma homenagem especial a Ruy Cirne Lima, cujo nome representa a síntese das grandes virtudes que enobrecem e exalçam o magistério jurídico.

Personalidade singular, como mestre do Direito e cidadão exemplar, Ruy Cirne Lima é, ao mesmo tempo, o *primus inter pares* no seio dos juristas do Rio Grande do Sul.

Jurisconsulto, na acepção clássica, da mais nobre linhagem em que refulge a herança do avô, ilustre magistrado, seu pensamento se traduz em sentenças e conceitos de puro labor, nos quais a essência dos problemas filosóficos e jurídicos luminosamente transparece.

Seus eminentes dotes de espírito e de aguda penetração intelectual permitem-lhe elevar-se do âmbito do Direito e da Ciência Jurídica aos grandes temas do saber universal.

No magistério superior a que galgou, tão logo adquirida a maioridade civil, e na direção da Faculdade, cujo mandato recentemente concluiu, sempre se revelaram a grandeza de seu saber e a nobreza de seu coração.

Abrindo as páginas desta Revista com o seu ilustre nome, desejam os seus colegas de magistério tributar-lhe sincera e cordial homenagem.

EDITORIAL

Reaparece, com este número, a Revista da Faculdade, depois de uma interrupção de vários anos.

Nesse período, diversos acontecimentos ocorreram no País e no mundo, produzindo grandes transformações, tanto no campo da ciência e da técnica, quanto no domínio das instituições jurídicas.

Entre êsses fatos, destaca-se, no setor da universidade brasileira, a reforma de sua estrutura e a conseqüente implantação de novo sistema e de novos métodos.

Subsistiu na nova estrutura esta Faculdade, como unidade universitária, sede dos departamentos em que se integrarão as diversas disciplinas do seu currículo.

A integração do ensino superior — um dos objetivos fundamentais da reforma universitária — não importa no desconhecimento das peculiaridades que o mesmo ensino deve guardar, nas diferentes áreas em que se situam as unidades.

Adaptada às novas linhas da reforma, esta Faculdade não despreza, porém, as inspirações que derivam da sua experiência e do seu passado, convencida de que somente prosperará o moderno sistema universitário brasileiro, se não esquecer a prevalência do universal sobre o particular, da sabedoria e da ciência sobre a técnica, do homem individual e concreto sobre a indiferenciação do homem-massa.

Esta Revista continuará a perseguir os mesmos objetivos que determinaram o seu aparecimento, como um dos órgãos de expressão da cultura e do ensino jurídico, no Rio Grande do Sul.

O SUJEITO DE DIREITOS E O CÓDIGO CIVIL

PROF. RUY CIRNE LIMA (*)

1. Não há, no art. 2º do Código Civil, uma definição do sujeito da relação jurídica. Declara-se, nessa disposição, que “todo homem é capaz de direitos e obrigações, na ordem civil”. Mas, não se exclui, e não poderia excluir-se, que outras entidades, além do homem, hajam de ser, igualmente, capazes de direito e obrigações, na mesma ordem civil.

Antes, o Código, explicitamente, indica e sublinha a não-coincidência entre o conceito de homem e o de sujeito da relação jurídica. A este, o Código, ora o denomina, diretamente, sujeito (art. 74, § único), ora, indivíduo (art. 1597), ora, pessoa (art. 74, II). Toma, a lei civil, essas três designações à filosofia e à teologia. Sujeito, indivíduo e pessoa são expressões que, no discurso filosófico ou teológico, não se adscrevem, tão somente, ao homem.

2. Sói dizer-se que o vocábulo técnico, para significar essa entidade, essencial à relação jurídica, é a palavra “pessoa”. Não coincide, porém, a noção de pessoa, com a de indivíduo, ou a de sujeito de direitos e obrigações. Proclama-se, no art. 4º do Código, que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”, embora a lei ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. O nascituro não é, pois, pessoa. Entretanto, é indivíduo, concebido, por diferenciação dos “indivíduos não concebidos”, a que o Código se refere (art. 1718). De outro lado, o in-

(*) Catedrático de Direito Administrativo, Diretor da Faculdade de Direito de Porto Alegre, UFRGS.

divíduo não concebido, ainda que, por igual, se não possa reputar pessoa, pode ser, também, sujeito de direitos, enquanto a direitos sucessórios, desde que caracterizado como “prole eventual de pessoas . . . existentes, ao abrir-se a sucessão” (art. 1718). Nem corresponde, enfim, a palavra “pessoa”, à noção de sujeito de direitos. Pessoa é, às vezes, na linguagem do Código, apenas, a figura humana. A “pessoa representada”, por obra de estatutária ou retrato (art. 666,X), não é, nessa acepção, e evidentemente, sujeito de direitos.

3. A verdade é que, como toda a relação, a relação jurídica, ela própria relativiza o que relaciona. Do homem, só importa, à relação jurídica, o que, a essa, lhe concerne e toca. Daí, a alusão a uma aparente pluralidade de pessoas, tendo como suporte um só homem. Assim, “a pessoa do credor ou devedor” (art. 1051), “pessoa da . . . família” (art. 1226, VII), pessoa “pertencente . . . a um corpo coletivo” (art. 1668). A alusão é, não obstante, inexistente.

O contraste, entre essas relativizações do homem e o homem, todo, em tudo o mais de que é, êle, suscetível, exprime de si mesmo, outra relação, e de oposição, — uma relação, em segundo grau, com respeito à relação jurídica, da qual o próprio contraste resulta; uma relação nova, entre a situação, surgida da relação jurídica, e todas as demais situações jurídicas possíveis, de que o homem, todo, é capaz, diante de todos os demais sujeitos de direitos.

A capacidade de direitos não mais é que essa relação. Tal, o sentido profundo, insito no art. 2º do Código: “todo homem é capaz de direitos e obrigações”, já que, pelo nascimento (art. 4º), se insere, a criatura humana, desde logo, em uma relação jurídica, a relação de filiação (art. 184; art. 330). Não é, o homem, tão só, capaz dessa relação: pronuncia-se-lhe a capacidade, quanto a direitos e obrigações, segundo a plenitude de sua individualidade, em contraste, precisamente, com a situação jurídica inicial de sua mesma existência, após o nascimento, opondo-o, assim, em todas as suas virtualidades, a todos os demais sujeitos de direitos.

4. Não pode haver, realmente, capacidade de direitos, fora da ordem jurídica. Somente a entrada na ordem jurídica pode reclamá-la e suscitá-la e, à sua vez, a entrada na ordem jurídica não pode ser, senão a inserção em uma relação jurídica. Pensa-se, não raro, em uma ordem jurídica, anterior ao homem, comum a todos os seres animados (D. 1, 1, 1, 3), ou no homem, como objeto de direitos (Gai. 1,55). Nada disso. São simultâneas a inserção originária, em uma relação jurídica, e a relativização da criatura humana, da qual procede, por oposição, a capacidade de direitos.

5. A capacidade de direitos, tanto que estabelecida, torna-se, de resto, como relação de segundo grau, com respeito à relação jurídica originária, algo de extrínseco ao homem, em si mesmo. Quanto ao ausente, por exemplo, durante o período da sucessão provisória, a capacidade de direitos se lhe continua como existente, havendo-se, contudo, por extinta, retrospectivamente, desde que provada lhe seja a morte, em data pretérita (art. 479). Se a capacidade de direitos, como é fora de dúvida, se identifica e confunde com o sujeito de direitos, e aquela não mais é que uma relação, ainda que de segundo grau, — o sujeito de direitos, pôsto que, do próprio homem, se cuide, é e tem de ser, por força, igualmente, essa mesma relação, ou, seja, uma relação, apenas, por sobre o homem.

6. Compreende-se, destarte, sem dificuldade, que outros sujeitos de direitos possa haver, além do homem: a par das pessoas naturais (art. 10), as pessoas jurídicas (art. 13). São, as pessoas jurídicas, também, meramente relações. É o que se enuncia no art. 20 do Código: “as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros”.

7. A forma primitiva da pessoa jurídica é, por certo, a associação ou corporação (D. 3, 4, 1). Essa é, por igual, a figura dominante no elenco das pessoas jurídicas, segundo o Código (art. 16). Relação, associação ou corporação civil subsiste, depois de desaparecidos todos os seus membros, até que inteiramente extintas as responsabilidades sociais, para com terceiros (art. 1407), sem embargo da estipulação da irresponsabilidade dos respectivos membros pelas obrigações sociais (art. 19, IV). De outra parte, prescreve-se, no mesmo Código: “são aplicáveis à partilha entre os sócios as regras da partilha entre herdeiros” (art. 1409). Extintas as obrigações sociais para com terceiros, desaparecidos todos os membros da associação ou corporação, que entidade é essa acêrca da partilha de cuja sucessão se dispõe? Não pode ser, ela, senão a relação, pela qual se uniram, originariamente, os membros, da associação ou corporação, a fim de constituírem a pessoa jurídica, — a relação que durou e persistiu, como por extrinsecação total, para que, a ninguém, se infligisse dano (D. 1, 1, 10, 1).

8. Essa relação é, mais uma vez, aqui, uma relação de oposição. Não de oposição, entre os sujeitos que a constituíram ou constituem, — o que a parificaria ao “synallagma” (D. 2, 14, 7, 2), mas de oposição dela própria, a todos os sujeitos, nela insertos, e a todos os sujeitos, a ela alheios, — o que a equipara ao mesmo sujeito de direito, como se corpo próprio tivesse (“corpus . . . habere”) (D. 3, 4, 1). Trata-se de oposição análoga à que informa

a relação de capacidade de direitos, quanto ao próprio homem. Com respeito a este, a oposição lhe supõe a individualidade. Na associação ou corporação, a oposição supõe uma pluralidade; é oposição por transindividualização. A semelhança e a diferença, entre as duas situações, emergem do paralelismo entre o art. 2º e o art. 20 do Código. Ali, “todo homem é capaz”, e à plenitude, diante de todos os demais sujeitos de direito; aqui, “as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros”, além de separadas, como sujeitos de direitos, de outros quaisquer sujeitos de direitos.

9. Como relação, o sujeito de direitos destaca-se, dentre todas as relações jurídicas, por essa oposição. Somente relações jurídicas, com esse tipo de oposição, podem ser havidas como sujeitos de direitos (D. 3, 4, 2; D. 3, 4, 7, 1). Somente essas podem reputar-se como tendo “existência distinta da de seus membros” (art. 20), ou distinguível da do homem que lhes subjaz. Certo, as fundações, na aparência, fogem aos lindes do conceito, enquanto massas de bens. Na verdade, entretanto, relação jurídica análoga forma a fundação, — relação entre o instituidor e o povo, a benefício do qual a fundação se institui, ou dentre o qual os beneficiários da fundação se individualizarão, segundo a lei (art. 1668, I; art. 1669), ou a vontade privada (art. 24). Às fundações advirta-se, primitivamente se chamou “consortia” (C. 1, 2, 23), forma arcaica de administração comunitária (Gai. 3, 154 a, 155 b)

10. Caracterizado, o sujeito de direitos, como relação, e relação de oposição, o intercuro jurídico exige-lhe órgãos, com os quais se supere a mesma oposição que o isola e separa de todos os demais sujeitos de direitos. Quando sujeito de direitos e homem se justapõem, esse órgão é a vontade individual (art. 85). Quando a justaposição se não verifica, o órgão é criação da lei, com ou sem dependência dos participantes da relação (art. 17), tendo, como forma atual, no entanto, sempre uma vontade humana, a serviço de outra ou de outras vontades individuais (art. 1395; art. 27).

11. Toda a oposição, realmente, demanda uma mediação, que a confronte com a unidade. Essa unidade é a unidade dos homens, entre si vinculados, uns aos outros, como por um parentesco, entre consanguíneos (D. 1, 1, 3), — unidade, a que tendem, todos os homens, por uma necessidade vital, a que a ordem jurídica meramente dá expressão (D. 1, 1, 12). A mediação, através da qual se há de atingir essa unidade, é a vontade que se une a outras vontades pelo consenso, — esse consenso, a que se chama, às vezes, pacto, porque, segundo os antigos, seria um testemunho de paz (D.2,14,1,2). Trata-se, verdadeiramente, de mediação. As-

sim, “o menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode para se eximir de uma obrigação (ou, seja, dos efeitos de uma declaração de vontade), invocar a sua idade, se, dolosamente, a ocultou, inquirido pela outra parte, ou, se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior” (art. 155). De outro lado, “cada sócio indenizará a sociedade dos prejuízos, que esta sofrer, por culpa dele, e não poderá compensá-los com os proveitos que lhe houver granjeado” (art. 1380). Nos dois casos, a mediação nitidamente aparece, acrescentando-se, como um termo novo, à oposição que se destinava a superar, entre sujeitos de direitos, postos em contacto pelo intercuro jurídico.

12. Ainda no Código Civil Brasileiro, toda a doutrina do sujeito de direitos denota, de tal sorte, o influxo do pensamento filosófico e teológico, brotado do cristianismo. Como as pessoas divinas, são, os sujeitos de direitos, relações de oposição (Anselmo, *De Processione Spiritus Sancti*, 1). Como, entre Deus e os homens, há um mediador (1Tm.2,5), houveram de ter, também, os sujeitos de direito, análoga mediação, que os reconduzisse à unidade dos homens entre si.

13. Seja, pois, aqui, a palavra final, a lição inicial do excurso, — a lição do grande Bonfante, resumida, pode dizer-se, apesar de seu alcance genial, a um punhado de linhas impressas: “la teoria della personalità ha il suo addentellato in quei sottili e ingegnosi uomini greci che a un tempo stesso speculavano sulla personalità del Padre, del Figlio e della Santissima Trinità, recando nel campo del diritto non solo . . . gli stessi concetti e lo stesso spirito delle disquisizioni teologiche, ma persino . . . le stesse forme esteriori e più singolari di trattazione” (Scritti Giuridici Varii, t. III, Torino, 1926, p. 472). Pela lei, ainda que seja essa, o Código Civil, — mais uma vez se demonstra, — estão sempre, os homens, queiram ou não, consociados com Deus (Cícero, *De Legibus*, 1,23).

ESTRUTURA E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA ROMANA

Prof. ELPIDIO FERREIRA PAES *

Um estudo embora resumido de três vocábulos mostra os aspectos fundamentais da organização familiar romana.

A GENS

1. — A família romana, durante séculos, apresenta organização patriarcal. Significa isso que a família era, essencialmente, um grupo de pessoas subordinadas à autoridade de um chefe. Esse grupo de pessoas se dizia “gens” e (como lembra Monier) tinha um sentido político anterior à cidade. Era a predominância da vontade masculina sobre a feminina, a supremacia da “*condictio maris*” sobre a “*condictio feminae*”... Lewis e Short ligam esse termo à raiz “gen”, que indica os indivíduos ligados pelo nascimento ou descendência; e definem o vocábulo como “raça ou clan abrangendo várias famílias unidas por um nome comum e determinados ritos religiosos”, pois, em verdade, o chefe da gens era também o chefe do culto doméstico. E apresentam o exemplo formulado por Salústio: “*Sulla gentis patriciae nobilis fuit, familia prope jam extincta majorum ignavia*”. (J. 95, 3). E Cícero, referindo o crime do jovem Tarquínio contra Lucrécia, informa que Bruto “*exulem gentem Tarquiniorum esse jussit*”. (Rep. II. 25.45).

* Catedrático de Direito Romano.

2. — Os membros de uma “gens” se diziam “gentiles”, e essa qualidade de “gentiles” se revelava pela comunidade de nome e de origem, como informa Festo: “Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius: GENTILES MIHI SUNT QUI MEO NOMINE APPELLANTUR”. Cícero procura tornar mais precisa a definição especificando em *Tópica* (6.29): “Itemque ut illud: GENTILES sunt inter se qui eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum maiorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est.” Mas verificamos que o próprio Cícero não revela segurança na conceituação, posto que usa a palavra “fortasse”. . . Entretanto vemos que a unidade de nome e de origem são elementos característicos da GENS. Ainda ao tempo de Augusto, embora houvesse evoluído grandemente a organização familiar, o vocábulo era usado no sentido original, como se pode ver, p.e., em Ovídio, *Pont.* 4.6.8: “Certus eras pro me, Fabiae laus, Maxime, GENTIS” . . .

Nem se deve esquecer que “gens” no plural indicava os povos em geral, donde a expressão “JUS GENTIUM”, que as Institutas de Justiniano (1.2.2) definem: “JUS GENTIUM omni humani generi commune est; nam, usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt . . .”

PATER

3. — Já vimos que a “direção”, a “regência” da “gens” cabia a um homem que se tornava responsável por sua segurança, manutenção, desenvolvimento. A esse homem dava-se o título de “pater”.

Ora para que essa proteção fôsse realmente eficaz seria mister que se conferisse ao pater ampla autoridade sobre a “gens”, i.é sobre seus subordinados e respectivos bens (*res*), portanto sobre a “domus”. Por isso, informa Ulpiano, no *Digesto* (50.16.195, 2), que “pater familias appellatur qui in domo dominium habet”; e esclarece que lhe cabe esse título “quamvis filium non habeat”. Isso mostra que a paternidade, em sentido técnico-jurídico, se afasta do sentido natural. Os bens submetidos à autoridade do “pater” constituíam o “patrimonium”.

4. — Os elementos masculinos de uma *gens* se diziam *patricii* (derivado de *pater*). Outrossim por terem resultado de uma *gens* e serem livres, eram igualmente denominados *ingenui* (in-

gen-*ui*), segundo afirma Festo: “patricios eos appellari solitos qui nunc ingenui vocentur”.

Por conseguinte, “pater” era sempre o “superior” de uma comunidade patricia. Competia, outrossim, aos patrícios o exercício de certos encargos na comunidade política, o que significa a defesa, o desenvolvimento da comunidade. Tais encargos se diziam “honores”, pois era alta distinção poder exercê-los. Era o que ocorria, p.e., com o “senatus” (conselho dos velhos), cujos membros, durante muito tempo, foram escolhidos entre os patrícios. Daí a denominação que se lhe dava: *patres*, e, mais tarde, *patres conscripti*.

Eis outro nexos entre o fato político e o fato doméstico.

Nem se confunda o “pater familias” romano com o “pai-de-família” moderno; as atribuições e a autoridade de um e outro diferem . . .

5. — Assim como o “magistratus” exercia sua “potestas” sobre os cidadãos, o “pater familias” desempenhava sua “potestas” sobre os elementos da “gens”. Bastam alguns textos para que tenhamos uma idéia do poder amplo (ou talvez melhor “imenso”) do “pater”. A Lei das Doze Táboas (IV) afirma que a “lex dederat patri in filium vitae necisque potestatem”. Podia ainda o pai vender o filho até três vêzes, porém na terceira perdia a “patria potestas”: “Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto”. (Tab. IV).

Não se deverá, contudo, deduzir daí que os pais romanos eram carrascos profissionais, usando esses direitos “terríveis” indiscriminadamente. Ainda mais, esse “poder agressivo” cedo foi desaparecendo e no fim da República era apenas uma fraca recordação como o conceito de “gens” . . . O pater era equiparado a um magistrado e para ditar sua decisão no caso da integridade do “filius” normalmente recorria ao “consilium propinquorum”.

6. — A mulher casada “cum manu” (i.é sob a “potestas” do marido) chamava-se “mater familias”. Aulo Gélíio (18.6.9) afirma “matrem familias appellatam esse eam solam quae in mariti manu . . . esset”. A verdade é que mais tarde também a casada “sine manu” recebia o título de “mater familias”.

Mas ainda que integral ou relativamente subordinada ao marido, a “mater familias” era profundamente respeitada na vida social.

E Aulo Gélíio (ib.) afirma ainda “matronam dictam esse proprie, quae in matrimonium cum viro convenisset, quoad in eo matrimonio maneret”. O casamento, pois, dignificava a mulher, dando-lhe um tom de autoridade no lar. E isso deveria satisfazer a dama romana dos primeiros tempos. Exemplo eloquente da “matro-

trona romana" foi Cornélia, mãe de Tibério e Caio Graco, a qual, perdendo o marido, soube educar seus filhos com dignidade e inteligência.

FAMÍLIA

7. — Esta palavra passou por evolução mais ou menos longa até fixar-se como conceito definido.

A palavra *família* se relaciona com "*famulus*". Já Festo afirmava que "*famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata*". Isidoro (Étym., 9.4.43), comparando os dois vocábulos — "*famulus*" e "*servus*" —, afirma que "*famuli sunt ex propria familia orti. Servi . . . quod hi, qui jure belli possint occidi a victoribus, cum servabantur, servi fiebant, a servando scilicet servi appellati*". Entretanto, Ernout e Meillet não concordam com esta última opinião, citando o verso de Vergílio (En., III, 329): "*Me famulam famuloque transmisit habendam*". Para os dois grandes humanistas não ocorre, entre *famulus* e *servus* a distinção estabelecida por Isidoro, e acreditam que "*servus*" indica, não "o prisioneiro salvo da morte", mas a condição jurídica do escravo, enquanto "*famulus*" refere-se ao escravo encarregado de uma função especial. Pode ser razoável tal opinião, mas os próprios filólogos reconhecem que não há elementos suficientes para decidir tal assertiva.

Outra opinião interessante é a de Bréal, segundo o qual *famulus* significaria "o habitante da casa". Porém faltam elementos mais seguros para confirmá-lo.

8. — Quanto a *família*, segundo Ernout e Meillet, deve ter designado, inicialmente, o conjunto dos escravos que viviam sob um mesmo teto, em oposição a "gens". A expressão "família pecuniae" designava a riqueza do "pater" (*res familiares, patrimonium*).

Catão (R.R., V) aconselha "*litibus familiae supersedat*". Mas também em Catão se encontra a palavra indicando um grupo genitício, ligando-se à própria religião: "*Pater familias ubi ad villam venit, ubi larem familiarem salutavit... fundum circumbeat*". (II)

Mas a verdade é que *família* terminou por indicar um conjunto de pessoas sujeitas à autoridade do "pater familias":

- 1) a mulher casada;
- 2) os filhos e filhos dos filhos do "pater familias", desde que procreados em *justum matrimonium* e respectivas espôsas;

3) as pessoas adotadas, e depois os filhos extra-matrimoniais legitimados;

4) as pessoas livres que estivessem para com o pater em relação *in causa mancipi*.

9. — Pouco a pouco se foi modificando esse regime baseado no poder de um homem no sentido integral. Aquela família considerada como unidade política e econômica, relacionada pelo sistema da *agnatio*, foi sendo substituída pela família fundada na *cognatio*. Aqueles privilégios paternos foram sendo derrubados: Diocleciano proibiu a venda dos filhos; a situação da mulher casada já não se conservava "*in manu mariti*". O matrimônio "*sine manu*" generalizou-se a partir do primeiro século do Império. Augusto, no início do Império, permitiu que o *filius familias* dispusesse do pecúlio castrense. Com a restrição à "vontade paterna", desapareceu o direito de expor o filho recém-nascido.

Em caso de má conduta do pai, a lei concedia à mãe a guarda dos filhos.

Todos os ascendentes maternos têm direito ao respeito de seus descendentes: *obsequium e reverentia*.

Para maior segurança contra qualquer excesso de autoridade paterna, os imperadores permitiram às pessoas *in potestate* solicitar a proteção do magistrado pela *cognitio extra ordinem*; e a decisão do caso poderia ir até a emancipação do interessado, o que extinguia o pátrio poder. O que se permitia *modica castigatio*.

10. — Por outro lado, havia casos em que poderia extinguir-se a *patria potestas*: pela morte do pater, ou ainda pela sua perda de liberdade ou de cidadania; pela perda de liberdade ou de cidadania do filho; por emancipação ou pela adoção do filho por outra pessoa; pelo exercício de um consulado ou de uma prefeitura.

O pater podia sempre locar os serviços de pessoa livre que estivesse *in potestate sua*; entretanto, o credor que conscientemente recebesse em penhor um *filius familias* podia ser punido com a deportação.

Finalmente, não podia o pater casar os filhos contra a vontade destes e a Lex Julia, no início do Império, permitira ao magistrado interferir quando um pai se opunha ao casamento de uma filha sem um motivo legítimo.

Os juristas do Alto Império admitiam que o "*filius familias*" tinha personalidade distinta da do "pater familias" e que, portanto "promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat". (D. 44. 7.39). E o próprio Gáio já advertia que o "*filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur* . . ." e precisamente por isso poder-se-ia agir contra ele "*tamquam cum patre familias*".

Acrescentava Ulpiano que se um "filius familias" tivesse um pecúlio e alguém quisesse acioná-lo "duos habet debitores, filium in solidum et patrem duntaxat de peculio".

Tudo isso vem demonstrar que pouco a pouco se foi apagando o poder absoluto do "pater", que deixou de ser o "dominus gentis" para se tornar (pelo menos teoricamente) o "patronus liberum", transformando a paternidade numa instituição puramente familiar, rigidamente regulada pelo Estado.

11. — Em face dessa evolução na estrutura familiar, é fácil compreender que as relações de parentesco assumem aspectos diversos, predominando primeiro a "agnatio", depois a "cognatio".

Muito mais se poderia dizer para mostrar a riqueza da polissemia jurídica romana, a qual, acompanhando a evolução dos institutos, determina por vezes a predominância de certos termos. O que ficou dito, entretanto, parece-nos suficiente a oferecer uma pequena idéia do fato.

DELINQUÊNCIA POLÍTICA E TERRORISMO

(Alguns aspectos da dogmática penal)

PROF. JOSÉ SALGADO MARTINS (*)

Em diferentes regiões do mundo civilizado, os atentados terroristas aparecem com tal freqüência e se revestem de tal crueldade que fazem pensar na revivescência de formas criminais contemporâneas da idade da caverna e que dois milênios de civilização já deveriam haver para sempre sepultado. Parece que volvemos, assim, ao período anterior ao próprio talião, onde, a despeito da vingança privada, já brilhava um vislumbre de justiça, na retribuição do mal pelo mal: olho por olho; dente por dente.

Agora, as vítimas são, por vezes, inteiramente inocentes, não havendo delas partido qualquer ato ou gesto que tivesse a mais remota relação com o crime, a cuja fúria são sacrificadas. Os criminosos as escolhem, quase ao acaso, para, nelas, cevar o seu ódio e a sua crueldade. Tomam-nas, às vezes, como símbolos de uma ordem política ou social que querem destruir pela violência. Outras vezes, vingam-se nas vítimas das frustrações e dos desajustamentos que a vida lhes causou, por motivo de deficiências individuais ou da ideologia malsã que esposaram.

Essa forma de criminalidade, de certo modo, inusitada, está a exigir do atual pensamento jurídico a reformulação das normas e princípios de direito, no sentido de diferenciá-la da denominada criminalidade política que a filosofia do liberalismo cercara de uma auréola de simpatia e benevolência.

(*) Catedrático de Direito Penal, Vice-Diretor da Faculdade de Direito de Porto Alegre, UFRGS.

Ainda que algum móvel político-social possa haver dirigido a mão do terrorista que sustenta uma metralhadora, de modo algum se poderia considerar o seu crime, como político, pelo menos, no sentido clássico, isto é, aquêle pelo qual o criminoso, de precedentes nobres e com fins idealistas, aspirava implantar formas mais justas ou avançadas de organização política, ou rebelar-se contra injustiças ou distorções sociais.¹

2. Volvamos, pois, a atenção, preliminarmente, para o tema do crime político, tendo em vista a legislação e a doutrina, no direito nacional e no direito comparado. Poder-se-á depois situar o problema do anarquismo e do terrorismo em confronto com o chamado crime político ou político-social.

No Brasil, tanto o Código Criminal do Império como o Código Penal de 1890 considerou o crime político, segundo a sua objetividade jurídica, isto é, o bem de natureza política contra o qual investe o criminoso: o Estado, em sua organização constitucional, compreendidos aí os direitos e liberdades do cidadão. O Código de 1940 ainda em vigor e o futuro Código Penal não contemplam os delitos políticos, conforme o molde adotado pelos diplomas anteriores, deixando-os ao cuidado da legislação especial. Apenas, aparecem nos dois últimos Códigos os crimes praticados pelo particular ou pelo funcionário contra o Estado-Administração e o Estado-Jurisdicção, crimes que não possuem caráter político.

Na legislação comparada, critério semelhante aos dois primeiros códigos brasileiros foi adotado predominantemente, quanto à previsão dos crimes políticos, isto é, o critério objetivo, aquêle que se orienta pela natureza do bem ou interesse jurídico posto sob a proteção da norma penal.

O Código Penal italiano, de 1930, ainda em vigor, com algumas alterações secundárias, insere no artigo 8º, última parte, uma norma interpretativa do delito político, dispondo: "agli effetti della legge penale è delitto politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. E' altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato in tutto o in parte da motivi politici." Soma-se assim, no Código Penal da Península, ao critério objetivo, a que aludimos, o critério subjetivo,

1. Eugenio Florian, estudando os delitos contra a segurança do Estado (Trattato di Diritto Penale, Milano, 1915, Parte Esp., v. II) considera que os delitos anárquicos, de cuja classe hoje se destacam os delitos terroristas, não são delitos políticos. Afirma, em certa passagem de seu estudo: «Ora i delitti anarchici sono appunto dei delitti sociali; non sono tutti i delitti sociali, ma una specie di questi; può dirsi, anzi, che nell'ora presente essi rappresentano la forma tipica onde la delinquenza sociale si manifesta.» (ob. cit., p. 171).

isto é, aquêle que se inspira ou se qualifica pelo motivo. Explicando o que se deva entender por interesse político do Estado, escreve o eminente Giuseppe Maggiore²: "Interesse è termine vasto, più vasto di diritto: ma l'interesse deve esser politico ossia attinente alla vita dello Stato nella sua essenzialità e totalità. Ne restano fuori pertanto quegli interessi, che si riferiscono a un'attività contingente e secondaria o a un'attività indispensabile ma non totalitaria (p. es. l'attività giurisdizionale, amministrativa ecc.)"

3. A doutrina, por sua vez, tem procurado construir o conceito do crime político de modo a fixar as notas que lhe são específicas, em contraste com o crime comum.

O insigne Carrara³, no entanto, chega a pensar que é indefinível o crime político, segundo princípios absolutos, porque vacilante é o critério de culpabilidade diante do conflito aceso pelos partidos, em sua luta civil, entre um estado jurídico, de um lado, e aquilo que é visionado como o bem da Pátria, de outro lado.

Inicialmente, sob a forma de crime de lesa-magestade, aparece no direito romano⁴. Execrado como um dos mais feios crimes, durante o absolutismo dos reis, o delito político, por influência dos princípios liberais que a Revolução francesa universalizou, começa então a ser considerado benignamente.⁵ Chega mesmo a ser exaltado, como manifestação de altruísmo e de sacrifício pelo bem público. Considera-se, prevalentemente, o aspecto subjetivo, isto é, o motivo ou móvel do crime, o qual se caracterizaria, segundo a concepção liberal, como um gesto nobre e louvável do criminoso, no sentido de alcançar o aperfeiçoamento das instituições políticas, implantar um regime de maior liberdade, ou combater os excessos de arbítrio contra os direitos do cidadão.

Como observa um ilustre penalista uruguaio⁶, "la doctrina en materia de delito politico ha evolucionado de tal manera que la ca-

2. Diritto Penale, v. I, t. primo, 5ª ed., Bologna, 1949, p. 174.

3. Programma del Corso di Dir. Crim., Parte Esp., v. 7º, § 3.928, p. 665.

4. Digesto XLVIII, 4, 1 § 1; Lex Cornelia e Lex Julia.

5. — «Ce n'est qu'après 1830 que, vis-à-vis des infractions politiques, l'opinion changea, sous l'empire de causes politiques, puis de causes proprement pénales. La fréquence des révolutions et la différenciation de la notion d'infraction politique, et elles montrèrent comment le criminel de la veille pouvait être le héros du lendemain, et la criminalité en deçà des Pyrénées, vertu au delà. Elles conseillèrent l'indulgence à ceux surtout que la Révolution de 1830, et plus tard celle de 1848, firent passer de la catégorie des délinquants politiques dans celle des gouvernants.» (Traité de Droit Pénal et de Criminologie, P. Bouzat et J. Pinatel, tomo primeiro, por Pierre Bouzat, Paris, 1963, p. 157).

6. Juan B. Carballa, Delitos contra la Patria, Montevideo, 1951, p. 25

racterística asignada en una primera etapa se revisa e se cambia en etapas sucessivas hasta convertir la gravedad inicial de este tipo de acción, en una formula contemplativa, de verdadero privilegio para el autor.”

Garofalo⁷ o qualificou de delito nobre, evolutivo, pelo conteúdo espiritual da ação, oposta à da criminalidade primitiva e selvagem que caracteriza os delitos comuns. Ferri⁸, por igual, opõe à criminalidade comum a que assinala uma origem atávica, uma criminalidade política que êle denomina de caráter evolutivo.

Fixemos, no campo da dogmática penal, o conceito do crime político, segundo autores antigos e modernos.

O delito político se caracteriza, do ponto de vista objetivo, pela ação causadora de um dano ou perigo de dano a um bem cu interesse de natureza política, isto é, aqueles bens e interesses que integram a organização do Estado, tanto na sua atuação interna, no plano do Direito Constitucional, quanto na sua atuação exterior, no plano do Direito Internacional; e, do ponto de vista subjetivo, pelo motivo e fim político perseguido pelo delinquente. Além desses dois aspectos fundamentais, costuma-se pôr em saliência: os precedentes nobres do autor, sua personalidade de feitio sonhador e idealista, sua paixão do bem público.

Pio Barsanti⁹ considera “reato politico ogni delitto che attacca lo Stato cosi nell'esistenza, come nel modo d'essere e nella forma”, acrescentando que “qualunque atto esecutivo che si manifesta con caratteri della violenza e della frode, potenzialmente capace di offendere e di attaccare, o diretta o indirettamente, quell'organismo politico dello Stato...”

Napodano¹⁰, em termos mais concisos, assim alude aos delitos políticos: “I delitti contro lo Stato o i delitti di Stato sono i delitti contra la personalità politica dello Stato, cioè contro il popolo costituito nella patria, che si riunisce come corpo politico in un solo volere, per esercitare il potere e la sovranità.”

Manzini¹¹ pondera que, sendo tôdas as coisas sucetíveis de aperfeiçoamento, não se pode presumir que o ordenamento político, ainda quando livre e submetido ao direito, seja perfeito. Por isso se reconhece, acrescenta o ilustre penalista, que as ações dirigidas

7. La Criminologie, Paris, 1890, p. 45 e seguintes.

8. Principios de Dir. Criminal, S. Paulo, 1931, p. 264-65; Sociologia Criminal, Madrid, s/data, p. 147 e seguintes.

9. Trat. Teorico e Pratico di Diritto Penale, Cogliolo, v. II, Parte prima, p. 219 e 315.

10. in Enciclopedia di Pessina, v. V, p. 80.

11. Trat. de Derecho Penal, Trad. de Santiago Melendo, B. Aires, 1948, v. I, p. 558-59.

no sentido de modificá-lo, segundo determinados princípios, ainda que se manifestem e se concretizem ilegítimamente ou de forma ilícita, segundo o atual ordenamento, mesmo que o possam ser contrárias à moral vigente, apresentam, não obstante tudo isso, um caráter diverso dos delitos comuns, pois aquelas se inspiram em motivos de ordem política, ao passo que êstes representam paixões ou interesses exclusivamente individuais. Dá Manzini ao termo “político” o maior elastério possível, incluindo na classe dos delitos políticos mesmo os atentados anarquistas.

Bettiol¹², tendo em atenção o direito positivo do seu país, assim discorre sobre o delito político:

“L'autore di un delitto politico può essere considerato come un volgare delinquente o come un eroe a seconda del diverso punto di vista dal quale si mette l'osservatore. Tutto ciò ha indubbiamente uno sfondo di verità, ma non risolve il problema in base a criteri di diritto positivo. L'art. 8, secondo capoverso, ci offre al riguardo il criterio decisivo in quanto stabilisce che “agli effetti della legge penale è delitto politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino.” Questo è un criterio ontologico giacché è desunto dalla natura stessa del delitto che offende un interesse politico dello Stato, della “polis” considerata depositaria di un potere sovrano, non in quanto sussiste per la realizzazione di interessi contingenti.”

.....

“L'art. 8 non si limita, però, ad enunciare un criterio ontologico, perché offre anche un ulteriore criterio di carattere soggettivo o eziologico per caratterizzare il delitto politico: “è altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici.” Qui ci troviamo di fronte ad una *fictio juris*, perché il legislatore sa bene che un delitto comune non può

ontologicamente trasformarsi in un delitto politico solo per essere determinato da motivi politici. E si noti come basti una determinazione anche solo parziale di carattere politico per dare tale natura a un delitto comune. Il che è veramente troppo. Ciò si spiega solo in funzione delle ragioni politiche che urgevano al tempo della for-

12. Diritto Penale, Parte Gen., 7ª ed., Padova, 1969, p. 141-42.

mazione del Codice, ma ora dovrebbe intervenire un'opera di riforma. Inverso, uno Stato autoritario o totalitario cerca ogni mezzo per diffendere prontamente i propri interessi e le proprie esigenze trasformando in delitto politico — se del caso — anche il più banale delitto comune, bastandogli all'uopo che il fatto sia stato anche solo in parte determinato da motivi politici."

Outro penalista italiano que examina o problema, também à luz da legislação do seu país, é Francesco Antolisei¹³, que, depois de acentuar que o delito político é aquele que ofende um interesse político do Estado e que "político" é o interesse pertinente à vida do Estado em sua essência unitária, conclui que também entram na noção do delito político os fatos que ofendem os direitos políticos dos cidadãos, "e cioè i poteri che questi hanno di partecipare all'attività statale, coprendo uffici pubblici o adempiendo pubbliche funzioni, perché senza dubbio anche essi colpiscono lo Stato nella sua essenza unitaria." Continuando o exame do tema, Antolisei asse-re: "La nuova denominazione" del contro la personalità dello Stato", la quale non è senza precedenti nella dottrina italiana, esige un chiarimento e una precisazione, potendo dar luogo a qualche equivoco. Il Manzini, ad esempio, dalla considerazione indubitabile che l'idea della personalità richiama quella di persona, ha affermato che nella classe di delitti che ci accingiamo a studiare l'oggetto del reato si identifica completamente col soggetto passivo. L'interesse protetto riguarderebbe la persona dello Stato in sé considerata, e cioè le condizioni per le quali lo Stato può esistere e svolgere la sua attività. Questa veduta non si può condividere, perché l'ordinamento giuridico non tutela mai le persone (sia fisiche che giuridiche) in se stesse, ma i loro interessi (o "beni" che dir si voglia). Se fosse esatto quanto il Manzini asserisce per i delitti in parola, con eguale ragione potrebbe dirsi, ad es., che nell'omicidio la persona è protetta in se stessa, mentre nessuno dubita che oggetto giuridico di questo delitto sia l'interesse dell'individuo alla propria esistenza.

"L'espressione, pertanto, non va intesa nel senso letterale di "delitti contro la persona dello Stato", ma nel senso di delitti contro gli interessi politici dello Stato, e cioè, per quanto sopra si è detto, contro gli interessi che concernono la vita dello Stato nella sua essenza unitaria." "Nel titolo in esame i reati politici sono distinti principalmente in delitti contro la personalità internazionale dello Stato e delitti contro la personalità interna dello Stato."

13. Man. di Diritto Penale, Parte Esp., v. II, Milano, 1954, p. 765-69.

Dos autores franceses, limitamo-nos a referir apenas a opinião de Garraud e de Donnedieu de Vabres, um antigo e um moderno. O primeiro ainda pertence ao período em que o delito político era visto sob certa roupagem romântica; o último, como juiz do Tribunal de Nüremberg, pôde viver a dolorosa experiência dos abomináveis crimes contra a humanidade cometidos pelo nazismo e pelo fascismo, mas que pelo critério subjetivo seriam crimes políticos.

Garraud¹⁴ define o delito puramente político aquele que não tem apenas, por intento predominante, mas por *objetivo exclusivo e único*, destruir, modificar ou perturbar a ordem política em um ou em alguns de seus elementos. A ordem política, segundo Garraud, é o conjunto dos poderes que regem os interesses gerais do País. "Compreende, no exterior, a independência da nação, a integridade do seu território e as relações de Estado para Estado; no interior, a forma de governo, a organização dos poderes públicos, o mecanismo de sua atuação interdependente e recíproca e, enfim, todos os direitos políticos do cidadão."

Donnedieu de Vabres¹⁵, primeiramente, registra o seguinte:

"Les auteurs de délits politiques bénéficient, dans l'opinion publique, d'une sorte de faveur. L'idéal qu'ils ont voulu servir et auquel ils se sont dévoués, le mobile généralement désintéressé qui a guidé leur conduite légitiment l'indulgence dont ils doivent être, et dont, croit-on généralement, ils sont l'objet. L'état présent de la législation française est loin de condamner cette opinion. Mais on aurait tort de lui prêter une valeur absolue, constante, universelle. Elle ne doit être accueillie que sous le bénéfice des observations suivantes."

Olhos atentos para o problema, o eminente professor pondera: "a) D'un point de vue *utilitaire*, comment nier le caractère particulièrement dangereux de la criminalité politique? Non seulement, les attentats de cette nature troublent gravement l'ordre public, mais il en résulte, presque toujours, l'augmentation des délits contre les personnes et contre les propriétés. L'atteinte à l'intérêt général s'accompagne de fréquentes lésions des intérêts particuliers. Le législateur français en a tenu compte.

14. Traité Theorique et Pratique du Droit Pénal Française, vol. 1^o, p. 268.

15. Traité El. de Droit Criminal et de Législation Pénal Comparée, Paris, s/data, p. 121-22.

.....
b) D'un point de vue moral, le mobile désintéressé des criminels politiques est parfois sujet à caution. Combien de conspirateurs ambitieux, sous le prétexte de l'intérêt général, une vengeance, une cupidité, une ambition à satisfaire!"

4. Essa generalizadora tendência de dispensar a todo o crime em que pudesse identificar-se um móvel político ou social um tratamento privilegiado foi se atenuando já nos fins do século XIX; e acentuaram-se essas modificações, quanto à perspectiva pela qual era apreciada essa espécie de delitos, à medida em que certas ideologias políticas, principalmente as inspiradas pelo materialismo dialético de Marx, imprimiram um cunho de violência contra as pessoas e procuravam produzir a inquietação, a insegurança e o próprio terror no seio da sociedade, sobretudo pelas lutas de classe e pelo solapamento das instituições mais respeitáveis e das próprias normas morais.

Começou, então, a doutrina a distinguir entre o delito própria e imprópria política e o delito social, ao impacto dos primeiros atentados terroristas.

Já em 1892, o Instituto de Direito Internacional reunido em Genebra proclamava que "não são reputados delitos políticos os fatos delituosos dirigidos contra as bases de toda a organização social e não somente contra um Estado ou contra uma forma singular de governo."

Mais tarde, em 1935, coincidindo com o fracassado golpe comunista no Brasil, reunia-se em Copenhague a 6ª Conferência para a unificação do Direito Penal, e em seu plenário o eminente Jiménez de Asúa advertia a conveniência de chamar delitos político-sociais aos que Ferri havia classificado dentro da delinquência evolutiva, uma vez que "non se puede hablar hoy día del delito político clásico sino bajo su aspecto puramente romántico"; "el delito político clásico deja su lugar a aquel que es perpetrado por móviles de carácter social, de interés colectivo y no egoísta."

A Conferência, detendo-se no problema do terrorismo, considerou a necessidade de ampliar o elenco das tipificações existentes na legislação dos Estados, quanto a certos atos capazes de criar um perigo comum ou um estado de terror destinado a provocar mudanças violentas da ordem política e social, ou a perturbar as relações internacionais entre os Estados, com o consequente perigo para a paz. E sugeriu, a final, que se incluísse, ou nos códigos penais ou em legislação especial, um capítulo ou seção, sob este título: "Atentados capazes de criar um perigo comum ou um estado de terror." Foi aí nessa Conferência que se fixaram algumas normas sobre deli-

tos políticos, declarando-se: "§ 3 Toutefois, ne seront pas considérées comme délits politiques ceux dont l'auteur n'aurait été déterminé que par un motif égoïste ou vil; § 4 — Ne seront pas considérées comme politiques les infractions créant un danger commun ou état de terreur." E, quanto à conceituação do terrorismo, esta fórmula ainda válida atualmente, embora devesse ser enriquecida pelas novas e insólitas manifestações que os crimes dessa espécie têm dramaticamente assumido: "Article 1 — Sera puni de . . . (une peine aggravée): Celui qui, par des actes intentionnels dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle, la santé ou la liberté d'un chef d'Etat ou de son conjoint, ou d'une personne exerçant les prérogatives de chef d'Etat, ainsi que de princes héritiers, des membres d'un gouvernement, de personnes ayant l'immunité diplomatiques, de membres de corps constitutionnels, législatifs ou judiciaires, aura créé un danger commun, ou un état de terreur, de nature à provoquer soit un changement ou une entrave dans le fonctionnement des pouvoirs publics, soit un trouble dans les relations internationales."¹⁶

5. O novo conceito de guerra implantado pelos atos terroristas, não a guerra, no sentido clássico, entre nações, mas a luta armada, com todas as características do estado de guerra entre nações beligerantes, desencadeada no próprio seio de determinado país, para subverter as instituições políticas e sociais, abalar as relações entre os Estados e produzir o terror e o pânico no seio das famílias, dos grupos profissionais ou culturais, ou do povo em geral, esse conceito de guerra revolucionária, ao lado do conceito de guerra psicológica adversa, justifica a edição de normas jurídicas mais eficazes, não só no sentido de tipificar novas figuras penais, sugeridas pela atividade proteiforme do terrorismo, como na adoção de medidas preventivas e repressivas capazes de, pelo menos, limitar e controlar os surtos mais violentos dessa grave diátese social, fruto das contradições do nosso tempo e de complexa etiologia dificilmente fixável.

Não se pode mais pensar nos mesmos termos românticos, quando os criminosos políticos, arrebatados por nobres paixões, insurgiam-se pelo maior bem de sua pátria, desejando o aprimoramento de suas instituições ou a sua libertação do jugo do despotismo. Homens limpos de sangue, idealistas e sonhadores, deixavam-se arrastar à violência, como contingência da luta, mas jamais se entregavam à frieza dos assaltos, à premeditação dos *complots* sanguinários, ao indiscriminado sacrifício de vítimas e reféns.

16. V. Prof. Haroldo Valladão, Aspectos Jurídico — Penais do Terrorismo, in Arquivos do Ministério da Justiça, n. 114, junho de 1970, p. 42 usque 65.

A criminalidade terrorista não pode merecer a complacência de que era alvo a criminalidade política, quando esta realmente inspirada por nobres propósitos.

Todos os países se defendem vigorosamente dêsse flagelo social. Exarcebam a repressão, chegando à pena capital, justamente, aqueles governos, cuja filosofia política os terroristas pretendem transplantar para os países democráticos.

Já sedição é o exemplo da Itália fascista e da Alemanha de Hitler, em que qualquer atentado contra o regime, por menos grave que fôsse, acarretava a execração e a morte do seu autor e cúmplices.

Atual é o exemplo da Rússia e de todos os países que lhe sofrem a poderosa influência: ali, os crimes que ocupam o ponto mais alto na hierarquia dos ilícitos penais, não são os crimes contra a vida, mas os crimes contra o Estado. Um decreto do Soviet Supremo de maio de 1961, ampliando os casos de aplicação da pena de morte, desde o seu restabelecimento em 1950, a estende aos autores que se apropriam de bens do Estado ou imprimem bilhetes falsos, aos que atacam em bando os locais da administração e aos *reincidentes perigosos*, e um outro decreto, de fevereiro de 1962, manda também aplicá-la nos casos de corrupção, de roubo e aos autores de atentados contra a polícia e contra as milícias voluntárias populares (*droujiny*).¹⁷

Há o dever de preservar o sistema de vida e de liberdade, tal como o concebemos. Não podem, os países democráticos, permitir a infiltração de ideologias interessadas na subversão dos fundamentos de sua filosofia política.

A guerra psicológica, pelo domínio quase hipnótico das massas, deixa entrever a importância do fator ideológico, contra o qual as nações de cultura ocidental e cristã se devem premunir. Não há qualquer dúvida, escreve Johannes Messner¹⁸: o ideológico manifestou-se sob a forma de propaganda, como uma das armas mais poderosas e decisivas na guerra moderna. “E, após a segunda guerra mundial, a luta ideológica continua a desenvolver-se numa nova frente, tendo conseguido mesmo formas e proporções que jamais se haviam alcançado”.

Devemos ter em conta a advertência do eminente sociólogo e moralista citado: “Se agora quiséssemos extrair a consequência que decorre de tudo que expuzemos sobre o influxo ideológico na

ordem social, poderíamos dizer, em resumo, o seguinte: na medida em que os fatores ideológicos determinantes do sistema social se afastarem dos fins essenciais da natureza humana, tal sistema fracassará forçosamente na realização tão bem comum.”¹⁹

Haverá algo que atente mais profundamente contra a natureza humana do que o terrorismo que, na sua forma brutal, assume aspectos infra-humanos e inumanos?

Cabe, pois, uma distinção e uma escala entre os delitos que possam ter por motivo determinante um escopo político, tomado este termo em sua acepção mais ampla.

Haverá os delitos puramente políticos, na acepção clássica. Estes poderão receber da lei penal um tratamento mais benigno, quando revestidos de menor gravidade. Ao lado dêles, porém, há crimes que, sob a máscara do pretexto político, escondem móveis profundamente egoísticos e anti-sociais, porque pretendem, pela violência contra as pessoas e coisas, pelos meios mais destrutivos e semeadores de perigo comum, subverter os fundamentos em que repousa toda a organização social. São os chamados crimes anarquistas ou anárquicos, ainda também denominados de delitos sociais.

A êsses últimos se refere Pierre Bouzat,²⁰ no moderno Tratado de Direito Penal e de Criminologia, elaborado com a colaboração de Jean Pinatel, nestes termos:

“INFRACTIONS SOCIALES — Elles ressemblent aux infractions politiques pures, en ce que leurs auteurs, poursuivant un but d'intérêt collectif ou qu'ils considèrent personnellement comme tel, manifestent des mobiles désintéressés. Mais, au lieu que les véritables délinquants politiques dirigent leur activité contre l'organisation ou le fonctionnement d'un État déterminé, les délinquants sociaux veulent ébranler l'organisation sociale telle qu'on peut la concevoir indépendamment de la forme politique des États.”

“Ces infractions sont nées avec le mouvement anarchiste; on leur a adjoint l'antimilitarisme auquel on a assimilé à un certain moment la propagande et l'action communistes, et enfin plus récemment le terrorisme qui garde cependant une physionomie à part.”

E o nosso Anibal Bruno²¹ observa, fazendo alusão a Nuvolone, com êstes conceitos: “Ao lado do crime político, construiu-se

17. V. Jacques Bellon, Conselheiro à Corte de Apelação de Paris, *Le Droit Soviétique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1967, p. 86 — 87.

18. *Ética Social*, trad. de Alipio Maia de Castro, São Paulo, s/data, p. 471.

19. Ob. cit., p. 471.

20. Ob. cit., tomo primeiro, Paris, 1963, p. 164, § 152.

21. *Direito Penal*, Rio, 1956, tomo segundo, p. 606.

a figura do crime social. Deu-lhe origem o movimento moderno contra a organização econômico-social do mundo. O criminoso social rebela-se sobretudo contra a estrutura econômica da sociedade atual. Pensa, entretanto, Anibal Bruno, que nenhum fundamento razoável justifica a distinção entre delitos políticos e sociais, para diverso tratamento penal, principalmente hoje quando são as questões sociais que provocam as revoluções ou mesmo inspiram os simples planos de reforma política.”

Afigura-se-nos que a distinção é plenamente justificada, se tomarmos o vocábulo “político” em sentido próprio e estrito, pois, em sentido lato, ele tem, na realidade, as mais variadas e variáveis conotações.

Mas a distinção se impõe, sem discrepâncias justificáveis, entre os denominados delitos políticos e os delitos terroristas.²²

Como manifestações graves e alarmantes da criminalidade contemporânea, nêles pode aparecer um móvel político e mesmo, muito remotamente, um ideal de justiça, mas obliterado ou deformado pelas maiores aberrações do senso moral. Crimes reveladores de alta periculosidade, merecem, sem dúvida, o maior rigor na punição, cabendo, concomitantemente, ao Estado corrigir, por oportunas reformas sociais, econômicas e políticas, as causas que os favorecem ou propiciam.

A tipologia dos atos terroristas não se define em termos claros, nem segue uma linha de coerência ou de similitude, em suas imprevisas e insólitas manifestações. Seria, pois, apenas possível delinear-las em alguns lances, os mais impressivos e mais caracterizadores de sua brutalidade.

A nosso ver, seriam êstes alguns elementos que costumam aparecer na sua morfologia e psicologia, ou melhor, na psico-patologia dêsses delitos: a) emprêgo de meios capazes de criar um estado de perigo não só em relação ao seu alvo imediato, mas extensível a tô-

22. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, P. Bouzat et J. Pinatel: «LE TERRORISME — Il se caractérise par une organisation collective — (association de malfaiteurs), agissant par des moyens d'épouvante sur les populations (explosion, destruction d'édifices publics, sabotage de chemins de fer, rupture de diques, empoisonnement d'eau potable, propagation de maladies contagieuses, meurtre, assassinat...) et faisant naître un danger commun.

«Quant à l'élément matériel, c'est donc une infraction de droits commun. Quant à l'élément moral, il ressemble à l'infraction sociale, mais s'en distingue cependant en ce qu'il peut être orienté vers des fins nettement politiques. (Ex: attentat de Marseille, assassinat du roi de Yougoslavie et du président Barthou).

Le terrorisme est considéré comme une infraction de droit commun, et, avec cette nature, a été l'objet de prévisions spéciales dans certaines législations récentes (Code polonais de 1932, Code pénal danois de 1933)». Ob. citada, p. 164, § 152.

da uma área social; b) surpresa e subitaneidade do atentado; c) consequente estado de terror e pânico capaz de paralisar a reação de suas vítimas e de outras pessoas mesmo não compreendidas no alvo criminoso; d) consumação ou tentativa contra a vida, a liberdade, o patrimônio das pessoas; e) o fim último de subverter a ordem pública e promover pela violência a revolução social.

“No concibo — afirmava o ilustre Cuello Calón²³ — que se reputen políticos, para los fines de un trato penal privilegiado, aquellos hechos cuya brutalidad es reveladora de una peligrosa perversidad. Estos deben ser sometidos, no obstante los móviles del agente, en nombre de la seguridad social, al tratamiento asignado a la delincuencia comun. Ya en algunos tratados de extradición y sobre todo en la doctrina científica relativa a ésta se manifiesta este sentido al negar el asilo a los delincuentes políticos cuando sus hechos revisten especial brutalidad.”

Como vimos, a objetividade jurídica dos crimes políticos tem como núcleo ontológico a personalidade do Estado, em sua atuação no interior do próprio país ou em suas relações internacionais. E daí a limitação do conceito do delito político aos atos de lesão ou perigo a êsses bens ou interesses que formam a substância mesma da personalidade estatal, em sua essência unitária, segundo a expressão de Antolisei, ou aos quais deva o Estado especial proteção, pelas condições íntimas de vinculação ao próprio funcionamento das instituições políticas.

No Brasil, ainda que se quisesse atribuir aos delitos terroristas caráter político, *lato sensu*, deveríamos convir que já não é a personalidade do Estado, *tout court*, o centro de gravidade dêsses delitos, mas a segurança nacional,²⁴ em que toda a pessoa, natural ou

23. *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1937, p. 266.

24. Maurach salienta que os delitos contra a segurança geral, em cuja classe se inscrevem, sob muitos aspectos, os atentados terroristas, oferecem algumas anomalias na sistemática da proteção dos bens jurídicos. Pois, ainda que êles se dirijam, primeiramente, à lesão de bens jurídicos individuais (tais como a vida, integridade corporal, bens materiais de alto valor), esta direção não chega a completar o conteúdo do injusto. «A agraviação dessas infrações não reside na lesão de bens determinados senão na exposição a perigo de outros bens indeterminados equivalentes. Por êste motivo, é designado êsse grupo de delitos com objeto de proteção indeterminada, como «delitos vagantes.» «En realidad, lo común a estos delitos es tan sólo la especie de ataque (desencadenamiento de fuerzas de la naturaleza). Si bien el «desvalor de la acción» es aquí el que adopta la dirección dogmática y el único que permite distinguir los hechos contra la seguridad general, de otros ataques parecidos, cabrá, sin embargo, también en estas infracciones, percibir un bien protegido.» (Tratado de Derecho Penal, tradução de Juan Cordoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, t. I, § 19 IIA, a, p. 254-55).

jurídica, é responsável, nos limites definidos em lei (Const. Federal, art. 86). Ora, a segurança nacional é envolvida por um significado político, na mais ampla acepção. Nela prevalecem, sobre os interesses do próprio Estado, os de toda a comunidade nacional, em suas condições fundamentais de existência, ordem, desenvolvimento e sobrevivência.

DIREITO PATRIMONIAL DE FAMÍLIA

PROF. CLOVIS V. DO COUTO E SILVA *

1. O título do presente trabalho pode soar como algo aparentemente contraditório, já que no direito de família tradicionalmente se alude a um vínculo de intenso grau de pessoalidade. Quando se diz porém direito de família de natureza patrimonial revela-se, no mesmo instante, que todo esse setor do direito privado se sistematiza sob a influência de duas relações fundamentais que se implicam dialeticamente: a relação pessoal de família e o vínculo patrimonial de família. A distinção provém de que todo o direito regula suas formas de proteção processual, ou sua eficácia no campo do direito material, atendendo à especificidade da relação jurídica, no pertinente à sua maior ou menor carga de pessoalidade. Valoriza-se, em regra, o tipo de relação com os atributos já existentes no campo denominado pré- ou meta-jurídico, ou seja, no campo social.

Ao redor da estrutura pessoal da relação de família, nasceu o direito de família pessoal, submetido a regras que lhe são próprias, suscitando enorme número de normas cogentes cuja constatação levou alguns juristas a pensar que o direito de família se constitui, ou pelo menos tendia a transformar-se em setor do direito público e não mais do direito privado.

2. No direito patrimonial de família ganham importância os diversos regimes de bens e os direitos e faculdades atribuídos a cada um dos cônjuges. No Brasil, tem-se afirmado ser tradicional o regime da comunhão de bens. Em verdade, nota-se em todos os projetos de Códigos a tendência de manter o regime de comunhão de bens, exceto no Projeto Orlando Gomes, que pendeu para a adoção da comunhão limitada, como regime regra, isto é, para o regime

* Catedrático de Direito Civil.

vigorante na ausência de pacto antenupcial. Os regimes de bens revelam, entretanto, uma filosofia subjacente e atendem a certas condições existentes no meio social. No Projeto Felício Rodrigues proibiu-se pudesse esse regime ser estabelecido quando um dos cônjuges fôsse comerciante. A razão é evidente: o regime da comunhão de bens põe em risco o patrimônio e não é assim adequado às rápidas e inesperadas alternativas de fortuna e de pobreza, que se manifestam nas sociedades que adquirem um certo nível de industrialização e um razoável desenvolvimento comercial. Tem-se hoje como axioma que o regime da comunhão de bens, pelos riscos que oferece, não seja adequado ao moderno capitalismo, e, sim, compatível com uma sociedade agrária. Em todos os países a revolução industrial provocou um novo clima e uma nova mentalidade, e não seria inexato dizer que contribuiu para que a mulher não fôsse mais considerada como relativamente incapaz. Não foi assim mero acaso que o germe da emancipação da mulher viesse a se manifestar, em primeiro lugar, na própria Inglaterra, em pleno século XVIII, e paulatinamente fôsse a idéia se irradiando pela Europa continental, atingindo hoje o mundo todo.

Na "common law", vigorava o princípio da unidade de marido e mulher com tal intensidade que dificilmente encontraria paralelo em outros países. O direito canônico vê no casamento um mistério, um sacramento, e considera a união dos espôsos como a união de Cristo com a Igreja, sendo, portanto, indissolúvel. A "common law", ao receber o princípio da unidade entre marido e mulher, lhe deu extraordinária extensão, ao ponto de que se uma mulher cometesse um crime na presença de seu marido se presumia, em princípio de modo absoluto, que ela agira sob coação. (1). Aplicava-se, assim, o princípio da unidade dos cônjuges e o de que o marido é o cabeça do casal, tal como se propagou na tradição cristã, a partir da Epístola aos Efésios de S. Paulo. Deu-se, entretanto, um significado extremamente amplo àquela doutrina. Tudo isso serve para demonstrar o extraordinário grau de preponderância que o marido possuía na "common law".

Por sua vez, é oportuno lembrar que na Inglaterra existiu, por longo período de tempo, duas jurisdições, a da "common law" e a da "Equity", cujos princípios e formas processuais não coincidiam. "Lato sensu" poder-se-ia dizer que lá, como em algumas fases do direito romano, coincidiam dois tipos de sistema jurídico, o direito

(1) The common law of England by an ancient rule, apparently not known in other countries, presumed that a wife committing a crime in the presence of her husband was acting under his coercion (Vernier, American Family Laws, v. III, pág. 9, ed. 1935).

civil e o direito pretoriano. Enquanto a "common law" era extremamente conservadora, a "Equity" exercia uma função corretiva e adaptadora e com o fluir dos tempos possuía suas formas especiais de ação e um raciocínio específico, tópico, com que se amenizaram muitas das soluções da "common law" e foi o móvel principal de progresso jurídico na Inglaterra. Com o advento das novas exigências da indústria nascente, a "common law" manteve-se tradicional como sempre fôra, mas a adequação das soluções novas às também novas realidades operou-se por via da "Equity". No que diz com a posição da mulher casada, referentemente à possibilidade de reter seus bens, essa última jurisdição a partir de duas decisões de 1724 (2) e 1725 (3) começou a ampliar as faculdades de mulher no que se refere à administração de seus bens próprios, considerando-a como se não fôra casada, outorgando-lhe, em certa medida, a liberdade de disposição. Cuida-se de uma ficção, método a que tantas vezes recorreu a "Equity" para resolver com novas soluções os problemas de cada época. Ao considerar, para esse efeito, a mulher casada como solteira, decidiu que a mulher poderia exercer livremente o seu poder de dispor dos bens que lhe eram próprios. Nascera o conceito de propriedade reservada, "separate estate", tal como hoje existe em muitos sistemas jurídicos. Não é demais esclarecer que a "common law" dessa época, como a maioria senão a totalidade dos sistemas jurídicos, tinha a mulher casada como incapaz para exercer atos de administração de seus bens.

A regra da incapacidade da mulher provinha do princípio de que a mulher e o marido eram uma só pessoa e, também, porque o efeito principal do casamento era o de transferir para o marido tudo o que a mulher possuía (4).

A capacidade limitada da mulher tal como dispunha a "Equity" encontrou seu reconhecimento no "Married Women Property Act", de 1870 e 1882, através do qual deu-se pleno poder de disposição à mulher no pertinente aos bens por ela adquiridos e que constituíam sua propriedade reservada. Todavia, a capacidade era limitada, e como se mantivera o princípio da unidade dos cônjuges, mais do que um atributo da pessoa, essa relativa possibilidade de disposição sobre os seus bens próprios era considerada como mera emanção do direito de propriedade que lhe cabia sobre os bens que constituíam o "separate estate". Daí porque todas as obrigações contraídas pela mulher somente eram válidas se ela possuísse bens reservados. A situação, entretanto, altera-se por legislação de

(2) Rollfe v. Budder

(3) Bennet v. Davis

(4) Cheshire-Fifoot, Law of Contract, pág. 371, (London 1964)

1893, embora somente com reforma legislativa (Married Women and Tortfeasors Act) de 1935 ela se tornou plenamente capaz. (5) Nos Estados Unidos a situação foi, em suas linhas gerais, a mesma, apenas a legislação de alguns Estados, a partir de 1910, presumivelmente (New Jersey), deu plena capacidade à mulher casada para contrair obrigações, considerando-a, para esse efeito, como se fôra solteira, regra que prevalece em quase todos os Estados (6).

3. No Direito francês, determinou-se no art. 1400 do Código Napoleônico, como regime regra, o da comunhão de bens. Esse regime se identifica com a da comunhão parcial, tal como o temos em nosso Código, mas com diversas particularidades. Anteriormente à reforma da Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965, vigorava o princípio de que era a "res mobilis, res vilis", em consequência do que se tornavam bens comuns os bens móveis de propriedade dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento, conforme dispunha o art. 1401.

Atualmente, entretanto, verifica-se que os bens móveis, por sua liquidez e pronta circulação, constituem a maior parte do patrimônio das pessoas. Ao compasso dessa nova realidade, a Lei nº 65-570 alterou a redação do art. 1.401, para igualar o tratamento jurídico dos bens móveis e imóveis. Os bens que formam a comunhão são todos aqueles adquiridos posteriormente ao casamento sem que se faça a distinção anteriormente aludida. Em consequência, são bens próprios de cada um dos cônjuges os adquiridos anteriormente ao casamento ou ainda os que lhe vierem depois de estabelecida a sociedade conjugal por doação ou herança. (7) No direito francês vigorava também o princípio de que a mulher era incapaz, o que somente foi alterado pela lei de 22 de setembro de 1942, que deu nova redação ao art. 216, afirmando-se o princípio de que a mulher tem plena capacidade, embora esta pudesse ser limitada pelo próprio casamento ou pela lei. A atual redação do art. 216, da lei nº 65-570, manteve o princípio, de modo que as limitações somente podem provir das regras peculiares ao regime de bens adotado. Tais restrições não dizem respeito propriamente à capacidade, enquanto tal, pois ambos os cônjuges a têm de modo pleno, mas são limitações ao mero poder de disposição sobre bens ou direitos, por força de regras particulares a cada um dos regimes adotados. (8)

(5) Cheshire-Fifoot, Law of Contract, pág. 372-373.

(6) Vernier, American Family Laws, III, pág. 34.

(7) Art. 1405

(8) Zajtay, Reform des ehelichen Güterrechts in Frankreich, ACP, 166, pág. 482-483 (1966).

Se a Inglaterra nos deu a revolução industrial, a revolução política nasce com a revolução francesa. Desde 1792 vigora o princípio de que a "loi ne considère le mariage que comme contract civil". O casamento havia sido secularizado, cabendo ao Estado regular seus requisitos e formalidades.

O Código Napoleônico assim considera o casamento, mas, embora secularizado, a concepção vigente das relações entre os cônjuges permaneceu como era anteriormente, ou seja, sob a forma de um sistema patriarcal. Dispunha na sua redação primitiva o art. 1388 do Código Civil francês "que os cônjuges não podem derogar (...) o poder marital sobre a pessoa da mulher".

E somente com a reforma da lei nº 65-570, em 1965, é que deixou de referir-se o aludido art. 1.388 ao marido, como chefe da sociedade conjugal, embora a ele ainda venha a caber a fixação da residência da família, devendo a mulher residir no lugar escolhido (9). A concepção de ser o marido o chefe da sociedade conjugal fundamenta-se também na tradição cristã e no fato de que o princípio da igualdade é relativamente recente. No plano do direito de família, em face de longa tradição de tratamento desigual de marido e mulher, a tarefa torna-se muito mais difícil. Todos esses aspectos repercutem evidentemente no direito patrimonial de família, pois adotando-se o regime da comunhão universal, ou limitada, a administração dos bens comuns, que são em regra os mais vultosos, há de ser competência do marido.

A administração dos bens no regime de comunhão limitada, tal como existe na França como regime regra, confere ao marido a administração dos bens comuns (10) e de seus bens particulares (11). A mulher tem igual direito sobre os seus bens reservados (12), ou seja, sobre os adquiridos no exercício de uma profissão, e sobre os seus bens particulares (13), tais os adquiridos por sucessão ou liberalidade. Não se realiza, portanto, nesse sistema o princípio da igualdade já que ao marido compete administrar e dispor, sob certas reservas, dos bens comuns. Certo é que o marido pode ser responsável perante a esposa pela má administração dos bens comuns. Mas ainda assim essa última regra não torna iguais ambos os cônjuges durante o casamento, o que parece ser uma exigência do princípio da plena capacidade da mulher.

(9) art. 215

(10) art. 1.421

(11) art. 1.428

(12) art. 1.424

(13) art. 1.428

A igualdade dos cônjuges, já se percebe da comparação ainda que sumária do direito inglês e do francês, parece ser decorrência, mais das necessidades da crescente industrialização, do que da de uma concepção secularizada do casamento. O direito inglês, com base na tópica, no bom senso para a solução do caso concreto, foi, lentamente, ao ritmo das novas exigências sociais, abrindo uma brecha cada dia maior no princípio da unidade dos cônjuges, permitindo, assim, o nascimento de uma concepção igualitária entre os cônjuges. Essa formação lenta não se observa na maioria dos países de direito escrito em que as reformas, via de regra, não encontram apoio em jurisprudência anterior.

4. No direito germânico anterior ao Código de 1900, a situação desenhava-se de modo particular porque eram inumeráveis os tipos de regimes de bens, os quais atendiam a situações regionais, decorrentes da aplicação em alguns lugares do direito romano (direito dotal), ou de costumes, ou ainda do direito francês, na Alemanha do Sul, onde, em alguns lugares, esteve em vigor o Código Civil francês (*Rheinisches Zivilgesetzbuch*) até o advento do BGB. A codificação aparecia assim como elemento necessário à unificação em âmbito nacional do regime de bens. Em algumas regiões vigorava, como regime regra, o da comunhão. O argumento, entretanto, que prevaleceu para afastar-se a adoção desse regime como regra no novo Código foi o de que ele não estaria adequado às novas condições da economia.

Uma das particularidades do direito germânico codificado foi a de que o casamento não alteraria a capacidade da mulher. Não a emanciparia nem a tornaria relativamente incapaz para certos atos. Entretanto, como o regime regra foi o da separação com a administração legal dos bens da mulher pelo marido, na forma de constituição de usufruto legal em favor deste último (14), de pouca valia foi a adoção do princípio de que o casamento não interferiria na capacidade da mulher. Restringiu-se, porém, o princípio para excluir do usufruto e administração do marido (15) os bens reservados da mulher.

Nessa última categoria, inseriram-se as coisas destinadas ao seu uso pessoal (16) e os frutos do trabalho ou da empresa autônoma (17) por ela dirigida.

(14) § 1.364

(15) § 1.365

(16) § 1.366

(17) § 1.367

Anteriormente à codificação, no “*Sachsenpiegel*”, encontrava-se o princípio de que os aquestos obtidos pela mulher em razão de sua atividade se formavam de propriedade do marido. No direito prussiano, o que a mulher adquiria a ela lhe pertencia, e, embora ficasse sujeito à administração do marido, a ela se facultava, sob certas limitações, à época da dissolução do casamento, retomar a posse dos mesmos (18). O Código Civil alemão deu um passo considerável adiante já que não pareceu justo atribuir a administração ou o usufruto dos bens adquiridos pela mulher ao marido (19). Adotara-se, portanto, a partir do BGB, a solução do direito inglês que de há muito reconhecia à mulher o direito de dispor a respeito dos bens reservados, “*separate estate*”. A solução constante no BGB, com o tempo, tornara-se insatisfatória e com o advento da Lei de Igualdade dos Cônjuges, de 18 de junho de 1957, passou a vigorar o regime de comunhão de aquestos, ou melhor, de participação nos aquestos.

Entendia-se que o anterior regime de “comunhão na administração”, através do qual se conferia a administração e o usufruto dos bens da mulher anteriores ao casamento ao marido, não se harmonizava com as tendências igualitárias estampadas na Constituição de Bonn. Essa nova lei instituiu um sistema semelhante ao existente na Suécia e na Europa Central, denominado de “comunhão de aquestos”. Na França, através do projeto de lei de 23 de junho de 1932, pretendeu-se estabelecer o mesmo regime, pois que se harmonizava, à perfeição, com o novo “status” da mulher casada. Todavia, os deputados, temerosos com a inovação, não o aprovaram, embora merecesse o louvor dos principais juristas franceses. Tal sistema, no dizer de Planiol e Ripert, determinava a criação de uma massa composta de valores e não mais “*in natura*” (20). O sistema constitui uma feliz combinação do regime da separação de bens com o da comunhão limitada. Caracteriza-se, assim, pelo fato de que durante o casamento cada cônjuge administra e dispõe dos bens que lhe são próprios anteriores e posteriores ao casamento; antes da dissolução do casamento, por divórcio ou sucessão, tudo se passa como se o regime fôsse de simples separação de bens. No momento da dissolução, verifica-se, por confronto dos bens adquiridos durante o casamento, se o montante obtido por cada cônjuge superou o do outro, atribuindo-se em dinhei-

(18) Staudinger-Engelmann, *Kommentar zum BGB*, IV, I, § 1.367 — (7ª e 8ª ed.)

(19) Staudinger-Engelmann, *op. cit.*, pág. cit.

(20) Planiol-Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, v. III, pág. 15 (Paris, 1948).

ro, por metade, essa diferença patrimonial a quem adquiriu menos. Na Suécia ocorre algo semelhante; com a diferença de que lá combinaram-se a forma da separação com a da comunhão universal, verificável no momento da dissolução. Cuida-se, nesse sistema, também, de partilha final "in natura". No direito alemão deu-se preferência à separação dos valores e daí a denominação mais correta de sistema de participação nos aquestos. Por sua vez, os valores a serem partilhados são somente os adquiridos posteriormente ao casamento, de modo que é necessário distinguir dois tipos de patrimônio, o inicial e o final. Todos os bens que compõem o patrimônio inicial, isto é os existentes anteriormente ao casamento, os bens nele subrogados, e os adquiridos por sucessão ou liberalidade, não são objeto da futura partilha. Em todo o mundo, manifesta-se, hoje, a tendência de estabelecer o regime de participação nos aquestos, com certas variantes, por ser o sistema mais adequado à capacidade da mulher casada. Ninguém ignora que os sistemas de bens distinguem-se uns dos outros pelas massas patrimoniais que os compõem.

Todos os regimes de comunhão, seja universal ou parcial, estruturaram-se ao redor dos bens comuns que lhes configuram o tipo. Sucede, entretanto, serem os bens comuns, de regra, os mais importantes e é necessário saber quem os administrará. O princípio da igualdade aplicado a esses sistemas faria com que as aludidas massas patrimoniais fossem administrados de modo conjunto, o que viria empecer a atividade de administração.

No direito germânico (21), no silêncio do pacto antenupcial, a administração é em mão comum, assim tem-se observado que tal solução não atende aos reclamos do tráfico moderno pelas dificuldades que cria e pelos embaraços que surgem em tôdas as demandas. A maioria dos sistemas que adota a comunhão universal, ou parcial, inclina-se por conferir o direito de administrar ao marido. Em tal hipótese, não se realiza, como já se aludiu, o princípio da igualdade.

5. No direito das Ordenações, a comunhão de bens como regime regra foi estabelecida com as Manoelinas (liv. IV, tit. 7). Anteriormente, não havia regra expressa no reino de Portugal de modo que se poderia casar, em alguns lugares, sem que disso resultasse a comunhão. Ao contrário de outros países, em que os regimes de bens só tardiamente se unificaram, dando margem a diversidades regionais, segundo os costumes ou o direito romano, Portugal desde cedo procurou estabelecer um regime regra e esse

(21) § 1.421, «in fine».

foi o da comunhão. Denomina-se, então, o regime de comunhão universal como sendo instituído por "carta de metade" ou ainda "por carta de ametade". (22) Resultava também da circunstância de ser Portugal um país de agricultores propenso assim à adoção do aludido regime. Nesse sistema de comunhão, as dívidas dos cônjuges anteriores ao casamento somente poderiam ser solvidas com os bens que o devedor trouxe para o matrimônio ou na "metade dos bens" que depois de casados foram adquiridos" (23). O princípio em matéria de dívidas era peculiar pois no direito franco vigorava o princípio de que "qui épouse une femme épouse ses dettes". Mas a novidade da regra não se restringia somente à essa particularidade, pois também se dispôs que metade dos bens, portanto a meação, podia ser executada pelas aludidas dívidas.

Sobre essa regra, Teixeira de Freitas, em nota ao art. 116 da Consolidação, afirma: "Como será possível conhecer o que há de adquiridos sem a partilha de todo o casal? Os credores não podem requerer essa partilha, e tal disposição portanto torna-se impraticável. A praxe do Fôro assim o confirma". No direito brasileiro até o atual Código Civil deu-se sempre ênfase ao regime da comunhão de bens. No Esboço de Teixeira de Freitas (24), verifica-se também a "vis atractiva" do aludido regime, posto que ainda se tivesse escolhido o dotal, os "aquestos conjugais não deixarão de ser comunicáveis a menos que, no contrato, haja declaração expressa em contrário". Havia assim a tendência de comunicação dos bens, ainda que outros regimes fôssem escolhidos. Essa tendência é visível de uma ou outra forma em todos os Projetos e Consolidações que se fizeram e desse axioma não fugiu o próprio Código. Em verdade, assim como ocorria na maioria se não totalidade dos povos, a mulher entre nós era considerada como relativamente incapaz. E sendo o regime regra o da comunhão a incapacidade pode-se dizer ganhava em amplitude, pois sua vontade não repercutia de nenhum modo nas providências econômicas tomadas pelo marido na gestão de todo o patrimônio comum. Não se verificou, por igual, o mesmo desenvolvimento observado no direito inglês, em que uma outra jurisdição, a "Equity", progressivamente abria brecha no "status" da mulher permitindo que ela pudesse, sob algumas limitações, administrar os seus bens. Nem o Código Civil admitira a existência de bens reservados, pois que estes não se harmonizam totalmente com o aludido regime. Assim, a mulher, durante o casamento, era mero elemento passivo e inte-

(22) Ordenações, L. IV, Tit. 95, § 4

(23) Ordenações, L. IV, Tit. 95 § «in fine».

(24) art. 1.345

grante de uma sociedade que somente poderia ser considerada como extremamente patriarcal. Se, entretanto, a legislação civil mantinha-se imune a qualquer alteração no "status" da mulher casada no pertinente ao direito patrimonial em decorrência do casamento, o mesmo não sucedia no campo do direito comercial. Discutiu-se, em certo momento, se a mulher necessitaria de autorização marital para comerciar. Considerada relativamente incapaz, havia mister de autorização expressa para exercer essa profissão.

Mas o decreto-lei nº 7661, de 21 de junho de 1945, determinou, em seu art. 3º, n. III, que "pode ser declarada a falência da mulher casada que, sem autorização do marido, exerce o comércio por mais de seis meses, fora do lar conjugal". Reconhecia-se, implicitamente, pudesse a mulher vincular os bens comuns sem que para tanto houvesse necessidade de uma autorização expressa, ou mesmo de qualquer autorização. Dessa situação, podia deduzir-se que o tratamento da mulher no plano dos direitos patrimoniais sofrera uma modificação relevante, pois se lhe permitia, sem que fôsse autorizada, vincular tais bens. O preceito aludido respondia ao problema concreto de poder a mulher escapar a legislação falimentar, sob o fundamento de que não era comerciante, e, pois, carecia de um pressuposto fundamental.

Esse "topos" forçosamente havia de ganhar maior generalidade, pois não se poderia dispor ainda por muito tempo, tais as alterações porque passara a nossa sociedade, sobre a incapacidade relativa da mulher casada.

A lei 4.121, de 21 de agosto de 1962, constitui o último ciclo dentro da tendência igualitária entre os cônjuges, embora não possa ela ser considerada como perfeita a esse respeito.

Por meio dessa lei, aboliu-se a incapacidade relativa da mulher casada, embora fôsse mantida a posição do marido como chefe da sociedade conjugal. No art. 3º, em obediência a máxima adotada, determinou-se que "pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite da meação". A tendência igualitária levou ao legislador a formular o princípio de que as obrigações para vincular a totalidade dos bens comuns dependeriam da concordância expressa no título da dívida. Caso contrário, a responsabilidade atingiria somente os bens particulares do cônjuge devedor e, progressivamente, até o limite da meação. Essa regra, entretanto, de vinculação de bens componentes da meação viria encontrar na prática grandes dificuldades de aplicação. Não seria desnecessário lembrar a afirmativa de Teixeira de Freitas em nota ao art. 116 da Consolidação, no referente às dívidas anteriores dos cônjuges. O emérito jurista tinha essa regra

como impraticável, uma vez que o regime de bens era irrevogável e não seria possível realizar-se a partilha durante o casamento para determinar o limite da meação de cada um dos cônjuges.

Os Tribunais, na atualidade, quando cuidam de aplicar o art. 3º da lei 4.121, encontram na prática a mesma dificuldade. É que o regime de comunhão difere essencialmente do condomínio. Neste último há, no caso de pluralidade de proprietários sobre um mesmo bem, a divisão em quotas ideais. Essas quotas constituem, à sua vez, propriedade particular de cada um dos condôminos. Sucede, porém, que no regime de comunhão o mesmo fenômeno não se verifica, já que não se divide idealmente em quotas, suscetíveis de propriedade particular. Não havendo esse seccionamento do direito de propriedade, a legitimação de seus titulares é conjunta ou em mão comum.

A lei, portanto, ao pretender igualar os cônjuges dentro do regime de comunhão, impedindo, assim, que o marido, administrador da sociedade conjugal, pudesse vincular na totalidade os bens comuns, criou uma forma de difícil aplicação, já que não permite alteração do regime de bens, ou mesmo partilha durante o casamento. Em verdade, o único regime adequado à moderna situação de igualdade dentro do casamento é o de participação nos aquestos. A lei 4.121, no pertinente às dívidas, ao restringir a responsabilidade até o limite da meação, aproximara-se do regime, que se caracteriza por uma particularidade relevante: durante o casamento os bens adquiridos são administrados pelo cônjuge que os percebeu no exercício de sua atividade. Se dermos a devida amplitude ao pensamento expresso na lei 4.121, verificar-se-á que se pretendia estabelecer um sistema em que a eficácia das dívidas não ultrapassasse o que cada um dos cônjuges viesse a possuir em determinado momento. Melhor seria admitir que as dívidas de cada cônjuge vinculassem os bens particulares do devedor e os por ele adquiridos durante o casamento. Essa regra determinaria que os patrimônios se mantivessem separados durante o casamento e somente se verificasse a meação no momento do término do regime, por morte ou desquite.

Se tal houvesse sido disposto, não se teriam os inconvenientes que a lei nº 4.121 apresenta, inconvenientes esses que Teixeira de Freitas já apontara quanto à possibilidade de execução de dívidas anteriores ao casamento. De qualquer modo, verifica-se da lei 4.121 que a revogação de princípio da incapacidade relativa da mulher casada haveria de ocasionar modificação profunda no regime de bens, como tem sucedido em quase todos os países. E mais ainda, que essas modificações acompanham a civilização urbana e industrial, pelas necessidades que suscita.

O regime de bens adequado à essa nova situação parece ser o de participação nos aquestos, no qual cada um dos cônjuges administra e dispõe de seus próprios bens. Em decorrência da capacidade plena que se reconhece à mulher, que outra coisa não é senão a aplicação do princípio de igualdade aos cônjuges, resultou que em todos os países haja a inclinação para adotar esse regime. Assim é que a França, embora não tenha como regra o aludido regime na sua atual legislação, incluiu-o como optativo por determinação da lei 65-570. E na Alemanha, na Suécia, na Dinamarca e em muitos outros países, com muitas variantes, constituiu-se em sistema regra já há algum tempo.

6. As modificações nos regimes de bens acompanham assim a história da aplicação do princípio da igualdade ao direito de família. Durante toda a Idade Média prevaleceu a doutrina de São Paulo (Epist. Ef. 5, 22-24) segundo a qual todos os membros da sociedade se organizavam hierarquicamente, o que se tornou ponto programático fundamental no fim do século V, quando se criou o termo hierarquia. Um dos aspectos da hierarquia era a desigualdade dos membros dentro da sociedade. Não se pode ignorar que o princípio da igualdade é de recente data; em outros termos, a Idade Média não conheceu o princípio de que os membros da sociedade, tinham, em virtude de serem membros dela, igualdade de "status" dentro do direito público. Vigorava na época o princípio da desigualdade perante a lei (25).

Quando a sociedade medieval desapareceu e o Estado se secularizou o princípio de igualdade surgiu praticamente em todas as Constituições como um de seus direitos fundamentais. Todavia, a igualdade não foi aplicada, por longo tempo, senão ao direito público e muito lentamente atingiu o direito privado. As relações de família nesse período mantiveram ainda como princípio a desigualdade entre os cônjuges já que os direitos e garantias constitucionais somente atingiriam as relações de direito privado quando uma norma específica os viesse receber. Todavia, o direito inglês através da "Equity" e premido pelas novas situações criadas algum tempo antes do início da revolução industrial já demonstrava que um novo clima de idéias se estabelecera e assim paulatinamente, topicamente, começava a revelar o princípio da igualdade dentro do direito de família, embora não houvesse consciência da transformação que se operava. Mais difícil foi no direito continental a aplicação do princípio por força de uma divisão rígida entre direito público e

privado, sujeitas cada uma das esferas a princípios inconfundíveis e incommunicáveis. A secularização do casamento, proveniente da revolução francesa, não teve a virtude de transformar o "status" da mulher submetida como ficou ao poder marital até data recente. Mas a revolução industrial ao mobilizar massas de agricultores para as cidades, e ao criar, com a industrialização, a nova civilização urbana, teve a virtude de fazer com que a mulher pudesse aos poucos administrar os bens que lhe pertenciam. Acresce ainda a circunstância de que a industrialização operou-se pelo crescimento das pequenas empresas caseiras, nas quais, em regra, homem e mulher trabalhavam juntos (26), e justo seria que ela pudesse dispor do produto de seu trabalho.

(25) ULLMANN, Walter, *The Individual and Society in the Middle Age*, pág. 14, (Baltimore, 1965).

(26) Hobsbawm, *Europäische Revolutionen*, pág. 73 (Zürich, 1962).

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO COMERCIAL CONTEMPORÂNEO

PROF. PAULO BARBOSA LESSA (*)

SUMÁRIO: 1. A legislação mercantil do após-guerra — 2. As três realidades fundamentais do momento: duas ordens econômicas, modificações no Ocidente e peculiaridades nacionais — 3. Enumeração das leis novas — 4. Significado dessa legislação — 5. Sua amplitude — 6. Pragmatismo — 7. Planejamento da economia — 8. Capitalismo financeiro — 9. Direito Tributário — 10. Normas previdenciárias — 11. Comércio internacional — 12. Capital estrangeiro — 13. Difusão da participação acionária — 14. Títulos de crédito — 15. Direito concursal — 16. Tempo de semear.

1. O Direito Comercial brasileiro mereceu do legislador, após o término da Segunda Guerra Mundial, singular atenção. Na legislação extravagante do Código foram introduzidas modificações de vulto. Somente o núcleo geral do velho diploma de 1850 se mantém com a fisionomia com que chegara ao centenário. Ao lado do Direito Marítimo se mantém a parte geral, o conceito de comerciante, as sociedades de pessoas, os contratos clássicos. Sabendo-se que a matéria de contratos é dispositiva e que a referente às sociedades de pessoas tradicionais vêm perdendo muito de sua primitiva transcendental importância, pode ver-se como e quanto, ao

* Titular de Direito Comercial.

contrário de primeira impressão, a legislação mercantil se renovou.(1)

2. Direito pragmático por excelência, servo e por vêzes inspirador da economia, o Direito Comercial tem sido cadinho de experiências legislativas no setor privado.(2) No setor êsse suas figuras possuem caráter pioneiro. Neste século, marcado pelo sinal do relêvo dos temas econômicos, vão refletir-se no Direito Mercantil as transformações de base por que tem passado a sociedade mundial, o mundo capitalista ocidental e a comunidade brasileira.

Regulamentação jurídica progressista e informal, não se lhe podem compreender as normas abstraindo-as do concreto histórico.(3) Desde logo, contemporaneamente, deve adaptar-se a três realidades sociais, políticas e econômicas do mundo presente.

Há que levar-se em conta, primeiro, o aparecimento de uma ordem não capitalista privada. Bem que ainda separada por cortinas de ferro ou de bambu, econômica e espiritualmente essa ordem socialista ou capitalista de estado interfere no regramento dos problemas mercantis do chamado mundo ocidental.(4)

Segundo, no se dizente mundo ocidental grandes transformações de espírito e de estruturas estão a operar-se como desdobramento das implicações de sua própria formulação, como imposição das conquistas da técnica, como adaptação à economia de mercado revolucionada pela rebelião das massas, como tentativa, mesmo, de superação do pensamento e da ordem predicasdas pelas correntes marxistas.(5)

Terceiro, há de proclamar-se que no Brasil também se alterou o modo de sentir, de reagir e de pensar, em correspondência com

1. T. Ascarelli, Problemas das Sociedades Anônimas, S. Paulo, 1945, pg. 71; H. Estrêlla, O Código Comercial no Século, in Anais do Congresso do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, 1950, I, pg. 149; G. Ripert, Traité Élémentaire de Droit Commercial, Paris, 1948, pg. 31 segs.
2. T. Ascarelli, Teoria Geral dos Títulos de Crédito, S. Paulo, 1943, pg. 3; Waldemar Ferreira, Instituições de Direito Comercial, S. Paulo, 1947, vol. I, pgs. 107/108.
3. P. Perlingieri, Produzione Scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare, in Rivista del Diritto Commerciale, 1969, Parte Primeira, pgs. 455 e segs.; A. Asquini, Rivista del Diritto Commerciale, vol. 25, pg. 516; G. Ferri, Manuale di Diritto Commerciale, Roma, 1950, pg. 10 segs.
4. G. Barraclough, Introdução à História Contemporânea, Rio, 1966, pg. 189.
5. W. Lippmann, A reconstrução da sociedade, Belo Horizonte, 1961, pg. 17; W. Röpke, La crisis social de nuestro tiempo, Madrid, 1956, pg. 169 segs.

os anseios de progresso econômico, de industrialização, de recepção das conquistas da técnica, de superação do sub-desenvolvimento.(6)

Reflexo do mundo econômico, o Direito Comercial brasileiro está mudando porque a realidade econômica nacional também se alterou. Não é preciso ser profeta para saber-se que a mudança vai ser ainda mais acentuada.

3. Como é sabido, o Código Comercial fôra dividido em três partes fundamentais, além do Título Único, êste disciplinando a jurisdição especial ao comércio, ab-rogada ainda na fase imperial.

No período denominado de república velha, no mundo vitoriano que aqui sobreviveu talvez à Primeira Guerra Mundial, houve a substituição da Parte Terceira do Código referente a quebras, das normas reguladoras das sociedades anônimas e das letras de câmbio e notas promissórias. Apareceram leis sôbre firmas, debêntures, cheques, responsabilidade civil das estradas de ferro. Surgiu a lei disciplinadora das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.(7)

Ao tempo da Revolução de Trinta e do Estado Nôvo, houve copiosa legislação. Vieram leis sôbre Registro do Comércio, locação de imóveis para fim comercial, falências, sociedades anônimas. Dois códigos sobrelevam: o do Ar, o da Propriedade Industrial. Apareceu a duplicata.(8)

Depois do término da Segunda Guerra Mundial, vem a fase dita contemporânea, sôbre a qual se deseja aqui chamar a atenção. Surgem, desde logo, naquele hiato de liberalismo que se seguiu ao conflito, as leis sôbre agências de informações, emprêsas de construção, reorganização do Tribunal Marítimo, alterações na legislação falimentar. Dêsse tempo é a lei que disciplinou a situação jurídica da mulher casada.(9)

Afinal, a multifária legislação da Revolução. Disciplina renovada para Bôlsas e Registro de Comércio. Nôvo Código do Ar, dois consecutivos Códigos da Propriedade Industrial. Modificações

6. K. Mannheim, Libertad, Poder y Planificación Democrática, México, 1960 pg. 45.
7. Dec. 917, de 24.10.1890; D.434, de 4.7.1891, substituindo a L. 3150, de 4.11.1882; L. 2.044, de 31.12.1908. D. 916, de 24.10.1890; D. 177-A, de 15.9.1893; D. 2591, de 7.8.1912; D. 2.681, de 7.12.1912; D. 3.708, de 10.1.1919.
8. D. 24.635, de 10.7.1933 e D. 93, de 20.3.1935; D. 24.150, de 20.4.1934; DL 7661, de 21.6.1945; DL. 2627, de 26.9.1940; DL. 483, de 8.6.1938; DL. 7903, de 27.8.1945. L. 187, de 15.1.1936.
9. L. 3.099, de 24.2.1957; L. 4.068, de 29.6.1962; L. 2.180, de 5.2.1954; L. 3.726, de 11.2.1960 e L. 3.807, de 26.8.1960; L. 4.421, de 27.8.1962.

mais amplas na Lei de Falências, disciplina mais completa sobre liquidações extra-judiciais de empresas econômicas. Leis sobre mercado de capitais, com reflexo no campo do anonimato e das debêntures, lei sobre duplicatas, lei sobre representantes comerciais. Promulgação das Convenções de Genebra sobre cheques, letras de câmbio e notas promissórias. Se a isso se somarem os reflexos da legislação tributária e administrativa sobre o Direito Mercantil, de importância notável, tem-se que, longe de ser velha a legislação comercial, foi assás renovada. (10)

4. Qual o significado dessa legislação mais recente?

Difícil é fazer-se balanço definitivo, mesmo porque estamos no centro do turbilhão, eis que as alterações se sucedem, em legiferação copiosa. Contudo, a tentativa de interpretar-se as suas linhas gerais não é tarefa de desprezar-se. Valha desta tentativa pelo menos a afirmação de sua transcendental importância.

5. Ponha-se, de logo, em destaque a amplitude da legislação recente, tanto em quantidade como em conteúdo. Da nominata das principais leis antes referidas bem pode notar-se essa amplitude. Os setores mais fundamentais foram atingidos. Os títulos de crédito básicos tiveram sua disciplina modificada. Surgiram novos títulos no mercado imobiliário, e os títulos de crédito rurais foram reformulados. Todo um sistema de mercado de capitais se cristalizou, substituindo a espontaneidade das figurações anteriores. Houve relexos importantes em tema de concordatas. Também isso acontece no tocante à sociedade por ações, nos textos das leis sobre mercado de capitais e na legislação tributária. Seguros, bancos e financeiras tiveram suas regulamentações atingidas. Administrativamente, vieram a regulação dos registros do direito terrestre, marítimo e aeronáutico, da propriedade industrial, das bolsas. A primeira afirmação seja, pois, a de que as novas leis atingiram parte fundamental da matéria mercantil. (11)

10. Res. do B. Central 39, de 20.10.1966; L. 4.726, de 13.7.1965. DL. 32, de 18.11.1966; DL. 254, de 2.2.1967 e DL. n. 1005, de 21.10.1969. L. 4.839, de 18.11.1965; DL. 192, de 24.2.1967 e L. 4.893, de 18.5.1966. L. 4.728, de 14.7.1965; L. 5.474, de 18.7.1968; L. 4.886, de 9.12.1965; D. 57.595, de 7.1.1966 e D. 57.663, de 24.1.1966. São leis básicas do Direito Tributário a L. 5.172, de 25.10.1966 e o DL. 406, de 31.12.1968.
11. É, aliás, fenômeno mundial. P. ex., para o Direito das Sociedades, v. C. Stolfi, *Il Diritto Francese delle Società*, especialmente, nota 1, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1968, Parte Primeira, pg. 226 e segs.

6. Inexiste nessa massa legislativa, contudo, diretriz teórica preelaborada. Respeitadas linhas fundamentais de economia pluralista, é o pragmatismo tônica dominante nessa legislação. (12) Os problemas complexos de um país que procura desenvolver-se, em mundo altamente técnico e no qual há competência extremada e nacionalismos exacerbados, são esquematizados sem preocupações ortodoxas, tornando-se difícil ao intérprete fixar as linhas dominantes através das quais evolui o sistema. Há modificações sentidas de orientações, por pressão de homens e de fatos. Há até fraturas, como a da aprovação das Convenções de Genebra sobre títulos de crédito, em boa parte produto de compromisso histórico do mundo desaparecido de ante-guerra, vênua permitida, inserido com atraso em sistema nacional que em certo sentido já lhe era nitidamente superior. Podem surpreender-se, entretanto, certas constantes nesse evoluir. É o que se tentará fazer.

7. Afirme-se, de pronto, o acentuar-se do planejamento da economia nacional, com o fortalecimento do unitarismo, em prejuízo da posição federativa do anterior momento histórico. Disso resulta que o mercado rompe as barreiras regionais. Há concentração das empresas, por absorção direta ou por participação em cadeia. Vinculam-se recursos públicos e particulares, em variada forma. Surgem os Bancos de Desenvolvimento Econômico, regionais, nacionais, até internacionais. Aparecem os incentivos fiscais, de influxos significativos na economia privada e no direito econômico por excelência, que é no mundo capitalista contemporâneo o Direito Comercial. (13)

8. Há, conseqüentemente, uma explosão de capitalismo financeiro, até então desconhecida no país. O mercado interno cresceu rapidamente e diversificou-se. O fenômeno creditício transfigurou-se. Em uma década, o próprio homem comum podia sentir na carne que a economia se alterara e que as relações mercantis passavam a ser dirigidas pelas grandes concentrações financeiras. Improvisaram-se até organizações desse tipo, a aventura atraindo os audaciosos. Muitos, incompetentes ou sem escrúpulos, quebraram, com prejuízos à poupança de humildes. O Poder Público foi chamado, então, às vezes com atraso, a regulamentar essa nova reali-

12. L. Lordi, *Le Obbligazioni Commerciali*, Milano, 1936, vol. I, pg. 4 e segs.; Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, Rio, 1958, pg. 31.
13. F. Perroux, *O capitalismo*, Rio, 1961, pg. 133; *Revista Visão*, Agosto 1970 (ed. especial), pg. 66; Celso Furtado, *Formação Econômica do Brasil*, Rio, 1959, pg. 279; R. Requião, S.A., *Formas de Constituição de Seu Capital*, in *R. Tribunais*, vol. 403, pgs. 25 segs.

dade, tutelando a economia popular e disciplinando as intrincadas prioridades setoriais da economia nacional em expansão. (14)

9. O influxo do sistema tributário sobre o Direito Comercial contemporâneo é o responsável por outra diretriz da moderna matéria de direito mercantil. (15) Impossível compreender a realidade do Direito Mercantil pátrio sem atender aos conexos mandamentos do Direito Tributário. Imposto de renda, imposto de circulação de mercadorias, imposto sobre produtos industrializados, imposto de exportação, e mais, são realidades financeiras e conceitos jurídicos sempre presentes aos comerciantes e comercialistas, cujo esquecimento trará distorções de funestos resultados. A noção segundo a qual o tributo é meio adequado de promover o desenvolvimento econômico tornou-se correntia. (16) E implica no reconhecimento do fim do liberalismo econômico puro. Como também na renovação do direito que trata das empresas econômicas, poderosa entidade do mundo dos negócios contemporâneo, instrumento através do qual se está a processar esse desenvolvimento.

10. O impacto do setor público no direito das empresas mercantis multiplica-se com a regulação dos serviços de previdência social. (17) Tem a organização desses serviços reflexos ponderáveis na vida da empresa. Nos últimos anos, longe de diminuir, as contribuições para esse setor previdenciário têm crescido. É que a distribuição social da riqueza nos sistemas econômicos pluralistas tem de fazer-se através do setor empresarial, cuja vivência e atividade constituem a matéria fundamental do Direito Comercial do presente.

11. O desenvolvimento do país liga-se, sobretudo, às relações de comércio internacional. (18) O incremento às exportações, a supervisão das importações, o afã de proteger a indústria nativa, produzem distorções no mecanismo da concorrência pura, hoje, talvez como sempre, inexistente no mundo das relações econômicas entre as nações. Normas dirigistas avolumam-se no setor.

14. O. Barreto Fº, Regime Jurídico das Sociedades de Investimentos, S.Paulo, 1956, pg. 22; A. Birnie, História Econômica da Europa, Rio, 1964, pg. 104 e segs.; W.W. Rostow, Etapas do Desenvolvimento Econômico, Rio, 1961, pg. 70.

15. J. Escarra, Manuel de Droit Commercial, Paris, 1947, pgs. 29 e 38.

16. F. Perroux, O capitalismo, cit., pg. 108 («O imposto nunca é neutro»); Geraldo Ataliba, Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, S.Paulo, 1968, pg. 150 segs.; Ruy Barbosa Nogueira, Função Fiscal e Extra-Fiscal dos Impostos, R. Tribuna, vol. 380, pg. 32.

17. A. Birnie, cit. pg. 254 segs.

18. L. Erhard, Bem-Estar Para Todos, Rio, s/d, pg. 248; Celso Furtado, Formação Econômica do Brasil, cit. pg. 269.

O Direito Comercial tingem-se dessas normas ricas de atualidade, passando a fascinar cada vez mais as mentes do que desejam trabalhar com os olhos fixados no futuro.

12. Toca a matéria comercial do presente em tema pouco menos que explosivos por essência: a participação do capital es-

trangeiro no país. A legislação tem-se mostrado prudente no particular, oscilando, quanto à maior ou menor receptividade dessa intromissão, conforme os tempos e as personalidades dirigentes. Releva notar que a experiência tem demonstrado ser o Poder Público a única força interna com condições de dialogar com as potências econômicas estrangeiras, em face da fragilidade do setor privado nacional em comparação com a pujança das empresas dos países desenvolvidos. A nacionalização dos serviços de base está a operar-se, continuamente. Petróleo, serviços públicos, transportes internacionais, energia, são setores em que a atitude protecionista mostra-se judiciosamente ativa, sem preocupação maior com a ortodoxia de posições ideológicas. (19)

13. Há preocupação em difundir a participação do público no capital das sociedades anônimas. (20) A lei passou a diferenciar as sociedades de capital fechado das de capital aberto. (21) O fenômeno, que se iniciara no país quase à margem da lei, foi regulamentado primeiro através da fiscalização bancária, para finalmente obter a disciplina formal da legislação. A lei especial que regulou o mercado de capitais é um marco na sistemática do Direito Comercial vivo do país. Complementada por cambiantes regulamentações bolsísticas, bancárias e tributárias, a disciplina da circulação dos valores mercantis tomou, destarte, novo colorido, com generalizada repercussão sobre a matéria comercial.

14. A disciplina dos títulos de crédito revela, talvez com menos felicidade, a interligação das economias em plano supranacional. Promulgaram-se as Convenções de Genebra sobre os títulos de crédito fundamentais. A disciplina desses títulos, pela contraditória implantação de um sistema que resultara do entrechoque de fór-

19. Roberto O. Campos, Do Outro Lado da Cerca, Rio, 1968, pg. 63; G. Vargas, na discutida e discutível Carta-Testamento, in N. W. Sodrê, Formação Histórica do Brasil, Rio, 1964, pg. 412. Revista Visão, Ag. 1970 (ed. especial), pgs 308 a 311.

20. Berle e Means, A Propriedade Privada na Economia Moderna, Rio, 1957, pg. 17 e segs.

21. Lei 4.728 (Lei do Mercado de Capitais) art. 59.

ças políticas de um mundo inteiramente desaparecido, colheu de surpresa a vida dos negócios, tardando a fazer parte do direito vivo do país, além de criar controvérsias e incertezas de todo em todo indesejáveis. Além de sua vigência, é sua oportunidade discutida e discutível. (22)

A lei sobre a duplicata mercantil revela pressões dos comerciantes para obter título executivo oriundo de operação mercantil, objetivo atingido com menor felicidade técnica. Reformas desse porte estão a merecer mais meditação ao serem realizadas. A boa técnica legislativa é quase inseparável da boa lei. (23)

15. Não às escâncaras se alteraram sensivelmente normas de direito concursal, revelando setor que está a merecer talvez atenção ainda maior do legislador. (24) A própria lei de falências foi atingida, notadamente na parte referente às concordatas. Procurou mitigar-se o aventureirismo e a fraude que alimentavam o instituto, corrompido pela adição da morosidade de um sistema processual arcaico com o aviltamento das dívidas em moeda por inflação desenfreada. Mudança significativa resulta de proliferação de esquemas de liquidação extra-judicial, em tentativa de tutelar quer a economia popular, quer o prosseguimento das atividades organizadas, mediante transferências de fundos de comércio tais a entidades solventes, minimizando os prejuízos coletivos de reorganização.

16. O pragmatismo tem sido exacerbado, eis que a delegação legislativa para o Executivo, direta ou indiretamente resultante do atual sistema constitucional, (25) se tem somado a delegação formal das leis aos sucedâneos mais expeditos dos decretos e regulamentos. (26) Matérias de reflexo importante na vida econômica e no sistema do direito que a modela são resolvidas por impulso ministerial, formalizando-se em decretos ou em simples regulamentos. Revela-se, destarte, para o mal ou para o bem, a aceleração legife-

rante dos tempos modernos. Para atenderem-se as pressões econômicas, sacrificam-se não raro a clareza dos textos, a harmonia das disposições e a própria segurança do mundo das relações jurídicas. Em última análise esta é também uma aspiração pragmática, talvez de valor não inferior àquelas outras.

17. De tudo quanto resumidamente se procurou relembrar nota-se a transcendental importância que o Direito Comercial e seus problemas passaram a ter no mundo contemporâneo. Do que se expôs, está a ver-se, com nitidez, a aceleração dos acontecimentos no setor. O país vive momento decisivo de sua História, no ângulo nacional, político e jurídico, em que se processa a transformação de uma sociedade tradicional para uma organização apta a usufruir as vantagens dos chamados juros compostos. (27)

Não é preciso muita imaginação para perceber que, mantido o sistema de ordem vigente, novas e importantíssimas modificações jurídicas aparecerão referentes à matéria comercial. Talvez não seja este o momento propício para fazerem-se as grandes codificações, em que se cristalizam sistemas de alevantada simetria. Se os Códigos de Direito Privado franceses do começo do século passado, ainda sobrevividos em linhas fundamentais, tivessem sido promulgados dez anos antes, provavelmente não teriam tido mais que um decênio de vigência. Semelhantemente, é esta época mais de semear do que de colher, no mundo vivo do Direito Comercial. As formas mais definitivas, na relatividade de todos os fatos humanos, só poderão ser engendradas depois do vendaval, quando as instituições sociais e políticas melhor se cristalizarem em moldes adequados. Isso não quer dizer que se não aprimorem, tecnicamente, nossas leis. Elas podem sair dos prelos legislativos mais meditadas, mais excelentes, menos contraditórias. A assessoria dos que sabem jamais será entrave à obra fecunda dos que dirigem e resolvam. E a tarefa jurídica deve ser excelentemente desempenhada para chegar-se a excelência das relações de convivência humana. O aprimoramento da execução dessa tarefa é, pois, um objetivo revolucionário no mais amplo e puro e ideal dos sentidos, e não dos menos importantes.

22. José Maria Whitaker, in R. dos Tribunais, vol. 381, pg. 7; Rodolfo Araújo, in R. Forense, vol. 227, pg. 41; Fábio K. Comparato, in R. dos Tribunais, vol. 390, pg. 48. Em sentido contrário, Lélcio C. Campos, As Leis Uniformes de Genebra, P. Alegre, 1968, n. 12; Antônio Mercado Jr. Cinco Estudos, S. Paulo, 1966, pg. 115 segs.
23. C.F.S. Peixoto, Comentários à Lei de Duplicatas, Rio, 1970, pgs. 33 e 118.
24. Fábio K. Comparato, Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa, S. Paulo, 1970, pg. 95. DL. n. 48, de 18.11.1966 e DL 685, de 17.7.1969.
25. Constituição Federal de 1969, arts. 51, 52, 53, 54, 55 e 57.
26. P. ex., L. 4.728, de 14.7.1965, arts. 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10º e 14. L. 4.595, de 31.12.1964, arts. 3º, 4º, 9º e 10º. L. 4.829, de 5.11.1965, arts. 4º e 6º. DL. 427, de 22.1.1969 e D. 64.156, de 4.3.1969.

27. W.W. Rostow, Etapas do Desenvolvimento Econômico, cit., pg. 20; G. Ripert, Traité Élémentaire, cit. pg. 14; Luiz Carlos Barbosa Lessa, Nova História do Brasil, P. Alegre, 1967; pg. 203.

VENDA DE PRAÇA À PRAÇA E VENDA MARÍTIMA *

PROF. HERNANI ESTRELLA (**)

SUMÁRIO: 1. Explicação prévia — 2. Colocação do problema — 3. Origens das vendas de praça à praça — 4. Modalidades diversas — 5. Pretensas vendas marítimas — 6. Impropriedade terminológica — 7. Compra e venda à distância — 8. Possível unificação das várias espécies — 9. Verdadeira e única venda marítima — 10. Conclusão.

1. Os que têm a chamada *venda marítima* como espécie particular do gênero comum, a que se reconduzem tôdas as *vendas de praça à praça*, e são, em verdade, a maioria, hão-de achar algum tanto estranho o título dado a êste artigo. Assim é, efetivamente, porque, pelo que nêle se lê, estamos a contrapor a espécie ao gênero, como se fôssem coisas distintas e de diversa origem, ao passo que é convicção, assente entre os práticos, e lição dos doutores, caber a tôdas essas vendas a expressão geral de — *vendas de praça à praça*. Admitido, como admitem êles, que, entre as várias modalidades abrangidas por essa expressão, uma existe, dotada de características tão peculiares, a que se deve dar nome e tratamento especiais. Isto admitido, negá-lo, como intentamos aqui, é tama-

*) Dedicado ao Professor J. FERREIRA DE SOUZA.

** Catedrático de Direito Comercial, aposentado.

nha audácia, que talvez esteja a beirar com a impostura... Tanto mais grave é esta rebeldia, quanto é certo que a corrente adversa é representada por uma maioria quase unânime, composta também de nomes proeminentes da ciência jurídica universal. O imenso prestígio que realmente têm; o primor lógico com que desenvolvem suas proposições, embora estas, a nosso humilde entender, partam de premissas falsas; a propensão em que se acham naturalmente os espíritos para aceitar, com facilidade, certas explicações aparentemente satisfatórias, em face de uma realidade objetiva ainda não completamente definida. Tudo isso e muitas outras razões mais podem explicar o favor que tem merecido a teoria da inculcada *venda marítima*, abraçada e divulgada tão intensa e extensamente, que deu margem a opulenta e brilhante bibliografia. A riqueza de observações, a acuidade da análise e o engenho de certas construções tornam altamente fecundo esse labor, fazendo os autores dessas obras merecedoras da maior reverência.

É inegável que as idéias que embasam a teoria são fascinantes, posto que, analisadas mais a fundo, ensejem sérias e fundadas objeções. Isto não obstante, cativaram muitos espíritos cultos e lúcidos, induzindo-os a posições por vezes insustentáveis e até flagrantemente injustificadas. Foi o que sucedeu por ocasião de concurso à cátedra de direito comercial, que se realizava em uma das mais antigas e conceituadas faculdades do país. Professor que integrava a comissão examinadora quis reprovar o candidato, atribuindo-lhe nota zero, porque este, na prova didática, seguiu e defendeu a orientação deste escrito, em relação à suposta *venda marítima*. Somente livrou-se o concursando dessa iminente reprovação, graças à interferência dos outros quatro examinadores (também professores da matéria), que entendiam justificável a posição tomada pelo candidato, que não estava a fugir do ponto nem a dizer despropósitos. Mesmo assim, o desventurado candidato pagou caro o atrevimento de não rezar pela cartilha comum: recebeu daquele examinador nota tão baixa, que o inabilitou na prova oral...

Diante do generalizado prestígio em que é colocada a doutrina da qual divergimos, opôr-se-lhe, como nos opomos, é ousadia sem par. E talvez o seja, mas, mesmo assim, persistimos em nossa atitude, porque dos mestres, colhemos a lição pela substância, pela validade intrínseca do ensinamento, já mais pelo simples critério de autoridade, por mais alto que este seja. Como estudante que ainda somos, e como professor que fomos por quase meio século, mantemos invariavelmente essa linha. No magistério universitário, sempre aconselhamos nossos alunos a inquirir, meditar e refletir sobre quaisquer problemas jurídicos, e nunca aceitar servilmente a surrada máxima — *magister dixit* — ...

2. Para maior clareza e melhor ordenar o desenvolvimento do nosso tema, parece oportuno tecer algumas considerações gerais e preliminares. Visamos, com isto, apontar fatos e circunstâncias, que guardam entre si perfeita conexão lógica e podem, quiçá, trazer alguma luz acêrca do surgimento e do êxito da venda marítima. Sendo esta, como indiscutivelmente é, espécie particular da compra e venda clássica, tem de, conseqüentemente, seguir-lhe as linhas mestras, em tudo quanto não seja do seu decantado particularismo. Dada esta subordinação de embasamento, é compreensível que, em se falando da compra e venda (*lato sensu*), acuda logo à memória a idéia mais ampla de comércio, em que está implicitamente compreendida. Por ser a compra e venda manifestação primeva e fundamental do comércio, acompanhou-o e o tem acompanhado em todo o curso de sua evolução, servindo-lhe de instrumento efficientíssimo. É, por conseguinte, no âmbito desse contrato, que se vão surpreender a *venda de praça à praça* e, pelo conduto desta, a cognominada venda marítima. A formação e diferenciação, em que se constituem estas duas categorias jurídicas, explicam-se, facilmente, em se confrontando-as com o evoluir daquele fenômeno econômico.

Atentando-se, pois, nas causas que geraram o comércio, ver-se-á que estas mesmas causas estão presentes no surgimento, sucessivamente, das duas modalidades de venda. É o que convém recordar, nesta lição de BONFANTE, (1): “O comércio tem a sua base elementar em um fenômeno natural e é o seguinte: os produtos dos três reinos da natureza não são distribuídos de maneira uniforme sobre a face da terra, estando, ao invés, vinculados mais ou menos a dadas regiões, nas quais crescem ou se desenvolvem. Tal se passa, nas mais das vezes, com elementos que, em determinado estado de civilização, representam necessidades gerais. Por isto, torna-se imprescindível o transporte e gera-se a indústria das trocas”.

Dessarte, o *transporte* vem assumir papel importantíssimo, por ser ele que possibilita o deslocamento físico das coisas necessárias aos seres humanos, coisas estas, variando sempre em quantidade e qualidade, em consonância com as exigências do evoluir civilizatório. Provindas, geralmente, de regiões as mais diversas, essas coisas, enquanto ali se encontram, pouco ou quase nada valem. Aumenta-lhes sobremaneira a valia a deslocação delas, para os centros onde são desejadas, cada vez mais e mais, por força de exigências que aumentam e se renovam constantemente. É esta alta missão que vem desempenhar o comércio, cuja utilidade econômica e social foi explicada pelo economista americano DAY, com estas sin-

1) Storia del Commercio, vol. I, n. 5.

gelas palavras (2): “Os artigos que todos nós desejamos, como o fruto maduro do agricultor e o produto acabado do fabricante, quando estão ainda em mãos de um e de outro, somente possuem bondade em estado potencial; esta qualidade só se realiza quando aqueles se situam no lugar em que são necessitados e no momento em que fazem falta.”

Essa identificação do comércio, no seu complexo, com um de seus meios instrumentais, como é o *transporte*, acabou por associar inseparavelmente a idéia de circulação material à idéia de circulação jurídica (3), de onde vem estar a noção de comércio ligada etimologicamente a deslocamento ou *trespasso*, conforme registra CAMBONI (4). Claro está que não há confusão possível entre esses dois vocábulos, cada qual a designar atividades autônomas, que podem exercitar-se independentemente e até terem finalidades diversas (5). Apesar disto, desde as suas origens, a palavra *comércio* esteve ligada à idéia de circulação material, tida como imprescindível para que os bens se coloquem ao alcance do consumidor. Encarando-o por este prisma, economistas clássicos, como Verri, diziam consistir ele no “transporte das mercadorias de um lugar para outro”. Ou então, já no conceito mais amplo de VIDARI (6), “complexo de atos de compra e venda e de transporte em conjunto...”. Ambos estes conceitos estão, de resto, confirmados pela evolução histórica, que nos revela muito bem formar-se o comércio pela sucessão repetida de trocas, expandindo-se geograficamente e tendo por objeto coisas as mais diversas, oriundas dos mais diferentes lugares. Para tornar possível isso, inventou-se a navegação mercante, cuja organização se manifesta por um sem número de fatos e atos, alguns com características próprias: construção naval, apresto, equipagem, fretamento, seguro, câmbio a risco e todo um conjunto de situações peculiares (os vários acidentes de navegação). Dai advieram novas relações perfeitamente diferenciadas das então conhecidas, relações que precisavam de regramento jurídico correspondente.

Impôs-se criar um conjunto de normas especiais, destinado a reger essa nova matéria. Assim nasceu o direito marítimo ou da navegação, não já, como justamente observa BRUNETTI (7), “— não já no sentido de que o transporte por via aquática importe a criação de figuras jurídicas que constituam um *jus* excepcional em relação às normas do comércio terrestre” —, mas sim — acrescentamos nós para atender à *especificidade* das relações que a explo-

2) Historia del Comercio, ed. espanhola, vol. I, n. 1.

3) CARNELUTTI, Teoria Giurica della Circolazione, n. 5.

4) Novissimo Digesto Italiano, vol. III, pág. 615.

5) BRUSCHETTINI, Del Contratto di Trasporto, n. 1.

6) Corso di Diritto Commerciale, 2ª ed. vol. I, n. 3.

ração do navio provoca. Esta exploração se manifesta por numerosos fatos e atos, que, grosso modo, formam o objeto típico do direito marítimo privado, entendido, ou como disciplina autônoma, segundo uns, ou, ao revés, como simples ramo do direito comercial geral. Seja como for, uma coisa é absolutamente certa: só cabe o qualificativo de *marítimo*, quando o fato ou ato é pertinente àquela categoria de relações. Não é isto, evidentemente, que se passa com a apregoada *venda marítima*, pois esta se inicia em terra e na terra se exaure completamente. O transporte por mar é mero acessório, que, embora exposto aos riscos inerentes à navegação, cujos efeitos poderão afetar o vendedor e o comprador, nem por isto, tem força bastante para modificar a substância do contrato principal. Muito menos ainda, para o absorver inteiramente, a ponto de dar nascença a uma nova figura, bem diferenciada da compra e venda clássica. A justificação científica, para a histórica bipartição do direito comercial em direito comercial terrestre e direito comercial marítimo, não repousa fundamentalmente na diversidade do meio físico em que o tráfico mercantil se desenrola. Assenta, pelo contrário, e mui racionalmente, na *diversa natureza* da matéria, a que um e outro são chamados a reger. Para esse efeito, isto é, para a fixação das lindes das respectivas influências, é de todo em todo indiferente a via pela qual o comércio se exercite, que tanto pode ser a terra como o mar, uma e outro meros cenários em que se projeta. Com este limitado alcance, nenhum dos dois tem, por si só, poder suficiente para gerar institutos especialíssimos.

A colocação de certos assuntos como atinentes ao direito comercial terrestre e, inversamente, outros tais como pertencentes ao direito da navegação, essa separação não é nem arbitrária nem superficial. Atende, quanto possível, à diversidade essencial da matéria, que é, de resto, o mais seguro critério lógico. Mesmo a respeito de objetos que possam, sem ofensa à sua substância, enquadrar-se numa ou noutra das duas disciplinas, como, por exemplo, os chamados atos mistos ou acessórios, a inclusão deles no plano do direito terrestre, ou ao invés, no do direito marítimo obedece a razões óbvias. Até os mais exigentes da técnica jurídica não deixam de reconhecer a procedência dessas razões, a que, aliás, todos os sistemas legislativos têm se rendido...

Entretanto, a despeito de ser tudo isso verdade elementar e corrente, dela se têm apartado grandes espíritos: uns, levados, talvez, por exagerado pendor à criação, fizeram de meras nuances base para construções ciclópicas e arrojadas. Outros deixaram facilmente levar-se para o aplauso entusiástico e a propagação obcessiva dessas criações... Assim, e com argumentos corretos, se con-

7) Del Commercio Maritimo e della Navegazione, n. 1.

templados puramente na sua formulação abstrata, urdiram a teoria das vendas marítimas. Partiram da premissa de que os esquemas contratuais existentes não ofereciam pronta e adequada solução para uma nova (?...) realidade. Servindo-se dos mesmos métodos dos comercialistas medievos, fitaram a prática gerada e desenvolvida entre mercadores, no comércio ultramarino de exportação. De posse desse material, e à semelhança do químico em seu laboratório, ou do matemático em seu gabinete, persuadiram-se de ter descoberto novos corpos ou novas fórmulas, onde apenas estava a mesma realidade fática, já perfeitamente definida, apesar de algumas tonalidades, às vezes diferentes. Esqueceram-se, como diz Garrigues, que a missão do jurista é encontrar normas que melhor se adaptem a uma determinada realidade vital, dentro da suprema aspiração de justiça, que é a razão última do Direito.

Empolgados pela própria obra, seus eminentes autores a desenvolveram larga e magistralmente, apresentando-a como portadora de nova mensagem científica, reveladora de novas instituições jurídicas, completamente diversas das até então conhecidas. Para explicar sua originalidade e excelência, foi preciso produzir, como de fato se produziu, vasta e rica literatura. Na esteira dos doutrinadores, vieram as decisões judiciais que os apoiaram integralmente, imprimindo sua chancela às proposições de escola. Dessarte, "aturdidos os espíritos e falseada a doutrina", como diria o nosso grande Teixeira de Freitas, surgiu, à margem do pluricentenário contrato de compra e venda, a assim chamada *venda marítima*...

3. Não há quem ignore ser função orgânica do comércio promover a circulação da riqueza, fazendo-a girar do produtor ao consumidor. Para isto, ou seja, para vencer o espaço físico que separa os dois polos da cadeia econômica, serve-se o comércio do *transporte* nas diferentes modalidades por que é realizável. Todavia, antes do invento da aeronave, a terra e o mar eram os únicos caminhos pelos quais transitavam as mercadorias alimentadoras das trocas. O mar, principalmente, cedo se revelou mais prestadio para atingir longas distâncias, sobretudo depois que foi se aperfeiçoando a construção de veículos flutuantes. Com isto, e para servir diretamente às exigências do comércio, nasceu e cada vez mais se expandiu e aprimorou a navegação mercante. Teve, e continua a ter esta, a seu cargo, a condução, para mercados distantes, das coisas que formam o comércio de ultramar. E se este realiza a circulação jurídica pela compra e venda é, porém, pelo *transporte* que a circulação material se perfaz. Vem daí estarem freqüentemente associadas as duas atividades econômicas, essencialmente distintas, sob muitos aspectos. O fato de andarem quase sempre juntas, máxime nas vendas de coisa a entregar onde se encontra o compra-

dor, levou, de certa maneira, a vincular o transporte à compra e venda. Isso se fez, designadamente, no tráfico internacional, como meio de facilitar a execução do contrato, tendo por objeto coisa só genericamente determinada. Combinando, numa só declaração de vontade, duas figuras contratuais distintas (compra e venda e transporte), visou-se tão somente regular, analiticamente e *in casu*, as recíprocas obrigações das partes.

Essas obrigações, entretanto, e é conveniente ressaltar, tendo por sede exclusivamente o contrato de compra e venda, posto em ação para regramento jurídico da posição de um e de outro dos contraentes. Incumbindo ao vendedor fazer chegar a mercadoria ao destino do comprador, incumbia-lhe também, obviamente, promover o seu transporte. Disto nasceu praxe mercantil generalizada, devida às condições em que surgiu e se desenvolveu o tráfico comercial internacional. Realmente, como se sabe, os países europeus, notadamente a partir do capitalismo industrial, fizeram-se grandes consumidores de artigos importados das mais diversas regiões, ao mesmo passo que se constituíram supridores únicos de manufaturados aos outros povos. As coisas que estes podiam, normalmente, oferecer àqueles eram, senão só matérias primas, especiarias e artigos de luxo. Estes últimos, por não representarem necessidades vitais, eram de limitada demanda. Os que os mercadejavam tinham de empregar todos os meios e modos de facilitar a compra. Por outro lado, o industrialismo expansionista e progressivo, precisava ampliar cada vez mais os seus mercados. Para isso, devia concorrer, como concorreu, a melhoria dos sistemas de transporte, nomeadamente o transporte por água, a princípio em navios veleiros e depois em barcos a vapor.

O panorama que se divisa no cenário do comércio mundial, no período de 1870 à metade deste nosso século, mais ou menos, é da participação nele de velhas nações comerciantes e países outros, do chamado Mundo Novo, agora desabrochando para a vida mercantil e nela disputando o seu quinhão, conforme relata LEGARET (8). Nessa competição, cada vez mais acirrada, era natural que o vendedor fôsse diretamente ao encontro do comprador. Esta tarefa tinha de ser, como foi, confiada a uma terceira pessoa, dado que vendedor e comprador estavam separados pelo oceano, que se lhes interpunha. Foi assim que surgiu a figura do *sobre-carga* (9), viajando com o navio, a bordo do qual curava do carregamento e, nas praças de escala ou do destino, procurava vender

8) Histoire du Developpement du Commerce, pgs. 383 e segts.

9) Figura peculiar ao antigo comércio marítimo, que viajava no navio como preposto dos carregadores para zelar pela carga, durante a viagem e negociá-la segundo as instruções recebidas. Cfr. FERREIRA BORGES, Dicionário Jurídico Comercial, 2ª ed. pág. 384.

as mercadorias por conta de seus donos. Depois, aparece o agente sedentário, já sediado de modo permanente em dados portos, que foi o *consignatário* (10). Por fim, com o aperfeiçoamento dos meios de comunicação, tornou-se mais econômico e mais prático o entendimento direto dos interessados e, então, a correspondência, epistolar e telegráfica, possibilitou a celebração de contratos entre ausentes. É, precisamente, nesse momento, que surgem as *vendas de praça à praça*, cuja característica principal genérica reside no fato de as mercadorias terem de viajar, de um lugar para outro, fazendo o trajeto todo, ou parte dêle, por mar. Dai a definição de CUNHA GONÇALVES (11), que lhes dá o nome de *compra e venda de mercadorias viajantes*. No fato de terem de viajar está a tipicidade, pela razão de ficarem a inteiro onus do vendedor todos os riscos e perigos do transporte. Sendo a assunção destes riscos cláusula contratual, nisto consiste a singularidade da convenção, pelo qual o comprador ficará completamente liberado, se a coisa transportada não chegar às suas mãos.

4. Foi a preocupação com os riscos e perigos do transporte por mar, sobretudo ao tempo da navegação veleira, morosa e insegura, que levou as partes à adoção dessas cláusulas. Por meio delas, definiam-se as recíprocas obrigações dos contraentes, quanto à perda ou deterioração das mercadorias em viagem. Pelo fato do transporte ficar a cargo do vendedor e, também, de assumir êle todos os riscos e perigos a que a coisa ficava exposta, da conjugação destes elementos, a doutrina tirou a denominação genérica de *vendas marítimas* (12). Dentro deste conceito cabem quatro sub-espécies, perfeitamente diferenciadas, a saber: a) venda por navio designado; b) venda no embarque; c) venda CAF ou CIF; d) venda FOB. Os traços diferenciais nem sempre são muito precisos, dada a variedade imensa de cláusulas, que os interessados costumam aditar, tendo em vista os casos concretos. Por isso, é difícil na prática observar-se rigorosamente essa classificação, o que levou escritores como CHAUVEAU (13) a sugerirem a sua supressão. Entretanto, essas quatro figuras são tidas, uniformemente, como sub-espécies das vendas marítimas, qualificativo que a todas cabe, a despeito de tais ou quais dissemelhanças (14).

10) Agente terrestre do comércio marítimo, a que o Cod. Com. faz repetida menção (arts. 527, 528 e outros).

11) Da Compra e Venda, ns. 81 e segts.

12) RAMELLA, La Vendita, n. 277; MENÉNDEZ, La Venta Cif., pág. 4; SALANDRA, Contratti Commerciali, vol. I, pgs. 163 e segts.

13) Traité Théorique et Pratique des Ventes Maritimes, ns. 83 a 104.

14) HEEN, Vente et Commerce Maritime, pág. 7; LIPENS, La Vente en Droit Belge, n. 1.549.

Ao que parece, as quatro formas de venda de praça à praça, acima referidas, teriam surgido no tempo na mesma ordem em que foram apontadas, todas, afinal, como particulares aplicações de normas mais gerais do contrato padrão, a compra e venda. Não foi senão para adaptá-lo às novas condições, em que o comércio entre praças distantes estava sendo realizado, que se conceberam as cláusulas identificadoras dessas várias sub-espécies. Por conseguinte, tudo se reconduz àquela matriz.

Ora, é por demais sabido ser a compra e venda a operação primaz e básica do comércio, ou, como professava Inglês de Souza, o "fundamento dêle, porque, em rigor, todo ato de comércio resolve-se numa compra e venda". Era natural, portanto, que se adaptasse ela às peculiares exigências das vendas de praça à praça. Nos primeiros tempos, o adquirente de mercadoria a viajar tinha de sujeitar-se a recebê-la se e quando chegasse ao destino. Condição esta que não lhe era nada favorável, porquanto a incerteza em que ficava impedia-o de revendê-la, perdendo muitas vezes ótimos negócios. Para o vendedor, de sua parte, era difícil garantir a entrega da coisa no lugar e tempo devidos, tantos e tão freqüentes eram os acidentes a que estava exposta a navegação à vela, na época (frágil, de pequena capacidade, insegura e morosa). Nenhuma previsão fundada era possível sobre o êxito das viagens, pelo que o vendedor não podia, sem grave risco, assegurar data certa de entrega. Disso advinham sérios inconvenientes para as duas partes: ao vendedor, interessava reputar a venda firme e perfeita, desde a celebração do contrato, mas continuava a responder pela deterioração ou perda da mercadoria até que chegasse ao destino, além de, em se perdendo, continuar obrigado; o comprador, quanto à tradição efetiva, ficava na dependência da lealdade do vendedor. Este não só tinha o arbítrio da data do embarque e, abstração feita de embarcos reais, a possibilidade de escolher o momento que lhe parecesse mais oportuno, inclusive especulando na alta ou na baixa. Estava de certo modo a seu alvêdrio apressar ou retardar o embarque, ou até ocultá-lo (se já feito), na perspectiva de alcançar melhor preço, vendendo a outrem e não entregando a mercadoria ao primitivo comprador. Não era, aliás, improvável que o vendedor (para retardar a entrega, de acordo com suas conveniências ocasionais) dissimulasse noutro carregamento de gêneros da mesma natureza, porventura danificado ou perdido, o que se destinaria ao comprador. Com semelhantes estratégias, não era muito difícil o vendedor procrastinar indefinidamente, segundo seu exclusivo bem-querer, a execução do contrato.

Ante tão acentuado conflito de interesses, urgia achar modo de resolvê-lo harmônicamente. Foi o que se fez através do instru-

mento jurídico conhecido sob o nome de *vendas marítimas* (15), e pelas quatro modalidades que pode tomar. Primeiramente, aparece a *venda por navio designado*, ou a *designar* dentro de certo prazo, forma, de resto, condizente com a navegação veleira. Nessa espécie, a responsabilidade do vendedor continuava inalterada. O comprador, no entanto, tinha a vantagem de conhecer previamente a embarcação transportadora, calculando, presumidamente, a data da chegada da mercadoria, esta já especificada, desde o seu embarque. Nas condições em que aquele tipo de navegação se realizava, muito importava conhecer não só o navio, como também seu comandante, dados êstes que facilitavam ajuizar da maior ou menor presteza e segurança das viagens. Mais tarde, porém, com os barcos a vapor, cada vez maiores, mais velozes e mais seguros, implantam-se as linhas regulares, o que vai fazendo decair a forma de venda por navio designado. Já o vendedor pode remeter a mercadoria por qualquer navio de sua escolha, sempre que êste possa levá-la ao destino no tempo apazado com o comprador.

Tanto a venda por navio designado, como a por navio a designar, são vendas no desembarque, isto é, no pôrto do destinatário, pois que aí é onde se opera a entrega efetiva. São múltiplos e graves os inconvenientes que apresentam: Primeiro, porque o vendedor permanece vinculado ao contrato, em maior ou menor extensão, segundo a estipulação contratual tenha a coisa vendida como já especificada antes de sua chegada ao destino. Na hipótese inversa e por se tratar de gênero, corre o risco de perdê-la, total ou parcialmente, durante o transporte. Segundo, neste último caso, o vendedor, além da perda da coisa, estará sujeito a repô-la ao comprador ou ressarcir-lhe as perdas e danos conseqüentes. Em relação ao comprador, são também apreciáveis as desvantagens dessas duas modalidades de venda: primeiro, porque, se por acôrdo prévio das partes, a venda foi tida como de coisa certa em espécie, suporta êle os riscos e perigos da viagem, com a agravante de ser devedor do preço; segundo, porque nunca podendo ter certeza de quando entraria na posse efetiva da mercadoria, ficava sem grande possibilidade de revendê-la, perdendo, não raro, um mercado favorável.

Essas e muitas outras razões mais levaram os comerciantes a procurar novas formas, mais evoluídas, que os resguardassem desses transtornos, tão prejudiciais à livre e segura expansão do comércio de ultramar. A providência era imperiosa, pois que, com a revitalização desse comércio, após a guerra franco-prussiana de 1870, tôda a Europa procurava novos mercados para a sua crescente in-

dústria transformadora. Foi, então, mais ou menos por essa época, que surgiu a nova modalidade, que se diz *venda Caf* ou *venda Cif*, siglas formadas pelas palavras custo, frete e seguro (*cout, fret et assurance*), em francês, ou (*cust, insurance and freight*) na língua inglesa.

A inserção dessa sigla, pela qual se imprime efeito especial ao contrato de compra e venda, significa que, no preço global da coisa vendida, está abrangido o seu custo propriamente dito; neste ficam incluídas as despesas de carreto até o pôrto de embarque, o frete e o prêmio de seguro. A operação, pelo que concerne ao vendedor, se consuma no lugar do embarque; e, a partir dêste, a mercadoria viaja por conta e risco do comprador. Daqui, ser bastante diferenciada das duas formas precedentes. O único traço que as aproxima é serem tôdas as três vendas de coisa genérica. Mas, quanto a êste ponto, na Caf ou Cif, a coisa apesar de inicialmente genérica, torna-se, ao depois, especificada e perfeitamente identificada pelo conhecimento de embarque, cujas enunciações neste sentido servem a tal fim, precisamente nesse comércio internacional, através das chamadas "marcas de exportação" (16).

Por virtude da referida cláusula Cif ou Caf, aposta ao contrato comum de compra e venda, cria-se, para o vendedor, a obrigação colateral de contratar o transporte e o seguro, em nome e no interesse do comprador. Êsses dois atos se concluem no pôrto de embarque, onde, também, e normalmente, se exaurem as recíprocas obrigações das duas partes. Em regra, e pelo que lhes toca, ficam mutuamente liberadas desde então, até porque, de ordinário, a soma total, devida pelo comprador ao vendedor, é por êste recebida de estabelecimento bancário, à vista dos documentos de estilo (fatura comercial, certificado de qualidade ou sanidade, conhecimento de transporte e apólice de seguro). Todos êsses documentos têm, no caso, uma dupla função: servem de garantia ao banco que antecipar o pagamento pelo comprador; servem, por outro lado, a êste último, eis que, não só lhe facilitam negociar a mercadoria, ainda viajando (17), como o habilitam legalmente para agir contra a seguradora ou a transportadora, segundo caiba a uma ou outra indenizá-lo, por dano ou perda da mercadoria.

Paralelamente a essa terceira modalidade de venda de praça à praça, apareceu uma quarta, que, segundo opinam renomados tratadistas, se deve à prática comercial inglesa. A semelhança da Cif, forma-se pela frase inglesa — *free on bord* —, que se costuma traduzir para o vernáculo por "*franco a bordo* ou *posto a bordo*", e

15) RIPERT, *Droit Maritime*, vol. II, n. 1.853.

16) VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. III, n. 907.

17) SCHEGGI, *I Titoli di Tradizione del Commercio Marittimo*.

se exprime, igualmente, pela sigla FOB. Na conjunção destas três palavras, sintetizadas pela sigla, indica-se competir ao vendedor entregar a mercadoria a bordo do navio, que deve transportá-la ao ponto de destino. Diferencia-se da precedente, porque o preço de venda abarca, unicamente, o custo próprio da mercadoria e as despesas até o lugar de embarque, sendo de conta do comprador contratar o frete e o seguro, encargo este que não faz parte do contrato. O que aproxima a Cif da Fob é tão somente terem ambas como lugar de cumprimento o em que a coisa vendida deve ser embarcada (18). No mais, se distinguem radicalmente, até porque, enquanto a venda Cif continua a ser a que tem por objeto coisa a viajar por mar, a venda Fob, ao revés, já de longa data, é aplicada, indiferentemente, a quaisquer espécies, que hajam de ser transportadas por ferrovia ou rodovia.

Ambas essas modalidades de compra e venda, sendo frutos exclusivos da prática mercantil, têm escassa regulamentação no direito positivo dos vários países, embora sejam nestes conhecidas e largamente usadas. Isto se explica, ademais, por entender-se que as mesmas têm origem e vivência no tráfico mercantil internacional. Em última análise, derivam imediatamente do consenso das partes, pelo que, ao livre aprazimento destas, fica consentida a inserção das mais variadas e estranhas cláusulas. Dai que apresentem, não raro, de um caso para outro, sensíveis diferenças, de onde ser quase impossível reduzi-las a esquemas rígidos. Assim, e tomando-as em conjunto, enquadram-se umas no conceito genérico de venda Cif, e outras no de venda Fob, isto unicamente para elencar as diferentes figuras em dois grupos apenas.

5. O desenvolvimento constante e progressivo do comércio entre praças distantes e separadas pelo mar, fez dêste a via preferida para o trânsito dos bens alimentadores das trocas. Inversamente, o transporte por terra tardou muito para assumir importância, eis que, seja pela rudimentariedade dos caminhos, seja pela precariedade dos meios de condução da carga, esta tinha de ser feita em escala muito reduzida e sujeita, talvez, a maiores percalços do que conduzida por mar. Dai serem as embarcações, com os sucessivos aperfeiçoamentos por que passaram, as que melhor serviram às crescentes exigências do comércio internacional.

Entretanto, também essas embarcações veleiras se ressentiam de graves falhas, já porque mui frágeis, já porque eram morosas. Por outro lado, esse mesmo comércio, durante vários séculos, teve por objeto uns poucos artigos de procura não essencial (especiarias

e objetos de luxo). Para negociá-los, pois, o vendedor tinha de ir ao encontro do comprador, facilitando ao máximo a operação. Esta recaía sobre coisa só genericamente determinada e a ser entregue no lugar em que estava o comprador. Consequentemente, todos os riscos e perigos que afetassem a coisa, até sua chegada ao pôrto do destino, ficavam a cargo exclusivo do vendedor. Esta situação só se modificaria muito mais tarde, quando a navegação regular a vapor veio não somente possibilitar maior volume físico de carga, senão também oferecer maior presteza e segurança na condução desta.

Paralelamente, o surto do industrialismo começou a precisar, cada vez mais, de matérias primas, a serem importadas de ultramar, ao mesmo passo que necessitava conquistar novos mercados, onde colocar sua crescente e diversificada produção fabril. De sua parte, uma sociedade em civilização ascendente aumentava, quantitativa e qualitativamente, seu consumo, exigindo, cada dia, maiores e mais diversificadas utilidades. Crescia, pois, a lista de bens desejáveis, tanto num sentido como noutro, dos dois extremos geográficos do escambo de praça à praça. Todavia, as particularidades dêste não se compadeciam muito bem com as regras clássicas do contrato de compra e venda. Urgia, portanto, adequá-lo à nova realidade fática. A este resultado se chegou através de cláusulas adjetas àquele contrato, por via das quais se procurava atender às variadas hipóteses ocorrentes. Isto se deve, uma vez mais, ao espírito criador dos homens afeitos à mercancia, dotados quase sempre de atilada percepção, para os problemas que lhes dizem respeito. Mercê de tal arranjo, lograram harmonizar as regras fundamentais do contrato de compra e venda com as novas exigências desse comércio. Nas suas sucessivas e diferente fases, predominou a compra e venda de coisa só genericamente determinada e a entregar ao destinatário. Todos os riscos e perigos da viagem eram suportados exclusivamente pelo vendedor, que ficava ainda sujeito à reparação de perdas e danos, pela não entrega (19).

Essa consequência tinha explicação, como esclareceu RAMEL-LA (20), no fato de tratar-se de venda de *genus*, pelo que a obrigação do vendedor se não pode dizer satisfeita senão após efetiva entrega da coisa ao respectivo comprador. Sobre serem consequências assaz danosas para uma das partes, são, por outro lado, desvantajosas para ambas. Pois o comprador corre a álea da viagem, de cujo êxito depende, além de ficar exposto às possíveis manobras

18) CARO, Tratado de las Ventas Maritimas, vol. II, ns. 974 e 976.

19) LEON — CAEN et RENAULT, *Traité du Droit Commercial*, vol. III, n. 178.

20) La Vendita nel Moderno Diritto, vol. II, n. 278.

do vendedor. Isso tudo, e também o fato do intercâmbio expandir-se cada vez mais, fez sentida a conveniência de formas contratuais, que melhor e com maior precisão definissem os direitos e obrigações das duas partes. Foi nessa altura, e com êsse declarado escôpo, que surgiram aquelas duas modalidades — venda Cif e venda Fob —, que viriam absorver, como de feito absorveram quase completamente as formas anteriores, isto é, venda por navio designado e venda sobre embarque.

Debaixo dessas siglas — Cif e Fob —, sob as quais são mundialmente conhecidas, têm-se espécies de compra e venda pura e simples, que operam a tradição da coisa no local do seu embarque. A cláusula Cif, pelo entendimento comum, significa que a fatura comercial, na soma enunciada, engloba o preço da mercadoria, as despesas de frete e o prêmio de seguro, formando estes três elementos o valor total da operação. A cláusula Fob, por seu turno, consignava simplesmente o preço da mercadoria, posta a bordo ou no costado do navio, compreendendo além do custo real dela, tão só as eventuais despesas de carreto até o pôrto de embarque. São espécies do grupo maior das *vendas de praça à praça*, que receberam, porém, o nome de *vendas marítimas*. Êste apelido lhes vem pelo fato de versarem sobre coisas que devem ser transportadas por mar. Por causa, então, dos riscos e perigos a que ficam expostas durante a viagem, de cujos efeitos os contraentes querem subtrair-se, inventaram-se aquelas cláusulas. Com isso, as obrigações derivadas do contrato de compra e venda recebem aqui alguns desvios ou temperamentos, para coadunarem-se com as peculiaridades ocorrentes. No fundo, entretanto, tudo se reconduz à categoria padrão — a compra e venda tradicional —, de que as pseudas figuras tiram o seu fundamento. Aliás, o transporte por via marítima entra, no caso, como simples meio de execução do contrato (21). Não tem, por conseguinte, o poder mirífico de criar *ex novo* uma categoria essencialmente distinta, que, por inteiramente dominada pelas normas do direito da navegação, só assim, por tal motivo, se ajustaria corretamente à qualificação — *marítima* —. Salta aos olhos, pois, a impriedade desta adjetivação, uma vez que, sendo o transporte mero acessório, simples adição incidental, é demasia fazê-lo absorver o contrato principal, infringindo conhecida regra de técnica jurídica. Por tudo isso, concluimos por admitir que a suposta venda marítima outra coisa não é que a compra e venda clássica, realizada entre praças diversas em que, por esta circunstância, a mercadoria tem

de viajar. E, dado dever viajar pela via marítima, ficando exposta aos riscos e perigos do transporte, adotam-se, para êste efeito, cláusulas especiais. Tudo gira, porém, em torno do contrato padrão de compra e venda, a que se reconduz a inculcada venda marítima. É, enfim, nesse contrato, na ínsita consensualidade dêle, que os interessados vão encontrar apoio para tais avenças, destinadas ao limitado escôpo de acomodar aquêle contrato às particularidades da venda à distância.

6. Em face dessas considerações e muitas outras mais, que poderíamos aduzir, afigura-se-nos um tanto imprópria a denominação dada a tais vendas, embora saibamos que foi lançada e é vulgarizada por numerosa e abalizada corrente doutrinária. Não ignoramos, igualmente, que a denominação fez carreira e se tornou corrente entre os práticos, aos quais, de resto, se credita o arranjo contratual, que os teóricos alçaram à categoria autônoma, dentro do amplo quadro dos negócios jurídicos. Apesar disso, recusamo-nos a aceitá-la, porque a justificativa que se dá nos parece insatisfatória. Não atinamos no que o direito da navegação deva reger a matéria em virtude de não concorrerem nesta, senão escassamente, aqueles elementos que constituem suporte fático do direito marítimo e justificam, portanto, a sua autonomia científica. Mesmo aceitando-se que êsse direito regula não só o transporte comercial de mercadorias, mas tôdas as operações que o comércio por mar ocasiona — conforme sustentam RIPERT e outros (22); mesmo assim achamos difícil que caiba bem à venda de mercadorias por viajar a expressão venda marítima.

Reconhecendo embora que o vasto complexo de elementos, que caracteriza o apregoado “particularismo” do direito marítimo, tem suficiente amplitude para abarcar a espécie em estudo; embora reconheçamos isso, mesmo assim não aceitamos a inclusão dela no plano dêsse direito. Temos para nós que só a natureza íntima da coisa pode justificar a sua sujeição à determinada disciplina, atendendo-se, *quantum satis*, à especialidade de seu objeto. Só assim, nestas precisas condições, é lícito colocá-la sob o âmbito dêste ou daquele ramo de direito. E mais, só quando, numa dada realidade social, confluem todos os pressupostos integrantes de uma categoria jurídica acabada, só então, ter-se-á uma nova figura, a reclamar o seu regramento peculiar. Nada disso se passa com as cognominadas vendas marítimas, eis que, no fundo, não diferem minimamente, daquelas vendas comuns, que se concluem entre praças diversas, ten-

21) BONNECASE, *Traité de Droit Maritime*, n. 33; ASCARELLI, *Panorama do Direito Comercial*, pgs. 86 e 87; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, ed. 1945, vol. III, pág. 18; HUGO SIMAS, *Direito Marítimo Brasileiro*, n. 117.

22) *Droit Maritime*, vol. II, n. 1.583, PIPIA, *Trattato di Diritto Marittimo*, 2ª ed. vol. I, n. 1.

do por objeto mercadorias a serem enviadas (por via marítima ou terrestre) ao comprador. Nessa classe de vendas, o transporte entra em jogo e é, por vezes, adicionado ao contrato principal, como pacto adjecto. Também aqui, há possibilidade de riscos e perigos, maiores ou menores, cujas conseqüências danosas podem alcançar um e outro dos figurantes. O fato dêstes regularem diferentemente sobre como e qual dêles suportará tais eventos, êste fato não é de si só bastante para fazer de semelhante cláusula adicional uma categoria distinta.

Tão pouco, os maiores perigos e riscos, a que, no passado, estava exposto o transporte por água, e, ainda, talvez o esteja em nossos dias, nem tais prováveis ocorrências justificam o nome dado a essas operações. A verdade verdadeira é que, com os sucessivos e constantes progressos que a navegação tem feito, já agora, graças à sua sempre maior rapidez e segurança, quase infundados se tornam os receios, que foram a causa de tais avenças. A evolução experimentada pela indústria naval, cujo espantoso progresso técnico e econômico continua em marcha, foi tomando, senão desnecessárias, ao menos mais singelas e seguras, as medidas cautelares dos direitos de ambos os contraentes. O conflito de interesse dêstes, cada qual, a seu modo, procurando assegurar-se contra aquelas eventualidades, encontrou meio de harmonizar-se dentro dos princípios ministrados pelo direito privado terrestre.

Ora, se no plano dêste direito as partes encontram plena e completa resposta para suas peculiares exigências; se no quadro de suas instituições há lugar adequado para aquilo que se convencionou chamar venda marítima, por que subtraí-lo ao seu império? A colocação do assunto sob o domínio do direito marítimo teria cabida, se êste assunto, por sua própria essência e natureza, pertencesse àquela gama de fatos e atos que forma o objeto típico dêsse mesmo direito. Isto, no entanto, após cumpridamente apurado e verificado, para, somente então, dar-se por justificada a qualificação.

A tal respeito, sérias e fundadas dúvidas nos assaltam, em que pesem o saber e a autoridade dos partidários da teoria adversa. E a razão de nossa divergência está em que, relativamente à chamada venda marítima, só mui pouco há daquele conjunto de fatores que, na formação histórica e científica do direito marítimo, concorreram para imprimir-lhe característica especial. Como arguta e doutamente ensinam os versados (23), um complexo de fatores econômicos, sociais e técnicos, surgidos no decurso de longa evolução, e que, ao mesmo tempo, apresentavam características pecu-

liares, sem imediata correspondência com os que serviram à formação do direito terrestre, impôs a criação do direito marítimo. Foi, portanto, a especificidade da matéria que levou à bipartição do direito comercial, em dois ramos à parte. Cada qual tendo, porém, o seu núcleo privativo, que se compõe de instituições típicas, atinentes às três ordens da divisão clássica, a saber: *pessoas, coisas e obrigações*.

Consoante êsse critério lógico, que é, de resto, aplicado pelos que afirmam a autonomia científica do direito marítimo, a êste competiria ditar as regras disciplinadoras daquelas três ordens de instituições, em tudo quanto fôsse pertinente à navegação. De tal jeito, ficariam situados no plano obrigacional todos os negócios jurídicos, gerados no ou para o tráfico marítimo. Seriam unicamente fatos jurídicos da órbita do direito marítimo, tão só e exclusivamente, aqueles que emanam da indústria da navegação e nela ou por ela vivem. Ora, se tais condições inexistem na inculcada venda marítima, esta refoge completamente ao seu regramento.

Na realidade, o de que se cuida é, simplesmente, de intercâmbio de praça à praça, no qual o transporte por mar entra apenas como meio executório instrumental. Para fazer chegar a mercadoria ao destino, o vendedor serve-se dêsse meio, que tanto pode ser o navio, como qualquer outro veículo (caminhão, ferrovia ou aeronave), segundo a natureza da via, por que se fará o trânsito. Faça-se, por mar, por terra ou pelo ar, o transporte é sempre, conceitual e estruturalmente, o mesmo; a mesma é a função que desempenha no contrato de compra dessa espécie. As obrigações fundamentais dos participantes seriam sempre as mesmas. A posição normal dêles, quanto aos riscos e perigos do transporte, seria em todos os casos idêntica, uniformemente definida pelo direito regulador do contrato, que é direito privado comum.

Fica patente que, em tôdas as hipóteses figuradas, o transporte representa simples meio executório da expedição, com que se faz a coisa chegar ao poder do adquirente. De onde poder-se-ia dizer até, quicá sem incorrer em maior erro, que essa providência complementar não chega a ser, se olhada em relação ao vendedor, um genuíno negócio jurídico, sendo antes, e pelo contrário, mero *fato*. E isto porque o embarcador verdadeiro é o comprador, a cujo nome e por conta do qual o transporte é contratado com a empresa condutora.

Aliás, insuspeitamente e com a máxima autoridade, discorre RIPERT (24): "O estudo das vendas marítimas não entra senão *parcialmente* no direito marítimo. Tais contratos obedecem às re-

23) SCIALOJA, Sistema del Derecho de la Navegación, n. 2; FARINA, Derecho Comercial Marítimo, vol. I, pg. 21.

24) Droit Maritime, vol. II, ns. 1.853 e 1.855.

gras gerais que governam as vendas a entregar e engendram entre as partes relações regidas pelos princípios do direito civil e do direito comercial, notadamente quanto à obrigação do vendedor de entregar as mercadorias conforme ao contrato e à obrigação do comprador de pagar o preço. O transporte das mercadorias é simplesmente o meio de executar a obrigação de entregar, que está a cargo do expedidor devedor. A esta obrigação é preciso aplicar as regras do direito civil ou do direito comercial". Se tudo isso é verdade incontestável, como assevera aquele insigne jurista, com os aplausos de mais outros, de igual estatura intelectual (25), como, então, apelar para o direito da navegação, para fazer d'este a *sedes materiae*? O simples fato, meramente accidental, de fazer-se o transporte por mar e não por terra, terá força bastante para justificar a denominação? Que esta tenha sido criada e divulgada pelos mercadores, compreende-se facilmente, já que não se lhes pode exigir nenhum rigor terminológico. Explica-se que os negociantes, à míngua de melhor expressão, tenham assim batizado a compra e venda, aditada de cláusulas especiais, reguladoras dos direitos e obrigações dos contraentes. Vista por esse prisma, a denominação até que é engenhosa, e faz honra aos seus inventores, quando mais não seja, pelo mérito de traduzir de modo prático e abreviadamente o conjunto daquelas cláusulas.

Nesse sentido e sob esse aspecto, é aceitável, como indicativa da compra e venda comum, tendo por objeto mercadoria a ser expedida e que, pela consideração do transporte, na perspectiva dos riscos a que a coisa fica exposta, são adotadas cláusulas especiais. Com esse entendimento, a espécie em estudo não é senão um caso a mais, dentre tantos outros, com que a fertilidade dos usos e costumes comerciais tem contribuído para a expansão do direito mercantil. No fundo, porém, tudo se reconduz ao contrato padrão de compra e venda, a que está indissolúvelmente ligada a pretensa venda marítima. A única singularidade que apresenta consiste na inserção, naquele contrato, de certas cláusulas, de sorte a acomodá-lo a tais ou quais circunstâncias particulares, em função, concretamente, dos recíprocos interesses das partes. Mas, mesmo sob este limitado alcance, é sempre ao direito terrestre (civil ou comercial), que se há-de buscar arrimo para tais avenças, e não no direito marítimo. Naquêle e não neste estão definidas as obrigações dos figurantes; e,

25) GAUBERT, *Des Ventes Maritimes*, ns. 264 e 265; WINKELMOLEN, *Les Principes de la Vente Cif*, n. 1; MORELLES, *La Venta Cif*, n. 3; BELLOT, *Traité Théorique et Pratique de la Vente Caf*, ns. 6 e 11; CAIRO, *Obr. cit.* n. 937; MENÉNDEZ, *Obr. cit.* n. 17.

nos limites por êle consentidos, êstes podem regular de maneira toda especial as suas mútuas obrigações (26).

7. O grande comércio, sobretudo o comércio internacional, se fez preferentemente pelo mar, não só pelas naturais dificuldades das comunicações terrestres, senão também pela rudimentariedade dos meios nelas empregados (27). Sendo, porém, necessário vencer distâncias imensas, que separavam as várias regiões entre as quais o tráfico se desenvolvia, foi mister criar e utilizar o transporte marítimo (28). No confronto com todos os outros meios, já nas suas origens e nos séculos posteriores, se revelou o mais expedito e o mais capacitado para a condução de volume cada vez maior de carga. Esta foi também crescendo, na medida em que mais se expandiam as trocas, que, durante muito tempo, se resumiam, como já foi lembrado páginas atrás, a uns poucos artigos de luxo e algumas especiarias. Por não serem bens de consumo obrigatório, eram de limitada demanda, somente interessando às classes abastadas. Em vista disso, o vendedor tinha de estimular a demanda, proporcionando as maiores facilidades ao comprador, indo diretamente ao seu encontro, no mercado consumidor.

Para a consecução desse desiderato, o favorecido, de certo modo, atendeu a natureza das coisas constituintes de seu comércio: eram, geralmente, de pequeno volume físico e diminuto peso, exprimindo, todavia, valor pecuniário elevado (29). Por outro lado, a grande margem de lucro deixada ao mercador dava suficiente cobertura para eventuais prejuízos, decorrentes dos azares do transporte por mar. Podia êle, por conseguinte, tomá-los inteiramente a seu cargo. A distância, de onde provinham as mercadorias, não contava

26) O caráter eminentemente dispositivo que revestem os preceitos legais que regem a compra e venda possibilita essas avenças, que expressam, afinal, mera aplicação particular da autonomia de vontade dos contraentes. Isso deriva, aliás, da predominante consensualidade daquele contrato, que enseja assim as mais variadas combinações, ao sabor do interesse dos figurantes.

27) Outrora — lembrou BOCCARDO — «outrora o homem não sabia como vencer as distâncias senão a pé; encontrou poderoso auxílio com os animais domesticados. A necessidade do transporte, quando foi satisfeita pelo cavalo domesticado, o foi em proporção muito maior da que havia sido, enquanto o homem se viu obrigado a ser ao mesmo tempo motor e a coisa transportada... Depois se inteirou que havia na Natureza energias maiores, forças mais incansáveis que as do cavalo, do boi e do camelo...» (*Historia del Comercio*, pag. 400).

28) PIPPIA, *Diritto Marittimo*, vol. I, introd. n. XIII.

29) BONFANTE, *Obr. cit.* vol. I, pag. 9; DAY, *Obr. cit.* vol. I, ns. 88 e segts.

no caso, pois a venda delas se fazia entre presentes e à vista da própria coisa vendida. A operação se concluía, assim, sem o mais mínimo interregno de tempo, isto é, instantaneamente, como se dá nos dias de hoje no comércio a retalho, principalmente. Inexistia, portanto, qualquer problema relacionado com os riscos e perigos do transporte, já que a deterioração ou perda da coisa era suportada inteiramente pelo vendedor. Também o comprador, por seu turno, ficava, quanto ao recebimento da coisa, na dependência das naturais incertezas, que cercavam a navegação desses tempos. Dai que, somente muito tarde, mercê do progresso dos meios de comunicação epistolar e telegráfica, se tornou possível a compra e venda de praça à praça, tendo, ademais, por objeto coisa indicada genericamente e a ser expedida pelo vendedor.

No dizer de BELLOT (30), era natural que, numa época em que os países de ultramar somente podiam oferecer à Europa, vivendo em economia fechada, alguns produtos de luxo, correspondesse uma forma de venda na qual a fortuna do mar ficasse a cargo do vendedor. Este vem propôr à Europa produtos de que ela não tem nenhuma necessidade urgente. O comprador os aceitará, se estiver seguro de encontrar vantagem no contrato e, em conseqüência, não tomar parte nos riscos da aventura marítima. Esta, realizável, então, por veleiros frágeis e morosos, não oferecia a menor segurança de chegar a bom termo. Certamente, mais tarde, com o aparecimento e aperfeiçoamento das embarcações a vapor; com a criação e difusão de linhas regulares de navegação; com o progresso econômico e social; com tudo isso conjugado cresceu em volume e valor esse comércio ultramarino. A Europa e algumas nações da América tornaram-se, concomitantemente, exportadoras e importadoras. As compras e vendas entre praças diversas expandiram-se enormemente; e, nelas, foram cada vez mais diversificadas e numerosas as mercadorias, que deviam ser expedidas de um lugar para outro. Embora já bastante melhoradas as condições do tráfico marítimo, ainda assim, o vendedor e o comprador, cada um por seu lado, procuravam prevenir-se contra os riscos.

Sucedem que, estando no interesse de um que a operação seja desde logo definitiva e irrevogável; e, se possível, lhe permita embolsar o preço de contado, ao outro muito convém ter pronta disponibilidade da coisa, de molde a poder revendê-la, mesmo ainda viajando. A conciliação desse jogo de interesses vai alcançar-se através das várias formas de venda à distância (n. 4 *retro*), todas se reconduzindo, no entanto, à unidade substancial do contrato padrão, a despeito de encerrarem prestações acessórias de conteúdo

30) Obr. cit. n. 1.

diferente não raro deduzidas de outros contratos nominados. (31). A essa classificação não fogem nem mesmo as duas modalidades, surgidas muito depois, — venda Cif e venda Fob —, eis que as prestações acessórias que encerram (carreto, frete e seguro) cabem perfeitamente na amplitude da compra e venda comum, sempre, é óbvio, como adições convencionais. De resto, e pelo que toca ao transporte, este é elemento material de execução da venda de praça à praça. Daí a importância que assume na venda Cif, a que, como um *plus*, se inclui o seguro, para cobertura dos riscos de viagem. O fato de deferir-se ao vendedor o encargo de contratar o transporte e o seguro pode, quando muito, significar simples acréscimo de suas obrigações primordiais, mas não chega a alterá-las substancialmente, a ponto de dar vida a uma nova e diferente categoria contratual (32). Por conseguinte, não seria inexato alinhar todas as formas conceituadas de vendas marítimas no amplo quadro das vendas de praça à praça. E, com esta visão, tratá-las como meras subespécies da compra e venda comercial de direito terrestre.

Aliás, a maioria das obras especializadas sobre o instituto da compra e venda de direito comum assim encaram o problema. Fazem-no, como natural e lógica desenvoltura do tema principal, que tem aquele contrato como básico e predominante. Em torno dele gravitam como dependentes todas as formas que, atendendo circunstâncias particulares, se conhecem com diferentes qualificativos. Esse critério se nos antolha fundado e plenamente justificado. Sobre ser mais racional, é, também, mais conforme ao princípio da economia, a que a técnica não pode ser estranha, que recomenda não fragmentar desnecessariamente os institutos de sentido e alcance inequívocos.

8. É inegável que, em se tratando de “compra e venda de mercadorias viajantes”, como a denomina CUNHA GONÇALVES (33), o transporte assumia especial relevância, seja como simples meio material de execução do contrato, seja pelo que possa influir nas obrigações dos contraentes. A vista disso, compreendendo-se com facilidade por que a praxe comercial concebeu cláusulas especiais que, apostas à compra e venda tradicional, lhe imprimi-

31) MENÉNDEZ, Obr. cit. n. 17.

32) Essas prestações, por estarem subordinadas ao fim principal, são por este absorvidas; não têm força para alterar-lhe a natureza, que se conserva intocada. Trata-se, conforme ensina ENNECERUS, de «contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie, sendo erro falar neste caso de contratos mistos».

33) Da Compra e Venda, n. 81.

ram, em certas hipóteses, feições algo singulares. O transporte tem aqui papel de relêvo, dado que tanto pode estar ligado ao contrato, como prestação subordinada de uma das partes, quanto pode ser apenas mero fato material, sem maior relevância. Nesta segunda hipótese, ainda assim, pode dar lugar a eventos danosos, que irão afetar um ou outro dos contratantes. Foram essas, sem dúvida, as razões das preditas cláusulas, inspiradas na necessidade de harmonizar as normas rígidas do contrato de compra e venda clássico com as novas exigências da vida comercial. Daí a origem e caráter nitidamente costumeiros delas, cujas transformações têm obedecido às mesmas injunções, apresentando-se com várias tonalidades, segundo reclamem as sempre renovadas imposições do tráfico mercantil. Urdidas à margem do direito positivo vigente em cada país, tais vendas não podiam figurar esquematicamente no quadro genérico e abstrato, em que os diferentes sistemas colocam a compra e venda tradicional. Nem era de exigir-se que uma instituição como a compra e venda, que remonta às fontes romanas e até hoje conserva as mesmas linhas, entresse uma nova, futura e diferente realidade, para lhe dar regulamentação explícita.

É natural que, tangidos por aquela aspiração de segurança, que só o direito pode dar, os interessados engendrassem as várias formas de venda de praça à praça, de onde, após sucessivos aperfeiçoamentos, se fixaram com maior atenção nas que receberam o nome de vendas marítimas. Mas, qualquer que seja a modalidade que revistam, todas tiveram a mesma inspiração e a mesma gênese. O fim a que estão preordenadas, de maneira mais ou menos clara, é definir os efeitos danosos que possam afetar a coisa vendida, durante o transporte, em face das obrigações derivadas do contrato de compra e venda. Por certo que a viagem por mar, sobretudo em longas distâncias, ofereceu e ainda oferece maiores probabilidades de eventos danosos, isto mais no passado, que nos dias atuais. Entretanto, presentemente, isto é, já nas últimas décadas, a situação é bem diferente. O surpreendente progresso a que atingiu a navegação mercante, hoje dotada de tais aperfeiçoamentos técnicos, que chega até, em alguns casos, dispensar boa parte da tripulação, minimizou grandemente aquele risco. Por outro lado, as diretrizes técnico-econômicas, sob que se implantaram e estão a executar-se os vários sistemas de transportes, cada vez mais os unifica em regularidade e eficiência. Daí que já não haja substancial diferença, do ponto de vista da condução de mercadorias, entre os vários meios. A constatação desse fato, temo-lo na prática, que vem sendo generalizada, de emprego das aludidas cláusulas Fob e Cif (esta, porém, com menos frequência) em contratos, que têm por objeto mercadorias a serem transportadas por outras vias.

Não custa, pois, a crer que a mesma evolução que levou à diferenciação sucessiva das diversas formas de vendas, essa mesma evolução, operada, agora, nos diferentes meios de transportes, acaba por fazer desaparecer a aparente legitimidade do colorido — *marítimo* —, dado às vendas em causa. Aliás, se é o fato material do deslocamento da coisa da posse do vendedor para a do comprador; se é este fato, em última análise, que motivou as várias formas de vendas de praça à praça. Em suma, se o transporte é o fulcro da questão, o seu progressivo aperfeiçoamento não pode, no caso, ser descurado. Assim, impende considerar que esse meio de comunicação tende, cada dia mais, a fazer-se com maior velocidade e maior segurança, qualquer que seja o veículo nele empregado. Dessa quase identidade de presteza e perfeição, resulta estarem grandemente atenuados, senão em máxima parte afastados, aqueles temores que outrora justificaram a adoção daquelas cláusulas, nas vendas de mercadorias a serem remetidas por via marítima. Nenhuma razão lógica, com efeito, obsta a que, utilizando-se o rico material que a prática mercantil produziu e a doutrina, propiciada pela jurisprudência, desenvolveu sob o plano teórico, que com esse precioso material se reelaborem os conceitos. Dentro desta perspectiva, e sempre levando em conta as prestações acessórias, relativas às despesas de frete, frete e prêmio de seguro, aglutinadas no contrato básico de compra e venda, poder-se-á construir a teoria geral. Nesta se compreenderão todas aquelas vendas de mercadorias a viajar, contempladas aqui pelas relações obrigacionais, que o fato do transporte (marítimo, terrestre e aéreo) venha produzir, a respeito de um e outro dos contraentes.

Esse tratamento unitário é perfeitamente possível e já tem sido, aliás, aventado por escritores de grande nomeada (34). Compece adequadamente com a evolução do comércio entre praças diversas, prestando-se muito bem para reunir todas as suas operações sob um denominador comum. Dessarte, e como um capítulo à parte, no título geral da compra e venda, assentariam as sub-espécies, nas quais o transporte assume especial relevância para os figurantes. Fortes e poderosas razões estão a sugerir essa solução, preconizada por eminentes autoridades na matéria, como deixam ver estas argutas considerações, expendidas por MENÉNDEZ (35):

34) MENÉNDEZ, Obr. cit. pág. 2; MORELLES, Obr. cit. n. 11; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IV, n. 285; HEENEN, *Vente et Commerce Maritime*, pág. 7.

35) *La Venta Cif*, pág. 3 e nota; LIMPENS, *La Vente en Droit Belge*, n. 1.547; HUGO SIMAS, *Direito Marítimo Brasileiro*, n. 117; CUNHA GONÇALVES, *Da Compra e Venda*, pág. 244; RIPERT, *Droit Maritime*, vol. II, n. 1.853; BONNECASE, *Droit Commercial Maritime*, n. 732; ASCARELLI, *Panorama do Direito Comercial*, pgs. 86 e 87; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, vol. III, pgs. 18 e 19.

“Parece conveniente agrupar o estudo especial das distintas classes de vendas com transporte debaixo de uma teoria geral das vendas de praça à praça, pois que assim permite contemplar mais adequadamente a problemática comum a todas elas”.

Disso adviriam vantagens apreciáveis. Por um lado, se abandonaria a impropriedade terminológica, com que são essas vendas rotuladas. Por outro lado, ganharia a ciência jurídica, enriquecida com uma teoria mais consentânea e mais lógica. Por último, os sistemas legislativos dos diferentes países tornavam direito interno, aquilo que ainda jaz, em máxima parte, na forma de costume internacional. Retornariam, ao cabo, ao quadro do direito comercial terrestre aquelas subespécies de compra e venda, dêle arbitrariamente afastadas. Sob o ângulo da técnica jurídica, por-se-ia fim ao artificialismo, que traduz o falso nome apostado àquelas operações, apesar dêste haver recebido a sagração dos doutos. Que esse nome fôsse criado pelos práticos e continue no seu linguajar, é explicável; mas que o tenham recebido com tanto afago os mestres conspícuos, é coisa de causar admiração!... Avulta a estranheza, porque, contrastando com tão fácil legitimação adotiva, por parte dos sábios, as convenções internacionais e quase todos os sistemas legislativos limitam-se a fixar o alcance das cláusulas Cif e Fob, nas diferentes modalidades possíveis. Abstêm-se, prudentemente, de avançar qualquer palavra, que possa significar compromisso com a denominação em voga (36). Neste sentido, é bem impressiva orientação seguida pelo Código Civil italiano, de 1942, que arrolou as várias modalidades sob a qualificação genérica de *venda com expedição*, em cujo conceito entram todas as que estejam vinculadas ao transporte, qualquer que seja este.

9. É por demais sabido ter o comércio surgido, a princípio, e assim se conservado por tempo que se não pode precisar, como um processo rudimentar de trocas entre povos diferentes, tendo, portanto, feição que poderíamos dizer internacional. Somente muito mais tarde, tornou-se interiorano, o que se explica por vários motivos, notadamente pelas naturais dificuldades do tráfico terrestre. Em razão disso, os lagos, rios e mares converteram-se prontamente em vias de trânsito preferidas, que, entretanto, para serem percorridas, exigiam grande audácia e não menor engenho. Audácia, no afrontar perigos e obstáculos imensos; engenho, no conceber e aperfeiçoar, sucessivamente, os veículos com que correr essa aventura. Eis como, em palavras singelas, nasceram a técnica e arte da nave-

gação, que se põem a serviço do homem, impulsionado pela atração que tem o desconhecido, e movido, também, pelo escôpo de ganho. Essa dupla motivação teria permanecido em estado puramente abstrato, não fôsse apoiada, como foi, pelos meios materiais adequados. Para tanto, puseram-se em prática empreendimentos importantes: implantou-se a construção naval; fêz-se o recrutamento e preparo do pessoal que haveria de dirigir as embarcações; concluíram-se variadas operações creditícias, para financiar os empreendimentos marítimos; celebraram-se inúmeros e diversificados negócios auxiliares, em íntima conexão com os precedentes, os chamados atos de comércio por conexão ou dependência, na mais ampla acepção. Tudo isso veio a formar uma massa homogênea de matérias que não tinham a mais mínima correspondência nas atividades econômicas desenvolvidas em terra.

Todavia, não foi apenas a diversidade intrínseca de fatos e atos pertinentes ao comércio marítimo, que provocou a bipartição do direito comercial, em direito comercial terrestre e direito comercial marítimo. Foi, igualmente, a localização geográfica do próprio comércio, onde predominou por largo tempo o tráfico internacional, quase que sem nenhum liame com o comércio terrestre (37), o que, por igual, contribuiu para o apregoado caráter internacionalista do direito da navegação (38). Assim, enquanto um dos ramos da atividade medianeira foi predominantemente local ou regional, o outro foi marcadamente internacional, ou, com mais precisão, ultramarino. Apoiado na navegação, fêz-se entre regiões diferentes e bem distanciadas, ensejando as diversas formas de compra e venda já mencionadas. A pressão de interesses econômicos estimulou decisivamente o surgimento de normas diretoras específicas, para aquelas multifárias relações, nascidas entre pessoas e destas para com as coisas. Tais relações surgiram como natural consequência da tipicidade dos fatos e atos, que as provocaram. De início, as preditas normas diretoras tiveram cunho nitidamente consuetudinário, guardadas oralmente, vindo depois converter-se em repositórios escritos, para, já numa fase mais evoluida, estabelecer noções e princípios.

O regramento jurídico de semelhante matéria impôs a criação da disciplina, que tomou o nome de direito marítimo, cujo campo de incidência se procurou determinar. Neste sentido, mais uma vez, foi a sagacidade dos jurisconsultos romanos que deu a solução. Segundo registra HUVELIN (39), a três ordens de fatos e relações foi estendido o domínio do direito marítimo: 1ª) o navio, co-

36) GIANNINI, *Le Convenzioni Internazionali di Diritto Maritimo*; RUBINO, *La Compravendita*.

37) RIPERT, *Obr. cit.* vol. I, n. 52.

38) ESCARRA, *Droit Commercial*, vol. II, n. 4.

39) *Droit Commercial Romain*, pág. 87.

mo meio pelo qual se possibilita o transporte por mar; 2ª) todos os atos jurídicos para aprêsto e equipamento das embarcações; 3ª) as responsabilidades contratuais e extracontratuais, emergentes da navegação (40). Na primeira, cabe tudo que diz com o navio, desde a sua construção até os mais atos jurídicos que o têm por objeto específico. No segundo grupo, entram o ajuste da tripulação, os diferentes contratos concluídos para aprestar, equipar, fretar e afretar o navio. No terceiro e último, se inclui aquela gama imensa de fatos e atos, expressivos da responsabilidade (contratual ou simplesmente legal), derivados da indústria da navegação, em sentido amplo.

Visto por êsse prisma, tem o direito marítimo objeto próprio e inconfundível. Teve-o, como o concebem os mestres romanos e continua tendo, no pensar dos maritimistas de nossos dias. Bem que bastante amplo êsse objeto, nêle não há como incluir as operações de compra e venda, de que vimos tratando. Não lhes pode assentar com exatidão o apelido de *vendas marítimas*, pelo só fato de estarem aglutinadas com o transporte. Neste ponto, afigura-se-nos irresponsável a objeção do douto e pranteado WALDEMAR FERREIRA (41): “Marítimo é só o transporte. O comércio, propriamente dito, não. Nem os contratos por que êle se entretece. O de compra e venda entre partes residentes em lugares ou países separados pelo mar, a despeito de exigir o transporte marítimo a fim de exequir-se, não perde sua natureza comercial”.

Realmente, quaisquer das modalidades de venda de praça à praça, tanto pela condição das pessoas nelas intervindas, quanto pela natureza da coisa sobre que versam, pertencem indubitavelmente ao comércio terrestre. Todas se reconduzem ao contrato clássico de compra e venda, qual o define e regula o direito do comércio de terra. Nada há nessas vendas que apresente aquela singularidade, característica da matéria de que se ocupa o direito da navegação. Faltam-lhes aquela intrínseca tipicidade, que leva os fenômenos produzidos pela indústria da navegação, a um daqueles três grupos de instituições, a saber: pessoas, coisas e obrigações. Em nenhum dêstes seria fundado colocar as aludidas vendas, que não diferem essencialmente da compra e venda de direito comum (civil ou comercial).

Negando-lhes, como lhes negamos, o incriminado qualificativo, temos que venda marítima só pode ser, unicamente, aquela

40) O conceito romanístico não difere em nada do que foi emitido pelo grande Scialoja e é seguido por sua escola. Substancialmente, conferem em número e caso.

41) *Instituições de Direito Comercial*, ed. 1945, pág. 18.

que tem por objeto coisa pertinente ao navio (casco, acessórios, pertrechos e pertences), ou, então, a que, embora não recaindo sobre coisas essencialmente navais, seja, no entanto e de modo principal, regulada pelo direito marítimo. Os casos são inúmeros, assim pelo nosso direito positivo, como também o de todos os povos. Pelo que nos diz, particularmente, são assaz elucidativos os casos de venda voluntária e coacta do navio, da carga (total ou parcialmente) e dos salvados. Todos êstes configuram hipóteses precisas de compra e venda, inteiramente disciplinada pelo direito marítimo (Cód. Com., arts. 468, 469-477, 515, 516, 531 e 773). Êsses sim, são todos casos que têm origem no direito marítimo privado e dêste recebem completa regulamentação. A colocação marítima lhes vem por uma dupla face, isto é, pela condição das pessoas nelas intervindas, e pela natureza da matéria. Concorrem, portanto, todos os requisitos que os atraem ao império do direito da navegação, fazendo dêles exemplares acabados e típicos, daquilo que se possa, com mais propriedade, denominar *vendas marítimas*.

Que tais operações venham a formar uma categoria especial, apesar de terem suas linhas mestras idênticas às do contrato padrão, explica-se e até justifica-se perfeitamente. Sob muitos aspectos elas se distinguem da compra e venda comum e apresentam facetas bem inconfundíveis. Reunem todos aqueles pressupostos que recomendaram a fragmentação do direito comercial em suas secções diferenciadas, para melhor atender à especialidade do assunto, que se reservou a uma e outra dessas secções. Observou-se, aqui, o método de técnica jurídica, já defendido pelos jurisperitos romanos, e por êles enunciado no conhecido axioma: *minima discrepantia facti, maxima discrimina juris*. . . Assim, e por êste critério, a venda de mercadorias a expedir só poderia constituir uma categoria verdadeiramente autônoma, se apresentasse, não meras nuances, mas reais e positivas singularidades, em comparação com a venda de direito comum. Só dessa maneira, seria lógico submetê-la ao império do direito marítimo, pois, como professou o sábio VIVANTE (42) . . . *ogni diversità sostanziale mutua un diritto in un diritto diverso, un'azione in un'azione diversa*”.

10. Resumindo as despretensiosas considerações até aqui expendidas, queremos apenas reafirmar um ponto de vista que, talvez completamente errado, traduz, no entanto, nossa firme e antiga orientação. Jamais ignoramos que a doutrina contrária é sufragada por uma tão compacta maioria, que, não seria exagêro, dizer-se quase unanimidade. Não desconhecemos, outrossim, que ela reu-

42) *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. III, pág. 440.

ne as figuras mais conhecidas e abalizadas nos domínios da matéria. De tudo isso temos ciência e consciência, mas, ainda, assim, preferimos acompanhar a corrente minoritária, que reputa, para nós com muito boas razões, algum tanto artificial a *trouvaille*, que vem a ser a venda marítima. Tôda a pompa ornamental, que lhe empresta uma vasta e brilhante literatura, não nos convence da realidade nua e crua a que, em verdade, se reduz. É tão só e unicamente o contrato de compra e venda entre praças separadas pelo mar. Para executá-lo faz-se mister o transporte hidroviário, transporte que, como tal, poderia ser, indiferentemente, pela via terrestre (ferrocarril ou rodoviária), ou, então, pela via aérea (aérovioário). Qualquer dêstes meios de transporte seria sempre mero acessório do contrato principal, máxime naquelas modalidades (venda Cif e venda Fob), em que os efeitos jurídicos dêle se fazem sentir exclusivamente sôbre o comprador.

A freqüência com que, em nossos dias, se está a fazer o transporte de carga pesada e volumosa, até mesmo por aeronaves, deixa ver que mar, terra e ar são meras vias de trânsito, que só mui incidentemente influem nas operações entre praças diversas. Neste intercâmbio, o espaço líquido, sólido ou gasoso, pelo qual transitam as mercadorias, é de todo em todo irrelevante, pelo menos no sentido de imprimir característica especial à compra e venda, que surge em terra e em terra se exaure. Aliás, nem é o mar, em si e por si, que motiva a inserção das cláusulas especiais, adjectas ao contrato de compra e venda de coisas a expedir. Nem é, por igual, o transporte por essa via que faz nascer uma nova figura contratual, porque, como justamente explicou BRUNETTI (43) “não é o transporte pela via náutica, que leva à criação de figuras jurídicas que, em relação ao comércio terrestre, constituam um *jus excepcional*”. É exclusivamente a prevenção contra os riscos do transporte que gera aquelas cláusulas, resumidas nas duas já apontadas siglas — CIF e FOB — É só o modo por que os contraentes regulam, nos casos concretos, os efeitos (para um ou outro dêles) dos mencionados riscos, que origina as supracitadas cláusulas. Isto, porém, sempre no âmbito do contrato comum de compra e venda (44).

De resto, na atualidade quase já não há, em face do progresso tecnológico, diferença substancial entre os vários sistemas de transporte; e até, sob certos aspectos, o valor do frete se equivale.

43) De Diritto Maritimo e della Navegazione, n. 1

44) TARTUFARI, La Vendita, n. 273; DEGNI, La Compravendita, ns. 43 e segts. DE MARTINI, Della Vendita Commerciale, pgs. 201 e segts. ASCARELLI, PANORAMA DO DIREITO COMERCIAL, pgs. 86 e 87; HUGO SIMAS, Direito Marítimo Brasileiro, n. 117.

Dadas estas razões, a posição de embarcadores e destinatários está praticamente igualada, havendo, por assim dizer, uniformidade quanto à probabilidade de eventos danosos. Daqui que o fato material do transporte seja encarado sem aquela especial atenção, que mereceu outrora. Por isso, sobram argumentos relevantes para os escritores que têm a pretensa venda marítima, como mera subespécie da compra e venda comum e, por conseguinte, alvitram encaixá-la nesta, a que efetivamente pertence. É assim é, com efeito, porque a mesma motivação, que se apresenta, para justificar as inculcadas vendas marítimas, serve também e é medida, para individualizar as várias vendas de mercadorias viajantes, como as denominou Cunha Gonçalves, reunindo tôdas sob um conceito único, assim exposto pelo laureado jurista luso (45): “Tôda a doutrina acima exposta a propósito de mercadoria viajante por mar ou rios, é aplicável às que viagem por terra, especialmente pela via férrea, ou pelo ar, em aeronaves (aviões, hidroaviões, dirigíveis), visto ser flagrante a analogia entre os três modos de as fazer viajar ou transportar”.

Nessa linha de pensamento, vem se formando autorizada doutrina que, tendo em vista o traço comum que une tôdas as vendas de mercadorias sob expedição, nas quais o transporte exerce a mesma função instrumental, propõe unificá-las debaixo de uma só e mesma conceituação (46). A tal resultado será fácil chegar, levando-se em conta o vasto e fecundo material já carregado pela própria doutrina da venda marítima. Isto virá, indiretamente, com tôda justiça, porém, exaltar-lhe a benemerência e estará, talvez, mais de acôrdo com a segura observação de PONTES DE MIRANDA (47): “A multiplicidade de figuras jurídicas não apaga o traço comum, fundamental, que as caracteriza”.

45) Da Compra e Venda, pág. 244; cf. RAMELLA, Obr. cit. n. 277; WINKELMOLEN, Obr. cit. n. 1.

46) MENÉNDEZ, Obr. cit. pág. 2; MORELLES, Obr. cit. n. 11; DE PAGE, Obr. cit. vol. IV, n. 285; BONNECASE, Obr. cit. 732; BELLOT, Obr. cit. n. 11; HEEN, Obr. cit. n. 9; CARO, Tratado de las Compra-Ventas Comerciales y Marítimas, vol. II, n. 937.

47) Tratado de Direito Privado, vol. XLIV, pag. 383.

TRABALHO E DESENVOLVIMENTO

(HOMENAGEM A UM MESTRE)

PROF. CARLOS ALBERTO BARATA SILVA (*)

Nos primeiros anos da década de sessenta e até sua investidura como Ministro do Pretório Excelso, o Professor Eloy José da Rocha, em sua cátedra na Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do RGS, preocupava-se, sobretudo, com os problemas do desenvolvimento e muito especialmente com as conseqüências que trariam no fato social — trabalho, nas relações jurídicas entre empregados e empregadores e, finalmente, no surgimento de novas condições de trabalho e correlata elaboração de novo ordenamento jurídico.

Suas aulas, no período mencionado, especialmente ao tratar da parte introdutória do Direito do Trabalho, tinham a marca de autênticas criações doutrinárias, baseadas em profundas e exaustivas pesquisas que, fornecendo-lhe os elementos fáticos, permitiram-lhe, como analista profundo, a construção de uma doutrina de desenvolvimento aplicada ao trabalho.

Lastimavelmente, deixando de atender aos reiterados apelos de várias gerações de estudantes que tiveram a ventura de auir seus ensinamentos, nunca quis o eminente Mestre desenvolver, por escrito, os esquemas que com tanto carinho preparava para suas magníficas preleções. Eu mesmo, então como seu Assistente, roguei-lhe por diversas vezes que escrevesse livros, que deixasse para os seus alunos a oportunidade de terem sempre à mão os seus ensinamentos, os seus conceitos e o seus pensamentos, brotados de profunda meditação e de sua extraordinária cultura jurídica. Tudo porém foi em vão.

Diga-se, até mesmo, numa homenagem à modéstia do ilustre mestre, que, não fôsse a obrigatoriedade da apresentação de tese

* Professor de Direito do Trabalho.

para realização de seu concurso de cátedra, talvez todos nós, lidadores do Direito do Trabalho, não tivéssemos a oportunidade de conhecer a melhor obra de doutrina editada em nosso País, na especialidade, que é a sua "A Extinção do Contrato de Trabalho".

Contudo, não foram poucos os alunos que, contrariando mesmo as solicitações do mestre, conseguiram por vários meios, por apontamentos de aulas, por notas taquigráficas e até por gravações feitas clandestinamente, fixar seus pensamentos que, se naquela oportunidade representavam criações ousadas e até certo modo com a marca da antevisão para o futuro, hoje, exatamente hoje, no momento em que ingressamos definitivamente na faixa do desenvolvimento industrial, maior valor possui exatamente pela confirmação verificada diàriamente do acêrto dos conceitos emitidos quando tudo era previsão e expectativa.

E exatamente por estas razões é que os seus seguidores na Cátedra do Direito do Trabalho renovam a cada ano, evidentemente sem o brilho do mestre, aqueles ensinamentos que, cada dia que passa, mais atuais se tornam.

Ao receber a solicitação da Direção de nossa Faculdade de apresentar um trabalho para publicação em sua Revista, tive os olhos voltados para o meu eminente mestre de Direito do Trabalho, cuja figura de Magistrado e cultor do Direito faço questão de evocar neste momento, numa homenagem àquele que foi — e continua sendo — o professor de todos nós. Seus ensinamentos trazem a marca inconfundível das idéias grandes e verdadeiras, que o tempo só faz confirmar. São dêle substancialmente — e às vèzes até textualmente — as noções que exporemos a seguir no estudo da evolução e das atuais perspectivas do Direito do Trabalho.

O problema da intervenção do Estado em matéria de trabalho foi relativamente simples até o século XIX porque, mesmo no sentido jurídico, o trabalho não tinha, até então, a relevância hoje apresentada.

Ainda não existia a grande indústria. Havia uma indústria incipiente. As relações intersubjetivas originadas pelo trabalho eram, por isso mesmo, singelas e não ditavam ao Estado senão pequenas intervenções, quase sempre esporádicas.

Essas intervenções provinham da conveniência de se regularem pelo Poder Público certos fatos econômicos, sociais e políticos,

mas que não chegavam a se traduzir em fatos de grande relevância. Eram apenas aspectos particulares, que visavam sobretudo a solução imediata de problemas eventuais.

Os Estados modernos, muito ao contrário, defrontam-se com um complexo extraordinário de relações de trabalho, que envolvem condições especialíssimas, criando situações realmente difíceis para a estrutura jurídica das nações e, ao mesmo tempo, exigindo crescente intervenção do Estado nos domínios do trabalho.

Essa intervenção pode ser interpretada de várias maneiras, das quais citaremos três: 1º) a intervenção justifica-se como autodefesa do próprio Estado; 2º) a intervenção é devida como proteção ao trabalho; 3º) a intervenção visa a proteger o homem, que é o único prestador de trabalho, tal como o entendemos no mundo do Direito.

Conviremos, inicialmente, que se processou a evolução nesse assunto através de três fases distintas.

A primeira fase, até o início do século XIX, caracterizou-se pela intervenção apenas em casos esporádicos, sendo que a industrialização era incipiente ou nula. Prevaleciam, sem qualquer objeção, os conceitos de liberalismo.

Por essa época, deu-se a primeira Revolução Industrial, marcada pelo aparecimento das máquinas e pela aplicação das idéias de Smith e Taylor sobre a divisão do trabalho e o aumento da produtividade industrial.

A máquina exerceu influência decisiva sobre a evolução dos métodos de trabalho e sobre a atitude do Estado face às relações interpessoais oriundas do mesmo. Inicialmente, quando a máquina tinha pouca expressão, os problemas não se apresentavam com tanta intensidade. A escassez de mão-de-obra e a pequena indústria faziam com que todos tivessem oportunidade de adquirir o necessário para o seu sustento.

Quando, porém, a máquina começou a substituir os homens e a reduzir o número dos que tinham trabalho, avolumaram-se os problemas: o desemprego, as reivindicações de salário (diante da concorrência de mão-de-obra) e as reivindicações em torno da jornada de trabalho. Foram, principalmente, êsses fatos e suas manifestações que ditaram a intervenção do Estado. A concentração das massas trabalhadoras, em situação difícil, gerou a solidariedade e abriu a oportunidade às reivindicações que, freqüentemente, degeneravam em conflitos com os empregadores. Diante disso tudo, os Estados passaram a elaborar as primeiras normas reguladoras do trabalho, como que prevenindo novas convulsões e tentando resolver as dissensões já existentes.

Cabe notar que as reivindicações dos trabalhadores dessa época foram sempre estimuladas por intelectuais, não importando aqui

o terem sido êstes movidos por intenções demagógicas ou tocados por profundo sentimento humano. Atuando, indiretamente, através de pressões, conseguiram os intelectuais alterar a ordem jurídica vigente, forçando a intervenção do Estado.

Segundo foi mencionado, os primeiros problemas, que surgiram de forma aguda na Inglaterra, na Alemanha e na França, foram os de horário e salários. São — como se pode facilmente perceber — dois problemas muito ligados: o do ganho e o do tempo em que se ganha. Eram e são questões interligadas.

Foram, portanto, êsses dois aspectos os primeiros a serem propostos às concentrações de trabalhadores, e sobre êsses dois problemas surgiram as primeiras leis reguladoras do trabalho, no sentido atual.

Essas concentrações de trabalhadores se resumiam, inicialmente, em agrupamentos dos empregados das pequenas indústrias da época. Mais tarde começaram a coligar-se os trabalhadores de diferentes indústrias e passaram a fundar sindicatos, os quais foram logo proibidos por lei.

Mas os trabalhadores terminaram por forçar o Estado ou os empregadores à concessão de horários mais reduzidos ou de salários mais elevados. Para chegarem a êsses resultados, valiam-se os mesmos de greves, sabotagens, etc., enquanto os patrões lançavam mão das despedidas em massa, do "lock-out", etc.

Êsse quadro precedeu a intervenção do Estado, o qual sentiu que em tais conflitos poderia surgir algo que abalasse a sua própria estrutura. E, com vistas à sua defesa, o Estado providenciou, a fim de evitar o abalo.

Posta a questão no plano doutrinário, pergunta-se: o Estado deveria intervir? por quê? Por autodefesa? Para proteger o trabalho? Para proteger o homem?

É indiscutível que o trabalho é um dever social; dever que — por assim dizer — surgiu com o homem. Se há êsse dever, forçoso é admitir-se o correspondente dever do Estado, de proporcionar condições para que o mesmo seja cumprido pelo trabalhador.

Assim sendo, essas condições se constituem num direito fundado na própria natureza humana, pois se o homem tem direito à vida, tem direito, também, aos meios que lhe permitam subsistir. E se uma condição basilar para tanto é o trabalho, e se o trabalho se exerce na sociedade, no Estado, e se êste dispõe de poder para proporcionar as condições necessárias ao exercício do trabalho, tem também o dever de prestá-las ao trabalhador, tem o dever de proporcionar ao homem, único prestador de trabalho para o Direito, os meios necessários, para que trabalhe e, assim, sobreviva.

Além dêsse dever, porém, que é permanente, é preciso notar o momento — social, econômico e político — em que aparece a

norma destinada à regulação jurídica da prestação de tais condições, por parte do Estado. Êsse momento não é o mesmo na História dos diferentes povos. Varia, até, de atividade para atividade, dentro do mesmo povo.

Há povos que, ainda hoje, não dispõem de legislação do trabalho; outros já possuem um ordenamento cientificamente construído. Uns têm Código do Trabalho; outros, leis gerais; outros, ainda, contam apenas com algumas normas de Direito do Trabalho que, em tais casos, não atingiu ainda a sua autonomia científica e legislativa. Para essa diversidade de situações contribuem as diferenças de desenvolvimento econômico, social e político, bem como a difusão e as discussões de ideologias.

Sobretudo depois da Primeira Guerra Mundial, os povos em geral e o Brasil em particular passaram a olhar com mais cuidado o problema do trabalho e o da legislação que o deve regular. Foi então que se começou a dar tratamento científico a tais assuntos, inclusive buscando-se os princípios embaixadores do Direito do Trabalho.

Tôdas as Constituições modernas ferem de frente o problema do trabalho e no Brasil, temo-lo nas Constituições de 1934, de 1937 e muito especialmente no art. 157 da Constituição de 1946, no art. 158 da Constituição de 1967 e, agora, no art. 165 da Emenda Constitucional nº 1.

Além dos dois aspectos apontados — proteção ao trabalhador e ao homem — é preciso acrescentar que a evolução dos acontecimentos, no mundo todo, conduz a uma intervenção sempre maior do Estado no setor do trabalho. Também, como ficou dito, essa intervenção não é sincronizada entre os diversos povos e nem simultânea em tôdas as espécies de atividades, condicionada que está — a intervenção — a diversidades econômicas, sociais e políticas. Típico exemplo é o que ocorre com a empresa dedicada à indústria extrativa ou transformativa de produtos minerais ou vegetais ou animais. Para o plantio de vegetais ou a criação de animais, requer-se grandes extensões de terra, onde a densidade de habitantes é escassa. O trabalhador, conseqüentemente, quase não vê seu colega, comunica-se pouco com êle, e não se capacita tanto da penosidade intrínseca do trabalho. Além disso, o trabalho, nesses ramos, desenvolve-se em locais geralmente salubres, em condições que favorecem a saúde do trabalhador e êste, além do mais, convive com seu patrão, com o mesmo fazendo as refeições ou tomando chimarrão e recebendo, muitas vezes, a solidariedade, que o auxilia a resolver seus problemas particulares.

Acrescente-se a isso que não se forma uma hierarquia rígida, mas nota-se apenas um comando geral ao qual se subordinam todos os empregados. Aponta-se, ainda, a falta de braços, especial-

mente hoje, quando os trabalhadores rurais abandonam o campo e se dirigem à cidade, buscando melhores condições de vida e se terá marcante o contraste entre tal quadro e o da indústria extrativa mineral, que foi objeto, mais cedo e mais intensamente, da intervenção do Estado. A atividade da mineração é exercida por grandes concentrações de trabalhadores, em ambiente confinado, onde são especialmente acentuadas as condições de rudeza, insalubridade e periculosidade, principalmente no subsolo. Normalmente, a afluência de mão-de-obra é grande e as condições de habitação, precárias. Tudo isso favorecendo a solidariedade e encorajando as reivindicações dos trabalhadores.

Ocorre, ademais, outro fator, de ordem sociológica: o Estado, desde há muito detentor de privilégio na exploração dos minérios, costumava, quase sempre, mandar para as minas condenados e escravos. Hoje, em regime de concessão, as minas são exploradas por empresas particulares, mas nem por isso os mineiros deixam de sentir-se desprezados, sob permanente vigilância, como os condenados a que sucederam. Em face de tudo isso, a intervenção do Estado na indústria da mineração impôs-se com prioridade lógica e cronológica sobre a verificada nos demais setores de atividade.

É preciso notar que a legislação do trabalho rural, no Brasil, nunca surgiu de reivindicações dos trabalhadores que, aliás, nem sindicalizados estavam. A sindicalização destes foi algo de artificial, provocado pelo Poder Público, sem que os trabalhadores interessados se movimentassem previamente. Aliás, as primeiras leis brasileiras sobre o trabalho dipunham precisamente sobre o trabalho rural, mas devido à imigração de trabalhadores estrangeiros, que aqui desejavam encontrar proteção legal.

Por conseguinte, as condições em que o trabalho se desenvolve, constituem fator sociológico de alta relevância no surgimento da norma de Direito do Trabalho.

Comparando, também, a indústria extrativa com a manufatureira, vemos que esta se caracteriza, em geral, pela capacidade de poucos empregados executarem tarefas de grande vulto, pela concentração de indústrias e conseqüentemente de trabalhadores, pelas razões apontadas a respeito da mineração, acrescidas de mais dois problemas: o emprêgo da máquina e o aproveitamento do trabalho da mulher e do menor que, às vezes, fazem concorrência ao trabalho do próprio homem, para não dizer ao do espôso e do pai.

Esse o quadro da Revolução Industrial, quando o Estado resolveu intervir na questão, quadro esse caracterizado, em largos traços, pelo liberalismo econômico, pelo individualismo jurídico e pelo princípio da autonomia da vontade.

O quadro acima relatado nos apresenta o surgimento das normas de Direito do Trabalho, com os aspectos atuais, sob a influência de fatores econômicos — envolvidos pela Revolução Industrial — dos quais provieram conseqüências de alta relevância no campo social e, particularmente, no mundo do trabalho.

Inicialmente, foram os problemas de salário e horário os que se manifestaram, sem serem, porém, os maiores problemas do trabalho, tendo em vista que suas dimensões são meramente materiais. Foram, contudo, os mais palpitantes durante a fase toda da Primeira Revolução Industrial, compreendida como o complexo de fatos já focalizados e desdobrados desde a Revolução Francesa até a Segunda Guerra Mundial.

A Revolução Francesa postulava um princípio de liberdade exacerbada e irradiou suas manifestações por todo o século passado. O século XX, por sua vez, apresentou-nos problemas políticos, atuais e passados, de excepcional importância, bastando citar entre outros a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa, o Fascismo na Itália, o Nazismo na Alemanha, a Segunda Guerra Mundial e, mais recentemente, a energia nuclear, a tecnologia e, muito especialmente, a conquista do espaço e da lua.

Nesta altura se altera o campo das indagações, pois já não mais se trata de defender exclusivamente princípio de liberdade preconizado no século XIX. Ao lado de fatores econômicos e políticos, influem os fatores ideológicos, segundo os princípios defendidos pela esquerda, pela direita, pelo centro e pelos matizes de cada um deles. Essas correntes ideológicas passam a influir, não há como negar, na edição das normas legislativas referentes ao trabalho.

Por isso, podemos tomar o fim da Segunda Guerra Mundial como o término de uma era, sem esquecer que essa divisão, como todas as divisões históricas, são precárias.

Quando começou a Segunda Guerra Mundial, reinava a idéia de que o século XX era o século do corporativismo, ao estilo do corporativismo fascista, sem levar-se em conta que era muito cedo para fazer-se tal afirmação, especialmente porque se estavam vivendo os acontecimentos diretamente vinculados ao corporativismo. O enquadramento, a classificação de uma determinada situação somente será possível após a análise serena de seus efeitos e do balanço de seus méritos e deméritos.

Com tal reserva, partiremos para a apreciação do quadro histórico dos últimos dois séculos e seremos levados a uma observação inevitável da realidade atual, que se apresenta marcada em duas fases distintas: uma, do início da Revolução Industrial ao fim da Segunda Guerra Mundial; outra, de 1945 até os nossos dias.

A transformação que hoje experimentamos, comparável à Revolução Industrial, é a Revolução Tecnológica ou Segunda Revolu-

ção Industrial, prenunciada pelo bombardeio das bombas voadoras alemãs sobre a Inglaterra e pela detonação das bombas atômicas norte-americanas sobre o Japão.

Mais de vinte e cinco anos depois, resumindo-se os fatos ocorridos desde então, podemos tirar, elementarmente, algumas conclusões: energia atômica, aplicações sem conta da energia nuclear, automação, conquista do espaço, experiências científicas de largo alcance e, finalmente, a conquista da lua.

Previam-se para 1970 a instalação de uma estação espacial para que o homem chegasse aos demais planetas. Mas a velocidade do progresso tecnológico é vertiginosa, e a previsão foi superada, foi antecipada. Já foi atingido o satélite natural da terra e a tecnologia científica parte para feitos ainda mais espetaculares e imprevisíveis.

Se, no entanto, esses feitos, sob o prisma da técnica, são de espantar, para o observador social e para o homem do Direito não passam de melancólicas constatações. O que se deseja é a perfeição da máquina, da nave espacial, por exemplo, que permitiu o feito de um dos tripulantes sair para o espaço cósmico, durante o vôo e, posteriormente, alunizar. Um defeito mínimo inutilizaria todo o esforço despendido para a execução desses engenhos.

Um homem, um ser humano, foi quem executou essa máquina, um homem de ciência, alguém que não aparece, que não recebe as homenagens. E é bom que não seja conhecido o autor dessa maravilha científica e técnica, porque o nome de seu autor é, simplesmente, "o homem".

Melancólico contudo é que esse mesmo homem, nesta época, não encontre a fórmula da vida, da convivência social, deixando cada vez mais nítido o desnível trágico de nossa época: primarismo em problemas sociais e morais ao lado da perfeição técnica.

Esses, pois, os principais aspectos. Energia atômica, conquista do espaço, automação, problemas do desenvolvimento — quatro idéias que retratam nossa época no plano técnico e cultural, com repercussões no plano moral e econômico.

Necessárias são tais considerações para situarmos o Direito — o Direito do Trabalho —, que veremos agora dentro do mundo de hoje, ainda que sua evolução, desenvolvimento e autonomia sejam relativamente recentes.

Ao examinarmos alguns dos tópicos apontados, vemos que a automação tomou incremento, de maneira especial, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando o interesse militar não mais recomendou o segredo em torno de certas conquistas — a do radar, por exemplo, que até 1944 fazia parte dos segredos militares.

Quanto ao desenvolvimento, sabe-se que todos os problemas

com ele relacionados prendem-se a fatores locais. A industrialização depende da energia elétrica; esta, da força hidráulica ou do carvão e, em razão disso, já se cogita da distribuição geográfica das empresas, para melhor atender à automação.

Desde a Conferência Internacional do Trabalho, de 1956, que os estudiosos prendem-se ao estudo da automação. Naquela Conferência, tanto empregados como empregadores já se mostravam preocupados com o problema e, no entanto, na Brasil, somente agora é que se procura equacionar a questão resultante do surgimento de profundas modificações no campo do trabalho, impostas pela "nossa" revolução industrial e pela automação.

Se a Era Industrial foi, assim, marcada pela característica da mecanização, pela substituição do braço humano pela máquina, ou, pelo menos, pela paulatina redução da mão-de-obra, o início do século XX trouxe um acréscimo, qual seja, a racionalização do trabalho, que se constituiu num progresso da própria Era Industrial.

Hoje, porém, com a figura da máquina, percebemos, aparentemente, a mesma situação. É, no entanto, fundamental a diferença. Na Era Industrial, com o advento da máquina, efetuou-se a mecanização; a máquina substituiu o braço humano. Agora, com a automação, substituiu-se o próprio cérebro humano. As máquinas não são mais dirigidas por homens, mas por outras máquinas e é por isso que tem razão o técnico, que disse serem melancólicas as fábricas de hoje, onde está ausente o homem, com o calor, a vida, e onde se encontram apenas máquinas perfeitíssimas.

As transformações que assim se processam hoje, deu-se o nome de Revolução Tecnológica. Correto ou impróprio o nome, o certo é que, à base do atual desenvolvimento da tecnologia, está surgindo novo regime econômico, implicando em transformação radical do vigente até agora, e com reflexos sobre a própria pessoa humana. Isso não é sonho. É uma realidade, evidente nos países mais desenvolvidos, e que entre nós, gradualmente, vai se afirmando, já agora, em certos tipos de atividade.

Na crise de transição, há sempre o risco de uma transformação também política, como consequência da verificada nos planos social e econômico, e isso é o que, principalmente, interessa ao Direito do Trabalho, já que é o próprio homem que sofre os efeitos não só da máquina — como até 1945 — mas do cérebro eletrônico, que traz uma série de consequências na vida comercial e urbana.

Não se pode dizer o que, concretamente, acontecerá, face à transformação que hoje se processa, no sentido da automação. Pode-se prever determinado número de efeitos, em especial nos setores em que mais a automação já se faz sentir.

Em primeiro lugar, observa-se um alto grau de capitalização

da empresa. As doutrinas de Adam Smith e outros, acerca da divisão e especialização do trabalho, tomaram extraordinário impulso. O gigantismo empresarial tende a que a empresa se baste a si mesma, produzindo inclusive a matéria prima de que necessita.

Contudo, a empresa só poderá tomar tal vulto em virtude de um elevado grau de capitalização, que lhe permita comprar máquinas automáticas de que necessita e cujo custo é, ainda, elevadíssimo. Assim sendo, se, por um lado, a máquina automática aumenta extraordinariamente a produção, por outro lado, a indústria de fabricação de tais máquinas ainda não está capacitada a produzi-las a baixo custo, o que leva as empresas a democratizarem seu capital, convidando a participar da formação do mesmo grande número de pessoas, ou mesmo, o povo em geral. No Brasil, por exemplo, os grupos empresariais abrem, cada vez mais, o quadro de participantes no capital das empresas e o próprio Governo estimula tal atitude.

Visa-se, como fase final dêsse processo, a participação dos próprios operários na direção das empresas, mediante a co-gestão e a participação nos lucros. Um passo muito significativo, no encaminhamento da estrutura da empresa brasileira para a co-gestão, são os Conselhos de Empresa, previstos pelo Anteprojeto de Código do Trabalho, e pelos quais haverá efetiva participação dos operários na gestão dos negócios da empresa.

Em segundo lugar, pode-se prever, facilmente, que essa automatização criará novas indústrias e novos tipos de trabalho. É o que já se verificou em relação aos artigos de plásticos, elaborados em fábricas a eles dedicadas, que dispõem de máquinas especializadas de alto custo, sendo que, por motivo da fabricação do plástico, impôs-se a criação de profissões novas.

Conclui-se, assim, que, se na indústria decresce a necessidade de mão-de-obra, surgem, em contrapartida, novas indústrias, que criam novas fontes de trabalho. E o mesmo que se disse da indústria, pode-se dizer do comércio, cujo exemplo mais típico é o supermercado, o restaurante automático e a lancheria. Ocorre, pois, uma compensação, não se podendo saber, entretanto, qual será o saldo final, se positivo ou negativo.

Em terceiro lugar, o fenômeno da especialização profissional, cujos aspectos mais característicos residem na criação, imposta pelas circunstâncias, de dois tipos inteiramente novos de técnicos: os técnicos em direção ou fiscalização e os técnicos profissionais.

A exigência de técnicos implica na necessidade de escolas que os formem. Não temos, ainda, número suficiente de tais escolas e não possuímos nem mesmo tradição técnica, mediante a qual seria mais fácil proporcionar aos futuros técnicos aprendizagem adequada.

Entretanto, o SENAI, o SESI, o SENAC, o SESC, as Secretarias do Trabalho e de Ação Social e o próprio Ministério do Trabalho, mais recentemente, têm organizado cursos para a formação de mestres, dirigentes, fiscais e supervisores, cursos de grande valor e significação, por meio dos quais vai-se tentando resolver o problema. As Universidades instalaram Cursos de Administração de Empresas, para dirigentes, que têm contado com grande afluência de alunos. No setor de ensino médio, já existem cursos de maestria e direção de serviços.

Tudo isso, numa visão global, significava um encaminhamento para a especialização técnica, no seu mais alto grau, com todos os seus aspectos positivos facilmente perceptíveis, não se podendo, entretanto, esquecer o aspecto negativo aí oculto de que a especialização demasiada fatalmente embrutece o homem e isso pode e deve ser evitado, proporcionando-se aos técnicos oportunidade de adquirirem conhecimentos gerais, a fim de que possuam visão global dos problemas co-relacionados com os do seu setor e mesmo de outros setores de atividade.

Ademais, será necessária uma fase de transição, de adaptação, para que não se passe, de inopino, de um trabalho não qualificado para um trabalho altamente especializado, mórmente sabendo-se que se deve contar com a variável capacidade de adaptação de cada trabalhador.

Sente-se, também, a ocorrência da despedida de empregados por inadaptação, caso em que o aviso prévio poderia ser antecipado, ou seja, durar mais de trinta dias. Tal situação poderia ocorrer, face à inadaptação de empregados e a não obrigação da empresa de manter elementos desnecessários, como também, por outro lado, à consideração da pessoa do empregado e da razão da despedida.

Em quarto lugar, a democratização do capital provocará, e já está provocando, separação entre o capital e a administração da empresa. No Brasil, os grupos que enfeixavam o capital estão abrindo oportunidade a que esse capital passe às mãos de muitos, com o que a propriedade passa de um dono, de um grupo, para uma coletividade.

Separação ainda maior se processa entre o proprietário e os trabalhadores, com a vantagem de que não se conhece, distintamente, quem é o proprietário, individualmente, porquanto o proprietário da empresa é a sociedade anônima. Por outro lado, verifica-se, gradativamente, uma aproximação entre os dirigentes e os trabalhadores, o que já se pode notar em todas as grandes empresas.

Em quinto lugar, tende a reduzir-se o número de trabalhadores e a aumentar o número de máquinas, o que leva ao enfraqueci-

mento da solidariedade entre os trabalhadores. Tal aspecto é negativo, já que a solidariedade de classe, a solidariedade profissional foi e é a razão de ser do sindicato e, através dêste, do contrato coletivo de trabalho.

Em sexto lugar, possibilita-se a melhoria de salários para todos, já que todos desempenham tarefas que exigem alta qualificação. Entre êsses, salientam-se os administradores e os fiscais, que estão passando a constituir a "nova classe", a classe dos que comandam os capitais de muitos controlando, administrativamente, os capitais de numerosas coletividades.

Há, portanto, na sociedade de hoje, êsses dois fatos novos — a automatização e o desenvolvimento — fatos êsses inseparáveis e cujo exame corresponde a um só processo de estudo.

Se a automatização traz como consequência novos padrões de vida e melhores condições de trabalho, os seus efeitos, porém, ainda não podem ser julgados em sua totalidade, por falta — ainda hoje — da necessária perspectiva temporal. Alguns efeitos são previsíveis ou mesmo já sentidos e dados como inevitáveis. Entretanto, novamente é de acentuar-se que a experiência da automatização é muito nova, realizada somente em alguns países e em alguns tipos de atividade, devendo-se, pois, usar de reserva na apreciação das consequências que, em futuro próximo ou remoto, acarretará.

Entre os efeitos já perceptíveis está a grande capitalização da empresa, exigida pela automatização. É preciso observar que a capitalização de até agora assim como, correspondentemente, a automatização, evidentemente não são tudo o que poderão ser dentro de talvez breves anos. As máquinas são substituídas por novas máquinas, mais aperfeiçoadas, e a máquina, hoje moderna, moderníssima, torna-se, rapidamente, obsoleta, suplantada por outra, mais perfeita ainda.

Como o problema é econômico e há diferenças sensíveis de desenvolvimento, de país a país, a concorrência internacional provocará uma corrida pela automatização e, naturalmente, para a capitalização, o que nos leva a temer pela sobrevivência de países que não ultrapassem a fase do subdesenvolvimento. O imperialismo econômico tende a acentuar-se e não ficará restrito a certos domínios, como hoje, mas avançará até a absorção, caso os países subdesenvolvidos não atinjam a posição necessária de progresso, ainda em tempo.

Outro problema é o da redução de horas de trabalho porque uma só máquina substitui milhares de trabalhadores e ainda requer menos horas de trabalho por parte dos que a manipulam. Prevê-se, por isso, a redução da semana de trabalho para apenas quatro dias e de consequência já se estuda o problema do lazer e de como o-

cupar o trabalhador, nas horas de folga. Não se trata apenas de entretê-lo, de diverti-lo, mas também de conservá-lo — afora outros aspectos — em condições morais sadias.

O que parece acertado é a progressividade na instalação das grandes máquinas automáticas, para que se atenua a crise provocada pela fase de transição, crise essa que repercute na ordem econômica, social e política. A generalização da automatização, necessária hoje, não se deve processar, portanto, de uma hora para outra, nem que tal seja, financeiramente, possível.

A indagação mais grave que esta transição provoca é o receio pela estabilidade do sistema. A periclitação do sistema exigirá maior intervenção do Estado, muito maior do que a exigida pela Revolução Industrial e suas consequências, porquanto todos os problemas gerados pela Revolução Industrial, somados, nada são, comparados com os que hoje nos desafiam.

Êsse problema, o da medida da intervenção do Estado, sempre mais intensamente reclamado pelas condições de vida em sociedade, preocupa, hoje mais do que nunca, os juristas e os políticos que desde 1956 o estudam, intensamente, em reuniões internacionais, nacionais e regionais.

Conforme foi acentuado, a automatização, que já é realidade atual, viva, em alguns países, exige um novo sistema, adequado, de formação profissional. Entre nós, o SENAI, o SENAC e outras poucas entidades desempenham esta tarefa, mas abrangem âmbito reduzido diante da insuficiência de meios.

A preparação profissional deve, além disso, planejar-se como sistema de adaptação dos trabalhadores já em serviço, que necessitam de certas garantias especiais, já reivindicadas, como:

- a) aviso prévio mais longo do que o atualmente em vigor;
- b) garantia, por parte da empresa, que permita a readaptação em breve lapso de tempo, ou a concessão de abono temporário, até o reemprego;
- c) prioridade do empregado, para ser reempregado na mesma empresa, uma vez readaptado.

Dessa forma, vê-se que a automatização prende-se ao problema do emprego — e não tanto ao do desemprego. A readaptação, destinada a solucionar o problema do desemprego, assumiu, nos países mais industrializados, uma feição curiosa, qual seja, a da readaptação do trabalhador de fábrica automatizada, no sentido rural, ou seja, no sentido inverso ao do êxodo rural.

Com isso pretende-se que o trabalhador saia da cidade para o campo, mediante preparação profissional adequada, acudindo-se, ao mesmo tempo, ao problema do emprego e ao da atividade rural.

As principais sugestões apresentadas são, pois, no sentido da readaptação, ou para a indústria automatizada, ou para o campo e, na segunda hipótese, far-se-ia voltar para o campo a massa de trabalhadores desempregados das cidades, que tantos e tão grandes problemas tem suscitado. Sugere-se, ainda, quanto ao desemprego, que se pague um seguro aos desempregados, enquanto não encontrem outra ocupação profissional.

Entre essas medidas, um princípio de política parece certo: a adoção das novas técnicas deve ser progressiva e não instantânea. Ainda que um país pudesse substituir tôdas as suas instalações industriais, de uma hora para outra, não deveria fazê-lo, para evitar efeitos violentíssimos, que daí decorreriam. Com o trabalho de transição, obviam-se os efeitos danosos da mudança.

De outro lado, é certo que a automatização, com tôdas as suas implicações, exige do Estado, mais do que a Era Industrial, uma planificação, uma vez que o Estado não pode ficar indiferente a tão profundas modificações sociais e econômicas.

A intervenção deve, portanto, ser maior, mais profunda, sem o que será impossível a planificação. Resulta aqui o problema fundamental do limite da intervenção do Estado, intervenção essa necessariamente maior que na fase atual, constituindo-se num desafio aberto ao político e ao jurista.

Naturalmente, com essa nova forma de intervenção, muda-se todo o ordenamento jurídico. As estruturas jurídicas clássicas, tanto as do Direito Privado como as do Direito Público, não satisfazem mais. E essa modificação de estruturas jurídicas é o problema principal, porquanto nova regulação, novo ordenamento jurídico deverá estabelecer-se, de modo a corresponder às fundamentais modificações que a automatização está produzindo no mundo de hoje.

O próprio Estado não pode mais continuar funcionando nos moldes atuais, porque o mundo em que vive o Estado está mudando. Desde a estrutura estatal, até os direitos individuais, tudo sofrerá modificações.

Não sabemos, como já foi ressaltado, qual será o resultado final de tantas e tão profundas mudanças que hoje se operam no mundo e não há, por outro lado, modelo para o progresso, nem ideal definido, certo, não se sabendo, também, o ponto a que chegaremos.

Essa consideração geral pode ser estabelecida após as considerações particulares, expendidas acerca da automatização, dos seus efeitos, e das medidas a tomar com relação a ela.

Outra face da questão é a do desenvolvimento, conexo com o primeiro, mas que deve ser enfocado sob outro ângulo. Problema tão falado, parece, aos desavisados, um simples problema mate-

mático, solúvel por esta ou aquela fórmula. Essa, contudo, é a aparência. A verdade é que o problema do desenvolvimento é problema universal, que dá à questão social, desdobrada a partir do século XIX, com a Revolução Industrial, uma nova dimensão.

Todos os conflitos de trabalho, a intervenção do Estado, inicialmente reprimindo as manifestações dos trabalhadores; tolerando-as, depois; depois intervindo, tímidamente, na regulação das questões de trabalho para, finalmente, intervir, às vezes até em excesso, com a supressão da própria liberdade — tudo isso, a questão social, que é um drama, assume agora nova dimensão: o desenvolvimento, que se considera, em regra, apenas sob o aspecto econômico.

Realmente, quando se fala em desenvolvimento econômico, tem-se em vista somente um aspecto parcial do problema. Raramente o problema do desenvolvimento é considerado num plano global, que lhe abranja todos os aspectos. E isso vale não só para o Brasil, mas, principalmente, para os demais países da América — salvo os Estados Unidos — e para os países novos de modo geral, especialmente os da África, para não confundir-se um aspecto particular com a totalidade: o aspecto econômico do desenvolvimento, com o próprio desenvolvimento que abrange — é bem de ver — outros aspectos.

O esforço dos povos de hoje rumo ao desenvolvimento radica num problema de sobrevivência, o que é explicável, uma vez que, ao falar-se em desenvolvimento, costuma-se apontar os índices de crescimento da produção, em confronto com os índices de crescimento da população. Se o índice de crescimento da população é três vezes maior que o do crescimento da produção, conclui-se pelo agravamento do problema da fome. Assim sendo, se hoje 60% da humanidade passa a vida inteira sem poder alimentar-se suficientemente, e se a desproporção entre crescimento de população e produção de alimentos é a aludida, vê-se claramente que o problema tende mesmo a se agravar.

Apesar das enormes preocupações, que a realidade de tal situação provoca, ainda assim erra quem confunde o desenvolvimento com a industrialização ou com a mecanização da agricultura. Há alguns anos afirma-se, com frequência, que o Brasil atingirá uma fase de grande desenvolvimento. Exemplo típico entre nós é a construção de Brasília que, se importou num desenvolvimento considerável sob certos aspectos, por outro lado originou um processo inflacionário que somente agora vem sendo debelado.

Quando se fala, pois, em desenvolvimento, pensa-se num setor determinado de atividade e entre nós, particularmente, em industrialização. A industrialização é, sem dúvida, necessária, porém, tratada unilateralmente, levar-nos-á a um erro fatal. Só haverá desenvolvimento autêntico, no momento em que se alcançar

desenvolvimento harmônico, desenvolvimento em todos os setores, tanto na agricultura como na indústria, e assim mesmo com as infra-estruturas necessárias. O objetivo a ter em mira deve ser o da produção agrícola, o desenvolvimento industrial e o progresso de todas as demais atividades, que se ligam por sua vez, a outros problemas, como o do mercado.

Se isso é o que ocorre no plano econômico, parece-nos da maior relevância o exame das implicações do desenvolvimento no terreno social. O desenvolvimento, sob qualquer aspecto — transportes, industrialização, produção, agropecuária, etc. — só tem sentido quando se o encara não como fim, mas como meio. O fim é o bem comum, e esse é de conteúdo social, é a obtenção das condições favoráveis à vida do homem na sociedade. Esse, e somente esse, é o fim do desenvolvimento.

O bem comum não é o bem do Estado, mas ao Estado cabe realizá-lo. E é visando a esse fim que o desenvolvimento tem sentido. O progresso econômico — industrial ou agrícola — autêntico não se pode alcançar sem o progresso social, que proporcione ao homem, e a todos os homens, as condições mais favoráveis de vida e para tanto o problema do desenvolvimento deve ser examinado num plano harmônico, global, e não como o encaminhamento do País ao crescimento numa atividade única, como seja, por exemplo, a industrialização.

O desenvolvimento — repetimos — é apenas meio para a promoção do bem comum. Colocado o problema e em face dessa idéia primeira, verificamos desde logo os contrastes que o problema do desenvolvimento traz em sua essência.

Primeiro, o confronto entre os países chamados desenvolvidos e os chamados subdesenvolvidos, havendo quem ainda insira, entre as duas categorias, a dos países em desenvolvimento. Ainda se podem confrontar, entre as regiões do mesmo país, as desenvolvidas e as subdesenvolvidas, o que é perfeitamente válido para o caso brasileiro.

Por outro lado, dentro da mesma região, as zonas rurais em contraposição às urbanas mostram algum desequilíbrio nas relações entre ambas, já que, a rigor, a produção rural deveria alimentar a cidade, e a cidade, por sua vez, deveria produzir máquinas para os trabalhos do campo. O equilíbrio dessas relações é, também, meta do desenvolvimento.

Mas o desenvolvimento não provoca só estas diferenciações entre países, regiões ou zonas. Essa divisão é política ou geográfica. O mais importante, porém, para nós, é que o problema do desenvolvimento fez crescer o contraste entre o capital e o trabalho. E não se trata só de contraste entre empregados e empregadores, entre ricos e pobres. O pior é que há pessoas cada vez mais po-

bres. A desigualdade cresce cada dia em quantidade (número de pessoas, que compõem a população) e em qualidade (intensidade da diferença apontada).

Essas desigualdades são ainda mais impressionantes hoje, porque o aperfeiçoamento dos meios de transporte diminuiu as distâncias entre países, entre estados e cidades, e assim o espaço da desigualdade tornou-se menor. Com isso, aproximaram-se os desiguais.

Esse problema social provocou e provoca ainda reações que podem explicar a inquietação atual, a agitação, e a insatisfação que se encontram em toda a parte. Há hoje uma consciência viva da desigualdade entre os homens, consciência que se vai tornando cada vez mais viva. O que se chama, embora imprópriamente, de “massa” toma consciência, cada vez mais vivamente, dessa desigualdade. A assim denominada “politização” é cada dia maior.

De outro lado, para agravar o quadro social da nossa época, nota-se a inconsciência desses problemas por parte de um grupo de homens, os chamados “privilegiados” ou “conservadores”, que se opõem à conscientização das “massas”, assumindo uma posição, ou de radicalismo, ou de indiferença, uma e outra igualmente danosas, posto que afastam, ainda mais, a solução do problema social.

Desses “privilegiados” ou “conservadores”, uns são inconscientes, outros são conscientes, mas dominados pela fadiga (fenômeno social, típico de nossos dias) ou pelo ceticismo (concepção de que é impossível a solução). Mas o certo é que os que poderiam promover o progresso social caem na inércia ou na angústia, por vezes compensadas por certa dose de esperança.

Nessas reações do ambiente, há diversidade de atitudes, mas há um convencimento dominante: reprovação e insatisfação diante da ordem de coisas na sociedade atual, em razão do domínio econômico. Apesar de geral, esse convencimento, esse juízo, esse julgamento, não se traduz em atos. Os atos, as medidas para acudir a essa situação são muito poucas. Os mais frequentes são atos não positivos, mas negativos: críticas, agitações, destruições. Construir é que falta. É muito mais fácil encontrar um demagogo do que um estadista (isso no plano político) que leve a uma solução.

Os esforços sérios, já feitos ou que se fazem, são parciais, reduzidos, em face dessa avalanche. Aqui cabem as reformas de estruturas. Reformas que se impõem. E há um dever de realizá-las surgindo desde logo o problema da opção, em face da direção, que essas reformas possam tomar.

Estabelecida como certa a necessidade de reformas, a primeira opção é a de que não pode haver modelo no desenvolvimento econômico, que não pode ser visualizado como se fôsse uma pré-arquitetada maquete. E isso, antes de mais nada, porque, ao falar-

se em desenvolvimento, está-se falando de homens, está-se lidando com homens, e não com pedras.

Entretanto, apesar de não se poder prefixar um modelo, alguns princípios devem ser estabelecidos, para que se promovam as reformas. Do ponto de vista objetivo, portanto, o princípio é que não há limitações para a reforma. Não é essencial, por exemplo, que permaneça ou não o salário, mas pode-se descobrir outra forma de remuneração do trabalho. A priori, não há, pois, limitação quanto ao modelo.

Mas a "Cidade Nova" se há de construir para atender ao homem, para realizar na plenitude as possibilidades do homem. Uma cidade, que não visasse a êsse objetivo, não deveria construir-se. E o princípio regente para nós será, então, o de que o homem deve poder realizar-se plenamente na "cidade" construída segundo as novas estruturas.

Êsse é, portanto, o fim, para o qual se devem encaminhar as reformas de estruturas. Êsse é o objetivo que deve ser assentado, sob pena de uma perturbação, de uma confusão maior que a de hoje.

E êsse fim é o homem, como ser social, não como unidade, mas dentro da vida social; é o homem no convívio social, sem qualquer retorno ao individualismo. O homem é o ponto central da reforma, mas o homem como ser social. Cada vez que ocorrem essas emoções coletivas, em face dos progressos técnicos, quando a técnica abate o próprio homem, no instante em que parece não haver mais distâncias, ainda assim, o homem permanece objetivo final. Bem o reconheceu o pensador que disse: "Todo o universo, com essas maravilhas, que se descobrem cada vez mais, sem o homem é apenas uma imensidade vazia".

O mesmo pensamento vale para a reforma social. Uma reforma social perfeita, uma técnica perfeita, um progresso material que alcançasse a perfeição, seria uma imensidade vazia sem o homem. É o homem que dá finalidade a essa reforma. Êsse pensamento pode parecer estranho ao presente estudo mas, para quem lida com o Direito desde os bancos acadêmicos, é fácil constatar, com segura convicção, que o homem é o centro, o fim último, é a própria razão de ser do Direito.

Sem dúvida, o plano moral não escapa ao jurista. Os valores todos se subordinam a êsse valor: o valor "homem". As reformas que se propõem, via de regra, são propostas apenas em relação ao plano econômico: é o problema da propriedade, o problema da empresa, e outros correlacionados.

Parece certo, porém, que, se a reforma deve alcançar também e primeiro (cronologicamente) o plano econômico, a reforma não seria completa se não fôsse também política. Mas política não

no sentido incompleto, de mudança de governo, de homens, da forma republicana para a monárquica, da presidencial para a parlamentar. Há necessidade de uma revolução política muito mais completa: os poderes políticos constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e os direitos individuais, funcionando dentro de um sistema político, em face da evolução — como aliás estamos presenciando nos dias atuais.

Ouro aspecto a esclarecer é que quando se fala em reforma sem maquete não se quer dizer, necessariamente, transformação total. Pode ser necessária uma transformação profunda, que atinja até muitas das raízes da sociedade atual, mas que não implique numa demolição completa. A História nos põe à mão valores que não devem, de modo algum, ser destruídos, mas sim aproveitados.

Tais considerações, contudo, não significam que deve ser mantido o regime atual, quanto ao salariado, por exemplo. O salariado — fique bem claro — não é um regime jurídico, dentro do qual funciona a relação de trabalho. O salariado é um regime econômico, que forma um regime social e o fato de toda a nossa civilização se inspirar no regime do salariado não impede que seja alterado, porque é acidental.

Ainda não se encontrou outro regime melhor, desde a Revolução Industrial, mas a civilização avança para a substituição desse regime, porque ele conflita com aspectos humanos do trabalho.

Essas, algumas das considerações gerais para a apresentação da problemática que envolve o trabalho humano e, portanto, o próprio homem. O Direito está sofrendo transformações profundas, sendo impossível prever até que ponto irão essas transformações. Alguns pontos concretos, no que respeita a essas transformações, já podem ser vislumbrados. Nosso conceito de propriedade, por exemplo, deve sofrer uma retificação, deve ser corrigido naquilo que apresenta de mutilação de conceito. Antes, porém, que se opere sua reformulação, é necessário que se opere a "descoberta" do conceito.

Pode-se admitir que o problema seja meramente de retificação do conceito de propriedade, mas parece mais propriamente um problema de revelação, porquanto o conceito se apresenta mutilado.

Desde o fim do século XIX começou-se a insistir em que "a propriedade, sendo um direito, tem caráter privado, mas, ao mesmo tempo, desempenha uma função social". Essa nota, "função social" já se continha no conceito de propriedade, mas não tinha, ainda, sido "descoberta". Por essa época revelou-se, passando a ser afirmada. Nessa revelação, falou-se, primeiro, de "propriedade privada, mas com função social"; depois, de "propriedade com direção social". Mas êsses conceitos não satisfazem mais, e é neces-

sário afastar do conceito de propriedade as deturpações do seu sentido próprio.

A verdade é que essa revisão do conceito de propriedade, ou melhor, de revelação do conceito de propriedade se deve aproximar da revisão do conceito de trabalho e ambas levarão a uma reificação do conceito de empresa.

A empresa capitalista moderna responde, em grande parte, pelo estado atual da sociedade.

Opõe-se-lhe a empresa estatal, em que o Estado se substitui ao empresário, mas esse tipo de empresa cria outros problemas, sem resolver o problema fundamental.

A empresa comunitária, também preconizada como solução, traz o mesmo pensamento de comunidade, transformando a empresa numa pequena unidade comunitária. Não há ainda experiência suficiente dos resultados que possa produzir, porquanto as experiências já feitas são isoladas, e de âmbito muito reduzido. A empresa comunitária corresponde a um ideal e, ao que parece, não chegará a resolver o problema, embora se venha a praticá-la em escala maior.

Quanto à empresa popularizada, é idéia que vem sendo sustentada, entre nós, desde 1946, pelo Deputado Daniel Faraco. O capital de tais empresas deveria constituir-se através de ações dos seus empregados e do povo em geral. Assim, pela poupança, a população participa da empresa. É uma idéia em movimento, que realmente tem embasamento jurídico e que, no momento, marcha para a difusão.

O que, entretanto, parece certo, em meio a essa diversidade de tipos de empresa, é que a mesma, qualquer que seja a sua estrutura, não é apenas um ente econômico, mas é mais do que isso: é um ente social.

A empresa — para a Economia uma conjugação dos fatores da produção (capital e trabalho, especialmente) — tem, no entanto, no fator trabalho, um elemento pessoal, insuscetível de qualquer combinação, no sentido químico, isto é, um fator imiscível com outros fatores. É o fator homem, o fator humano, que conjuga-se com os outros, no sentido de integração, de colaboração com os demais elementos da produção. Mas podemos notar sempre, na empresa moderna, a presença de um grupo social. E, para o Direito, como o concebemos, o que realmente importa, é o dado social, o dado humano.

Mesmo que não consideremos a reforma do conceito de empresa, tudo o que existe, no momento, sobre o assunto, é suscetível de transformação. O salariado, por exemplo, — e já o citamos — não é a expressão de uma relação jurídica; é apenas a nota ca-

racterística da civilização moderna, embora sempre accidental e conseqüentemente não essencial.

O ordenamento jurídico do trabalho, cujos primeiros sinais encontramos no século XIX e para cuja evolução contribuíram fatores econômicos, sociais e políticos, chegou, hoje, a um ponto agudo nessa evolução, e a premência, a urgência na solução do problema pode ser claramente percebida em toda a ordem jurídica, de modo geral, e na ordem jurídica do trabalho, de modo particular.

Hoje, ninguém mais sustenta o liberalismo. A discussão, acesa no século passado, sobre se o Estado pode ou não intervir no domínio do trabalho, está encerrada. Essa fase foi superada. O problema atual é o da medida da intervenção do Estado, já que essa intervenção do Estado tende a tornar-se cada vez maior no domínio da Economia e, decorrentemente, no domínio do trabalho.

Deve essa intervenção ser total, de molde a só existir a empresa estatal, como nos Estados totalitários? Na empresa estatal, como é sabido, desde que inserida no contexto político de um Estado totalitário, este assume a sua direção, afastando um dos sujeitos da relação social do trabalho. Claro está que não se preconiza uma intervenção dessa natureza, mas também é evidente que o Estado deve continuar intervindo no domínio econômico, não para se substituir às pessoas, que são os sujeitos da relação de trabalho, mas para restabelecer a ordem, implantar o equilíbrio e a justiça social, coibindo abusos de qualquer natureza.

A estatização da empresa é admissível e mesmo necessária em muitos casos, mas não se deve estender a todos os casos. A questão é a de saber até onde se deve ir na estatização da empresa. O princípio defendido pelo "cristianismo social", ou "socialismo cristão" é o princípio da subsidiariedade. O que a pessoa, individualmente, não pode fazer, uma comunidade deve fazer; o que a comunidade não pode fazer, uma comunidade maior deve fazer; o que a comunidade maior não pode fazer, uma comunidade ainda maior deve fazer; o que esta grande comunidade não pode fazer, o Estado deve fazer. Se isso é passível de aplicação prática, resta sempre a questão da delimitação, caso a caso, do que cada uma dessas entidades pode, realmente, fazer.

Tal raciocínio mostra o estágio atual da evolução nesse assunto mas o certo é que a intervenção do Estado se realiza cada vez mais e, devido a isso, toda a ordem jurídica se transforma, especialmente a do trabalho.

Não é suficiente, para nós, que a empresa assuma esta ou aquela estrutura. De momento, além dos dois aspectos já explanados — a automatização e o desenvolvimento — o que se pode verificar é a melhoria das relações interpessoais no domínio do trabalho.

Nesse particular, é altamente significativo o que se pratica nos chamados grandes países, como os Estados Unidos, a Inglaterra e outros. Observa-se, nesses países, um esforço pela melhoria das relações humanas no domínio do trabalho, mediante o estabelecimento, lado a lado da empresa, de poderosas forças sindicais, de tal sorte que se possa atingir o equilíbrio entre as empresas e os trabalhadores.

Mas, ao dizermos “poderosas forças”, a expressão deve ser entendida como significando forças livres tanto do poder econômico, como do poder político. O sindicato deve ser, pois, uma expressão pura. É somente através da organização sindical autêntica se poderá encontrar o equilíbrio mencionado. Tal não se alcançará, se o sindicato estiver, de qualquer modo, sujeito ao poder “policial” do Estado, de cima, ou ao poder econômico da empresa, do lado. Equilíbrio com o desejado foi o que se conseguiu nas indústrias norte-americanas do carvão e do aço.

No Nazismo, tudo o que o Estado determinava — dizia-se — correspondia ao bem supremo e, portanto, os sindicatos foram abolidos, como coisas sem sentido, já que, dentro da sistemática política adotada, não havia o que reivindicar face ao Estado. No Fascismo, havia sindicatos, mas compunham corporações, legislando estas conforme a vontade do “Duce”. No regime soviético, o sindicato se confunde como um dos órgãos do Poder do Estado.

O sindicato, no entanto, deve ser encarado como um instrumento precioso, destinado a fortalecer o elemento humano do trabalho, para, com essa força sindical, poder enfrentar o chamado “poder econômico”, ou seja, o empregador.

Essa força, entretanto, não deve ser uma força para a luta, para a guerra, para o conflito dentro do domínio do trabalho, mas sim deve ser *uma força* tendente a estabelecer uma *igualdade de forças*, capaz de harmonizar, através de soluções justas e adequadas, a antinomia entre capital e trabalho.

A intervenção do Estado no domínio do trabalho deu origem a um conjunto de normas, que compõem o Direito do Trabalho. Este tem por fim, imediatamente, a proteção do trabalhador. Mas o fim último a alcançar é a própria ordem econômica, social e política; é contribuir para a ordem social, para a paz social, para a justiça social.

Que se deve entender, no entanto, por justiça social?

Na recente Emenda Constitucional nº 1, inseriu-se, no tocante à ordem econômica e social, o seguinte:

“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

- I — liberdade de iniciativa;
- II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III — função social da propriedade;
- IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;
- V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros;

e

- VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

A ordem social e a ordem econômica devem, portanto, orientar-se pelo princípio da justiça social.

Pontes de Miranda, ao comentar a expressão, diz não se tratar, no caso, da justiça comutativa, no sentido clássico de dar a cada um o que é seu, mas sim da justiça distributiva. A justiça social é, pois, a própria Justiça.

No Direito positivo impera, porém, a idéia de uma justiça meramente comutativa (dou e recebo). Já a justiça distributiva manda dar a cada um o que lhe é devido, não segundo a lei, mas segundo sua condição social. É, portanto, a condição social que determinará, na organização da sociedade e da empresa, o que cada um deve receber, presidindo a tudo isso o princípio da justiça social que é, por isso mesmo, muito mais do que a simples justiça comutativa.

A legislação do trabalho visa, portanto, a realizar a justiça social, valorizando o trabalho “como condição da dignidade humana”, e procurando estabelecer a “harmonia e a solidariedade entre as categorias sociais de produção”.

Mas, para que essas finalidades e esses ideais perseguidos pela legislação do trabalho sejam alcançados, não basta insculpi-los, ainda que de forma sábia, lapidar e solene, nos textos constitucionais. É necessária também — e principalmente — a educação social, voltada para a “nova sociedade” que está surgindo, e que supõe, em primeiro lugar, um conhecimento profundo da nossa realidade atual, quer da parte dos empregados, quer, sobretudo, da parte dos empregadores, a quem, por possuírem maiores oportunidades, devem pertencer, também, responsabilidades maiores.

E, acima de tudo, deve existir um ideal, uma crença, uma mística comum: a de que tudo isso se inspire na dignidade e na elevação da pessoa humana — princípio sem o qual todos os ideais se destroem por si mesmos. É o princípio da justiça social que deve inspirar essa mística. E, a par disso, devem-se recolocar os valores nos seus lugares próprios, valorizando-se as pessoas e as coisas pelo seu conteúdo humano e espiritual e não apenas pelo interesse ou vantagens que representam.

Nem no interesse, nem muito menos no ódio, se devem inspirar as aspirações da justiça e da harmonia sociais; mas, sim, na solidariedade humana, na compreensão humana, no amor humano. Este é o princípio que deve inspirar as categorias de produção, na busca do desenvolvimento nacional e da justiça social. Todas as normas de Direito tornam-se ineficazes se não forem valorizadas por esse sopro de amor e de solidariedade entre os homens.

Para finalizar, ainda numa homenagem ao eminente professor Eloy José da Rocha — de quem haurimos os ensinamentos aqui expostos — repetimos neste momento as palavras com que aquele ilustre mestre concluía a exposição desta matéria, em sua cátedra na Faculdade de Direito:

“Se fôsse possível reunir num prato de balança as leis mais perfeitas do mundo, e no outro se colocasse uma rosa, a balança deveria pender para o lado da rosa, por causa do belo, por causa da vida, já que a rosa é a flor que mais expressão de vida tem.

E o homem, a vida, isso é que deve ser valorizado.”

PROBLEMÁTICA FILOSÓFICO-JURÍDICA ATUAL

PROF. JACY DE SOUZA MENDONÇA

1. A problemática geral da Filosofia do Direito

No convívio humano, o Direito é um dado. Vive o homem, necessariamente, segundo regras imanescentes ao próprio convívio. Não as recebe, porém, apoditicamente, como algo indiscutível a que deve apenas submissão; problematiza o conteúdo da regra, a fim de verificar-se, e até que ponto, deve a ela realmente submeter-se. Para isso, carece de compreendê-la, compreensão que permanece no limiar de um registro empírico ou ascende ao nível do conceito universal e necessário.

Descrita, assim, a posição existencial do homem face ao Direito, registram-se simultaneamente as duas atitudes fundamentais que, como sujeito, assume face a este objeto: *apreciá-lo* em seu conteúdo, em seu valor intrínseco, ou representá-lo conceitualmente. Em Filosofia do Direito, qualificam-se estas duas atitudes, respectivamente, como *axiológica* (ou deontológica) e *lógica* (ou conceitual) e delas exsurgem dois problemas fundamentais, redutíveis a duas perguntas: que vale o Direito? que é o Direito?

A resposta à primeira questão (referente ao valor do Direito) oscila, teórica e historicamente, entre duas hipóteses extremas: o valor do Direito emerge da *força da natureza* ou da *natureza da força*. É o esquema do diálogo entre SÓCRATES e TRASÍMACO, de que dá notícia PLATÃO no Livro I da República. Diálogo intemporal. Os interlocutores nos servem como símbolo das perspectivas extremas possíveis em que o homem se põe face ao conteúdo

* Livre-docente de Filosofia do Direito.

da regra jurídica. É o registro da aporia que determina no espírito humano a exigência de investigar sobre o valor ou desvalor do Direito, a exigência de optar entre os abismos da redução do jurídico a força (negando, conseqüentemente, o Direito em si) ou o eterno retorno (1) a uma interpretação que vê a força do Direito como emanção de sua própria natureza, em última análise a natureza racional, social e livre do homem.

A atitude axiológica face ao Direito, para descobrir ou negar o que nele se contém de valioso, supõe outra posição, também fundamental, do homem face às coisas: a contemplação desinteressada, a especulação pura sobre o Direito, que corresponde à exigência do espírito de apreender o conteúdo inteligível do objeto, conceituá-lo. O representar é contemporâneo ao valorar. Perguntar sobre o que vale o Direito implica em perguntar sobre o que ele é, qual a sua essência. Satisfaz-se esta necessidade mesmo quando a resposta permanece ao nível de um registro meramente empírico, revestido de um mínimo de interpretação crítica generalizadora. No plano científico ou filosófico, a pergunta requer solução que dê, do Direito, representação universal, independente de sua concreção temporal-espacial, de sua revelação na história humana através das formas várias dos ordenamentos jurídicos possíveis. Busca-se o Direito em si mesmo, independentemente de seu fenômeno histórico, embora se processe a busca através das manifestações históricas. Tarefa infinda (2), tão inexaurível como a que investiga sobre o valor (3), porque dirigidas ambas ao mistério do ser. É o *problema conceitual* do Direito, a procura de uma idéia de Direito universalmente válida.

Na medida em que o pensador procura desvendar o mistério do jurídico, mediante a determinação de sua essência, percebe que qualquer resposta à dificuldade não só está influenciada por pressupostos relativos à sua concepção sobre o próprio conhecer humano, como também envolve tomada de posição mais profunda, referente à radicação ontológica do Direito. São os problemas *gnosiológico* e *ontológico* jurídicos, implícitos nos temas da conceituação e valoração do Direito.

Não é possível, em verdade, tentar a solução do problema conceitual do Direito sem o preliminar tratamento da questão relativa à possibilidade de o conceito, universal e necessário, adequar-se à realidade concreta, particular e contingente. O estudo da possibilida-

(1) — A expressão aproveita o título do trabalho de H. ROMMEN, «Die ewige Wiederkehr des Naturrechts», Muenchen, 1936.

(2) — «Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht» (KANT, in Kritik der reinen Vernunft)

(3) — HESSEN, J. — Wertphilosophie, IV/II.

de do conhecimento do Direito, suas origens, essência, formas, e dos critérios do conhecimento verdadeiro, constituem a *temática gnosiológico-jurídica*, cujos resultados embasam as soluções possíveis dos problemas conceitual e axiológico do Direito.

Por outro lado, o valor do Direito, a capacidade intrínseca que tem de imperar, enquanto Direito, é algo: insere-se numa ontologia — a ontologia do dever. Há um imperioso perguntar sobre o *ser do dever ser jurídico* (4). Há um *problema ontológico jurídico* pressuposto na solução do problema axiológico jurídico.

A estes quatro problemas acresce mais um a Filosofia do Direito: o *problema fenomenológico*. O qualificativo não é tomado a Husserl mas a Hegel. Busca examinar o Direito de um ponto de vista simultaneamente axiológico, sociológico e histórico; mais precisamente, verificar a forma como, através da história, revela-se o valor Justiça no convívio. Atribui-se a DEL VECCHIO a inclusão deste problema na temática filosófico-jurídica; inclusão que seria explicável como concessão do criticismo do professor romano à Escola Histórica do Direito, decorrente da influência por ela exercida em sua formação inicial (5). Realmente, em DEL VECCHIO, a par da indagação relativa à forma lógica (adiáfora) do Direito, interessa o estudo do conteúdo histórico e ideal (6). Três temas in comunicáveis. O primeiro, correspondente ao exame das condições subjetivas, formais, de pensar, de relacionar a experiência jurídica como as categorias do entendimento em KANT; os dois outros, relativos ao conteúdo a ser modelado por esta forma: conteúdo axiológico, ideal, de um lado (que preocupa o autor especialmente em «La Giustizia») e conteúdo experimental (sociológico, histórico, etnológico ou psicológico), que o preocupou em inúmeros outros trabalhos publicados (7).

(4) — MENDONÇA, J. — Fundamentos do Imperativo Jurídico — P.A., 1 963. — Ser e Dever Ser Jurídico (in Rev. Jurisprudência do T.J. do RGS, 1967, ano II, Nr. 6).

(5) — RECASENS SICHES — Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, México, 1963, I/80-81.

(6) — «Non dissì certamente cosa nuova quando, in un'opera giovanile, sostenei la necessità di distinguere la forma dal contenuto del diritto: intendo per forma nel senso della più alta tradizione filosofica, la sostanza o l'essenza, e non già l'apparenza superficiale. (...) Nulla fu mai più lontano dal mio pensiero, nel sostenere quella distinzione, che limitare il campo della Filosofia giuridica alla sola indagine della forma logica; ché anzi affermai la pari importanza dello studio del contenuto, storico e ideale» (DEL VECCHIO, La Filosofia del diritto e i suoi problemi, RIFD, 1958, p. 9)

(7) — DEL VECCHIO — Presupposti, Concetto e Principio del Diritto, Milano, 1959.

O problema fenomenológico, porém, é indiscutível exigência de todo sistema filosófico-jurídico que não ignore a realidade concreta do Direito, experimentável no convívio. O exame realista do Direito deve, necessariamente, partir do material depositado através da história, revelador da forma como os homens conceberam e viveram o valor Justiça.

Não visa o presente estudo ao tratamento da problemática geral da Filosofia do Direito; quer, isso sim, descrever as linhas fundamentais do pensamento filosófico-jurídico atual, relativamente ao Direito. Pretende verificar como, nos nossos dias, se pensa e se vive o Direito.

2. A ruptura entre “*Sein*” e “*Sollen*” na idade Moderna

Tomando-se DESCARTES como ponto de partida, chega-se a KANT como o pensador em quem foram traçadas as grandes linhas que presidem à Filosofia dos nossos dias. E embora não caiba aqui a análise do pensamento de KANT, é necessário registrar algumas de suas conclusões mais significativas para o estudo do Direito. Entre estas, a ruptura entre *ser* e *pensar* (entre a *idéia* e a *realidade* a que corresponde): “das Ding an sich” é inacessível ao pensamento humano, que permanece prisioneiro de suas próprias formas subjetivas (com o que se constitui o *fenômeno*) incapaz de verificar a correspondência deste condicionamento ao mundo do objeto (ó *nômeno*). *Essência* e *existência* são, destarte, incomunicáveis. Não menos importante a ruptura entre *ser* e *dever ser*: o *ser* é inacessível ao pensar mas o *dever ser*, porque independe do *ser*, segundo KANT, impõe-se ao querer humano e pode ser objeto de crítica especial, a partir de determinados postulados.

Este corte radical da Filosofia de Kant apresenta-se ainda hoje nos trabalhos de Filosofia do Direito. É nítida a dualidade de orientação dos filósofos do Direito: ou, aderindo à posição básica de KANT, tratam o Direito como mero dever ser, sem a mínima relação com o *ser* — e disso Hans Kelsen é ainda a melhor ilustração (8); ou, nas tentativas de superação da estrutura kantiana, procuram encontrar uma forma de fazer com que o *dever-ser-jurídico* não pareça no irreal mas se afirme ontologicamente ao pensamento.

(8) — «Do fato de que uma coisa é não se pode deduzir que alguma coisa deve (*soll*) ser, assim como do fato de que uma coisa deve (*soll*) ser não se pode deduzir que alguma coisa é. O fundamento da validade de uma norma não pode ser senão a validade de uma outra norma» (KELSEN, Teoria Pura do Direito, 2ª ed., tr. italiana, p. 217)

3. A Fenomenologia Jurídica

O mais vigoroso brado de alerta sobre a necessidade de retornar à realidade do objeto, perdida em KANT, dá-nos HUSSERL: “Zurueck zu den Sachen selbst!” — E uma nova Ontologia se propõe, com a pretensão de ser não abstrata, como a aristotélica, mas concreta; não uma ciência *do ser* mas uma ciência *dos seres* (das coisas).

O ponto de partida da preocupação de HUSSERL encontra-se, pois, na questão da origem das idéias, onde duas hipóteses explicativas se propunham: tomá-las como resultantes de uma abstração, tendo a experiência do individual concreto por base e uma operação racional por acabamento como faziam ARISTÓTELES e todos os seus seguidores; ou tomá-las como diretamente encontráveis num mundo próprio, um mundo platônico, acessíveis a uma intuição essencial pré-terrena e a uma reminiscência. — A razão última da dificuldade proposta pela Fenomenologia é, pois, ainda, a dramática antinomia entre o mundo das coisas (individuais, concretas, contingentes) e o mundo das idéias (universais, abstratas, necessárias); a vocação de HUSSERL está em tentar forma tal de relacionar estes dois mundos que lhe permita compreender e afirmar a correspondência entre pensar e ser, superando a ruptura kantiana.

Com este propósito, recusa, de início, o mundo platônico das idéias, uma vez que este pressupõe a ruptura com o mundo das coisas (9) e reduz o conhecer à reminiscência (10), ao diálogo da alma consigo mesma (11). Recusa também a explicação das idéias como extração (abstração) *das coisas*, como no aristotelismo, pretendendo que a descoberta da *idéia* se dá *nas coisas*, segundo peculiar forma de vê-las, de intuí-las — é a experiência das idéias nos fenômenos (que não são algo que contraste com o *ser*, mas sim o próprio *ser*). O Ego, intencionalmente voltado aos objetos individuais, põe entre parêntesis, desconecta, por assim di-

(9) — «(A *idéia*) é, por si, para si, consigo, sempre imutável; e as outras coisas... participam dela de tal forma que, enquanto estas nascem e perecem, ela (a *idéia*) nem cresce, nem diminui, nem sofre qualquer outra mudança» (PLATÃO — Banquete — XXIX, 211 b).

(10) — «A alma, sendo imortal e tendo renascido muitas vezes e visto as coisas lá de cima e as daqui de baixo, tudo, em suma, tudo aprendeu... aprender é verdadeiramente sempre uma reminiscência» (PLATÃO — Menon — XIV/XV, 81-82).

(11) — «O ato de pensar parece-me que, efetivamente, não é senão um diálogo que a alma tem consigo mesma, interrogando e respondendo, afirmando e negando» (PLATÃO — Teetetos — XXXII, 190).

zer (12), o acessório, o secundário, o tradicional que a êle se oferta e, neste processo, capta, simultaneamente, o Eidos, a essência ideal do objeto, uma essência pura (13). A gênese das idéias não se dá num esquema de anterioridade-ulterioridade, ou num esquema de mediação, relativamente ao fenômeno, mas no plano da simultaneidade, da concomitância.

Não só. A própria experiência fenomenal é dispensável, podendo o espírito apreender as idéias diretamente, originariamente, através da variação imaginária (*Wesensschau*), um esforço de pensar que conquista a essência ideal na medida mesma em que produz as notas que constituem o Eidos; composição limitada apenas pela inverdade; composição que, relativamente à apreensão da idéia, equivaleria à percepção sensível na apreensão das coisas (14).

É bem verdade que, em última análise, afirma a fenomenologia um outro mundo (à Platão, mesmo), o mundo das essências ideais, nova região de ser (15), em paralelo ao mundo dos objetos singulares; naquele, e não neste, situam-se as idéias. Resta sempre, por isso, a necessidade de explicar a forma de relacionamento real e gnosiológico destes dois planos, angústia que não se afastou das cogitações de HUSSERL, o qual, na "Crise da Ciência Européia", fala numa experiência vital (*Lebenswelt*), uma intuição de totalidade, "a priori", como forma de apreensão do Eidos, superior e anterior à *Wesensschau*: como que a *experiência do ser*, da totalidade, condicionante e possibilitadora da *experiência dos seres*, da particularidade, em forma universal.

A tentativa de HUSSERL no sentido de recuperar o abismo kantiano repercute imediatamente no pensamento jurídico. Em 1913, enquanto eram publicados os primeiros trabalhos de Husserl, o jurista alemão Adolf REINACH publicava também sua forma de

(12) — «Pôr, por assim dizer, 'fora do jogo', desconectar, colocar 'entre parêntesis'» (HUSSERL — *Idéias*, p. 71).

(13) — «... a essência (Eidos) é um objeto de nova índole. Assim como o dado na intuição individual ou empírica é um objeto individual, o dado na intuição essencial é uma essência pura» (HUSSERL, *Idéias*, pág. 21).

(14) — «... podemos apreender uma essência em si mesma, originariamente, a partir das correspondentes intuições empíricas e, igualmente, intuições não experimentativas, não apreensivas de algo existente, antes meramente imaginativas» (HUSSERL — *Idéias*, pág. 23). — «... a intuição de essências é um ato em que estas se dão originariamente e enquanto tal, um ato análogo à percepção sensível e não à imaginação» (idem, pág. 58).

(15) — «Que pode, com efeito restar quando se desconectou o mundo inteiro, inclusive nós mesmos com novo cogitare?... uma nova região de ser (puro)» (HUSSERL — *Idéias*, pág. 75).

ver o Direito em perspectiva fenomenológica (16). Morto aos 34 anos de idade, na primeira grande guerra, dêle nos resta, além do trabalho acima referido, apenas uma conferência sobre o mesmo tema (17).

Sustenta REINACH que o conhecimento jurídico se processa exatamente como se propõe na gnosiologia husserliana: o pensamento está intencionalmente voltado às vivências determinadas do mundo jurídico (são as experiências do Direito Positivo ou as situações jurídicas concretas); pondo entre parêntesis, desconectando esta realidade empírica do Direito, capta a inteligência o Eidos jurídico, os conceitos jurídicos, que são estruturas ontológicas iminentes e "a priori", condicionantes da experiência particular. Aplica, então, o método proposto a institutos jurídicos como a promessa, a propriedade e a representação; é este o esquema de sua obra, cujo manifesto objetivo é revelar como a captação da essência ideal de um instituto jurídico envolve a descoberta das regras que essencialmente o integram e é, destarte, o autêntico processo legislativo positivo (processo maiêutico, similar ao de Sócrates no diálogo com o escravo de Manon). Apreendida a idéia correspondente a um instituto jurídico, apreende-se simultaneamente sua legislação natural, da qual a legislação positiva será apenas explicitação lógica.

Sirva somente REINACH como ilustração da corrente fenomenológica. Não só por ser cronologicamente o primeiro mas também pelo valor intrínseco de sua obra. Seria mesmo impossível, em rápido planejamento, traçar o perfil de concepções como as de Helmuth GOING, Erich FECHNER, Félix KAUFMANN, Fritz SCHREIER, Carlos COSSIO, Paul AMSELEK, Nicos POULANTZAS, J. L. GARDIES, etc.

O mérito da concepção fenomenológica do Direito consiste, em suma, no registro da necessidade de ultrapassar o dado concreto do Direito Positivo, como condição de sua própria inteligibilidade; na afirmação da possibilidade de captação da essência do jurídico; na revelação da regra positiva como derivada de uma legislação natural.

A fenomenologia se revela, porém, tentativa frustrada de solução do conflito kantiano. O retorno às coisas em si mesmas, que lhe dá linha programática, tem por epílogo o encontro de um Eidos inconfundível com elas: mais que *distinto* da realidade, o Eidos

(16) — Adolf REINACH — «Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts» (in *Jahrbuch fuer Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1913)

(17) — Adolf REINACH — «Was ist Phänomenologie?», conferência pronunciada em Marburg em 1914, publicada em 1921.

apresenta *discutível relacionamento* com ela. REINACH (para manter a crítica apenas em perspectiva jurídica) vai a ponto de sustentar a possibilidade de dissintonia entre o Eidos e a realidade jurídica; dito em outras palavras, entre a essência eidética apriorica do Direito e as regras e instituições jurídicas; ou ainda, entre a norma-jurídica-fato e a norma-jurídica-essência. E como inexistente no sistema possibilidade de hierarquizar estes planos, já que ao Eidos não corresponde qualquer conotação axiológica, torna-se impraticável relacioná-los. “O Direito Positivo, diz REINACH, pode realizar estas leis ‘a priori’ em seus preceitos, mas pode também contrariá-las; pois bem, ainda quando a elas se opõe, não fere, em absoluto, sua essência”. O que se estabelece, portanto, é um jus-naturalismo idealista, uma dualidade de ordens jurídicas incomunicáveis (a ordem jurídica natural ideal e a ordem jurídica positiva). Por estas razões, a crítica não tem poupado tal forma de ver o Direito. Dela diz, por exemplo, RECANSENS SICHES que se trata da “solução de um problema que não existe”, pois “não estuda nem o Direito que é, nem o que deve ser” (18); ou, como sublinha Nicos POULANTZAS, a apreensão da norma jurídica natural no Eidos, para ulterior tradução lógica em plano positivo, não passa de processo tautológico pois, em verdade, atribui-se previamente ao conceito aquilo que dêle, a seguir, se pretende extrair” (19).

Desta forma, o rumo proposto por HUSSERL e acolhido pelos fenomenólogos da ciência jurídica conduz, ou reconduz, às essências platônicas e não ao real. Permanecem íntegros e incomunicáveis os dualismos clássicos: ser-pensar, idéia-realidade, essência-existência, númeno-fenômeno.

4. O existencialismo jurídico

A época em que vivemos registra outra orientação de pensamento voltada à superação do dualismo — o existencialismo.

Este propósito é explícito na obra de SARTRE, que sugere como forma de solução do conflito a extinção de um dos polos do binário. “O pensamento moderno, diz, êle, realizou considerável progresso reduzindo o existente à série de fenômenos que o revelam.” — “O ser de um existente é exatamente seu parecer.” — “Nossa teoria do fenômeno substituiu a realidade da coisa pela objetividade do fenômeno.” (20)

(18) — RECANSENS SICHES — Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, I/262-3

(19) — N. POULANTZAS — Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridiques (in ABD, 1963, VIII/219)

(20) — SARTRE — L'être et le néant — Introdução.

Preocupação básica é ainda o retorno à coisa concreta. Busca-se, porém, o *homem concreto*. E o foco central da preocupação é aquilo que têm por mais concreto no homem — sua *existência*. Institui-se, por isso, uma antropologia, ou uma ontologia da existência humana, na qual só há lugar para o tratamento da *essência* do homem como e enquanto derivada d'apropriada existência (SARTRE) ou com ela confundida na *ex-sis-tência*, isto é, na perpétua exteriorização do homem face ao mundo (HEIDEGGER).

Em que pese a ambigüidade do termo, pode-se encontrar como linha fundamental do pensamento *existencialista* a preocupação pelo homem como existência concreta, em plano de atitude. O homem-fenômeno aparece, então, como um ser *derelicto*, abandonado na existência. Lançado num mundo que não criou e que não pode pôr entre parênteses, do qual não pode libertar-se. “Condenado a ser livre” (21). — O *nada* é o ponto de partida do existir e o termo final da historicidade. À medida em que se faz, no existir, o homem se distancia de si mesmo, perde-se, nihilifica-se. A existência é, portanto, um processo dialético no qual o homem ao mesmo tempo constrói sua essência no fazer-se e tende para o nada, para a perda de seu próprio ser. É o fazer-se do nada e o nihilificar-se do ser. E entre estes dois nadas situa-se a *temporalidade*, dimensão fundamental do homem. Ele não está feito para o eterno, como dizia SPINOZA — “nós nos sentimos e nos experimentamos como eternos” (22) —, mas para o tempo, para a morte. Por isso, é apenas abertura para a auto-construção, busca de realização da própria essência através do representar e do fazer (“fazer e, fazendo, fazer-se”) — é *pro-jeto*. Está voltado apenas para o futuro: não é, mas tende a ser — e nisto está a sua transcendência. — É uma existência face ao mundo. E na medida em que, pela *liberdade*, intende ao mundo, cria os valores. O bem e o justo são, assim, o mero resultado de uma escolha. “Escolher ser isto ou aquilo é afirmar, ao mesmo tempo, o valor do que escolhemos, pois, nós não podemos escolher o mal; aquilo que escolhemos é sempre bom e nada pode ser bom para mim sem que o seja para todos” (23). O crime é ação valiosa pelo simples fato de ser resultado desta escolha. “Eu não sou culpado!” grita Orestes depois do delito (24). O remorso é mau, pois revela que a opção não foi realmente feita. “O mais vil dos assassinos é aquele que tem remorso” (25). — O homem é conflito, é *tensão* face ao

(21) — SARTRE — L'existentialisme est-il un humanisme? — pag. 37

(22) — SPINOZA — Ética, V, proposição XIII, escólio.

(23) — SARTRE — L'existentialisme est-il un humanisme? — pag. 25

(24) — SARTRE — Les Mouches

(25) — idem

mundo. Nêle brigam a tendência à sociabilidade e a inclinação a isolar-se — a sociabilidade insociável. O outro é causa de limitação, de amesquinamento: transforma-nos em coisa, em objeto, no “en-soi” — sartreano. O outro é o inferno.

No meio dêste desespero, desta angústia, dêste niilismo ateuista, restam algumas palavras de esperança, de alegria, no existencialismo cristão, onde o homem é visto como “abertura para o outro”, portanto amor (26) e onde o “valor inalienável da pessoa” está “na perspectiva da fraternidade, não na igualdade” (27).

Inspirado no existencialismo de Heidegger, mas sob orientação cristã, o professor de Filosofia do Direito da Universidade do Saarbrücken, Werner MAIHOFER, discípulo e sucessor de Erick WOLF, procura também o retorno às coisas em si mesmas, o retorno ao homem concreto. Ele mesmo nos dá a síntese de seu pensamento: “Colocamos a questão do fundamento do Direito na vida do próprio homem, na sua existência concreta no mundo, que se revela como uma dialética da natureza das coisas e da vocação do homem. Reconhecemos como sendo fundamento do Direito a derelicção do homem num mundo inumano e medida do Direito o projeto no sentido da vocação humana. Segue-se que o Direito não tem seu fundamento em condições históricas passageiras da natureza humana e da estrutura social, que podemos superar um dia, como acreditam aqueles que se fixam no *fenecimento do Estado* enquanto *poder político* e do Direito, enquanto *coação formal*, mas em dados ontológicos pertinentes à existência do homem neste mundo. Assim, o *Direito Positivo* e o *Direito Natural* nos parecem, no fim de contas, momentos fundados, um como o outro, na historicidade da existência e ligados, no horizonte do passado e do porvir da situação humana. O *Direito Natural*, pois, é o *transcender*, constantemente exigido, do *Direito Positivo*, no sentido do direito do homem a uma existência digna do homem e digna de ser vivida” (28).

O título das obras fundamentais de MAIHOFER (*Natur der Sachen e Recht und Sein*) revelam de logo sua preocupação jus-naturalista. E jus-naturalismo que se pretende concreto, porque parte da “natureza concreta do homem”; opõe-se ao racionalismo jus-naturalista e põe entre parênteses o problema de Deus, por entendê-lo dispensável às cogitações sobre a natureza do Direito e os critérios de Justiça.

(26) — MARCEL — Journal Métaphysique

(27) — MARCEL — La dignité humaine, págs 167/174.

(28) — MAIHOFER — O Direito Natural como transcendência do Direito Positivo (in APD, 1963, 8, pág. 177).

A humanização do mundo desumano é tarefa que o homem realiza graças à sua temporalidade. A História, pois, não é em si mesma nem determinada nem determinante da conduta humana; ao contrário, é o homem que a faz, na forma como se relaciona com os outros e com o próprio mundo. “O homem não é só o produto das circunstâncias e de suas relações, mas também seu produtor; não somente a vítima da história mas também seu autor” (29).

E é na humanização do mundo caótico, “da estrutura contraditória, misteriosa e má da própria realidade” (30) que surge o Direito. Direito “é a discórdia (*eris*), o conflito (*polemos*) dos contrários, como já vira Heráclito” (31); “o que, em última análise, fundamenta o Direito não é a natureza antagônica do homem, mas a estrutura antagônica, antinômica, paradoxal mesmo, do próprio mundo” (32).

O homem é relação com o outro. Ao contrário do que pensa Heidegger, a autenticidade do homem não está no “ser-êles-mesmo” mas no “ser-como”. “A validade (do Direito) surge da autenticidade histórica do próprio ser. Não da historicidade até hoje apontada pela filosofia da existência como verdadeira e própria historicidade, ou seja, a subjetividade do ser-êles-mesmo na autenticidade do seu ser-no-mundo, mas a historicidade totalmente diversa, do mundo do ‘eterno retorno do mesmo’ (Nietzsche), do mundo do ‘espírito objetivo’ (Hegel), em outras palavras, a historicidade da objetividade do ser-como, da autenticidade do ser como pai ou irmão, espôso ou filho, juiz ou médico, não em qualquer tempo e qualquer lugar, mas hoje e aqui” (33).

No relacionamento com o outro, podemos tomá-lo como neutro, sem significação para nós (no máximo com valor instrumental), ou tomá-lo como equivalente, como essencial à relação. A partir desta segunda forma de relacionamento, registra MAIHOFER a existência de pares sociais, de relações inter-humanas necessárias, indissociáveis, as situações existenciais típicas. “A existência social concreta constitui-se pelo que chamamos natureza das coisas no mundo dos homens: pelo ser subjetivo-objetivo do homem no mundo dos homens, como comprador-vendedor, proprietário-locatário, doutor-paciente, juiz-acusado, homem-mulher; são complexos e conexões não somente subjetivo-objetivas, mas inter-subjetivas entre homens, que determinam o caráter específico

(29) — MAIHOFER — idem, pág. 189

(30) — idem, pág. 184

(31) — idem

(32) — idem, pág. 186

(33) — MAIHOFER — Die Natur der Sache, p. 171

e típico de cada situação social, e que não podem ser compreendidas como matéria social, puramente material” (34).

A fim de que os pares sociais típicos sejam o que são, respeitem sua ontologia, segundo um modelo ideal, faz-se necessária a obediência a princípios, a regras imanentes. E aí vão situar-se as regras jurídicas naturais.

Ocorre que o “homem concreto” não é por natureza, concluído mas, pela disposição de sua liberdade, deve, no jogo das circunstâncias, constituir-se, acabar-se, desempenhar uma missão histórica. Não é determinação absoluta nem indeterminação total mas a resultante dialética destes dois contrários. “O homem, enquanto *animal fixo* (Nietzsche), não está determinado em sua essência nem por Deus nem pela natureza (enquanto imagem de Deus), mas *ele mesmo realiza seu ser, na compreensão e assunção de sua missão*. É, em última análise, o produto quer das circunstâncias (e da ordem a ela imanente) nas quais realiza sua essência, quer de sua própria decisão, que ele mesmo deve tomar, que ninguém lhe pode arrebatar e que a ninguém pode transferir. (...) O *homem real*, em sua existência no mundo, é essencialmente tanto o produto de suas circunstâncias como de si mesmo. Sua existência concreta no mundo é, em outros termos, *produto daquilo que lhe foi dado e daquilo que lhe foi proposto fazer*; resulta de uma dialética entre *natureza das coisas e vocação humana*” (35).

Desta forma, na concepção de MAIHOFER, Direito Natural, natureza das coisas ou natureza do homem é “este projeto da determinação histórica do ser do homem nas suas relações com o outor homem” (36). “Direito Natural, concebido como *direito existencial*, isto é, como *direito a uma existência conforme à missão do homem*, representa o conceito de uma exigência que se põe diariamente ao jurista, de adequar cada vez mais as relações humanas a uma imagem diretriz, a um arquétipo de uma *ordem digna do homem*, concebida como ordem onde reine a *maior liberdade* e a *maior segurança possíveis*. Ordem que possibilita uma vida digna de ser vivida no Leste ou no Oeste — embora sob formas totalmente diferentes —, ordem da *maior satisfação possível das necessidades humanas* e que proporcione o *maior desenvolvimento possível das faculdades*.” — “Direito Natural é, assim, para nós, o conceito de *uma evolução e de uma revolução humanas, constantemente bus-*

(34) — MAIHOFER — Direito e Natureza das Coisas na Filosofia Alemã (Colóquio de Filosofia do Direito Comparada), Pars, 1965, pág. 131.

(35) — MAIHOFER — O Direito Natural como transcendência do Direito Positivo, p. 179.

(36) — idem, pág. 187.

cada, visando a conformá-las a uma sociedade verdadeiramente humanas” (37).

Põe-se a mesma questão: soluciona o existencialismo jurídico de MAIHOFER a antinomia entre *ser* e *dever ser* jurídicos?

Nos propósitos do autor, procura-se apontar como valioso o fato mesmo da existência humana. E nesta identificação entre existência e valor estaria a solução do problema. Nas últimas consequências jurídicas, teríamos a identificação entre Direito Natural e Direito Positivo. O Direito deveria ser, por natureza, o que de fato é. Em outras palavras, a negação do jus-naturalismo e mais uma volta ao positivismo jurídico como na dialética hegeliana, onde o escravo deveria ser escravo por ser escravo... esquecido o autor, como acentua o Professor de Strasburgo, DONIUS, que “os escravos se revoltam” (38) e nesta revolta expressam, na existência, a busca de um ideal cujo valor transcende os limites da própria existência.

A permanecer em tal posição, deveria MAIHOFER demonstrar que “o fato (existência humana) é valor e que o valor é fato (existência humana)”, como insiste a crítica. Identificação entre fato e valor que só seria possível ao preço de um círculo vicioso: “valorizar primordialmente o fato, o real, como justo, como digno de fundamentar a norma jurídica, para descobrir em seguida, nos mesmos fatos, o valor que lhes fôra antes atribuído” (39). — MAIHOFER procura afastar a dificuldade acenando para uma transcendência ao Direito positivo: a “sociedade verdadeiramente humana, digna do homem, digna de ser vivida”. Consequentemente, o valor sob cujo modelo deve constituir-se o Direito Positivo não é mais algo real, do homem concreto, mas uma forma ideal de existência “com o máximo de liberdade e o máximo de segurança, o máximo de satisfação das necessidades e o máximo de possibilidade de desenvolvimento das virtualidades humanas”.

Chega-se, assim, a um epílogo que mantém íntegro o dualismo kantiano, em que pese o manifesto propósito de superá-lo; e resta ainda uma ruptura abissal porque, pretendendo ter superado a dificuldade pela extinção de um dos termos do binômio (o mundo ideal), joga implicitamente com ele.

(37) — MAIHOFER — Direito Natural como transcendência do Direito Positivo, p. 179.

(38) — Charles DONIUS — Existentialisme, phénoménologie e philosophie du droit — APD, 1957, pág. 230

(39) — Nicos POULANTZAS — Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridiques — APD, 1963, pág. 229.

5. O marxismo jurídico

Também o marxismo pretende ser superação deste dualismo pelo retorno ao concreto; e, como no existencialismo, o que de concreto pretende salvar é o próprio homem. Mas aqui o homem terá como dimensão fundamental sua sociabilidade e historicidade, o que, afinal, irá reduzi-lo a um gênero (perdido o valor pessoal), a uma radicação partidária.

Neste contexto, é de logo recusado o Direito, como reminiscência da ideologia burguesa, capaz de fazer esquecer o homem real, de aliená-lo. A permanência do Direito na sociedade socialista é transitória, concessão temporária, imposta pelas circunstâncias da revolução. “No atual período de transição, o proletário deve utilizar necessariamente, em seu interesse de classe, essas formas (Moral, Direito, Estado) herdadas da sociedade burguesa” (40), afirmava PASHUKANIS, identificando o direito socialista ao direito burguês, o que lhe valeu mais tarde violenta contestação de VYSHINSKY (41).

Este Direito, transitório, “construído sobre a estrutura econômica” (42), reduz-se, em última análise, à força — é uma técnica de conquista e manutenção no poder: é a vontade do economicamente poderoso (aquele que detém a propriedade dos meios de produção) imposta coercitivamente aos demais, a fim de impedir-lhes a ascensão econômica e política. É o agravo de MARX, no Manifesto Comunista, ao “direito burguês”: “Vossas idéias são produtos do sistema burguês da produção e de propriedade, assim como vosso direito não é senão a vontade de vossa classe erigida em lei; não há nesta vontade nada além das necessidades materiais de vossa classe. — É por interesse que erigis em leis eternas da natureza e da razão vossas relações de produção e de propriedade, que não têm senão um caráter histórico e que o próprio processo de produção fará desaparecer” (43). Mas a mesma característica opressora não é negada nem ao Direito socialista, na fase de transição, rumo à sociedade comunista. O mestre do Direito soviético, representante da linha sociológica do pensamento jurídico, “STOUTCHKA, Comissário do Povo para a Justiça em 1918, em obra publicada em 1921, refletindo exatamente o ponto de vis-

(40) — PASHUKANIS — Teoria Geral do Direito e do Marxismo, apud KELSEN, Teoria Comunista do Direito e do Estado, tr., BA, 1858, pág. 153

(41) — VYSHINSKY — O Direito do Estado Soviético — tr. esp., pág. 57/8

(42) — MARX — Crítica da Economia Política, 1859, in Oeuvres, 1965, I/275.

(43) — MARX — Manifesto Comunista, 1848, id., I/178

ta marxista, definia o direito como sistema de relações sociais correspondente aos interesses da classe dominante, cujo funcionamento é garantido pela força organizada, portanto material, desta mesma classe” (44). E é a lição repetida por um sem número de juristas em obras oficiais recentes: ROMASSHIN, KOTOK, COLUNSKII, STROGOVICH e CSABA VARGA (45). A única distinção entre o ordenamento jurídico burguês e o soviético estaria na consciência clara, neste último, de sua condição opressora e na revelação desta condição.

De forma violenta, determinante até do expurgo de juristas como STOUTCHKA e PASHUKANIS (inclusive o desaparecimento deste último), formou-se um grupo de intérpretes do Direito marxista, na fase socialista, liderados por VYSHINSKY, procurando negar ao ordenamento jurídico socialista o caráter opressor. Constatou a argumentação em afirmar que a opressão, nesta fase, é obra de *todo o povo* e, sendo todos opressores, não há oprimidos. Artificio sofisticado, inveraz, fundado na identificação da vontade de todos com a vontade da classe trabalhadora. “Nossas leis, diz VYSHINSKY, expressam a *vontade de nosso povo*, o qual governa e está criando uma nova história, sob a direção da classe trabalhadora. Entre nós, a *vontade da classe trabalhadora se confunde com a vontade de todo o povo*. Isto dá fundamentos para falarmos em nosso direito socialista soviético como expressão da vontade de todo o povo” (46).

Pôsto à margem o pensamento de VYSHINSKY, manifestamente deformador do real, o direito soviético se auto-revela como opressão de classe. “Este Direito é, ao menos em seu conteúdo, desigual como todo Direito” (47). Nenhuma forma de ordenamento jurídico escapa à acusação de essencialmente opressivo. “Todo Direito pressupõe desigualdade. Todo Direito consiste na aplicação de uma regra única a pessoas diferentes, a pessoas que, na realidade, não são nem idênticas nem iguais. Assim, o ‘Direito igual’ equivale a uma violação da igualdade, a uma injustiça” (48). — O jugo opressivo, característica fundamental do jurídico, apare-

(44) — STOYANOVITCH — La Philosophie du Droit en URSS, Paris, 1965, pág. 43

(45) — Fundamentos del Derecho Sovietico — Moscou, 1962, pág. 19/20, 42/43; Csaba VARGA — A Definição do Direito na Teoria Socialista do Direito (APD, XII/187); Alguns Problemas da Definição do Direito na Teoria Socialista do Direito (APD, XII/199).

(46) — apud KELSEN, op. cit., pág. 185 e STOYANOVITCH, op. cit., pág. 184

(47) — MARX — Carta a Bracke, 1890, apud STOYANOVITCH, Le Régime Socialiste Yougoslave, Paris, 1961, pág. 103

(48) — LENINE — O Estado e a Revolução, tr., Rio, 1961, pág. 113

ce, assim, como consequência das desigualdades sociais, expressas pela pluralidade de classes econômicas. E, expressão da desigualdade, o Direito é sempre injustiça.

Vai a tal ponto a antinomia Direito-Justiça no sistema, que estas duas realidades, em sua dinâmica, são concebidas como movidas em razão inversa: quanto mais se fortalece o Direito, mais se tende à injustiça; quanto mais se busca a realização da Justiça, mais se esvai o Direito. De tal forma que, “no dia em que pudessem existir, hipoteticamente, um Direito igual e, portanto, conforme a uma idéia absoluta de Justiça, neste mesmo dia ele já não existiria mais . . . Direito e igualdade, Direito e Justiça, não podem jamais coincidir” (49)

Mas os esquemas do materialismo dialético e do materialismo histórico têm por norte uma sociedade ideal, sem classes, onde reine a abundância dos bens econômicos e, por isso mesmo, não haja necessidade de ninguém oprimir a ninguém. Paraíso terreno a que se tenderia na medida em que fôssem se extinguindo as classes sociais, as quais arrastariam consigo simultaneamente para o fenecimento Estado e Direito. O Direito é, pois, fenômeno transitório, peculiar à época da ditadura do proletário, oriundo do período burguês e tendente ao total desaparecimento. “O fenecimento das categorias — não dos mandamentos — do direito burguês não significa, de forma alguma, que elas sejam substituídas por novas categorias de direito proletário . . . O fenecimento das categorias do direito burguês significa, em tais condições, o fenecimento do direito em geral, quer dizer, o desaparecimento gradativo do elemento jurídico nas relações humanas” (50).

Virá, pois, o desaparecimento do Direito juntamente com o desaparecimento das classes. Ou seja, a classe proletária, absolutizando-se no poder, providenciará na extinção definitiva de todas as demais e, ficando só, terá feito desaparecer as desigualdades decorrentes da pluralidade de classes. Não haverá, então, necessidade de manter instrumentos de opressão, entre os quais se inscreve o Direito. “Com a realização da sociedade comunista e a manutenção voluntária das regras fundamentais da convivência humana, não haverá mais necessidade de molestar os Tribunais de Justiça, Polícia, julgamentos e cárceres, advogados e Promotores, Brigadas de investigação e verdugos, e os demais agentes profissionais da administração da justiça . . . Em consequência à liquidação da propriedade privada, também as normas de Direito Civil serão su-

(49) — STOYANOVITCH — *Marxisme et Droit*, Paris, 1964, pág. 153.

(50) — PASHUKANIS, id., pág. 153

pérfluas. A mesma sorte terão também, uns após os outros, os diversos direitos estatais e intuições do Estado” (51).

A fase política atual, no Estado Soviético, corresponderia ao período de transição, no qual faz-se ainda necessária a afirmação do Estado e do Direito, como processo necessário à liquidação das classes sociais. “Nós somos pelo fenecimento do Estado e, ao mesmo tempo, nós somos pelo fortalecimento da ditadura do proletariado, que representa a mais potente autoridade de todas as formas de Estado que existiram até hoje. Desenvolver ao máximo o poder do Estado, visando a realizar as condições sob as quais ele poderá desaparecer: eis a fórmula marxista. É uma contradição, dir-se-á? Sim, há aí uma contradição. Mas esta contradição é a própria vida e reflete completamente a dialética marxista” (52). Mantém-se, pois, o Direito, mas em vias de desaparecimento, processo que “será extremamente lento” (53).

Na linguagem de STRUMILIN, portanto, alcançada a sociedade comunista, ideal, dar-se-á apenas a “manutenção voluntária das regras fundamentais da convivência humana”. Que se deve entender, pois, quando o marxismo fala em desaparecimento do Direito? A resposta não é difícil. O que tende à morte são regras de Direito Positivo relativas à propriedade e às relações humanas decorrentes de uma determinada forma de relação de produção (54); desapareceria, também, a “coação estatal”, substituída por uma obediência a regras num “crescente caráter voluntário” (55). Mas que regras fundamentais de convivência humana são estas que permanecem? A resposta está em MARX: “Deve-se considerar o legislador como um sábio que prescreve a natureza. Ele não faz as leis, ele não as inventa, ele não faz senão fórmulas, ele enuncia, sob forma de leis positivas conscientes, as leis internas das relações espirituais” (56). Este Direito permanecerá: “Libertado da escravidão capitalista, dos indescritíveis horrores da selvageria, dos absurdos e infâmias da exploração capitalista, o povo se acostumará gradualmente a observar as regras elementares da vida social, conhecidos a séculos e repetidas a milê-

(51) — STRUMILIN, 1960, apud WETTER-LEONHARD, *A Ideologia Soviética*, 1962. tr., Barcelona, 1964, pág. 608/9.

(52) — STALIN — 18º Congr. do PC na URSS, 1939, apud STOYANOVITCH, *Le Régime Socialiste Yougoslave*, pág. 107/8

(53) — KROUSCHEV — 22º Congr. do PC na URSS, 1961, apud WETTER-LEONHARD, id., p. 586

(54) — STOYANOVITCH — *Marxisme et Droit*, págs. 87, 95 e 154

(55) — Csaba VARGA, *Alguns Problemas* . . . pág. 199

(56) — MARX — in *Rheinische Zeitung*, 1842, apud Hasso JAEGER, *Savigny et Marx*, APD, XII, 19, pág. 77

nios nos textos escolares; se acostumará a observá-las sem coação, sem compulsão, sem subordinação, sem o aparato compulsivo especial que se chama Estado" (57).

Eis como um sistema jurídico que, em nossa época, se revela aparentemente como a mais terrível forma de positivismo jurídico, por ser a consciente utilização do Direito como força pura, como instrumento de opressão, é essencialmente estruturado sobre o pressuposto da existência e da validade do jus-naturalismo. Rigorosamente falando, o sistema jurídico marxista não se baseia no fortalecimento mas no fortalecimento do Direito. Enquanto Direito Positivo, é mais forte, na fase da ditadura do proletariado, como instrumento de extinção das classes sociais; e ainda mais poderoso na sociedade comunista, quando se imporia diretamente às consciências, naquilo que tem de essencial.

Mas o homem concreto está novamente perdido. Se, nos seus fundamentos emocionais, pretende o marxismo participar da luta contra a fome, contra a exploração do homem pelo homem; se, a julgar pelas reivindicações sociais de que está prenhe, move-se em razão de um sentimento de injustiça face aos oprimidos; se, sublimando ao máximo, dentro de seus limites materialistas, visa à redenção do homem pelo próprio homem; em suas conclusões o homem, como realidade concreta, individual, nada vale. Importa apenas a dimensão social. "O indivíduo é ser social". "Ainda que seja um indivíduo particular — e é justamente sua particularidade que faz dele um indivíduo e um ser social realmente individual — o homem é, entretanto, a *totalidade*, a totalidade em idéias, a existência subjetiva da sociedade, pensada e sentida em si." (58). Por isso o "pessoal" não conta no homem e a sociedade (concretamente falando, o Estado, o Partido ou Chefe Político) o liquidam com reverente piedade, em nome do próprio sistema. Só é válido o social.

E isso porque o homem é concebido como um ser sem origem nem destino — sem Deus. "Odeio todos os deuses!" é o brado de MARX, bisando Prometeus, em sua tese de doutorado. "O comunismo começa imediatamente pelo ateísmo, mas o ateísmo está ainda muito longe de ser o comunismo, porque o ateísmo não é senão o efeito de uma abstração" (59). Afastada a teoria criacionista, porque afastada a explicação teísta, explica-se o homem por "geração espontânea" no contexto da matéria; sua destinação é a morte, "dura vitória da espécie sobre o indivíduo." (60).

(57) — LENINE, Est. e Revolução, pág.

(58) — MARX — Manuscritos de 1844, pág. 117

(59) — MARX — Manuscritos de 1844, pág. 115

(60) — id., pág. 117

É preciso que se ponha, finalmente, a mesma pergunta anterior: resolve-se, no marxismo, o dualismo realidade-idéia? E a resposta é necessariamente negativa. Mantêm-se separados o *fenômeno* jurídico, expresso na transitoriedade do Direito Positivo, e a *realidade essencial* do Direito, revelada na permanência de "regras sociais de conduta" na sociedade utópica. A preocupação pela concreticidade gera, no marxismo jurídico, conclusão assemelhada à da visão existencialista: a afirmação de um *transcendente* contraditoriamente *imanente à matéria*. No existencialismo, o *transcendente* é aquilo que o homem cria por sua liberdade, no existir; no marxismo, o Direito que transcende o plano positivo, é o Direito, visionado numa fase utópica que pretende histórica. O essencial do Direito não está num mundo platônico de idéias mas num momento determinado (ou indeterminado) da história. Em que pese o recurso paradoxal a um "transcendente imanente", mantêm-se o dualismo básico.

LOGÍSTICA E DIREITO

Se a preocupação era superar a antinomia fato-idéia, se a superação era buscada a partir da eliminação de um dos termos conflitantes, era logicamente possível a identificação do direito com a idéia em si mesma. Admitindo-se, mais, com a Fenomenologia, a redução da realidade à idéia, não há porque, a partir daí, preocupar-se com a realidade. A ciência humana deve, então, restringir-se ao "Eidos" e seus relacionamentos. Tal como ocorre na matemática, que se despreocupa com o preenchimento concreto de seus objetos para considerá-los tão somente na dimensão etérea em que os cria. Aproximação, aliás, tão viva, que chegou a estabelecer como problema a redução da Lógica à Matemática ou da Matemática à Lógica. (61)

Poderíamos surpreender em Kelsen, a figura jurídica exponencial de nosso século, o tratamento do Direito como mero "Logos", pois mais que uma "teoria pura do Direito", realiza ele uma "teoria do Direito puro", sem conteúdo concreto, histórico.

A preciosidade porém do pensamento lógico jurídico está na revivescência da lógica aristotélica. (62) Seis livros compõem o "organon": as Categorias, o Tratado da Interpretação, os dois A-

(61) — Kalinowski, Introduction à la Logique Juridique, pág. 2)

(62) — Vide, a propósito, o estudo de PERELMAN, «Justice et Raison», Bruxelas, 1963, pág. 99 e 581).

nalíticos, a Tópica e a Refutação aos Argumentos Sofísticos. Nêles, dois métodos são estudados para busca da verdade: a análise (Analítica) das leis internas que presidem ao relacionamento das idéias, à formação dos juízos e raciocínios e o diálogo (Dialética), voltado à persuasão, à obtenção da convicção do interlocutor. A persuasão pode ser atingida ou porque os interlocutores encontrem pontos de vista comuns, que dispensam demonstração ("Topoi"), a partir dos quais podem conferir a validade dos demais momentos do diálogo, ou porque um dos interlocutores, graças a fatores extrínsecos, consiga obter a aceitação do auditório (Retórica).

A Tópica, retomada em nossos dias de forma exemplar por Viehweg (63), tem como objeto o fato de que todo o conhecimento humano se funda em pontos de partida indemonstráveis ("Topoi", lugares comuns ou esquemas argumentativos). Somos incapazes de demonstrar "ad infinitum". No processo de regressão demonstrativa, paramos em teses para nós suficientemente evidentes ou remontamos à evidência dos primeiros princípios. Pois bem, descobrir e estabelecer os "Topoi" do diálogo, testar-lhes a validade ou a validade das afirmações dêles deduzidas, é, em especial, normal na atividade profissional e na ciência jurídica. A análise científica do Direito parte de "Topoi" mais ou menos indiscutíveis, axiomáticos, como a lei, os costumes e a jurisprudência. Por isso, a Tópica aristotélica renasce para o jurista moderno. Por outro lado o debate processual é uma argumentação (mais que uma demonstração) visando a convencer o julgador. Neste mister, poderá ter mais êxito aquele que, objetivamente menos acertado, disponha de elementos extrínsecos mais convincentes (qualidades morais de quem expõe, sentimentos comuns com os do magistrado, forma estilística da exposição): é a Retórica, arte de persuadir, que retoma posição de destaque no estudo jurídico.

Indiscutível a estrutura lógico-matemática do método jurídico, que permitiu a Savigny elogiar os jurisconsultos romanos dizendo que "o trabalho dêles adquire segurança que não se encontra fora da matemática, a ponto de poder-se dizer sem exagerar que eles calculam com seus conceitos" (64). Mais que isso, indiscutível a estrutura lógico-matemática do próprio Direito. Para ficar na mesma fonte ilustrativa: "em todos os triângulos dão-se certos elementos de cuja conexão decorrem necessariamente todos os demais. Da mesma forma, tôdas as partes de nosso Direito possuem alguns pontos a partir dos quais todos os outros são dados: podemos chamá-los postulados fundamentais. Descobri-los e, partindo

(63) — Viehweg — Theodor — Topik und Jurisprudenz, Muencsen, 1953.

(64) — in Bobbio N., Diritto e Lógica, Rifi, 1962, pg. 18

dêles, reconhecer a conexão interna e o tipo de afinidade de todos os conceitos e normas jurídicas, é uma das mais difíceis tarefas de nossa ciência e é exatamente aquilo que dá ao nosso trabalho caráter científico." (65). Usando um exemplo mais concreto: como, na Alemanha, "o recurso de revisão só possa fundamentar-se na violação do Direito, pela sentença, a Corte Suprema Federal entendeu necessário considerar as leis da lógica como normas de Direito não escrito." (66) E porque há uma lógica intrínseca no Direito, cumpre ao jurista não descurar o estudo desta lógica, não permanecer no exame das provas denominadas por Aristóteles analíticas mas propor-se também a questão das provas dialéticas.

A Escola Belga de PERELMAN volta-se à Lógica Jurídica em termos aristotélicos. Não fica indene o direito, porém, à tentação moderna de constituir um ramo de Lógica válido apenas para o mundo dos valores (Lógica Deôntica). Além disso, orienta-se o pensamento lógico no sentido de constituir uma linguagem simbólica, substituindo conceitos e palavras, juízos e proposições, por letras, números ou símbolos gráficos especiais. É a Semiótica, proposta por MORRIS em 1932, subdividida no exame do relacionamento dos símbolos (Sintática), o significado do relacionamento dos símbolos (Semântica) e a aplicação aos objetivos humanos (Pragmática).

Inegável, pois, o conteúdo lógico da realidade jurídica; negável, porém, a irredutibilidade do Direito à sua dimensão lógica. Esta consciência de limites não têm tido, porém, os lógicos-jurídicos, a ponto de levarem a prelo obras redigidas apenas através de símbolos incompreensíveis ou acessíveis a um pequeníssimo número de iniciados. "Estamos impressionados com a especialização abstrusa em que se transformou a lógica moderna, com suas páginas inteiramente cheias de equações exotéricas e símbolos incompreensíveis" (67).

De resto, se é válida a matematização parcial do método jurídico, é totalmente recusável a idéia de reduzir o Direito a fórmulas matemáticas; e isso pela simples razão de que o Direito, ao contrário da matemática, tem por objeto a ação humana, o fato.

As observações críticas que percorrem este trabalho desde o início têm seqüência a partir de afirmação do próprio Kalinowski: "a Lógica, atingido o estágio da formalização, transformou-se em

(65) — SAVIGNY, «Apud» BOBBIO, Diritto e Lógica, RIFI, 1962, pg. 18)

(66) — KLUG, Ulrich — Problemas de Filosofia do Direito, trad. Buenos Aires, 1961, pg. 79.

(67) — VILLEY, M., Donées historiques, APD, 1966, XI, p. VII)

jeto de ciência. O binômio real-ideal, no plano jurídico, foi destruído pela proclamação do ideal como única realidade. Retorno a realidade ela mesmo.” (68). Isto é, perdeu-se o Direito como ob-Platão, como acertadamente advertia PERELMAN: “Por que razão todos estes lógicos, que identificam a lógica com uma linguagem formalizada, terminam por conceber estas entidades extra-lingüísticas? ... Trata-se de um mundo eterno de idéias platônicas?” (69).

6. Cibernética e Direito

Reduzido, afinal, o Direito à sua dimensão puramente lógica (a idéia), traduzida a idéia no símbolo que lhe corresponde, combinados os símbolos numa linguagem (simbólica), chega-se ao ponto em que pensar o Direito e editar, interpretar ou aplicar a lei passam a ser meros processos de combinação lógica de símbolos. Combinação, de resto, mais adequada a um aparelho programado (o computador eletrônico) que à inteligência humana. A cibernética é, assim, o “traço de união entre a Lógica Simbólica e a Física” (70).

A racionalização pura do Direito, a matematização absoluta de seus dados conduziu, assim, paradoxalmente, à máxima concreticidade do Direito — a substituição do Jurista e do Legislador por máquinas encarregadas das tarefas que desempenhavam.

É certo que a matematização das normas jurídicas pode conduzir a grandes benefícios enquanto, pela automatização, proporciona a memorização e a combinação de dados para a técnica jurídica. Será, no futuro, sem dúvida, importante, para o Juiz, o controle do texto vigente sobre a matéria “sub judice”, ou o exame dos antecedentes jurisprudenciais do caso, feitos pela máquina. Também ao legislador importará saber como se insere seu projeto no ordenamento jurídico positivo. Ao profissional da advocacia, finalmente, os dados controlados pela máquina facilitarão o trabalho, permitindo resultados mais rápidos e mais seguros. Neste particular, a estranha história do Direito, que o levou ao máximo de abstração para fazê-lo tombar no máximo de materialização, revela-se como uma história positiva, em benefício para o homem.

“Na medida em que os problemas do direito são racionais, a última e mais moderna consequência de uma construção exata de

(68) — KALINOWSKI, G., Introduction a 1 a Loguqie Juridique, pag. 33

(69) — PERELMAN, Ch., Justice et Raison, pág. 191.

(70) — KALINOWSKI, Introduction a la Logique Juridique, pg. 180).

sistemas teóricos e empíricos do direito é a *matematização das normas*. A cibernética e a automatização se transformam, por conseguinte, em problemas atuais, tanto da *teoria* como da *praxis do direito*. A automatização eletrônica foi introduzida em alguns países, p.ex. na Alemanha, para aplicação do *direito impositivo e de seguros*; aqui a praxis precede à teoria. Deve-se ter em conta que os casos práticos mencionados não se referem somente ao manêjo de questões que podem ser solucionados numericamente. Demonstra-o o fato de ter sido necessário incluir normas jurídicas no programa das máquinas.

O fato de que a cibernética e a automatização interessam só a uma parte do trabalho dos juristas não é nenhum contra-argumento, pois pode-se considerar vantagem substancial o fato de, *mediante a matematização, a cibernética e a automatização*, tornar-se possível *indicar com mais exatidão os limites entre os métodos de trabalho racionais e irracionais do jurista*.” (71)

Mas o pensamento jurídico moderno não se satisfaz vendo no computador apenas um instrumento auxiliar da técnica jurídica; quer vê-lo também como *máquina de pensar* o Direito, de fazer ciência jurídica.

Preocupado inicialmente com a Lógica Jurídica, o Professor de Fil. do Direito da Universidade de Colônia, ULRICH KLUG projeta um computador, programado de acôrdo com os esquemas da lógica analítica de Aristóteles, reduzida a símbolos matematizados (72). A cada espécie possível de silogismo, corresponderia especial forma de circuito. Obtido, isso, pretende propor premissas (leis, sentenças, aforismos, proposições jurídicas em geral) ao aparelho e dêle obter resultados lógicos, segundo os princípios aristotélicos do silogismo. A conclusão recolhida não tocara, pois, à validade da regra, sentença ou proposição, sua adequação às leis de pensar. Nisto consistiria a ciência jurídica programada. E nisto estaria o traço de união entre a *Lógica* e a *Física* modernas, com vistas a facilitar a *existência* do homem.

É a mais violenta tentativa de reunificação do ideal ao real, na história do Direito. E terrível tentativa, pois que feita não pelo Homem mas pela máquina. Processo dramático para superar a ruptura Kantiana, conduzindo à desumanização do pensamento, ou melhor, à negação do poder criador do pensar humano. Fundamentalmente, não foi superado o impasse; uma vez mais destruiu-se hipoteticamente um dos termos conflitantes — o pensar.

(71) — KLUG, Ulrich, Problemas de Fil. do Dir., trad. Buenos Aires, 1961, pg. 28/9

(72) — KLUG, Ulrich — Lógica Jurídica trad. Caracas 1961.

7. Filosofia Perene e Direito

Na paisagem do pensamento jurídico atual, perdeu-se a compreensão do Direito como algo pertinente à natureza, algo objetivamente dado ao pensar. Se concebido como algo pensado, trata-se de idéia que nada tem a ver com o real; se concebido como realidade, é apenas algo que se impõe pela força e não conquistado, descoberto pela razão. Ruptura completa entre o pensar e o ser do Direito.

É notável que, apesar desta dominância, registre-se, como significativa para o Direito e sua história, uma linha de pensamento que nasce na Grécia antiga, sofre as vicissitudes normais do tempo, mas dura ainda hoje, produzindo os melhores frutos para o conhecimento humano em geral, para o conhecimento jurídico em particular. E exatamente porque assim duradoura, costumou-se chamá-la "filosofia perene".

A Filosofia do Direito recebe já os efeitos positivos desta forma de pensar quando, por exemplo, nas primeiras páginas da história-grega, *HERÁCLITO* fala num Deus capaz de punir o Sol, se este infringir a rota que lhe foi traçada; ou quando *SÓFOCLES*, pela boca de Antígone, protesta ante Creon contra um Decreto contrário às leis que os deuses lhe inscreveram no coração. Esta visão da normatividade jurídica como um dado natural impôsto ao legislador positivo e ao pensador do Direito é recolhida, explorada e divulgada pela tríade miraculosa da filosofia grega: em *SÓCRATES*, é a preocupação pelo Bem e sua radicação ontológica; em *PLATÃO* é a busca da natureza do próprio Bem; em *ARISTÓTELES*, a experiência exaustiva da presença do Justo na natureza das coisas e a exploração do processo como a inteligência daí o extrai (abstrai) para desvelar sua idéia. Este rumo do pensamento jus-naturalista é mantido pelos estóicos, vai à Roma especialmente através de *CÍCERO*, inspira as Institutas de Justiniano, é recolhido mais tarde por gênios como *AGOSTINHO* e *SUAREZ* e encontra seu esplendor em *TOMAS DE AQUINO*.

Tôdas as idéias filosófico-jurídicas atravessaram suas naturais crises, mas esta forma de pensar, ainda quando oculta em mosteiros, floresceu sempre e ressurgiu mais exuberante cada vez que foi dada por morta. Tal resistência histórica testemunha não se tratar de uma teoria estanque, antiquada, que não suporte aperfeiçoamento, mas de uma direção de análise perfectível, suscetível de renovação.

Na idade moderna e contemporânea, podemos lembrar as figuras de *BLONDEL*, *BERGSON* e *MARITAIN* ou *CATHREIN* que, sem serem propriamente filósofos do Direito, por suas análises

no campo da filosofia prática proporcionaram a revitalização do pensamento jurídico abalado pelo positivismo e o criticismo.

Pela qualidade e repercussão das obras publicadas, porém, o nome que merece ser destacado hoje como representante da Filosofia do Direito de inspiração jus-naturalista-tomista, é *MICHEL VILLEY*, professor da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris (73). Na comunicação, que apresentou ao Congresso Mundial de Filosofia do Direito, reunido em Gardone Riviera em Setembro de 1967, repudia êle a ruptura da idade moderna entre "Sein" e "Sollen", enquanto cisão da realidade, embora a admita hipoteticamente como processo de análise; mostra como, a partir deste duo, surgem, de um lado, o idealismo e, de outro, o positivismo jurídicos (incluindo no primeiro Kant e Kelsen e, no segundo, marxismo e existencialismo) (74).

"O ser não se opõe ao dever, como o "Sein" de Kelsen ao "Sollen". Existe o *dever-ser*. Será necessário retornar a este truismo?" (75) E o Direito se situa exatamente neste plano em que o dever emerge do ser. "O homem não é *criador* das normas, ao menos das normas de direito natural; seu papel não é senão descobri-las, recolhê-las, abstrai-las das coisas onde elas são dadas. Quem é seu autor? A *natureza*, quer dizer, sem dúvida, um Deus, ordenador da natureza; não um Deus confessional, revelado como objeto de crença, mas o *Deus dos filósofos*, ao qual qualquer um pode chegar apreciando a natureza." (76) Como o Direito não é apenas Direito natural, como há uma dimensão positiva do ordenamento jurídico, é preciso também explicá-la. Principalmente porque a lei positiva e o aresto parecem ser criação do homem, e não descoberta sua na natureza. Sustenta, então, o Prof. *VILLEY*, com toda a tradição tomista, que, "se a lei positiva não exprime o justo, não merece este nome: "uma lei injusta não é uma lei; um instrumento não é um instrumento se não cumpre efetivamente a função correspondente à sua essência". (77)

(73) — *VILLEY*, Michel — artigos nos «Archives de Philosophie du Droit», desde 1959;

VILLEY, Michel — *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, 1962;

VILLEY, Michel — «La formation de la pensée juridique moderne» (Cursos, de 1962 a 1967), Paris, 1968;

VILLEY, Michel — «Consideraciones en pro del Derecho Natural Clasico», Córdoba, 1966;

VILLEY, Michel — «Seize Essais de Philosophie du Droit», Paris, 1969.

(74) — *VILLEY* — «Seize Essais», pg. 86.

(75) — *VILLEY*, *Seize Essais*, pg. 88

(76) — *idem*, pg. 66

(77) — *idem*, pg. 90.

No Brasil, há mais de três décadas o Prof. Armando CÂMARA, na Faculdade de Direito de Porto Alegre, fiel à orientação tomista de retomada do jus-naturalismo clássico grego para aperfeiçoá-lo, no processo socrático de seu magistério, vê o Direito como “técnica de realização do valor Justiça na história”, valor que, na peculiaridade de seu pensamento, não deve ser entendido à romana (como até VILLEY o faz), o “suum cuique tribuere”, nem como virtude, tal como se encontra mesmo em Sto. TOMAS, mas que possui fundamento ontológico. Na estrutura de seu pensamento, destaca-se a posição teísta, afirmando a apreensão racional da existência de um Deus criador e ordenador do universo; conseqüentemente, a afirmação da ordem ontológica, revelada pela presença de fins no ser; na superação das dificuldades gnosiológicas, a aceitação das soluções do dogmatismo moderado, o intelectualismo e o realismo crítico; em antropologia, a racionalidade do homem como fundante de sua liberdade e sua sociabilidade; no que se refere às questões axiológicas, onde mais se revela a originalidade de seu pensamento, a fundamentação do valor no ser (categorias que não se opõem nem confundem mas se distinguem), definindo valor como “o próprio ser visionado racionalmente numa perspectiva teleológica” ou, numa outra forma definidora, como “a conformidade do dinamismo do ser com seus fins”; com estas linhas mestras, chega à sua visão da axiologia jurídica, onde define Justiça como “a conformidade de uma relação inter-pessoal com os fins da vida enquanto a vida é convívio (ou bem comum)”, concebendo ainda bem comum como “o conjunto das condições pessoais e sociais de vida que asseguram a realização dos fins humanos.”

Não nos cabe a exposição de uma forma de pensar que se quer oral e nesta oralidade tem produzido seus invejáveis frutos. Naquilo que importa, porém, a este trabalho, trata-se de ótimo exemplo da fecundidade do jus-naturalismo clássico, agora genialmente tocado pelas conquistas da axiologia. Não há, aqui, ruptura entre ser e pensar, ser e dever-ser, Direito e idéia de direito. Há distinção e relacionamento. Direito é um fato valioso que a razão descobre na natureza racional, livre e social do homem e busca, na ordem positiva, inserir no convívio.

TEORIA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS : ENSAIO CRÍTICO

PROF. WALTER EDUARDO BAETHGEN (*)

1. A noção dos pressupostos processuais surgiu com o famoso escrito de BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868. (1)

O sentido da teoria de Bülow foi a de substituir a idéia das exceções processuais — defesas opostas à pretensão no que diz respeito a imperfeições do próprio processo — pela teoria dos pressupostos processuais (*Prozessvoraussetzungen*), que constituem verdadeiras condições prévias para a existência (ou a formação) da relação processual.

No processo romano da época clássica, dividido o processo em duas fases, muitos dos hoje chamados pressupostos processuais eram resolvidos “in iure”, portanto, antes da vinculação do réu ao processo, pela “*litiscontestatio*”.

A teoria romana é inaplicável ao processo atual, pela diversidade de estrutura com que se apresentava o processo formulário, no qual era decisiva a fase “in iure”, a única que se desenvolvia perante a autoridade estatal (pretor) na qual, não obstante, mais se tratavam as questões de processo. (2)

Tendo definido o processo como uma relação jurídica, entendeu BÜLOW que, assim como acontece com as demais relações ju-

* Professor de Direito Judiciário Civil

(1) GOLDSCHMIDT, no seu não menos famoso, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, inicia a parte crítica de sua obra com a referência à monografia de Bülow, considerando-a como marco fundamental na construção da moderna ciência do processo.

(2) BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868, pag. 290/292

rídicas, devia desde logo responder-se à questão relacionada com os requisitos relativos ao nascimento daquela (*an welche Voraussetzungen die Entstehung desselben geknüpft ist*). (3) Era preciso saber entre que pessoas pode ter lugar a relação em referência, a que objeto se refere, que ato é necessário para o seu surgimento e quem possui a capacidade para praticar tal ato. Tais problemas, quando encarados do ponto de vista da relação processual, abrem o caminho à investigação sobre a competência, a capacidade e não suspeição (*Unverdächtigkeit*) do Tribunal; a capacidade processual das partes (*persona legitima standi in iudicio*) e a legitimação de seu representante; ainda, sobre as qualidades específicas da "matéria litigiosa civil" (*Civilprozessgegenstände*); sobre a redação e comunicação da demanda (*Abfassung und Mittheilung der Klage*) e sobre a obrigação do autor relativa às cauções processuais (*Prozesscautionem*); finalmente, sobre a relação de ordem (*Reihenfolge*) entre vários processos.

Tais questões, sustenta BÜLOW, devem fixar, ao contrário das regras relativas ao simples procedimento, os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para o desenvolvimento de toda a relação processual (*die Erfordernisse für die Zulässigkeit, die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Prozessverhältnisses festzustellen*). (4)

E afirma peremptoriamente BÜLOW: "Um defeito em qualquer das relações indicadas impediria o surgir do processo" (*Ein Mangel in irgend einer der angegebenen Beziehungen verhindert den Beginn des Processes*). (5)

Naqueles princípios, pois, estão contidos os elementos constitutivos da relação processual aos quais BÜLOW propõe se denominem "pressupostos processuais"

2. A doutrina posterior foi levada a alterar sensivelmente a noção dos pressupostos processuais, definindo-os CHIOVENDA:

"Diconsi *presuposti processuali*, come vedemmo, le condizioni perchè se abbia una qualsiasi pronuncia, *favorevole o sfavorevole*, sulla domanda." (6)

Em nota à tradução brasileira de CHIOVENDA, define LIEBMAN o seu ponto de vista:

(3) BÜLOW, ob. cit. pag. 5

(4) BÜLOW, ob. cit. pag. 6

(5) BÜLOW, ob. e loc. cit.

(6) CHIOVENDA, *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, ed. 1947, vol. I, pag. 59).

"Não se creia que sejam pressupostos do processo, mas antes pressupostos de um processo *regular*, isto é, suscetível de conduzir a efetivo exercício da função jurisdicional." (7)

E adiante, na mesma nota:

"A ausência de um dos pressupostos processuais torna *irregular, inválido* o processo, e daí não se pode proceder nele ao *conhecimento e decisão do mérito*, para declarar fundada ou infundada a demanda; ao contrário, o juiz deve limitar-se em tal caso a dar fim ao processo, declarando não poder prover ao mérito (cfr. art. 183, 184, 846 Cod. Proc. Civ). Trata-se, ademais, de uma irregularidade da relação processual que nem sempre tem a mesma gravidade: em alguns casos é, efetivamente, coberta pela coisa julgada, noutros permite, ao contrário, mesmo depois da formação desta, a propositura da ação rescisória contra a sentença (art. 798, I, a e b, Cod. Proc. Civil). (8)

A explicação, como desde logo se vê, supõe uma diferença entre *processo* e *relação processual* e a possibilidade, que nos parece inaceitável, de haver processo (judicial) sem atividade jurisdicional: o processo *irregular*, ou *inválido*, segundo a referência de LIEBMAN, seria apenas forma de processo, sem exercício da função jurisdicional. De resto, mesmo nos casos mais avançados de falta das chamadas "condições da ação", quando o juiz pronuncia o que se tem convencionado denominar de "carência de ação", não haveria, segundo LIEBMAN, exercício de função jurisdicional. (9)

(7) LIEBMAN, nota (1) à tradução de CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, ed. 1942, vol. I, pag. 110. A mesma redação é mantida na 2ª edição, 1965, vol. I, pag. 67.

(8) LIEBMAN, ob. e loc. cit.

(9) LIEBMAN, *L'azione nella Teoria del Processo Civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950, pag. 66, in verbis: «Mancando una di queste condizioni, si ha quella che, con esatta espressione tradizionale, si qualifica 'carezza di azione', e il giudice deve rifiutarsi di provvedere sul merito della domanda. In questo caso, non c'è vero esercizio della giurisdizione, ma soltanto uso delle sue forme per fare quel vaglio preliminare (affidato per necessità agli stessi magistrati) che serve ad escludere in partenza quelle cause nelle quali fanno difetto le condizioni che sono richieste per l'esercizio della potestà giurisdizionale».

Como explicação e crítica, é de todo falha a idéia do emérito professor italiano.

De um lado, falta a justificação quanto à natureza da atividade do juiz, eis que não é considerada jurisdicional.

De outro, impõe a necessidade do estabelecimento de uma dupla "teoria do processo", uma, no tocante aos processos *válidos* ou *regulares*, e outra, para os processos *irregulares* ou *inválidos* e para aqueles que se desenvolvem sem a ocorrência das chamadas condições da ação (10). Entretanto, seria impossível o estabelecimento *a priori* desta segunda teoria, pôsto que somente a sentença do juiz, obtida *dentro* da relação processual, dirá da ocorrência ou não dos pressupostos processuais ou das condições da ação.

Sente-se claramente, revisando os conceitos clássicos desde Bülow a Liebman, que a realidade da atividade jurisdicional e a consequente função do processo, é a obtenção da satisfação de interesses mediante *condições progressivas* (11) ou, na sistemática de GOLDSCHMIDT, através de situações de cargas, ônus e expectativas. (12)

O resultado decorrente de tais situações, aspectos particulares da relação processual, não desnaturam a natureza jurisdicional dos atos praticados pelo juiz. Não é *fim* do processo apenas proferir sentenças de mérito: também a aplicação da lei processual encontra seu campo de atuação no próprio processo. (13)

3. A observação dos fatos, tais como se passam na vida do direito, leva, portanto, a conclusões que desmerecem a procedência da teoria dos pressupostos processuais.

Com efeito, se *não são observados* os assim chamados pressupostos processuais, o que acontece na realidade do mundo jurídico?

Vamos tomar um dos mais relevantes pressupostos processuais, ou seja, a *competência* do juiz.

Se o juiz é *absolutamente incompetente* e perante ele é pro-

(10) Cfr. a respeito, V. FAIRÉN GUILLÉN, Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955, pag. 79; CALMON DE PASSOS, Em torno das condições da ação, in Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, vol. 4, pag. 57 e seguintes; e Ação no Direito Processual Civil Brasileiro, pags. 24 e seguintes.

(11) FAIRÉN GUILLÉN, Temas del Ordenamiento Procesal, Madrid, 1969, pag. 381.

(12) GOLDSCHMIDT, Prozess als Rechtslage, Berlin, 1926, passim; Principios generales del proceso, B. Ayres, 1961, Tomo I, passim.

(13) No sentido da existência de uma «satisfação jurídica» nos casos em que o processo termina por sentença meramente processual, cfr.; V. FAIRÉN GUILLÉN, Temas del Ordenamiento Procesal, citado, Tomo I, pgs. 388 e 389

posta a ação, pode dizer-se que, por falta daquele pressuposto da competência, a relação processual *não se formou*? Ou que não ocorreu condição para um pronunciamento de mérito?

A seqüência do processo, em tal caso, depende de uma série de circunstâncias que ocorrerão em maior ou menor grau.

Que a relação processual *se forma*, parece indiscutível, pois a *própria* declaração da incompetência é ato jurisdicional, que somente pode ocorrer dentro do próprio processo e em função da relação de processo. Tal pronunciamento de incompetência assume, também, o aspecto de cumprimento do dever jurisdicional do Estado, ao aplicar a lei processual que incide.

Se o autor formula pretensão perante juiz incompetente, é o juiz obrigado a responder, quando mais não seja para declarar a sua própria incompetência: assim como o autor tinha o direito de recorrer ao Estado para obter o que o prof. JAIME GUASP denomina de *satisfação da pretensão*, (14) o Estado, na pessoa do juiz, tem o dever de decidir.

Há, portanto, relação jurídica com a simples apresentação da petição inicial, contendo a comunicação de vontade endereçada ao órgão Judiciário.

O conteúdo da resposta do Estado não importa para caracterizar ou desfigurar a relação: a jurisdição é poder-dever do Estado, e quando o Estado *promete justiça* supõe o cumprimento da lei processual, de modo que o *direito de ação* com o seu conteúdo da pretensão processual, é direito à satisfação da pretensão *mediante o processo*. Histórica e sociologicamente, o indivíduo abriu mão de seu primitivo direito à defesa privada e subordinou-se à soberania estatal, à jurisdição, submetendo-se ao processo. Por isso, a aplicação da lei processual é suposto no direito de ação.

A necessidade de se oferecer uma "teoria geral" do processo, abrangente de todas as situações possíveis, ou seja, uma teoria única, *tanto* para os processos que terminam por sentença de mérito, favorável ao autor, ou desfavorável, *como* para os processos que findam por efeito de sentença meramente processual, exige aquela visão ampla do direito de ação com o conteúdo da pretensão do autor:

- (a) quanto ao pronunciamento de mérito;
- (b) obtido pela via do direito processual.

(14) JAIME GUASP, LA PRETENSION PROCESAL, in Revista de Derecho Procesal (Argentina), 1951, pgs. 333 e segs. Sobre o conceito de *satisfação jurídica*, cfr. especialmente V. FAIRÉN GUILLÉN, Temas del Ordenamiento Procesal, Tomo I, pags. 355 e segs.

Nestas condições, quando o juiz indefere a petição inicial vi-ciada, declarando desde logo a sua incompetência absoluta, resol-veu a relação processual que se formara, com entrega de prestação jurisdicional.

Isso ocorre, igualmente, com qualquer dos demais chamados pressupostos processuais.

Já tem sido salientado que, em tal hipótese, pode o autor, in-conformado, interpor agravo. (15) Pode a causa, eventualmente, chegar à decisão do Supremo Tribunal. E isso se fará, evidente-mente, por força da aplicação do mesmo direito processual que in-cide e é aplicado nos casos de reconhecimento explícito ou implíci-to dos chamados pressupostos processuais.

Em resumo, a decisão sobre os pressupostos processuais é ato do processo, proferido dentro da relação processual — em con-sequência, a falta de um pressuposto processual não pode impedir a formação da relação.

Os pressupostos processuais não são, portanto, pressupostos de existência da relação processual.

Vejamos se são pressupostos de validade.

Podemos tomar o mesmo exemplo da *incompetência absoluta* e indagar qual a consequência, no plano da validade, da sentença proferida por juiz absolutamente incompetente. Supondo-se a re-lação processual em que se tenha omitido o juiz de pronunciar *ex officio* a incompetência e, da mesma forma, tenha a parte se omi-tido de levantar a exceção ou argüir, por qualquer outra forma, a incompetência, chegando o processo ao pronunciamento final de sentença que passa formal e materialmente em julgado.

O Código Brasileiro é expresso ao declarar que a sentença as-sim proferida por juiz absolutamente incompetente é passível de a-ção rescisória (art. 798, I, “a”) e, portanto, sentença *válida* (em que pese da redação defeituosa do “será nula” do caput do artigo 798). (16)

Passado o prazo preclusivo para a propositura da ação rescis-ória, a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente se-rá válida para sempre.

Em outros casos, a lei nem sequer dá a rescisória, mas, ape-nas, dentro da relação processual, a exceção, a argüição pelo pró-prio autor ou a possibilidade do pronunciamento *ex-officio* pelo Juiz.

Parece-nos que somente acarretariam a nulidade da sentença

— e, portanto, tratar-se-ia na verdade de pressupostos de validade do processo, — aquelas hipóteses que se referem à perfeição dos atos de angularização da relação processual, quando ela deva ser em ângulo (art. 165 e 1010, I, CPC.) ou nos casos de defeitos na representação postulacional (art. 76, Lei 4215/63).

4. A conclusão que se pode tirar da análise do processo co-mo atualmente se apresenta é que, ao contrário do pretendido por BÜLOW, um século atrás, é mais *real* a figura da exceção dilatória do que toda a teoria dos pressupostos processuais.

Tais pressupostos, ante de tudo, não envolvem motivos impe-dientes da *formação* da relação processual. E, pelo menos na gran-de maioria dos casos — se a questão não foi levantada — não im-pedem nem sequer a sentença válida de mérito, sujeita ou não à ação rescisória, mas sempre irradiando efeitos, enquanto não res-cindida.

Outra evidência é a de que o estatuto processual é o mesmo para todos os processos, quer neles se tenham, ou não, observado os chamados pressupostos processuais.

São tais “pressupostos”, antes, razões de conveniência postas na lei para a melhor ordenação do processo, tendendo à busca de sentença de mérito o mais perfeita possível.

Motivam, tais pressupostos, quando faltam, a possibilidade de defesa do réu, de argüição do próprio autor ou de pronunciamento *ex-officio* do juiz.

A conclusão seria a seguinte: não há propriamente uma teoria dos “pressupostos” processuais. Há, de um lado, a velha idéia das exceções dilatórias e, de outro, o moderno sistema das nulidades processuais.

À primitiva idéia, que Bülow criticava, das exceções proces-suais, somam-se hoje, em certos casos, a possibilidade da argüição pelo próprio autor de defeitos do processo, e o próprio pronuncia-mento *ex-officio* do magistrado.

Sempre, porém, a questão levantada *dentro da relação pro-cessual* e exigindo um pronunciamento jurisdicional, impedi-ente do prosseguimento da relação defeituosa. Não ocorrendo tal pro-nunciamento, ou o defeito foi coberto pela sentença, como o reco-nhece LIEBMAN, ou o resultado é, na maioria dos casos, sentença válida; em outros casos, sentença válida mas rescindível; e finalmen-te, em poucos casos, sentença nula.

(15) CALMON DE PASSOS, A AÇÃO, cit., pag. 23.

(16) PONTES DE MIRANDA, Tratado da Ação Rescisória das Sen-tenças e de outras decisões, ed. 1964, pag. 150; Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, vol. X, pag. 165.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO

PROF. PAULO ALBERTO PASQUALINI *

SERVIÇO PÚBLICO: noção e caracteres; tipos de serviço público. Serviço de assistência. As Caixas Econômicas realizam um serviço de assistência à pequena economia privada. Garantias concedidas pela ordem jurídica ao serviço público. Imunidade tributária. Autarquias como forma de descentralização dos serviços públicos. Sua imunidade tributária. As Caixas Econômicas Estaduais são entidades autárquicas que executam um serviço público, gozando, por conseguinte, de imunidade tributária. As Caixas Econômicas desenvolvem a sua atividade em parte dentro do Direito Privado. Os atos praticados por elas, no exercício de um serviço público, embora no plano do direito privado, são imunes à incidência de qualquer tributo, sendo inadmissível a criação, nesse caso, da figura do substituto legal tributário.

1 — Para conceituar o que é serviço público é necessário estabelecer uma distinção prévia entre interesse individual e interesse coletivo ou público. O interesse individual se manifesta na tendência que os homens demonstram com relação a bens do mundo exterior, capazes de dar satisfação às suas necessidades. Deve-se considerar, entretanto, que o indivíduo não vive isolado e não poderia com a sua simples atividade dar satisfação a todas as suas necessidades. A vida humana é eminentemente social e se desenvolve sempre no sentido da cooperação e da união de esforços em

* Professor de Direito Administrativo.

vista de fins comuns. A vida em sociedade apresenta múltiplas relações e as suas necessidades dão lugar a diversos tipos de coesão social. Assim, ao lado dos interesses individuais, próprios dos indivíduos, nós encontramos ainda interesses coletivos, peculiares ao todo social. Ditos interesses coletivos não resultam da soma dos interesses particulares, mas derivam das necessidades da vida em comum. Certo, não é possível estabelecer uma distinção absoluta entre interesses individuais e interesses gerais, mas, por outro lado, é possível se falar em interesses prevalentemente individuais em contraposição a interesses prevalentemente públicos.

Para os primeiros, o indivíduo é colocado no primeiro plano e só indiretamente se o considera como componente de um grupo social; para os segundos a consideração é estabelecida em sentido oposto, sendo, o indivíduo, observado enquanto parte de um todo social.

2 — Os fins coletivos reclamam a união dos homens. Não podem os objetivos comuns ser atingidos a não ser pelo esforço comum através de uma soma de energias. Entre as formas de coesão social aquela que prepondera é sem dúvida a do Estado, manifestação suprema da aglutinação de uma sociedade. É no Estado que a organização da sociedade adquire uma dimensão mais ampla, pois é nele que ela encontra o seu centro. O Estado representa a fonte primeira da ordem jurídica, pois é de sua atividade que se origina a lei e é ainda através de sua ação que a ordem jurídica é mantida e asseguradas a paz e a tranquilidade públicas. O Estado vive, assim, permanentemente, um processo lento mas constante, de ampliação de suas atividades e de absorção de tarefas que não lhe pertenciam até bem pouco tempo. O Estado moderno está dotado, destarte, de poderosíssimos meios, tanto jurídicos como econômicos, e se utiliza desses instrumentos no sentido de dar uma satisfação plena àquelas exigências fundamentais que são postas pela sociedade. O Estado tem assumido, portanto, encargos que não lhe eram outrora atribuídos e além disso, procura suprir e integrar a esfera de livre atividade do indivíduo (GEORG JELLINEK ALLGEMEINE STAATSLEHRE, ed. 1905, p. 254). O poder do Estado é incontestável dentro de seu território. Possui ele os meios para submeter à sua vontade própria todos os indivíduos e todas as pessoas jurídicas que lhe estejam submetidas.

3 — O Estado, entretanto, no desenvolvimento de sua ação, está vinculado a fins que não podem ser desconhecidos pelo arbítrio dos governantes (RUY CIRNE LIMA, PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, ed. 1954, p. 53). Esses fins transcendem os limites do interesse particular dos indi-

víduos para se situarem no plano mais elevado do interesse e da utilidade públicas. Os fins públicos, porém, não podem ser estabelecidos tendo como base critérios objetivos, mas decorrem de uma opção que, num momento histórico, é feita pelo Estado. É verdade que essa escolha não é realizada em termos de vontade indeterminada, mas decorre das peculiares condições sociais, políticas e econômicas do momento (RUY CIRNE LIMA, ob. citada, p. 16). O Estado, diante dessas condições, faz uma opção e assume e reconhece alguns dos fins propostos como próprios e passa a desenvolver a sua ação no sentido de sua conservação e realização plena.

O conceito de fim público e de interesse público é, por conseguinte, variável, pois a esfera de atribuições do Estado é mutável nos diversos momentos históricos, com uma tendência constante no sentido de um alargamento diante das atividades dos indivíduos e das organizações privadas.

4 — Ora, o primeiro critério para discernir o serviço público das outras formas de atividade com as quais possa apresentar pontos de contato e de semelhança está na finalidade para qual ele tende, que é eminentemente pública. O Estado é que reconhece, em determinado momento, uma atividade como necessária à satisfação de interesses públicos. Nesta escolha a sua vontade é soberana e se manifesta no momento em que ele assume direta ou indiretamente o encargo de prestar o serviço ou de assegurar a sua prestação à sociedade. Porque há uma finalidade pública a ser atendida são organizados os instrumentos de ação que irão dar satisfação ao interesse coletivo.

5 — Tão importante é a noção de serviço público que o grande publicista francês LEON DUGUIT sustenta que “os serviços públicos são um dos elementos do Estado” e que “o Estado não é, como o quiseram fazer e como se acreditou durante algum tempo que ele era, um poder que comanda, uma entidade soberana; ele é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes” (TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL, t. II, p.59, ed. 1928).

6 — O serviço público é, assim, uma atividade, cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelo Estado, porque o desdobramento dessa atividade é “indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de tal natureza que não pode ser desenvolvida completamente a não ser pela intervenção da força governante.” (LEON DUGUIT ob. cit., p.61).

7 — O Estado é o único juiz das exigências que decorrem do interesse geral e aprecia livremente se, em um dado momento, a satisfação de uma necessidade de interesse geral deve dar lugar à criação de um serviço público. É só ao poder público que pertence a decisão no tocante à elevação de uma atividade à condição de serviço público (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF, t. I, p. 520. ed. 1963). O critério dos serviços públicos decorre da intenção dos governantes, que são os juizes da questão. O domínio do serviço público é, por conseguinte, contingente.

8 — Aquilo que foi dito leva a que se afaste a tese de que se pode enunciar em termos objetivos um domínio natural dentro do qual se exerce o serviço público. Não há um serviço público por natureza, pois o âmbito do serviço público é variável de acordo com as épocas e as concepções dominantes no poder. A concepção dominante é a de que o conceito de serviço público é um dado que pressupõe circunstâncias de natureza histórica e social, que são, por conseguinte, essencialmente variáveis e não se prestam a uma fixação conceitual em termos lógico-jurídicos. É por isso que as definições de serviço público não tentam determinar de modo estático o seu conceito, mas levam em consideração aquele aspecto de fluidez e de indeterminação que se manifesta no serviço público. Serviço público é, assim, denominado “todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido em um momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa” (RUY CIRNE LIMA, PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, ed. 1954, p. 84).

9 — O Estado tem o dever de organizar e de por em funcionamento os serviços públicos. GASTON JÈZE ressalta esse dever e a sua enunciação implícita feita no preâmbulo da Constituição Americana, no qual essa se diz adotada, “in order to . . . esta blish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity” (LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF, t. III, p. 6, 1926).

10 — São várias as espécies de serviço público. “Pode-se dizer que, à medida que a civilização se desenvolve, o número das atividades suscetíveis de servir de base para serviços públicos aumenta e o número dos serviços públicos é acrescido por isso mesmo. É lógico. Com efeito, da civilização se pode dizer que ela

consiste unicamente no crescimento constante do número de necessidades de toda a ordem podendo ser satisfeitas em um tempo menor. À medida em que a civilização progride, a intervenção dos governantes torna-se normal e mais freqüente porque só ela pode realizar aquilo em que consiste a civilização” (LEON DUGUIT, ob. cit. p. 63).

11 — Dentre os tipos de serviço público, é indúbio, deve ser enunciado o *serviço de assistência*. É certo que o serviço de assistência, na medida em que é assegurado pelo Estado, se constitui num autêntico serviço público (LEON DUGUIT, ob. cit. p. 63). Inegável é, também, que as Caixas Econômicas desempenham uma atividade assistencial, pois elas executam o serviço de assistência à pequena economia privada (RUY CIRNE LIMA, ob. cit., p. 71). Não importa que a atividade assistencial esteja repartida entre o Estado e os particulares, pois o caráter de serviço público de uma atividade não implica em monopólio em proveito do Estado (LEON DUGUIT, ob. citada, p. 63). As Caixas Econômicas, de resto, são, de longa data, reconhecidas como instituições que atuam naquele setor a que a Constituição do Império, art. 179, § 31, denominava de “*socorros públicos*”. Segundo PEREIRA DO RÊGO a expressão *socorros públicos* designava “o complexo dos serviços organizados para socorrer a indigência” (ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 1860, p. 249, § 317). Dentre esses serviços estavam colocadas as Caixas Econômicas, que, segundo o mesmo autor, “são estabelecimentos filantrópicos cujo objeto é receber em depósito as pequenas somas que lhe são confiadas, vencendo juros, e ajudar assim as pessoas laboriosas a fazer economias (ob. cit. p. 250, § 319). Nenhuma dúvida há, por conseguinte, desde a época imperial, com relação à função assistencial exercitada pelas Caixas Econômicas, pois “ajudar o obreiro ou o proletário a criar um capital é o *serviço* mais eminente que se pode prestar a essa classe numerosa e importante da sociedade” (Pereira do Rêgo ob. cit. p. 250, § 319).

12 — A medida da importância dos serviços públicos nos é dada pelas garantias de que eles gozam. O patriotismo dos agentes e o não predomínio do intuito de lucro são garantias que protegem o serviço contra os seus próprios agentes. A continuação da prestação do serviço em caso de penhora ou no de falência da empresa concessionária visam assegurar e proteger o serviço contra os interesses de natureza privada suscetíveis de prejudicarem a sua execução regular e continuada. Vem, finalmente, a garantia da imunidade tributária para proteger o serviço público e resguardar a sua integridade contra os interesses fiscais das demais pes-

soas administrativas, capazes de, por essa via, criarem-lhe embaraços e encargos (RUY CIRNE LIMA, PRINCÍPIOS, 1954, p.85). Tamanhas garantias, contra os agentes, contra os particulares em geral e contra as próprias pessoas administrativas estão a mostrar que tais serviços são, realmente, reputados existenciais relativamente à sociedades; não se compreenderia tamanho rigor de direito para assegurar-se a só conveniência, conforto ou recreio dos indivíduos ou da coletividade (RUY CIRNE LIMA, ob. cit. ibidem).

13 — A garantia da imunidade tributária é, sem dúvida, a mais importante das garantias de que desfruta o serviço público.

Reside, ela, na proibição constante do art. 19, inciso III, letra a), da Constituição Federal, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. A regra jurídica de imunidade é norma que se estabelece no plano das normas de competência dos poderes públicos, que obsta totalmente a atividade legislativa no sentido da criação de impostos. “Nos Estados em que a Constituição é rígida, como o Brasil, a imunidade é limitação constitucional à competência para edictar regras jurídicas de imposição” (PONTES DE MIRANDA, COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967, com a emenda nº 1 de 1969, t. I, p.408, ed. 1970). A regra jurídica do art. 19, III, a, da C. F. de 1967, é evidentemente uma disposição que estabelece imunidade tributária e não simples isenção. Trata-se de imunidade tributária porque a mencionada norma traduz uma vedação, imposta ao Poder Legislativo, no sentido de tolher em seu nascedouro qualquer tentativa de imposição sobre os serviços públicos.

14 — Os impostos e os demais tributos ou recaem sobre as pessoas, ou sobre os bens. Ali a imposição é subjetiva; aqui, objetiva (PONTES DE MIRANDA, ob. cit. p.409). Há por consequência, uma distinção já tradicional na doutrina, entre impostos subjetivos e objetivos. Os primeiros voltam-se diretamente para a pessoa do contribuinte, cuja riqueza patrimonial serve para determinar o montante do tributo. Os segundos, ao contrário, incidem sobre um determinado rendimento, ou um grupo de rendimentos, independentemente das condições pessoais do sujeito passivo (A.D. GIANNINI — I CONCETTI FONDAMENTALI DEL DIRITTO TRIBUTARIO, ed. — UTET, 1956, p.90). No que diz respeito à imunidade tributária, quando a vedação constitucional de imposição diz respeito a um imposto subjetivo, a imunidade é subjetiva; quando se refere a um imposto objetivo, a imunidade é objetiva.

15 — As limitações jurídicas ao poder financeiro originário, decorrente das normas de direito interno, aparecem nos Estados Federais, tanto para a União quanto para os Estados membros (A.D. GIANNINI — I CONCETTI FONDAMENTALI DEL DIRITTO TRIBUTARIO, p.232, letra b)). São normas que são fixadas no plano superior ao da legislação ordinária em termos constitucionais, porque a imunidade tributária é matéria constitucional. Não importa existam regras de isenção anteriores à regra constitucional de imunidade. Se a regra jurídica de isenção precedeu à de imunidade, sendo da mesma extensão, a regra jurídica, que era de isenção, se transforma em regra jurídica de imunidade. Se a regra de isenção precedente era de menor extensão, ela é abrogada pela regra constitucional que imuniza mais pessoas ou bens do que aqueles que estavam isentos de acordo com a regra de isenção (PONTES DE MIRANDA ob. cit., p.408). Assim, a regra de isenção, estabelecida pelo art. 9º, III, letra a), da Lei 5.172, de 25.10.1966, que definiu o Sistema Tributário Nacional, regra essa que confere isenção aos serviços públicos, deve ser considerada como regra de imunidade por força da disposição constitucional da C.F. de 1967.

16 — A imunidade tributária do serviço público é objetiva ou subjetiva? A questão suscitada não apresenta uma única resposta. O serviço público, como individualidade jurídica, é uma figura indecisa em seus caracteres, pois ora denota os sinais predominantes da individualidade pessoa, ora a predominância dos da individualidade coisa. Assim, há serviços que são autônomos e se mostram, entretanto, distituídos de personalidade jurídica. São serviços que têm apenas autonomia funcional. Por outro lado, há, também, serviços públicos que são havidos como coisa, sem que, contudo, verdadeiramente o sejam. Estão nesse caso os serviços em favor dos quais se estabelecem servidões administrativas, pois lhes cabe papel análogo ao da “res dominans” da servidão de direito privado (RUY CIRNE LIMA, PRINCÍPIOS, 1964, p. 81). A imunidade do serviço público pode, assim, ser justificada tanto como imunidade subjetiva, se o serviço público for dotado de personalidade jurídica, ou como objetiva, se o serviço for constituído em termos de autonomia funcional sem personalidade jurídica. Por conseguinte, o serviço público está protegido por ambos os conceitos de imunidade. Se nele preponderar o aspecto de coisa, de atividade material, a imunidade objetiva o protegerá. Se a personalidade jurídica for o seu traço fundamental, tocará à imunidade subjetiva a sua proteção.

17 — Os serviços públicos, por conseguinte, não podem ser tributados. Os serviços públicos desenvolvem a sua atuação no setor que E. FORSTHOFF denomina de “assistência vital”. “Todas as prestações oferecidas pela Administração aos cidadãos são formas da assistência vital. Não é preciso distinguir se essas prestações são vitalmente necessárias ou não.” O homem moderno está vinculado em tão elevada medida a determinadas prestações como a água, a eletricidade, o gás e os meios de transporte, que não tem margem mais para escolher se quer aceitá-las ou não, enquanto que usa o seu arbítrio para ir até o teatro . . . ” (ERNST FORSTHOFF, *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, ed. 1958, p.476). Assim, toda a assistência vital pública é, nesse sentido, Administração Pública, independentemente das formas por que se exerça. O conceito de serviço público permite que se leve a efeito uma unificação das diversas prestações da administração pública, colocando lado a lado a atividade estatal soberana com a atividade assistencial, inclusive aquela que tem raízes no setor econômico e financeiro.

18 — A descentralização administrativa encontra um dos momentos de sua concretização no serviço público. A descentralização por serviços são devidos os estabelecimentos públicos, que são serviços públicos personalizados (RUY CIRNE LIMA, ob. cit. ed. 1964, p.150). Mediante a descentralização administrativa são criadas entidades autárquicas, na forma de estabelecimentos públicos, que, como já dissemos, encontram no serviço público a base para a sua personificação. “Dá-se a descentralização de atividade administrativa por pessoa pública quando o Estado cria, ao lado da sua, outras capacidades de direito público, para assumirem como próprias as funções ou serviços que lhes foram conferidas. Atribui às pessoas que criou não apenas o exercício de uma atividade que lhe competiria, mas outorga-lhes a titularidade sobre ela. Por isso a pessoa em questão terá negócios próprios, interesses próprios, que são negócios e interesses públicos” (CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *NATUREZA E REGIME JURÍDICO DAS AUTARQUIAS*, 1968, p.90).

19 — Os estabelecimentos públicos representam uma das três formas estruturais que podem assumir as entidades autárquicas. O estabelecimento público é o serviço público a que se reconhece personalidade jurídica. Não é uma corporação por isso que lhe faltam membros ou associados. Não é, também, uma fundação por que a sua personificação não se explica pelo mero propósito de dar destino a um patrimônio (RUY CIRNE LIMA, *PRINCÍPIOS*, ed. 1954, p.67). Da França nos vem a lição de que o “estabelecimento pú-

blico é . . . um modo de gestão dos serviços públicos, como um serviço público dotado de personalidade jurídica” (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, ob. citada, p.160). Os estabelecimentos públicos são pessoas jurídicas criadas pelo Estado através da via legislativa. A sua organização, a sua direção e o seu funcionamento decorrem das disposições legais que autorizaram a sua instituição. Os fins a que se destina o estabelecimento público são fins de administração pública, como tal vinculados à relação de administração (RUY CIRNE LIMA, *PRINCÍPIOS*, ed. 1954, p.65; FRITZ FEINER, *INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO* 1933, p. 260; ERNST FORSTHOFF, *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, p.633). É por isso que OTTO MAYER define o estabelecimento público como “um conjunto de meios materiais e pessoais, elevado à condição de pessoa jurídica de direitos público, que está destinado a servir permanentemente a determinado fim público, em mãos de um sujeito da administração pública” (LE DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND, t. IV, p.184 e 267).

20 — As Caixas Econômicas, de iniciativa governamental, são havidas como estabelecimentos públicos, na Alemanha (E. FORSTHOFF, ob. cit., p.638; FRITZ FEINER, ob. cit. p.261), na França (M. HAURIOU, *PRÉCIS ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF*, ed. 1921, p.309) e no Brasil (RUY CIRNE LIMA, ob. cit. ed. 1954, p.71). Presentemente, no Brasil, apenas as Caixas Econômicas Estaduais correspondem à figura do estabelecimento público, já que as Caixas Econômicas Federais foram unificadas sob a forma de empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei 759, de 12 de agosto de 1969.

21 — As Caixas Econômicas são o instrumento de execução de um serviço público, o serviço de assistência à pequena economia privada (RUY CIRNE LIMA, ob. cit. ed. 1954, p.71). As Caixas Econômicas são estabelecimentos públicos cujo funcionamento, com relação aos usuários do serviço, é disciplinado pelo Direito Privado e não pelo Direito Público. “Existem instituições”, — afirma E. FORSTHOFF, “com Estatuto de utilização de Direito Público e outras com estatuto de D. Privado, pelo qual as relações jurídicas entre o usuário e o estabelecimento deverão ser examinadas seja conforme ao D. Público, seja conforme ao D. Privado”, sendo, por exemplo, o pagamento que o usuário efetuar pela utilização, ou bem uma taxa que pode ser arrecadada mediante procedimento administrativo, ou uma prestação que, baseada em contrato, pode ser reclamada pela via judicial ordinária” (ob. cit. p.637). Todavia, a atividade desenvolvida pelas Caixas Econômicas, embora se

realizando no plano do D. Privado quanto aos seus utentes, representa a manifestação do poder público com relação a um serviço cuja finalidade interessa sobremaneira ao Estado. Não importa, por conseguinte que as relações das Caixas Econômicas com os seus usuários se estabeleçam nos termos do Direito Civil, quando se sabe que esse tipo de relacionamento é um pressuposto para a execução de um serviço público.

22 — As Caixas Econômicas oferecem, por conseguinte, a peculiaridade de prestarem o serviço assistencial, de que são titulares, principalmente dentro de formas privatísticas. São prestações oferecidas a particulares, que se regulam pelas regras do Direito Civil. Assim, as figuras do mútuo, do depósito, das garantias reais e fiduciárias são momentos comuns no relacionamento das Caixas Econômicas com os seus usuários.

23 — Sendo, as Caixas Econômicas, estabelecimentos que se constituem como serviço público dotado de personalidade jurídica todos os atos que elas realizam, dentro dos fins prefixados pela lei como obrigatórios, porque situados no âmbito da atividade assistencial, estão protegidos por todas as garantias que beneficiam o serviço público.

24 — Dentre as garantias concedidas em favor dos serviços públicos se connumera a da imunidade tributária definida pela Constituição. Trata-se de uma regra constitucional que veda qualquer imposição sobre o serviço público, já em seu nascedouro. Em se tratando de serviço público essa imunidade, como já referimos, pode ser considerada tanto como imunidade subjetiva como objetiva. Imunidade subjetiva se o serviço fôr visualizado pelo aspecto da personalidade jurídica, que, inequivocamente, é o traço de muitos serviços públicos constituídos em forma de estabelecimentos públicos. Nenhum ato proveniente de um estabelecimento público poderia sofrer tributação porque a regra constitucional pré-exclui a possibilidade de edição de qualquer regra de incidência. Imunidade objetiva, se fôrem consideradas as operações, os atos jurídicos de que participarem serviços públicos, ou mesmo se o serviço público aparecer sob o aspecto de coisa, que, muitas vezes, ele apresenta.

25 — À imunidade reconhecida pela Constituição em proveito do serviço público deve-se acrescentar aquela que diz respeito às entidades autárquicas. Com efeito, o § 1º do art. 19 da C.F., estende às autarquias a proteção da imunidade tributária, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais.

26 — Sendo, as Caixas Econômicas Estaduais, entidades autárquicas constituídas na forma de estabelecimentos públicos, essa situação de pessoas de direito público vem se somar à prestação de um serviço público, que elas, de forma inequívoca, realizam, no sentido da reafirmação da imunidade tributária de que elas gozam. Por conseguinte, as Caixas Econômicas, quando constituídas como estabelecimentos públicos, gozam de imunidade tributária por dois motivos: a) em primeiro lugar, por prestarem um serviço público; b) em segundo lugar, por que são entidades autárquicas.

27 — As Caixas Econômicas, quando realizam um serviço público ou praticam atos que se referem ao seu patrimônio e à obtenção de rendas não podem ser atingidas por nenhuma regra tributária. Destarte, os atos jurídicos por elas praticados, e os seus respectivos instrumentos, não podem se constituir em hipótese de incidência para qualquer tributo.

28 — O imposto sobre Operações Financeiras foi criado pela Lei 5.143, de 20-10-1966. O mencionado imposto incide sobre as operações de crédito e de seguro, levadas a efeito pelas instituições financeiras (art. 1º). Contribuinte “de jure” do imposto é a instituição financeira (art. 4º), com tal definida pelo art. 17 da Lei 4595, de 31.12.1964.

29 — Ora, o artigo 17 da Lei 4.595, ao definir as instituições financeiras, mistura as instituições públicas com as privadas. A aludida disposição, além de contrariar a boa técnica legislativa, cria uma certa perplexidade para a interpretação do texto da referida lei, pois no art. 24 encontra-se uma referência expressa às Caixas Econômicas, colocada na lei precisamente com o propósito de demonstrar que as Caixas Econômicas não poderiam ser sumária e genericamente englobadas dentro do conceito de instituições financeiras. As Caixas Econômicas, tendo como objetivo o desenvolvimento de um serviço público jamais poderiam ser classificadas de forma simplista entre as instituições financeiras comuns, que têm como finalidade a intermediação e a guarda de recursos financeiros.

30 — O equívoco da Lei 4.595, ao definir no art. 17 as instituições financeiras, consistiu precisamente em estabelecer como característicos genéricos dessas instituições aqueles traços que identificam os estabelecimentos privados. A disposição legal não leva em consideração que os sinais indicativos que menciona não têm aplicação integral às instituições financeiras públicas. Por conse-

guinte, a definição do art. 17 é defeituosa e não descreve de forma perfeita a figura genérica da instituição financeira.

31 — A disposição do art. 4º da Lei 5.143 era, por conseguinte, totalmente inócua com referência aos estabelecimentos financeiros públicos, máxime com relação às Caixas Econômicas, que além de serem autarquias se constituem em verdadeiro serviço público. Procurando contornar essa dificuldade insuperável foi editado o Decreto-Lei 914, de 7 de outubro de 1969, que, em seu art. 1º, modificou a redação do art. 4º, da Lei 5.143, para dizer que os contribuintes do ISOF são os tomadores de crédito e os segurados. A nova disposição legal tinha, evidentemente, enderço certo destinando-se a assegurar a tributação das operações de crédito realizadas com instituições públicas.

32 — A mencionada norma, todavia, não pode ser aplicada às operações em que fôrem parte estabelecimentos públicos, em especial as Caixas Econômicas Estaduais. As Caixas Econômicas, no desenvolvimento de sua atividade assistencial, estabelecem relações jurídicas, de acôrdo com o direito privado, com os usuários do serviço de assistência por elas prestado. É evidente que as operações de crédito levadas a efeito com êsse propósito se constituem numa condição fundamental para a concretização do serviço público de assistência que incumbe às Caixas Econômicas. Se a tributação dêsses atos fôsse admitida, a consequência seria a de admitir a imposição fiscal sôbre os atos relativos à execução de um serviço público. Nesse particular, não pode haver qualquer distinção, pois todos os atos praticados pelas Caixas Econômicas, dentro dos limites de suas finalidades, são atos que traduzem o exercício de um serviço público. Como não se trata de serviço público concedido, que só êsses não estão protegidos pela imunidade tributária (art. 19, § 1º C.F.), nenhum ato jurídico realizado dentro do quadro da prestação de um serviço público, mediante gestão direta ou autárquica, pode ser objeto de incidência tributária.

33 — É por êsse motivo que o entendimento corrente da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que a imunidade tributária afasta "ab origine" qualquer possibilidade de tributação nos atos de que participem as pessoas de direito público. O recurso à substituição legal do sujeito passivo do tributo, pretendido pelo D. L. nº 914, não é admissível no caso das Caixas Econômicas, devido à imunidade tributária. Em acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, o Des. Hely Lopes Meirelles fixou admiravelmente a questão: "A substituição legal do sujeito passivo do tributo só é

possível nos casos de isenção, nunca, porém, nos de imunidade. Não há confundir imunidade com isenção; na isenção há incidência, seguida da dispensa do pagamento do tributo; na imunidade não há incidência, o que torna inexigível o tributo de quem quer que seja, pela evidente razão de que não se pode exigir de ninguém o cumprimento de obrigação tributária inexistente. Na isenção pode o fisco deslocar a obrigação tributária do contribuinte isento para outro interessado não isento; na imunidade essa deslocação é juridicamente impossível "(REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 84, p.142).

34 — Nem outra poderia ser a posição da jurisprudência, pois a admissão da transferência do encargo fiscal para outra parte, no caso da imunidade estabelecida pela Constituição, representaria uma forma disfarçada de tributar o serviço público ou a entidade autárquica, que é precisamente o que a norma constitucional deseja evitar. A imunidade tributária do serviço público e das entidades autárquicas que executam serviço público abrange, por conseguinte, todos os atos praticados dentro dos propósitos de prestação do serviço aos usuários. Nenhum dêsses atos poderia servir como hipótese de incidência para o lançamento de qualquer tributo. A norma legal que assim dispuser estará violentando a Lei Maior e, como tal, será inconstitucional.

35 — Os atos jurídicos praticados pelas Caixas Econômicas Estaduais, no cumprimento de seus deveres relacionados com a execução do serviço de assistência à pequena economia privada, são imunes à incidência de qualquer tributo. Por conseguinte, a regra do art. 1º, do Decreto-Lei 914, de 7-10-1969, que altera a figura do contribuinte "de jure" do Impôsto sôbre Operações Financeiras, não se aplica aos atos jurídicos de que elas participarem.

A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

PROF. WILSON ALVES CHAGAS

Reunir os elementos contrastantes da experiência jurídica. Aglutinar fato, valor e norma, mostrar como o Direito reflete a própria imagem em cada um deles, e contudo somente se encontra a si mesmo — ou pode ser realizado — em conjunto, e na concreção dinâmica daí resultante. Eis a idéia-motora que inspirou a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

Implicação, portanto, de fato social, regra jurídica e valoração ética da conduta. Esses três fatores ou essas três dimensões da realidade jurídica se implicam e supõem mutuamente. São complementares. De todos eles resulta o Direito como tal. Concreto, dinâmico, abrangente de toda a conduta humana, que positivismo ou sociologismo jurídico, normativismo e jusnaturalismo, enquanto concepções conflitantes do Direito, se harmonizam, dialéticamente, no tridimensionalismo.

É ao nível da “experiência jurídica”, como se vê, que Reale fundamenta, de fato, o seu tridimensionalismo. Com efeito, é nesse nível 1) que os três elementos ou as três dimensões do fato, do valor e da norma se apresentam e se consociam, num processo contínuo de interação dialética, “de implicação e polaridade”; 2) é ainda nesse plano que funciona a concreção postulada por Reale para o sincretismo da sua teoria. Essa visão integral do Direito que o filósofo brasileiro nos quer dar se passa num plano, digamos, de “mostração” da sua estrutura. Assim se apresenta o Direito — ou ele assim se compõe — quando o vemos atuando, concretamente, dentro de situações sociais e históricas dadas. Mas qual o significado dessa mostração tripartida-unitária, dessa concreção de fato, valor e norma na funcionalidade da experiência jurídica? Qual, noutras palavras, a “filosofia” dessa tridimensionalidade?

A impressão que se tem é que não é atravessado o limiar da compreensão do problema, e que algo está faltando para isso. Precisamente do ponto de vista filosófico. A Teoria Tridimensional de Miguel Reale corresponde a uma descrição matizada do fenômeno jurídico. Seria preciso interpretar os dados em que se baseia, para outras conclusões. Mas isto nos levaria além do tridimensionalismo.

Mas, tornemos a perguntar: qual o alcance da “fórmula Reale” (para utilizarmos a expressão de Josef Kunz, no seu estudo “sobre a problemática da Filosofia do Direito nos meados do século 20”)? Com efeito, que significa afirmar que o Direito tem uma estrutura tridimensional? — Significa o reconhecimento das zonas ou dimensões que o integram, como camadas não apenas superpostas, mas que se interpenetram — pois é na sua própria “estrutura” que se dá a tríplice perspectiva, a tríplice aliança de seus componentes.

Assenta Reale que “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do Direito, ou pelo jurista como tal” (*Teoria Tridimensional do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1968, p.73). E ainda, que essa correlação “é de natureza funcional e dialética, dada a implicação-polaridade existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo” (p. 74). Mas o que resulta de tal visão integrativa de fato, valor e norma no campo do Direito? Ter-se-á, dessa forma, compreendido melhor o fenômeno jurídico?

Não cremos. Dessa forma se enunciam “dimensões” ou fatores que se encontram no Direito, mas que não o esclarecem suficientemente. Trata-se de um esquema descritivo, já dissemos, que cumpriria desenvolver, aprofundar e até superar... Um simples esquema metodológico. Reale pretende, ao contrário, que se trata de três elementos essenciais, estruturais, da experiência jurídica. Vejamos em que sentido seria possível reformular a Teoria Tridimensional do Direito, a partir de tal esquema.

O valor, acionado pelo fato, é, com êle, e através dêle, convertido em norma. Que valor é êsse, assim “acionado” pelo fato? E o que é êsse fato, que assim “aciona” o valor?

O fato é o acontecimento histórico. É um fato já valorado, ou que já contém o valor, embora a um nível não propriamente valorativo, quero dizer, que não dispensa, antes exige a sua reelaboração pelo homem. Constitui, neste sentido, um “desafio” à liberdade humana, um agente desencadeante de novos fatos, de novos acontecimentos históricos. Então: o valor “acionado” pelo fato quer dizer o valor que é “investido”, desafiado e pôsto em movimento pelo que “acontece”: é o valor pôsto em cena, obriga-

do a jogar-se, com o poder de suas decisões e opções, no plano concreto da História. Neste sentido se pode dizer que o valor é constantemente “convocado” pelos fatos, é constantemente reativado para que assuma, aqui e agora, a sua tarefa e a sua missão histórica.

É o homem que, sob o impacto dos fatos, e compreendendo o seu “processo”, lhes imprime direção, dá sentido à História. É essa a função do valor. Mas êsse valor nada vale — ou não tem esteio — se não é “acionado” pelos fatos, na forma acima indicada. A “objetividade” vem de fora: também a “fôrça” ou o impulso” para a atividade valorativa central. Pelo valor é constantemente reelaborado, assim, o que já tem espessura histórica e portanto já é resultado, não de uma, mas de múltiplas valorações. Daí a “concreção” própria ao fato social, ao acontecimento histórico em geral. Uma concreção que resulta de interações dialéticas, de sínteses sucessivas, mas comportando, sempre, novas valorações, ou novas maneiras de serem assumidas e transformadas pelo agir humano, ou pela liberdade.

Qualquer outra posição em face do problema não leva em conta a objetividade histórica, real, do fato. Por outro lado — e por isso mesmo — lhe escapa o “ato”, os diversos “atos” que se encontram sob os “fatos”, ou seja, lhe escapa o processo mesmo de “fatualização” ou de concreção histórico-dialética de que brota, sempre, cada fato, cada acontecimento. E é essa reformulação dos elementos (combinados) da tridimensionalidade que deve ser aplicada ao setor normativo do Direito para aproveitar o que há de positivo na “fórmula Reale”. Eis a sugestão que entrego aos estudiosos.

H O M E N A G E M

Durante o longo período em que esteve interrompida a publicação da Revista, o corpo docente da Faculdade de Direito de Porto Alegre sofreu a perda de eminentes professores que tanto ilustravam o magistério jurídico rio-grandense.

Recordando-lhes os nomes, prestamos àqueles queridos mestres a homenagem de nossa admiração, com a certeza de que não será esquecido, na história da instituição a que devotadamente serviram, o exemplo que nos legaram:

Oswaldo Caminha

Edgar Luiz Schneider

Francisco de Paula Brochado da Rocha

Darcy Pereira de Azambuja

Carlos Pitta Pinheiro

Brasil Rodrigues Barbosa

Dante Gabriel Guimaraens

Ney Cassiano Messias

Índice de Autores

Carlos Alberto Barata Silva — (Trabalho e Desenvolvimento)	93
Clovis V. do Couto e Silva — (Direito Patrimonial da Família)	39
Hernani Estrella — (Venda de Praça à Praça e Venda Marítima)	63
Elpidio Ferreira Paes — (Estrutura e Evolução da Família Romana)	19
Jacy de Souza Mendonça — (Problemática Filosófico-jurídica atual)	117
José Salgado Martins — (Delinquência Política e Terrorismo)	25
Paulo Alberto Pasqualini — (A Imunidade Tributária do Serviço Público)	151
Paulo Barbosa Lessa — (Apontamentos sobre o Direito Comercial Contemporâneo)	53
Ruy Cirne Lima — (O Sujeito de Direitos e o Código Civil)	13
Walter Eduardo Baethgen — (Teoria dos Pressupostos Processuais: ensaio crítico)	143
Wilson Alves Chagas — (A Teoria Tridimensional do Direito)	165