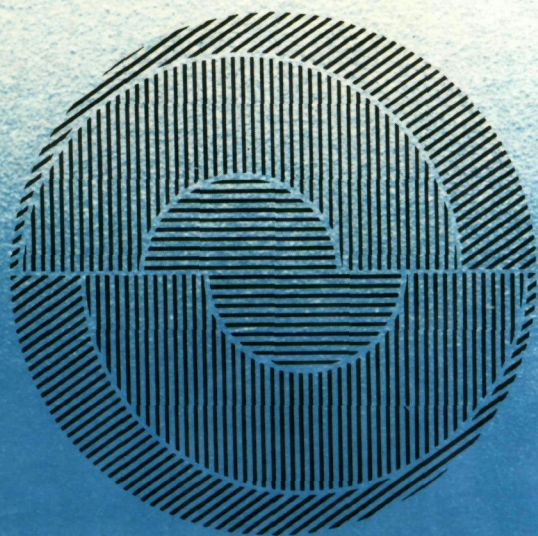


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1982
ANO 19 • NÚMERO 74

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 19 n. 74 — abril/junho 1982

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

Fundadores:

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

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

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Redação:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR (Chefe)
PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 19	n. 74	abr./jun. 1982
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 350,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

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

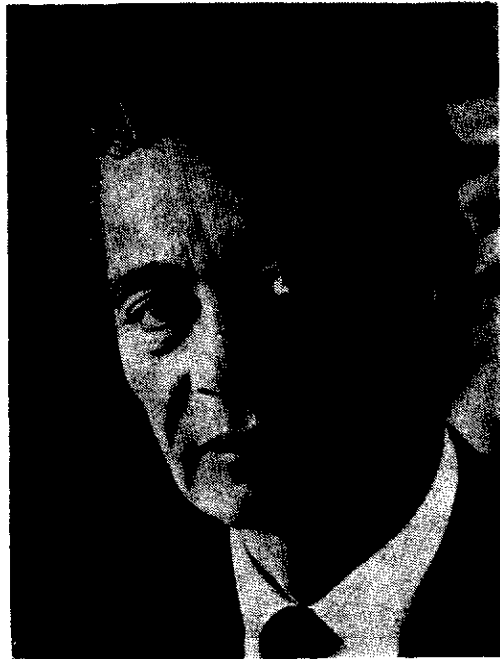


CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	Pág.
HOMENAGEM	
Auro Moura Andrade	5
COLABORAÇÃO	
Justiça, segurança e desenvolvimento — <i>A. Machado Pauperio</i>	23
Teoria geral do Poder Constituinte — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	33
Due process of law e a proteção das liberdades individuais — <i>Torquato Lorena Jardim</i>	69
Dois aspectos da imunidade formal dos parlamentares. Extensão aos deputados estaduais. O inquérito policial — <i>Ronaldo Rebello de Britto Poletti</i>	95
A educação e a cultura nas Constituições brasileiras — <i>Rosalvo Florentino</i>	103
O impacto dos tratados e resoluções nas relações internacionais na América Latina — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	159
Notas sobre a justiça na Alemanha — <i>Francisco de Paula Xavier Neto</i>	183
Realidade jurídica atual da empresa pública brasileira — <i>Vera Galvão</i>	243
Os efeitos da falência sobre a alienação fiduciária — <i>Arnoldo Wald</i>	261
Publicação, reprodução, execução — direitos autorais — <i>Antônio Chaves</i>	273
Os processos modernos de comunicação e o Direito de Autor — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	287
O problema fundiário no Distrito Federal — enfoque histórico e jurídico — <i>José Dilermando Meireles</i>	301
Notas sobre o posicionamento da mulher no tempo e no espaço — <i>Paulo de Figueiredo</i>	307
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	397

Auro Moura Andrade



A **Revista de Informação Legislativa** e a Subsecretaria de Edições Técnicas, por imposição de dever e por impulso de gratidão, homenageiam não só o político liberal que o País vem de perder, como o administrador que lhes deu vida e o amigo que lhes deu apoio e assistência.

É sabido que, sob a presidência de Moura Andrade, o Senado Federal recebeu o influxo de uma administração dinâmica que procurou imprimir maior eficácia aos métodos de trabalho pela modernização dos instrumentos manejados.

Deve-lhe a Casa a criação do Serviço de Radiodifusão, com vistas a uma futura Rádio do Congresso Nacional — constante preocupação do inquieto administrador.

Ao inaugurar a "Hora do Congresso" na "Voz do Brasil", diria Moura Andrade justificando a iniciativa:

"Afirmando que o Congresso Brasileiro, sempre tão atacado pelos inimigos do regime, constitui, entretanto, a instância final da salvação das liberdades públicas e é na democracia a última trincheira dos direitos dos homens livres. É o Congresso um poder sem armas, que não pode, pois, oprimir, e nasceu na verdade dos movimentos libertários dos povos contra as pressões. É o Congresso um poder sem tesouro, que não pode, pois, comprar nem corromper consciências, e nasceu, na verdade, das lutas do povo contra a corrupção. Nestes últimos anos o rádio passou a ser arma preferida dos inimigos da democracia. Esta, inexplicavelmente, longe de defender-se, pondo-se pelo menos em igualdade de meios, limitou-se à passiva conduta de ouvir e não falar."

Sentiu também o Presidente a necessidade de assegurar ao Senado auto-suficiência em matéria de trabalho gráfico, para a eficaz disseminação, tanto do expediente dos órgãos internos da Casa, quanto do trabalho legislativo propriamente dito.

Por isso que, numa iniciativa arrojada, dotou a Câmara Alta de um completo e moderno Serviço Gráfico, cuja utilidade, dentro do complexo do Congresso Nacional, é tamanha que, hoje, não se poderia imaginar o mecanismo das duas Casas legislativas sem tal empreendimento.

Igualmente, a **Revista de Informação Legislativa** teve no Presidente Moura Andrade seu fundador.

Na primeira página do nº 1 da publicação (janeiro/março de 1964), explicaria ele o porquê da realização ou dos "novos caminhos" então abertos:

NOVOS CAMINHOS

Em matéria de publicações, o Senado, como as demais Casas legislativas, até ultimamente se vinha mantendo nas linhas clássicas de um passado mais que secular.

Era o **Diário do Congresso Nacional**, com as suas imperfeições e a rigidez da sua feição, a realizar, em âmbito muito restrito, a divulgação da atividade do Plenário e das Comissões. Eram os **Anais**, em sua luta pertinaz contra o aniquilamento de um atraso de vários anos, imposto pelas gráficas incumbidas de publicá-los. Era, episodicamente, uma ou outra edição comemorativa ou a separata de um ou outro discurso, buscando dar relevo a este ou àquele momento fugaz da vida da Casa. Era, em suma, um sistema de publicações que apenas valia como documentário do passado, e jamais como contribuição para as realizações do presente.

O "Serviço de Informação Legislativa", criado em 1963, com o objetivo de fornecer aos membros do Senado da República novos elementos de estudo, por meio de documentação instrutiva do trabalho em curso, acrescenta, agora, às suas realizações já coroadas de êxito, a **Revista de Informação Legislativa**, dentro da mesma linha de programação. Pretende ser útil tanto ao estudo dos problemas em exame nesta Casa do Congresso — através de trabalhos doutrinários e de pesquisa — como à divulgação, lá fora, do que aqui dentro se fizer, no trato dessas matérias.

As suas páginas estarão, pois, abertas aos que tenham subsídios de estudo, de investigação ou de experiência, a oferecer à obra legislativa do País. Elas serão, paralelamente, o veículo da atividade dos legisladores, na apreciação dos problemas postos sob o seu exame.

Com esses objetivos, é bem de ver que à **Revista de Informação Legislativa**, como ao Serviço que a vai editar, está reservado um grande papel.

AURO MOURA ANDRADE

Atente-se, no último parágrafo do texto transcrito, para a mensagem de encorajamento de Moura Andrade ao periódico que vinha de fundar e ao recém-nato Serviço de Informação Legislativa — criação também sua, influenciada pelo idealismo e pela visão do Dr. Isaac Brown, então Secretário-Geral da Mesa do Senado — Serviço posteriormente transformado na atual Subsecretaria de Edições Técnicas.

Essas palavras de incentivo, registradas na apresentação do periódico, repetiram-se no dia-a-dia da vida do Serviço e da Revista, traduzidas constantemente em apoio concreto em termos de meios de trabalho, de sugestões para o empreendimento de novas tarefas, de acato às iniciativas do setor, de aplausos encorajadores a cada passo.

É grato à Subsecretaria de Edições Técnicas e à **Revista de Informação Legislativa** lembrar que o Presidente Moura Andrade, mesmo após afastar-se do Senado Federal, permaneceu em constante contato com o setor, solicitando publicações elaboradas pela equipe, fazendo-se presente no interesse de receber cada número da Revista, participando de eventos, em que a Subsecretaria se fizesse representar. Haja vista que, na IV Bienal do Livro promovida em São Paulo, em 1976, o "stand" do Senado Federal, ali instalado pela Subsecretaria de Edições Técnicas, foi inaugurado com entusiasmo por Auro Moura Andrade.

Nosso preito de saudade ao Fundador da **Revista de Informação Legislativa**, ao Presidente que criou o Serviço de Informação Legislativa e deu-lhe inteiro apoio à direção e aos trabalhos, ao Amigo da Subsecretaria de Edições Técnicas, cuja lembrança, com orgulho e gratidão ela mantém e reverencia.



O Senador Auro Moura Andrade, o Ministro da Educação e Cultura, Senador Ney Braga, e a Diretora da Subsecretaria de Edições Técnicas, na inauguração do stand desta Subsecretaria na IV Bienal Internacional do Livro.

DADOS BIOGRÁFICOS

Auro Soares de Moura Andrade nasceu em Barretos, Estado de São Paulo, a 19 de setembro de 1915. Era filho de Antônio Joaquim de Moura Andrade e D. Guiomar Soares de Andrade. Casou-se com D. Beatriz Stella Prado de Andrade e deixou três filhos: Auro Moura Andrade Filho, Antônio Joaquim Moura Andrade Neto e Beatriz Helena Prado de Moura Andrade.

Cursou o Liceu Franco-Brasileiro e o Liceu Nacional Rio Branco. No Instituto Caetano de Campos, formou-se em Psicologia, Lógica e Pedagogia. Fez o curso de Direito na Faculdade de Direito de São Paulo.

Teve ativa participação na vida da escola do Largo de São Francisco, como orador oficial do Centro Acadêmico XI de Agosto, agremiação representativa dos estudantes da Faculdade, e fundador e redator-chefe dos jornais acadêmicos **Democracia** e **A Urna**, fechados em 1937, e **Folha Do-**

brada, fechado em 1938. Os simples títulos desses jornais estudantis e a indicação dos anos em que foram fechados revelam o posicionamento democrático de Auro Moura Andrade, em oposição, àquela época, ao regime ditatorial implantado por Vargas no Brasil, sob o rótulo de Estado Novo e mediante o golpe de 10 de novembro de 1937.

Doutor **Honoris Causa** pela Universidade de São Paulo (1955), Assessor Jurídico e Consultor Econômico da Presidência da Mobilização e Coordenação Econômica (1942-1943), Diretor da Associação Comercial de São Paulo (1944-1946), Diretor-Superintendente da revista especializada em assuntos econômicos, **Digesto Econômico**, publicada sob os auspícios da Associação Comercial de São Paulo e da Federação do Comércio do Estado de São Paulo (1946-1948), Diretor-Conselheiro e Presidente interino da Comissão Geral de Preços, órgão da Coordenação e Mobilização Econômica em São Paulo (1943-1944), Membro de Honra da Faculdade de Filosofia **Mater Verbi**, São Paulo, e da Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Membro do Comitê de Honra do Patronato Assistencial "Imigrantes Italianos", Membro de Honra e Grande Benfeitor da Cruzada Pró-Infância. São Paulo, Assessor Jurídico e Consultor Técnico da Comissão de Estudos, Organização e Desenvolvimento da Lavoura Paulista junto à Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo, Auro Moura Andrade exerceu a advocacia nos foros da Capital e do Interior, no Tribunal de Justiça do Estado, no Tribunal de Segurança Nacional e no Supremo Tribunal Federal, até 1959, quando assumiu a liderança da Maioria no Senado Federal.

Redemocratizado o País em 1945, Auro Moura Andrade candidatou-se à Assembléia Constituinte do Estado de São Paulo, sob a legenda da União Democrática Nacional (UDN) que era, então, o grande partido de oposição, tanto no plano federal, como no estadual. Elegeu-se e foi, assim, constituinte (1946/47) e, a seguir, Deputado à Assembléia Legislativa paulista (1ª Legislatura 1947/50).

Na Assembléia, foi Presidente da Comissão de Leis Complementares à Constituição, membro da Comissão de Constituição e Justiça, Presidente da Comissão Especial de Defesa da Lavoura e membro da Comissão de Finanças. Desde logo se salientou pelos notáveis dotes oratórios que o colocaram na galeria dos grandes oradores parlamentares do País. Foi Líder das oposições coligadas na Assembléia, sustentando duras batalhas parlamentares contra o governo estadual de Ademar de Barros. Certa feita, fazendo obstrução a projeto de aumento de impostos, chegou a permanecer na tribuna da Assembléia por mais de 24 horas.

Em 1950, elegeu-se Deputado federal com mandato até 1954. Na Câmara Federal foi membro da Comissão de Tratados e Diplomacia e da Comissão de Finanças.

Em 1954, foi eleito Senador pelo Estado de São Paulo, com mandato até 31 de janeiro de 1963. Já então deixara a UDN, vindo a fixar-se, definitivamente, no PSD.

Nesse período, integrou as Comissões de Constituição e Justiça, de Finanças e de Relações Exteriores, a Comissão Mista do Congresso Nacional de Revisão da Consolidação das Leis do Trabalho e atuou na qualidade de Vice-Líder (1958-1959) e Líder da Maioria (1959-1960). Foi também Vice-Presidente do Senado, de 10 de março a 25 de agosto de 1961, data a partir da qual presidiu a Casa e o Congresso Nacional até 1967.

Reelegera-se Senador, em 1963, com a expressiva votação de 1.060.667 sufrágios, para um mandato de 8 anos. A primeira eleição para a Presidência do Senado data de 11 de março de 1962 e as subseqüentes efetivaram-se em 2 de fevereiro de 1963, 10 de março de 1964, 24 de fevereiro de 1965, 28 de fevereiro de 1966 e 2 de fevereiro de 1967.

No período anterior à Revolução, como Senador, Auro Moura Andrade concorrera ao governo de São Paulo, enfrentando nas urnas Ademar de Barros e Jânio Quadros que apoiava Carvalho Pinto; no período imediatamente posterior, candidatou-se à Prefeitura de São Paulo, no último pleito direto realizado para a chefia do Executivo Municipal.

Como Presidente do Senado e do Congresso, teve participação de primeiro plano nos principais acontecimentos políticos do Brasil.

Apenas a título exemplificativo, lembre-se de que coube ao Senador Auro Moura Andrade, como Presidente do Congresso, declarar vaga a Presidência da República, em 1961, pela renúncia de Jânio Quadros, e dar posse a João Goulart, Vice-Presidente da República. Em 1964, pela segunda vez lhe competiu declarar vaga a Presidência da República, quando o Presidente João Goulart deixou Brasília. Presidiu à eleição do Marechal Castello Branco, diplomou-o e o empossou.

Na crise de 1961, figurou entre aqueles que trabalharam para encontrar uma fórmula institucional conciliatória, capaz de evitar a guerra civil, fórmula, afinal, alcançada na adoção do sistema parlamentarista de governo.

Quando o Gabinete chefiado por Tancredo Neves — o 1º do parlamentarismo — renunciou, Auro Moura Andrade foi convidado para formar o novo governo. Seu nome chegou a ser aprovado pelo Parlamento, mas o Senador acabou declinando da honrosa escolha, em face da impossibilidade de constituir-se um ministério realmente parlamentar.

Na fase difícil que se seguiu à renúncia do Presidente Jânio Quadros, o Senador Moura Andrade falou incessantemente à Nação, na defesa das instituições democráticas então ameaçadas.

A 10 de março de 1962, dizia (1):

“A crise nacional se agrava pondo em risco as liberdades públicas e a própria Constituição. A situação econômica é catastró-

(1) DCN — 11-3-62.

fica e a inflação devora o País. Tudo é pretexto para alarmar a Nação. Apelo para o Exército, para a Marinha e para a Aeronáutica, a fim de que sustem as veleidades dos agitadores e não anem os propósitos dos que anarquizam este País.”

Guardião da soberania do Congresso Nacional, afirmava ao inaugurar a Sessão Legislativa Ordinária de 1962:

“As ameaças com que tentam agravar o Congresso representam um triste e prolongado espetáculo de imaturidade política, de arrogância e de leviandade de seus autores e, por outro lado, identificam os desafetos do regime, que até aqui se acobertavam sob o manto da legalidade e que já podem ser apontados como fariseus da democracia e inimigos da ordem constituída.

As autoridades estão no dever de impedir, em nome da ordem constitucional, da paz pública e do bem nacional, a deflagração de greves de fundo meramente político, que se anunciam sob a mais perfeita inspiração comunista, visando a paralisar o País e levá-lo ao ato final da calamidade, da vergonha e da inconsciência patriótica. É preciso enfrentar os agitadores, onde quer que estejam e atuem: no Legislativo, no Executivo e nas entidades, na imprensa e nos sindicatos, nas bases militares e nas bases diplomáticas — agitadores fardados ou civis, mas sempre agitadores, agindo fora dos limites da lei e tentando destruir os poderes constitucionais da República.”

No ano seguinte, instalando a Sessão Legislativa, proferiu o Senador Moura Andrade, da Presidência do Congresso Nacional, as seguintes palavras (2):

“Parece-me inadiável que os democratas tomem posição ante os crescentes perigos que ameaçam o regime. Sem dúvida, a democracia é uma arma para a liberdade; sem dúvida, é instrumento para a prosperidade. Mas se não se maneja a arma contra os inimigos da liberdade, se não se usa o instrumento na oficina do trabalho nacional, ela se destrói, ou se torna sem sentido humano, vazia de finalidade.

Numa comunidade democrática existimos para auferir os bens da democracia, afastando dela os seus inimigos, vencendo através dela as nossas adversidades.

É preciso agir com tal vigor que os interesses subalternos dos cúpidos e as preocupações demagógicas dos aventureiros não mais atuem e só permaneça a inspiração da verdade e do bem público, como condição do exercício da democracia. Somente assim estaremos afirmando o nosso compromisso na defesa dos valores

(2) DCN — 16-3-63.

morais, culturais e espirituais que dentro da liberdade se somam e só dentro da liberdade realizam a dignidade humana, a independência dos povos e a soberania das nações. Para isso precisamos dar todo apoio aos padrões morais absolutos que a democracia contém ou desperta, promover a união interna de nossa Nação e a união externa com as demais nações democráticas.”

A 12 de setembro de 1963, por ocasião da Rebelião de Brasília, o Senador Moura Andrade, da Presidência do Senado, exortava os brasileiros à defesa da Pátria (3):

“Como Presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional, entendo ser de meu dever alertar a Nação e exigir, nos limites máximos de minha autoridade institucional, que os demais responsáveis pela ordem democrática no País se reúnam e atuem com decisiva e sempre crescente energia no sentido de pôr cobro à marcha a que, no plano inclinado da subversão, está sujeita a ordem constitucional do Brasil.

.....

O Brasil está sendo ocupado e não se defende. Os que amam esta terra, as liberdades que ela proporciona, os direitos que nela desfrutam, os que estimam e respeitam a Constituição e os Poderes que ela instituiu, os que acatam e proclamam a autenticidade democrática das nossas Forças Armadas, devem auxiliar a que estas forças possam cumprir o seu dever, alertando os seus chefes, colaborando para que não se conspurque, em sublevações antipatrióticas, o trabalho da Nação ou a farda e a honra de nossos soldados.

Já suportamos o máximo que deveríamos suportar.

A democracia precisa defender-se. As Forças Armadas, que sustentam as instituições, saibam que, para sua glória e honra, as instituições e os que a representam sustentam-nas irredutivelmente.”

Em 19 de abril de 1963, o Senador Moura Andrade fora condecorado com a Grã-Cruz da Ordem de Rio Branco, tendo sido agraciado, no mesmo ano, com a Grã-Cruz da Ordem da Bandeira da Iugoslávia e a Grã-Cruz da Ordem do Mérito Militar.

Em 12 de novembro de 1963, ao receber do Ministro da Guerra, Jair Dantas Ribeiro, a Grã-Cruz da Ordem do Mérito Militar, proferiu o seguinte discurso:

“Sabem Vossa Excelência e seus ilustres companheiros de gloriosa farda quanto tem sido profunda a confiança por mim deposi-

(3) DCN — 13-9-63.

tada, como Presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional, no Exército Brasileiro, em seus comandantes e soldados.

Chefe do Poder Legislativo da República, meu diálogo com as Forças Armadas está revestido da lealdade devida à Constituição, à paz do povo e à segurança nacional. São nossos deveres garantir os direitos consagrados na Constituição; e são nossos direitos exigir o cumprimento dos deveres constitucionais. Eis por que, eminente Senhor Ministro da Guerra, devemos estar alertas contra as deformações que se fazem, nos dias atuais, do conceito de legalidade. Legalidade não é apenas uma palavra, mas a própria ordem social, política e econômica de um povo. Ela não é um "slogan"; é a nossa ordem como Nação e como Estado. A representação de uma autoridade não constituída é inadmissível: significa subversão da ordem hierárquica, destruição da disciplina, quebra de convívio — é uma intolerável usurpação. Entretanto, disto temos exemplo no País. Indivíduos e entidades há, não instituídos em lei ou na Constituição, que usurpam a autoridade das entidades constituídas, e, nas suas siglas, pretendem conter a legalidade de que não são titulares. Falam à Nação, são apoiados ostensivamente, insultam o Judiciário, ameaçam o Legislativo, oprimem os sindicatos livres, paralisam o trabalho e se alastram impunemente, submetendo a lei e atentando contra as estruturas do regime."

Instalando o período de Convocação Extraordinária do Congresso Nacional, em 15 de dezembro de 1963, disse o Senador Moura Andrade (4):

"São terrivelmente difíceis os dias que se aproximam, não bastassem ao Brasil as dificuldades dos dias em que nos achamos. Urge adotar severas medidas de reabilitação nacional. De modo definitivo, é preciso não esquecer que nada se pode construir quando a política se exerce sem nenhum rigor de consciência nacional e corrompe, por isso, os valores morais e cívicos do povo. Não deixa de ser constrangedor ao Presidente do Congresso Nacional declarar que este está se reunindo, não para uma pauta de trabalhos e rituais do processo legislativo, mas sim por uma pauta de deveres para com o regime democrático. São, portanto, as nossas angustiosas preocupações quanto ao futuro, quanto à ordem jurídica e quanto à ordem social que nos reúnem e determinam o ato de responsabilidade que aqui se pratica."

Na instalação da Sessão Legislativa Ordinária de 1964, em 15 de março, novo brado de alerta lançou o Senador Moura Andrade, da Presidência do Congresso Nacional (5):

"É indisfarçável a gravidade do momento. Para a perturbação da tranqüilidade do povo, para o desrespeito aos princípios

(4) DCN — 17-12-63.

(5) DCN — 16-3-64.

mais puros e mais válidos do regime, ninguém poderá contar conosco, pois também estamos dispostos a todos os sacrifícios para impedir que deflagre sobre a Nação a terrível desgraça do fim da sua Constituição democrática. Estamos decididos a interromper a marcha do comunismo, as ameaças crescentes às liberdades do povo, a perturbação de seu trabalho, a queda da produção, a desordem social, a degenerescência de costumes, pois tudo isso já invade as escolas, os lares, os campos, as oficinas e os templos, e tantos males faz à Nação, porque a atinge nos seus mais sagrados fundamentos. Ninguém se sente seguro e todos olham ansiosamente para os dias vindouros. Os democratas precisam arrematar-se: chamar homens e mulheres, reunir a mocidade das escolas e das oficinas, encontrar seus chefes, organizar sua luta, ir às praças, aos jornais, aos rádios e às televisões, proclamar em toda parte sua fé no regime e defender perante a História a independência deste País, a liberdade deste povo, a autoridade das leis e o respeito à Constituição. Advirto a Nação de que o processo usurpatório da democracia começa pela usurpação da consciência e da coragem moral dos homens. Lutem para impedi-lo. Quanto ao Congresso, estará à altura do temário democrático: os deveres para com o Brasil serão cumpridos. Se for para a democracia, o Congresso dará todo o apoio. Se não, não."

A 29 de março do mesmo ano, lançou o Senador Moura Andrade um manifesto à Nação. em que afirmava:

"O Congresso cumprirá, com a Nação e com as suas Forças Armadas, tudo quanto seja necessário para defender a democracia e salvar a honra e a liberdade do povo. Por mais grave que a situação seja, o Congresso não se transferirá de Brasília. Aqui é a nossa trincheira. Só faremos outra, se ela for tomada. Sustentem e aclamem os democratas, com redobrado entusiasmo cívico, a posição institucional da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Com as Forças Armadas do Brasil, unidas num só corpo, revestidas de um só espírito, o da legalidade democrática, nada há que temer. Na qualidade de Presidente do Congresso Nacional, declaro ao povo e às Forças Armadas que esta hora dramática do Brasil pode também transformar-se, pela força invencível do patriotismo brasileiro, na mais retumbante afirmação de vigor da democracia. Nada obriga que seja o fim. Tudo indica que pode ser o recomeço."

Na madrugada de 2 de abril de 1964, em Sessão do Congresso Nacional ⁽⁶⁾, o Senador Moura Andrade, numa demonstração de grande coragem e alto patriotismo, declarou a vacância da Presidência da República, investindo no cargo de Chefe da Nação o Presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Ranieri Mazzilli.

(6) DCN — 3-4-64.

Disse o Presidente do Congresso, naquela histórica sessão:

“Comunico ao Congresso Nacional que o Senhor João Goulart deixou, por força dos notórios acontecimentos de que a Nação é conhecedora, o Governo da República.

.....

O Senhor Presidente da República deixou a sede do Governo, deixou a Nação acéfala, numa hora gravíssima da vida brasileira em que é mister que o Chefe de Estado permaneça à frente de seu Governo. O Senhor Presidente da República abandonou o Governo. A acefalia continua. Há necessidade de que o Congresso Nacional, como Poder Civil, imediatamente tome a atitude que lhe cabe, nos termos da Constituição, para o fim de restaurar, na pátria conturbada, a autoridade do Governo, a existência do Governo. Não podemos permitir que o Brasil fique sem governo, abandonado.

Recai sobre a Mesa a responsabilidade pela sorte da população do Brasil em peso.

Assim sendo, declaro vaga a Presidência da República e, nos termos do art. 79 da Constituição Federal, é investido no cargo o Presidente da Câmara dos Deputados, Senhor Ranieri Mazzilli.”

Em 1965, o problema da Reforma do Poder Legislativo, como parte das reformas estruturais de que o País estaria a necessitar, começou a ser agitado, suscitando pronunciamentos que, não raro, traziam à tona manifestações reveladoras do absoluto desconhecimento do que se passa neste setor das instituições democráticas. Coube, então, ao Presidente Moura Andrade reivindicar para o âmbito do Congresso o debate sobre a matéria, assentando com o Presidente da Câmara dos Deputados a constituição de uma Comissão de Senadores e Deputados para estudar a reforma do Congresso Nacional, do Poder Judiciário e das instituições político-administrativas.

Instalando os trabalhos da Comissão Mista, disse Moura Andrade:

“Não se faz nenhuma revolução para viver em estado revolucionário, e sim, para criar ou restabelecer um Estado de Direito.

As revoluções que assim não procedem, despertam o espírito de “revanche” e criam condições para movimentos contra-revolucionários constitucionalistas.

A revolução de 1930, durante dois anos, exercitou o que entendia por direito da revolução, aceitou uma certa coexistência com as leis do Estado de Direito contra o qual se erguera, mas descurou de organizar a Nação constitucionalmente.

O fato acabou por dar lugar ao movimento de São Paulo, reivindicatório de uma ordem constitucional — a chamada Revolução Constitucionalista.

A Revolução de Março de 1964, de característica diversa, pois mantendo a Constituição tornou-se Constitucionalista, deve, por isso mesmo, compreender as ansiedades da Nação por uma vida constitucional estável, em que se realizem as verdadeiras razões da Revolução.

Isto se tornará impraticável, caso antes de 31 de janeiro de 1966 o Poder Executivo e o Poder Legislativo não se entendam quanto à inarredabilidade dos fundamentos revolucionários e à improrrogabilidade de condensar na reestruturação constitucional esses fundamentos, de modo a que a transitória legalidade revolucionária do Ato Institucional seja absorvida na organização jurídica, política e econômica da Nação.

Não é explicável, e é mesmo irrazoável, que uma revolução suponha dever seguir o sistema tradicional do Estado de Direito contra o qual se ergueu, pois a tradição já foi quebrada pela própria revolução.

A Revolução, para ser legítima, e não tornar-se usurpatória, está obrigada:

- 1º) a manter as instituições que ratificou;
- 2º) a possibilitar, por todos os meios, que essas instituições se reorganizem;
- 3º) a respeitá-las como Poderes do Estado, que são, e a reconhecer-las como expressão da vontade popular haurida nas urnas, e acrescidas em autenticidade nacional pela vontade popular revolucionária que as ratificou.

Desse modo, o Congresso eleito pelo povo e ratificado pela Revolução possui, mais do que qualquer outro futuro Congresso, a fonte de legitimidade que o eleva a uma capacidade quase constituinte, tendo, portanto, autoridade para reformular ou reformar a Constituição, de modo a que organizado fique o Estado de Direito conseqüente à Revolução.”

A iniciativa do Presidente Moura Andrade foi coroada de êxito. As alterações propostas pela Comissão Mista convocada pelo Presidente do Congresso Nacional deram origem à Emenda Constitucional nº 17, de 1965, que introduziu na Carta de 1946 importantes inovações quanto à competência e ao funcionamento do Poder Legislativo.

Em 1966, como Presidente do Senado e do Congresso Nacional, Moura Andrade presidiu à eleição do Marechal Costa e Silva, conferiu-lhe o diploma e o empossou na Presidência da República.

Ainda em 1966 e no ano seguinte, o Congresso contaria com a atuação inconfundível de seu Presidente no decorrer da tramitação do Projeto da Carta de 1967. O pulso firme, a inteligência, a lucidez, o espírito democrático de Moura Andrade puseram-se, então, a serviço da Pátria.

Desse período, transcrevem-se dois dentre seus inúmeros pronunciamentos. O primeiro data de 16-1-67 e foi expresso pelo Presidente ao anunciar a votação das emendas apresentadas ao Projeto de Constituição (7):

“Srs. Congressistas, o Congresso vai, neste instante, iniciar a votação das emendas apresentadas ao Projeto de Constituição. Esta Presidência está certa de que, através das normas e instruções que baixou, proporcionou o maior número de oportunidades possível à discussão da matéria.

Do mesmo modo, tudo quanto considerou necessário, útil e favorável à boa interpretação dos Senhores Congressistas foi por ela, ainda que com dificuldades e fadigas, oferecido por meio de publicações especiais que mandou proceder.

Pesquisas foram feitas por um serviço especializado, quadros comparativos foram publicados, emendas, pareceres, retificações e considerações foram impressas, e tudo foi distribuído a tempo e ao seu tempo.

Assim, os Senhores Congressistas ficaram habilitados, não obstante a exigüidade dos prazos, a discutir com precisão a matéria, a localizar pontos de divergência e a identificar outros de concordância. Muitos importantes discursos foram pronunciados: de ordem doutrinária-constitucional; de ordem técnico-legislativa; de natureza regimental e prática; de crítica ou de defesa apaixonadas; de afirmações construtivas; de definições políticas e de atitudes compreensivas entre os líderes mais responsáveis.

Dispõe, assim, o Congresso Nacional, de instrumentos, se não os ideais, pelo menos os estritamente necessários a aperfeiçoar o Projeto de Constituição.

Tenho uma esperança muito fundada em que o Congresso decida nesta hora fazendo o máximo para dar forma ao futuro do País, retirando-o da instabilidade jurídica que tantas perturbações traz à vida econômica e tanto desfigura os fatos sociais.

Sei que o anseio de liberdade e de justiça deve, neste grave mas histórico momento, dominar os corações dos Congressistas

(7) DCN — 17-1-67.

no esclarecimento dos princípios constitucionais que vão ser lançados. Só posso desejar que cada um faça a sua parte, mesmo a despeito de quaisquer conseqüências pessoais, reais ou imaginárias.

Em nada melhoraremos a sorte do País se cometermos o equívoco de pensar em melhorar a nossa própria sorte. Precisamos ter uma profunda consciência de destino, encontrar, dentro de nós mesmos, o nosso dever e torná-lo inabalável. Cumprir o dever, antes de mais nada, fazer o que se deve, acima de tudo, porque do contrário virão depois de nós os que nos julgarão de forma inexorável.

Nenhum pode, nesta hora, ser tímido ao ponto de omitir-se, deixando de contribuir com a sua inteligência, a sua cultura e o seu bom senso; nenhum pode ser arrogante ao ponto de destruir o trabalho dos demais, pretendendo que apenas a sua inteligência, a sua cultura, mas também a sua falta de bom senso é que possam prevalecer.

Uma indeclinável fidelidade à Nação deve nortear a conduta de todos. Todas as razões de ordem pessoal ou política são pequenas demais para superar aquela mais alta, única e universal inspiração para os nossos atos.

Neste momento, Senhores Congressistas, a Nação precisa dos frutos da experiência de seus legisladores, de sua coragem cívica e devoção democrática.

As nossas decisões, hoje, não nos afetarão a nós unicamente, mas a toda a Nação, a cada homem, mulher e criança, e ainda a cada um daqueles que estão para nascer.

A Presidência aspira à cooperação de todos, para que se possa chegar a um resultado e, de seu mais íntimo desejo e de sua mais ardente esperança, para que se possa chegar a um bom resultado.

Não haverá obstáculo algum aos que realmente quiserem cumprir o seu dever. A Presidência não será hostil a ninguém, mesmo aos que pretendam servir-se dela para alcançar fins que não estejam contidos no dever. Não será hostil a ninguém, mesmo a estes, mas estes certamente encontrarão sérias dificuldades para alcançar seus objetivos.

A Presidência espera que todos procedam como construtores de um edifício, preocupando-se em primeiro lugar com as suas fundações.

As normas de trabalho estabelecidas por esta Presidência asseguram a votação de toda a matéria, sem surpresas para nin-

guém, com a margem de segurança que um método desta importância deve conter. Para cumpri-lo, precisa a Presidência contar com a boa vontade, a compreensão, o concurso dos líderes.

Vale neste instante ressaltar que o processo de votação das Emendas à Constituição se inicia dentro de um clima promissor, que se deve, sobretudo, às lideranças na Câmara e no Senado, particularmente ao Senador Daniel Krieger, (**palmas**) coadjuvado pelo Deputado Raimundo Padilha (**palmas**) e compreendido pelos Líderes do MDB, Deputados Vieira de Melo, Humberto Lucena e Senador Aurélio Vianna.

A Presidência confia em que, durante os trabalhos de votação, ainda mais se acentue esta compreensão recíproca. Acredita na imensa capacidade de diálogo desses eminentes brasileiros, tantas vezes demonstrada nas horas cruciantes da vida nacional."

O segundo pronunciamento verificou-se no momento seguinte à execução do Hino Nacional, após a promulgação da Carta de 1967 ⁽⁸⁾:

"Srs. Ministros, eminentes autoridades, minhas senhoras e ilustres convidados. Todos foram testemunhas de um ato histórico na vida de sua Pátria. Estes momentos são vividos com extremo civismo pelos povos. A realização de uma Constituição é a organização de um Estado, é a afirmação de um destino, é a consubstanciação de um método de vida, é a formulação de uma esperança; é assegurar direitos, garantias e liberdades; é prometer futuro para o povo, é dar no presente mais arduamente para poder realizar esse futuro.

A realização de uma Constituição é uma tarefa de enorme responsabilidade, maior ainda no instante em que ela está terminada, maior ainda no instante em que ela for iniciada; maior, ainda, nas mãos daqueles que vão executá-la, muito maior que nas mãos daqueles que a fizeram.

Nesta oportunidade, a nova Constituição do Brasil está entregue à Nação. Ela pertence a todos nós. Que ela, portanto, defenda a nossa Pátria, seja o instrumento útil da nossa prosperidade, da nossa liberdade, da nossa soberania; seja o instrumento vivo da nacionalidade. Mal conformada, ainda que o fosse, ela representa o retrato do Brasil dos dias atuais. Ela é uma tentativa profunda de reconstrução nacional e assim ela deve ser recebida: com respeito para ser cumprida; com respeito, para ser estimada; com respeito, para não ser traída; com respeito, para servir ao povo; com respeito, para servir a toda a Nação, para que todos por ela trabalhem, para que este País possa manter, efetivamente, a sua

(8) DCN — 25-1-67.

área territorial sempre intocada e possa manter a soberania nacional completamente a salvo de todas as investidas. Que o Brasil pertença aos brasileiros, assim, de braços abertos para todo o mundo, para todos que vêm para o bem, para todos que chegam para trabalhar, para todos que vêm construir ao nosso lado, lançar o seu suor na nossa terra, plantar a sua casa no nosso chão, aqui ver nascer os filhos e amar a nossa terra tanto quanto amaram a sua.

Neste instante, em que o Congresso Nacional, havendo decretado, promulga a Constituição do Brasil, que tudo tenha sido feito para que as Forças Armadas se mantenham unidas, para que os Poderes se mantenham efetivamente harmônicos e independentes entre si, para que todo poder no futuro emane do povo e em seu nome venha a ser exercido, para o bem do Brasil, para a defesa do nosso povo, para a glória da hora presente que estamos vivendo!"

Com o advento da Constituição de 1967, Moura Andrade enfrentou o governo, com respaldo em ponderáveis e respeitadas parcelas da opinião pública democrática do País, na questão da Presidência do Senado e do Congresso Nacional.

Depois de longa luta parlamentar, recorreu ao Supremo Tribunal Federal, que deixou de decidir sobre o mérito, por haver-se tornado a matéria prejudicada com o falecimento do Presidente da República Gen. Costa e Silva e o impedimento do Vice-Presidente da República, na crise de 1969. Sua tese, porém, foi vitoriosa, e restabeleceu-se o exercício da Presidência do Congresso pelo Presidente do Senado Federal.

Este foi um dos maiores serviços prestados às instituições pelo Senador Auro Moura Andrade e é hoje um dos pontos mais importantes para os estudiosos do regime. Os mais brilhantes juristas sustentaram a tese do Senador, através de fecundos pareceres⁽⁹⁾, sendo que os Professores Miguel Reale, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques tornaram-se os seus advogados perante o Supremo Tribunal Federal.

A atividade política de Moura Andrade não se circunscreveu ao âmbito interno. Foi delegado do Brasil à V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, realizada em Santiago, Chile, em 1959.

Foi autor, juntamente com o então Ministro Horácio Lafer e o Deputado San Thiago Dantas, da "Declaração de Santiago" (1959), aprovada unanimemente pela OEA.

Em 1959, foi delegado do Brasil à V Conferência sobre a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) em Roma.

(9) Vide a documentação "A Presidência do Congresso Nacional", in *Revista de Informação Legislativa* a. 6 n. 23 jul./set. 1989, p. 65.

Em 1956, foi enviado especial do Brasil à Hungria, como observador parlamentar, para colheita de subsídios extragovernamentais visando ao restabelecimento das relações diplomáticas entre o nosso e aquele país.

A convite do Papa João XXIII, chefiou a delegação do Senado Federal ao Vaticano e representou a Câmara Alta nos funerais do Presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy.

Foi membro do Parlamento Latino-Americano e Presidente de Honra da Associação Interamericana de Imprensa, entidade que congrega jornais de todo o continente e cuja principal atividade é a luta em defesa da liberdade de imprensa, fundamental ao regime democrático.

Antes de terminado o segundo mandato de Senador, foi nomeado, com autorização e aprovação do Senado, Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário do Brasil na Espanha.

Deixando a Embaixada e retornando ao Brasil, em 1970, não teve sua candidatura apoiada pela Convenção da ARENA.

Nessa ocasião, rompendo longo silêncio, concedeu entrevista à imprensa de São Paulo, na qual analisou o revés político sofrido na Convenção da ARENA e concluiu assim:

“Há os que servem, os que subservem e os que desservem. Creio que estive entre os primeiros. Recuso-me a pertencer às duas outras categorias. Continuarei apoiando os que servem até que vençam e cumpram a missão final de possibilitar ao Brasil horas apenas de servir. Com os que estiveram lealmente ao meu lado, desejo uma ordem constitucional normalizadora — um Congresso — e não meramente uma representação parlamentar desvaliosa e desvalida.”

Com tais palavras, já há doze anos, Auro Moura Andrade pregava a necessidade da normalização democrático-constitucional e da restauração plena do Poder Legislativo, processo hoje em marcha, no quadro da “abertura política”.

Convidado pelo Governador Paulo Maluf, retornou à vida pública, escolhido para a Presidência do Banco de Desenvolvimento do Estado de São Paulo. Explicando sua decisão, declarou, no dia 2 de fevereiro de 1980, após avistar-se com o Chefe do Executivo estadual, que retornava à política por entender ser da sua responsabilidade voltar a apreciar os problemas nacionais, principalmente em face das novas situações que vão surgir no País.

E, fixando posição, afirmou:

“Fora da democracia não temos outra solução. Devemos caminhar para rumos democráticos, nos quais sempre confiei, mas

devemos também impedir que euforias excessivas prejudiquem essa marcha.”

Criticando o extinto AI-5, o antigo Presidente do Congresso Nacional disse:

“A partir do momento que o AI-5 foi revogado pelo Presidente da República, o General Figueiredo, que apoiou a medida, se apresenta perante minha consciência como um homem que teve a coragem de apresentar uma opção de liberdade e de democracia para o Brasil. Não posso negar-lhe apoio.”

X X X

Ao tomar conhecimento da morte do ex-Presidente Moura Andrade, o Senado Federal, na primeira sessão ordinária da Casa, realizada posteriormente ao infausto acontecimento⁽¹⁰⁾, aprovou requerimento datado de 31 de maio de 1982, assinado pelos Senhores Senadores Nilo Coelho, Passos Pôrto, Bernardino Viana, Jutahy Magalhães, Almir Pinto e Lourival Baptista, no sentido de que fossem prestadas ao ilustre desaparecido as homenagens da “inserção em ata de voto de profundo pesar” e da “apresentação de condolências à família e ao Estado”.

Procedida a leitura do documento, o Presidente em exercício, Senador Passos Pôrto facultou o uso da palavra aos Senhores Senadores para o competente encaminhamento do pedido e posterior votação, quando falaram os Senadores Nilo Coelho, com aparte do Senador Gastão Müller; o Senador José Fragelli, com aparte do Senador Jutahy Magalhães; o Senador Hugo Ramos e o Senador Passos Pôrto, na Presidência dos trabalhos.

As manifestações de sentimento pela morte do ex-Presidente do Senado Federal traduziram a admiração do Plenário ante o político, o patriota, o intelectual, o orador, o homem de atitudes, de cujo convívio a Câmara Alta usufruía anos a fio.

Finalmente a Presidência, a requerimento do Senador Hugo Ramos, sem apoio regimental mas autorizada pelo Plenário, suspendeu a sessão “em homenagem ao saudoso ex-Presidente do Congresso Nacional e à grande figura que realmente está inscrita na História política de nosso País”.

Na sessão do Senado Federal, em 1º de junho, ocuparam a tribuna os Senadores Nelson Carneiro⁽¹¹⁾ e Dirceu Cardoso⁽¹¹⁾ e, no dia seguinte, em sessão do Congresso Nacional, usou da palavra o Deputado Edison Lobão⁽¹²⁾, reverenciando a memória de Auro Moura Andrade.

O Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Conselheiro Ruy Lins de Albuquerque, comunicou à **Revista de Informação Legislativa** que, em sessão realizada a 2 de junho, aquele Tribunal, acolhendo proposição do Conselheiro Jarbas Maranhão, aprovada à unanimidade, fez constar da ata de seus trabalhos voto de sentida homenagem e profundo pesar pelo falecimento do ex-Senador Auro Moura Andrade.

(10) DCN (S. II) — 1.º-6-1982.

(11) DCN (S. II) — 2-6-1982.

(12) DCN — 3-6-1982.

Justiça,
segurança e
desenvolvimento

A. MACHADO PAUPERIO

Professor Titular da Universidade
Federal do Rio de Janeiro

A missão do jurista é objetivar o *bem*, que para ele é a *justiça*. O trabalho do jurista é, portanto, descobrir o *justo*, como já queria PLATÃO.

Mas a justiça, na linguagem bíblica, é entendida bem diferentemente do conceito aristotélico. Nela, ser justo é estar de acordo com a vontade divina, ou seja, com a sua Lei. Temos aqui o conceito lato de justiça, em contraposição com o conceito jurídico de ARISTÓTELES. A *justiça* significa, então, *retidão moral absoluta*.

Sob o ângulo especificamente jurídico, porém, a *justiça*, fundamento do *direito*, é, segundo ARISTÓTELES e SANTO TOMÁS (v. do Doutor

ANGÉLICO a *Summa Theologica*, IIa. IIae., qu. 57 et s.), a virtude que tem por objeto a partilha do *meu* e do *teu*, dentro de um grupo social.

Em sentido contrário, coloca-se o *individualismo*. Em vez de visar à ordem do grupo, centra-se particularmente sobre o súdito, tendendo a colocar em relevo as *qualidades* ou *faculdades* individuais. Dele emerge, a partir do nominalismo, e sobretudo de GUILHERME DE OCCAM, a noção de *direito subjetivo*, que vai ganhar, no mundo moderno, cada vez mais, inaudito relevo.

Já no próprio direito romano, todo *jus* tem o sentido prático do exercício de uma *potestas*. Aliás, a expressão *jus ac potestas*, usada na linguagem legislativa romana, corrobora aquele sentido.

Cada um passa, então, a formular a lista de *seus direitos*, derivados da lei escrita, objetiva: direitos do imperador contra o papa, direitos dos reis contra os súditos, direitos desse ou daquele senhor, que se confundem, em última análise, mais ou menos, com o seu próprio poder. De modo geral, o *direito* passa a ser confiscado pelos *direitos egoístas*, fruto dos próprios interesses individuais.

Mas, afinal, se o vocábulo *jus* designa um bem, um valor, uma prerrogativa, deve fazê-lo conforme a *justiça*. Sem o *jus utendi* o uso não seria justo.

Nem São Francisco, que prescreveu aos seus irmãos a *pobreza*, nem mesmo Cristo renunciaram ao ato de usar coisas exteriores, necessárias à sua vida; renunciaram apenas ao *poder* que este ato envolve.

Sobre um mesmo bem, é possível distinguir, no uso que nos é atribuído, o poder que nos vem do céu de gozá-lo e de consumi-lo, e o poder que nos vem da lei humana.

Deus não tinha, no final da criação, concedido à espécie humana, sobre os animais e as plantas, senão um *domínio coletivo* (Gen. I, 28 e 29). A instituição de direitos individuais tinha-se feito somente na esfera do poder marital e do poder paternal. Mas, depois da queda original, Deus revoga o comunismo incipiente e promulga a *potestas appropriandi*, como nos deixam implícitos certos textos da Escritura Sagrada.

Daí nasce uma nova ordem social, da qual será célula elementar o direito individual, que se construirá inteiramente sobre a noção de *potestas*, elevada à dignidade de direito. As leis positivas tornar-se-ão, por excelência, então, fonte da ordem.

Enquanto o *direito natural* se faz a matriz da ciência jurídica antiga, o *direito subjetivo* torna-se a matriz do direito moderno.

O positivismo jurídico pretende fundar todo o direito na vontade humana, levando-nos à ficção do contrato social e à ditadura do número. Se o positivismo jurídico, entretanto, continua majoritário na opinião dos juristas, encontra-se denunciado por eminentes teóricos do direito e entrou em visível crise.

O próprio protestantismo de Calvino, baseado, como o de Lutero, na *Epístola aos Romanos*, de São Paulo, trouxe ao pensamento moderno decisiva promoção das leis positivas humanas, ordenando aos súditos, com relação às ordens dos magistrados, atitude de obediência irrestrita.

Em sua preocupação de retorno às fontes bíblicas, o protestantismo amputa a moral social clássica de um de seus elementos mais sutis e também mais necessários, qual seja a *justiça social*, em que se funda obrigatoriamente o direito. Tal fato ajudaria, sem dúvida, a engrossar o positivismo moderno.

No século XVI, século de ouro para a Espanha, a Universidade de Salamanca é, no meio das universidades européias, a capital cultural por excelência.

As teses extremistas de MOLINA e VAZQUEZ não vão polarizar a adesão de todos os mestres de Salamanca, mas vão ajudar a laicizar racionalistamente a escola de direito natural.

Contudo, com base na filosofia tomista, que lá assume proporções de Escolástica tardia, a Espanha católica colabora para o progresso da ciência jurídica, esterilizada por Lutero e Calvino.

Com o ensino de VITÓRIA e de COVARRUBIAS, a autoridade vem de Deus por intermédio do povo: *a Deo per populum*. MARIANA e SUÁREZ jogam as primeiras sementes do liberalismo e com outros publicistas constituem-se os fundadores do nosso direito público, apesar da resistência oposta pela França da época, então sob o guante absolutista.

Para SUÁREZ, o sentido principal do vocábulo *direito* é o de *lei*. A lei já não é, portanto, a ordem da natureza, misteriosa e desconhecida de nós, que devemos descobrir. Para SUÁREZ, a lei é somente o preceito suficientemente promulgado pela intervenção da vontade de um legislador (*De Jure et Justitia*, I, 12, 5).

Já para SANTO TOMÁS, o direito é extraído da natureza exterior, da observação das cidades e dos grupos humanos, e não da razão individual.

Para ARISTÓTELES, em quem o Doutor ANGÉLICO se baseia, o direito constitui-se pela justa partilha realizada ou pela justa parte de cada um.

Nessa perspectiva, o fim do direito e da justiça é a ordem harmoniosa de uma cidade, a partilha bem proporcionada.

Mas o direito, derivado do estoicismo romano, confunde-se com a moral, pelo menos com a moral social. Apesar de reproduzir fórmulas de origem aristotélica, tal direito não lhes guardou o sentido, perdendo seu conceito estrito.

A natureza, para ARISTÓTELES, é o fim que os seres tendem naturalmente a realizar, ou seja, a sua causa final. E tal causa final, para o direito, é a justiça objetiva.

Mas, para o estoicismo, a virtude da justiça compreende dois deveres estritamente obrigatórios, que constituem o cerne da moral jurídica. O direito, para CÍCERO, para ser direito, deve formalizar-se por regras precisas: respeitar a propriedade alheia e manter a palavra dada.

Quanto ao preceito de não roubar, é comum em muitos sistemas morais, mas alçar tal preceito à situação de primeira regra do direito é coisa que não podemos compreender, pois a transferência de uma tal regra moral para o direito terá efeitos insuspeitáveis sobre o problema jurídico principal, que é afinal o da *justiça distributiva*.

É verdade que os romanos distinguiram nitidamente o direito da moral privada, não tendo confundido aquele ou o *justo* com a *honestidade*.

O direito visa principalmente à *equitas*, à boa proporção instituída na partilha dos bens e honras (*id. quod equum est*). Não é outra coisa o que diz o *Digesto* (I, 1, 11). O direito, portanto, guarda seu conteúdo próprio, não se confundindo com a moral comum.

Os cétricos, porém, renunciaram de maneira total à procura da justiça. Atualmente, seu positivismo curva-se à consagração pelo jurista das instituições estabelecidas. A justiça passa a ser o que é estabelecido. Dessa maneira, as nossas leis, só por serem estabelecidas, já são necessariamente justas, sem precisar serem examinadas. Cedo, creram os juristas dever ensinar que é inútil procurar o justo e que nada é melhor que chamar de direito as leis existentes, os costumes estabelecidos ou a jurisprudência imperante dos tribunais.

Por sua vez, o epicurismo renascentista não negou totalmente o justo, mas reduziu-o ao *útil*, sempre mais fácil de perceber. O jurista tornou-se, então, o servidor do enriquecimento e do bem-estar, com sacrifício da distribuição que a filosofia jurídica de ARISTÓTELES, menos simplista, havia consagrado como o objeto específico do direito. Tal atitude, oriunda da cultura renascentista, tornou-se lugar comum no quadro político-jurídico atual do Ocidente.

Mas o sistema jurídico moderno vai encontrar notável reforço e aprimoramento nos autores do humanismo jurisprudencial, ajudando a deturpar a filosofia do direito clássica aristotélica, base da filosofia perene de SANTO TOMÁS.

Convém que aqui relembremos a significação da definição clássica dos romanos: *jus suum cuique tribuendum*. O direito de cada um era exatamente o que precisava ser resolvido pelo jurista, consoante, em cada caso, as circunstâncias e os interesses em causa, para instaurar ou manter uma justa distribuição. O direito de cada um é, sem dúvida, a parte que lhe deve ser atribuída, levados em conta todos os dados da coexistência social. Tal direito é de certo modo uma incógnita, cuja equação cabe ao jurista resolver.

Os direitos reconhecidos a cada um foram firmemente defendidos pela consagração dos chamados direitos subjetivos, mas à custa, infelizmente, da escamoteação da justiça distributiva. O papel central do direito deixou, assim, de ser a promoção de uma justa proporção na distribuição de bens e honras.

Em vez de *promover*, passou-se a *conservar* a proporção de fato dada pela natureza e completada pelas leis do Estado. Em última análise, passou-se a defender a resultante dos direitos subjetivos. O direito de propriedade, baseado na posse efetiva, passou a ser o *direito do primeiro ocupante*, porque a lei moral impõe a obrigação de não roubar o que outrem possui. O direito de crédito, baseado nas dívidas dos mais pobres, consagrou-se em face da lei moral que obriga a cada um cumprir suas promessas. É óbvio que tal sistema simplista de distribuição é cômodo demais para os ricos, que não de todos os modos querem perpetuar tal regime, cercando-o de toda segurança. Foi assim que o direito ganhou em segurança o que perdeu em justiça.

As três regras por excelência do *Código de Napoleão*, protótipo dos Códigos Civis modernos, são: a propriedade absoluta (art. 544), a força do contrato (art. 1.134) e a obrigação de reparar os prejuízos injustamente causados (art. 1.382).

Em nome do art. 544, condena-se o miserável ladrão de pão; em nome do art. 1.134, validam-se contratos iníquos; em nome do art. 1.382, condenam-se em acidentes de trânsito dirigentes de veículos por eventos discutíveis e altamente contestáveis. Mas que se pode dizer de tudo isso se o direito, para nós, é a lei?

Recorde-se que o próprio direito romano, em princípio, não extrai o direito da lei: *jus non a regula sumatur*. A regra, afinal, é somente um auxiliar na investigação dialética do direito.

Hoje, porém, evita o jurista tomar consciência dos princípios fundamentais do direito, por medo de ter que reformá-los. A mesma coisa dá-se com os Parlamentos modernos, por força da inautenticidade da representação popular.

Afinal, não se pode negar que os princípios filosóficos que governam o sistema tradicional dos civilistas e que datam da Revolução francesa são não só os do *positivismo jurídico*, temperado por alguns axiomas vagos do direito natural, verdadeiros axiomas de moralidade, como os do *individualismo*, fruto da noção de direito subjetivo.

A ciência jurídica moderna vai, porém, além disso, ganhando francas tendências de utilitarismo.

Já BACON ousara dizer que o fim do direito ou das leis não é absolutamente o *justo*, mas o *útil*, que se compendia, pelos preceitos e sanções, na felicidade dos homens.

ARISTÓTELES tinha ensinado, como vimos, que ao jurista cabia a investigação do *justo* e seus discípulos definiram o direito como *id quod justum est*.

Mas GROTIUS, que laicizou o direito natural, retirou a justiça chamada *distributiva* do direito propriamente dito, não tendo guardado o próprio sentido da *justiça comutativa*.

Para ele, o papel do jurista passa a ser uma tarefa ativa e útil: contribuir para a extinção das desordens e das violências. Como se a extinção das desordens e das violências se pudesse objetivar sem justiça, como talvez ainda hoje pense a maioria de nossos políticos.

No fundo, entende GROTIUS que a observância dos mandamentos morais seria suficiente para fazer imperar a ordem e que todos os distúrbios sociais se originam de infrações à regra moral.

Apesar de ser em parte verdadeira a afirmação de GROTIUS, como é ela, *grosso modo*, vã e ilusória!

Vê-se, em resumo, que o direito racionalista moderno se constituiu de mitos. Baseado em premissas falsas, tal sistema só aparentemente se mantém inexpugnável.

Na prática, visa GROTIUS, pragmaticamente, ao restabelecimento da paz, à tranqüilidade pública e à segurança dos bens.

GROTIUS esforça-se por estabelecer, quer em benefício dos Estados, quer dos indivíduos, direitos subjetivos absolutos.

Com relação à propriedade, por exemplo, GROTIUS é pioneiro de uma teoria sistemática dos modos de aquisição do direito respectivo. Sua preocupação é, em maior parte, demonstrar o direito do primeiro ocupante. Fará, para isso, remissão ao *consenso universal* e à regra do *jus gentium* derivada daquele consenso. Invocando a autoridade da doutrina romana, GROTIUS não deixa de deturpá-la, pois, enquanto o *Digesto* só falava da ocupação dos pássaros, dos peixes e dos animais selvagens, por meio da caça ou da pesca, atribui a esse modo de aquisição caráter universal. Por meio de uma primeira ocupação, justificar-se-iam tanto as propriedades imobiliárias pelos particulares, como as soberanias sobre os territórios metropolitanos e coloniais levadas a efeito pelos Estados. O capitão inglês ou holandês que pusesse o pé num ponto qualquer de território habitado por povos de cultura inferior carregava para sua pátria a propriedade ou a posse de tal solo.

Apesar de pouco jurídica, tal teoria não deixou de merecer o aplauso e a adoção por parte da Europa e do mundo moderno. A doutrina dos direitos subjetivos dos Estados e dos particulares continuou a campear por intermédio, sobretudo, de HOBBS, SPINOZA, LOCKE, WOLFF, KANT etc.

Do dever que todos têm de não me roubar, infere-se a certeza de que tenho o direito de conservar tudo que possuo. E se a moral exige de todos manter as promessas e a palavra dada em quaisquer circunstâncias, segue-se daí que tenho o direito de exigir, em qualquer situação, o cumprimento do contrato acordado.

O sistema dos direitos subjetivos está em perfeitas condições de efetivar a segurança das posses e das propriedades estabelecidas, a segurança das transações, a tranqüilidade exigida pelo desenvolvimento econômico...

O homem tende para a segurança. Por isso, não fez outra coisa o sistema de HOBBS senão defendê-la. Com isso, defenderam-se os direitos privados da burguesia.

No sentido estrito, já o dissemos e tornamos a repetir, o direito é a justa partilha, levada a efeito numa cidade, dos bens, entre a sua população. Daí infere-se que o vocábulo *direito*, aplicado ao indivíduo, traduz a parte que lhe retorna nessa justa partilha. A obrigação da arte jurídica é atribuir a cada um a parte que merece, ou seja, seu direito: *suum jus cuique tribuere*.

Para ARISTÓTELES e SANTO TOMÁS, a lei humana deve determinar exatamente os limites do *meu* e do *teu*, mas procurando respeitar a lei natural e as exigências das justiças distributiva e comutativa.

Como um dos profetas da economia liberal, HOBBS defende o poder absoluto do proprietário sobre a sua coisa. Apesar de não ser unânime tal modo de entender, na prática conservadora de nossos dias, permanece ele sem discrepâncias. Haja vista as atuais leis do inquilinato, que chegaram ao absurdo da denúncia vazia.

O sistema jurídico moderno não constitui, assim, ciência da justiça ou da harmonia social. No sistema de HOBBS, por exemplo, nada é mais ausente que a idéia de justiça social, de justiça distributiva, de partes justamente repartidas entre membros componentes de um mesmo grupo social. Aliás, como se poderia propor como objetivo a harmonia de uma coletividade que para ele não tem existência natural? No fundo, o sistema jurídico moderno é uma ciência dos direitos subjetivos, dos soberanos e dos súditos. Dos contratos e das leis originam-se todos os direitos, garantidos pela força do Estado.

É verdade que ARISTÓTELES disse que é justo o que se conforma com a lei e SANTO TOMÁS deixou bem claro que a lei constitui a razão do justo. Mas, no caso, essa lei é essencialmente uma lei não escrita.

De outro lado, é verdade também que a doutrina aristotélico-tomista admite, ao lado da lei natural, a lei positiva humana, mas o objetivo desta é fixar certos pontos de direito arbitrariamente, sem contrariar, no entanto, a lei natural.

Desde que nos recusemos a ver na natureza a ordem dos conjuntos, mais que as realidades exclusivamente singulares, perde-se sem dúvida a noção cósmica da lei.

Ora, o mundo moderno não pôde, por seus pressupostos, compreender a lei como a ordem de um todo.

O coroamento do sistema jurídico imperante passou a ser o próprio *De Legibus*, de SUÁREZ, obra de certo modo contrária ao pensamento original de ARISTÓTELES e, conseqüentemente, de SANTO TOMÁS.

Regulando-se o direito atual exclusivamente de acordo com a decisão do Estado, aboliu-se a antiga concepção cósmica da lei natural, concretizada em ARISTÓTELES e que, preocupada com a própria ordem das sociedades, é realmente a fonte autêntica do direito.

Substancialmente, o sistema de HOBBS é ainda o nosso, do chamado pensamento jurídico moderno. A elite burguesa liberal moderna continua assinalando para o direito a utilidade e a segurança das posses individuais. Ninguém melhor que o *Leviatan* e sua lei civil para constituir e garantir os direitos subjetivos do indivíduo. *Leviatan* tem por fim a segurança e a salvação do homem natural, que é um ser isolado e individual.

Partindo do indivíduo, entretanto, não se pode atingir o direito como justa partilha e proporção entre membros de uma sociedade, mas apenas o direito subjetivo solitário e individual.

Afinal de contas, um direito justo, aceitável por todos, só poderia, essencialmente, proceder de uma fonte supra-individual.

Os liberais, com LOCKE à frente, tiveram sempre por meta restaurar as liberdades individuais do cidadão em face do Estado, mas não puderam fazê-lo banindo os problemas da injustiça social.

Tais problemas, para serem resolvidos, requerem, até certo ponto, o sacrifício dos interesses individuais, que se não podem sobrepor aos interesses do bem comum.

O tom conservador dos chamados direitos subjetivos individuais tem impedido, por toda parte, a eclosão dos necessários direitos sociais, presos à sistemática de que o *direito de cada um é, sem dúvida, a parte que lhe deve ser atribuída*, levados em consideração todos os dados da coexistência grupal.

Por não se ter observado isso, o direito tornou-se mera caricatura, garantidor e conservador dos poderes individuais. Com a representação popular, que continua, por motivos óbvios, sem representatividade, as leis continuam a ser elaboradas pelos interessados na manutenção do *status quo*.

Não é por outra razão que a nossa legislação é, em grande parte, injusta e unilateral, como fizemos sentir, com copiosa soma de exemplos, em nossa recente obra *Direito e Poder*, Rio, Forense, 1981.

Para nós, o valor supremo do Estado é a *justiça*, sem o que não há direito. A justiça é, assim, o valor dos valores do Estado. Se a segurança, portanto, “quer seja do homem, quer seja da Nação ou do Estado, é um valor primordial”, como entende a Escola Superior de Guerra, a justiça é um valor mais primordial ainda, dela dependendo, em grande parte, a própria segurança.

Sobretudo no âmbito interno, a justiça, inclusive a justiça social, é mais importante que a própria segurança, que é um seu corolário. Numa ordem justa, todos se sentem seguros e as discrepâncias serão meramente excepcionais.

Numa ordem injusta, porém, como a atual, a segurança já não pode nascer espontaneamente e, quando existe, existe em benefício de uns contra outros e conseguida por compressão e nunca por persuasão.

O enfoque da Escola Superior de Guerra, entretanto, hoje, cinge-se ao binômio *Segurança e Desenvolvimento*, em que ambos os termos devem estar atendidos equilibradamente.

Na ordem interna, “um país é dito *seguro* se desfruta de razoável garantia quanto à conquista e manutenção de seus objetivos nacionais. É uma situação alcançada e mantida mediante o processo de permanente prevenção e eventual repressão que caracteriza a segurança” (v. *ESG, Doutrina Básica*, Rio de Janeiro, 1979, pág. 195).

Os objetivos nacionais permanentes, porém, a começar pelo primeiro, *democracia*, que consiste na “incessante busca de uma sociedade moral e racional, que propicie um estilo de vida caracterizado pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela igualdade de oportunidade para todos”, não se podem objetivar sem o império da justiça, máxime da justiça social.

Ao lema programático da ESG, *Segurança e Desenvolvimento*, acrescentaríamos, assim, um novo termo: *Justiça, Segurança e Desenvolvimento*.

Desenvolvimento sem justiça é subversão. Se o desenvolvimento aproveita apenas às classes economicamente superiores ou somente ao Estado, é inútil e contraproducente. Já não se respeita, no caso, o bem comum, que deve alcançar, por redistribuição, o bem de todas as classes. Afinal, a verdadeira vocação do Estado deve ser a de servir à pessoa humana, como doutrina judiciosamente ÂNGELO BRUCCULERI.

O art. 1º da Lei de Segurança (Lei nº 6.620/78), baseado no art. 86 da Constituição Federal, coloca implicitamente a segurança nacional na situação de valor supremo do Estado.

O grande jurista alemão GUSTAVO RADBRUCH também assim encarava a segurança antes do nazismo. Para ele, a segurança era o valor por excelência do direito. Mas, depois do nazismo, compreendeu RADBRUCH que o valor supremo do Estado é a justiça e não a segurança.

Com segurança, pode não haver justiça, mas com justiça é impossível não haver, em geral, segurança interna. Com a justiça implantada e mantida, a segurança nasce e decorre naturalmente daquela, que lhe é fonte e razão de ser.

Sem justiça, por sua vez, não há direito, pois este não pode reduzir-se a regras morais. Como ficou bem claro, a justiça e, portanto, o direito, tem por objeto a partilha do *meu* e do *teu*, para a ordem harmoniosa de um grupo. Sem justiça social, o direito é uma contrafação e perde o seu cerne mais profundo. Só quando este existe, têm razão as demais regras de moral social. Quando aquele falta, estas só aproveitam aos ricos e poderosos.

Teoria geral do Poder Constituinte

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Diretor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

- 1 — Noção de poder. As formas de poder
- 2 — Origem histórica da doutrina do Poder Constituinte
- 3 — Natureza do Poder Constituinte
- 4 — Titularidade do Poder Constituinte
- 5 — Tipos de Poder Constituinte
- 6 — Poder Constituinte originário
- 7 — Poder Constituinte instituído
- 8 — Convocação de Constituinte. Assembléa Constituinte

1 — Noção de poder. As formas de poder

A conceituação de poder que assume formas variadas, com características bem diversificadas, constitui tema central para a Teoria do Estado, a Ciência Política ou o Direito Constitucional, sendo, também, essencial para o Direito, desde que sua própria determinação e modos de exercício podem afetar a ordem jurídica em geral.

RADOMIR LUKIC, ao mostrar a diversificação que a idéia de poder sugere, aponta a existência de aspectos comuns que se reúnem no conceito geral de poder.

A idéia de poder é vista no contexto social, efetiva-se quando uma pessoa dá ordens a outra, isto é, traça-lhe regras de conduta, conseguindo a submissão às normas. Consiste na imposição de certos modos de agir àqueles que as respeitam e se submetem; em síntese, é a predominância

Para este expositor, o poder não é um fenômeno autônomo que se realiza por si próprio, mas um meio para atender a certa finalidade social. Assenta-se esta justificativa na coordenação, no seio da coletividade, da atividade social das várias pessoas que a integram. Tem como objetivo regular a divisão das tarefas, com a finalidade de impedir uma ação global. Visa regulamentar particularmente os conflitos que surgem nos processos de atividade social. O gênero de atividade e a importância que ele apresenta para a sociedade, sua vinculação com as outras atividades, dependem da intensidade do poder, os meios pelos quais é exercido e os tipos de relações que surgem.

Todo poder implica em certa dose de sujeição, de coerção, exercida pelo detentor do poder sobre as pessoas, desde que ele pressupõe determinação de atitudes ao sujeito colocado no estado de subordinação. Mesmo quando o subordinado submete-se voluntariamente ao titular do poder e aceita-lhe as ordens, não existe nada menor do que uma diferença nascida entre o titular do poder e o sujeito, desde que o primeiro apenas dá as ordens e o outro as executa. A coerção do poder em certos casos surge dupla. Pode-se usar meios morais ou outros para influenciar a vontade e a consciência da pessoa, levando-a a agir de conformidade a certas regras sem a utilização da força física. Esses procedimentos mostram que o conflito de interesses entre o titular do poder e o indivíduo transforma-se em violência e torna-se difícil de ser resolvido ⁽¹⁾.

BERTRAND DE JOUVENEL, para conhecer a natureza do poder, procura sua origem e os meios que levam à obediência ao mesmo, ocasião em que apresenta levantamento das diversas fases e formas que toma através dos tempos. Aponta que o poder tem instintivamente, como uma lógica necessária, aumentar e centralizar o poderio público. Dentro desse desenvolvimento o poder desempenha na sociedade papel bem diferente quando consideramos a sua existência limitada por leis ou não, à proporção que são ditadas normas de conduta que limitem seu exercício:

“Cuando vemos, en un momento del desarrollo histórico, que el poder hace las leyes con el concurso del pueblo o de una asamblea, y que no puede hacerlo más que con ese concurso, interpretamos de ordinario esos derechos del pueblo o de esa asamblea como una restricción del poder absoluto primitivo; pero este absolutismo primitivo es pura leyenda. No es verdad que se proceda de un estado anterior, en donde los magistrados o el monarca determinaban a su arbitrio las normas de comportamiento. La verdad es que ellos no tenían en modo alguno este derecho, o, hablando más propiamente, este poder. El pueblo o la asamblea no quitan, pues, al poder la capacidad de hacer solo las leyes, ya que éste no la poséa” ⁽²⁾.

O conceito de poder, pela sua importância e repercussão na vida política e jurídica, tem merecido diversas justificativas que procuram

(1) LUKIC, Radomir — *Théorie de l'État et du Droit*, Dalloz, Paris, 1974, trad. franc. de MARC GJIDARA, pp. 195 e 196.

(2) JOUVENEL, Bertrand de — *El Poder*, Editora Nacional, Madrid, 1974, trad. de J. DE ELZABURU, pp. 258/259; RUSSELL, Bertrand — *O Poder, Uma Nova Análise Social*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1957, trad. de BRENNO SILVEIRA, p. 24.

fornecer as bases que possam determinar os elementos que justifiquem a capacidade de sua efetivação, por meio de atos que demonstram a vontade e a forma de sua concretização.

A interpretação do vocábulo, sua significação e alcance, podem gerar ambigüidades que só serão afastadas através de uma noção que permita destacar sua acepção pura, desbastada de deformações ou extensões. Conhecido através de suas manifestações e resultados, ocupa lugar de relevo no domínio político.

O poder pode ser visto como as múltiplas formas históricas de que se reveste a autoridade, exteriorizando-se por suas encarnações político-sociais que pertencem ao mundo do concreto. Por outro lado, é visto como energia, difusa na sociedade política, assegurando-lhe coerência e desenvolvimento (3).

Entendido dentro da perspectiva política e jurídica não tem sido examinado, muitas vezes, sem ser visto como mando social, isto é, fenômeno sociológico. O poder político tem como destinatários os homens, sendo de sua essência a estrutura relacional (4).

Encontramos a definição da política como ciência do poder. Ao mesmo tempo, é no Estado que ela atinge a forma e a organização mais completas. Estudos comparativos sobre o poder, em muitas coletividades, apontam diferenças entre o poder no Estado e o poder. Essas incursões pretendem analisá-lo fora do âmbito do Estado. Na aproximação com o Estado, PASSERIN D'ENTRÈVES define o poder como a força exercida de acordo com a lei e em seu nome:

“Le fait de concevoir l'État en termes juridiques ou, ce qui est la même chose, de définir le pouvoir comme la force exercée en accord avec la loi et en son nom, n'implique pas nécessairement que l'on exprime un jugement de valeur sur ce que l'État devrait être, ni sur les objectifs à atteindre dans l'exercice du pouvoir. Cette définition tient simplement compte du fait que l'État ne peut être conçu uniquement en termes de force, et que pour comprendre sa nature nous devons partir de la constatation, facile et évidente, qu'il existe entre hommes des relations de commandement et d'obéissance, afin de procéder à une analyse du commandement en soi et de la manière dont il s'extériorise et se réalise dans le contexte social” (5).

O conceito de poder ou a sua natureza normalmente estão vinculados ao fenômeno da obediência, entretanto em suas formas de exercício encontramos as limitações que lhe são impostas.

(3) BRASIL, Francisco de Souza — “O Poder — Sua Legitimidade”, *Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 7, n.º 3, setembro, 1973, pp. 65 e ss; GOMES, Carlos Mejia — *Teoría de la Constitución*, Editorial Termis, Bogotá, 1967, pp. 185 e ss.

(4) BODENHEIMER, Edgar — *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, trad. de VICENTE HERRERO, 2.ª ed., p. 20; DUVERGER, Maurice — *Introdução à Política*, Estudos Cor, Lisboa, 1972, trad. MÁRIO DELGADO, pp. 11 e 12.

(5) D'ENTRÈVES, Alexandre Passerin — *La Notion de l'État*, Editions Sirey, Paris, 1969, trad. de JEAN R. WEILAND, p. 85.

A preocupação com as origens do poder motivou a elaboração de várias teorias que procuram explicar o seu aparecimento. Merecem destaques as explicações contratualistas formuladas por HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, pela repercussão dessas exposições, bem como as teocráticas, as democráticas, as nacionais, as populares, as proletárias e as econômicas (6).

O poder, na maioria dos estudos, com modificações de caráter restrito, apresenta três formas principais:

- poder imediato;
- poder individualizado;
- poder institucionalizado.

Considera-se como poder social imediato aquele que é imposto a todos os homens de um grupo, sem que possa distinguir quem o exerce, todos obedecem sem que se possa indicar aquele que manda.

Os usos e os costumes são observados, as tradições respeitadas. A submissão é espontânea, não há repressão, nem sanção, mas a reprovação do grupo. A individualização do poder surge quando aparecem os contatos mais freqüentes com outros grupos. Como a riqueza é um elemento de poder, a individualização do poder liga-se à evolução da propriedade privada. Ocorre a especialização e apropriação privada das funções econômica, militar e religiosa. Estas circunstâncias levam à individualização progressiva do poder social.

O poder institucionalizado começou a fazer parte de juristas contemporâneos como HAURIUO e BURDEAU. Consiste em uma operação jurídica, mas que é um fato social que consiste em transferir o poder social do indivíduo ou dos indivíduos a uma pessoa moral, que tem sua origem no próprio grupo (7).

As preocupações doutrinárias em torno do poder político, através dos elementos que possam defini-lo, são importantes na conceituação do poder constituinte. A maneira de apresentar as características do poder vão configurar as formas de seu exercício, que por sua vez importam na justificação e nos limites que lhe são inerentes.

DUGUIT denomina de democráticas todas as doutrinas que localizam a origem do poder político na vontade coletiva da sociedade submetida a este poder e entendem que ele é legítimo, unicamente porque foi instituído pela coletividade que o rege. Essas doutrinas, através de dois dos seus mais ilustres representantes, HOBBS e J. J. ROUSSEAU, colocam frente à onipotência do poder político a subordinação completa e sem limites ao indivíduo (8).

(6) ACUNA, Eduardo Roza — *Introducción a las Instituciones Políticas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, pp. 6 e ss.

(7) LAPIERRE, Jean-Williem — *Le Pouvoir Politique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1959, pp. 10 e ss.

(8) DUGUIT, Léon — *Traité de Droit Constitutionnel*, E. de Boccard, Successeur, Paris, 1927, Tomo I, 3.ª ed., pp. 570/571.

Mostra JUAN FERRANDO BADIA que as distintas formas que têm os cidadãos de considerar o poder, sua natureza, estrutura e fins, é que motiva o nascimento dos distintos sistemas e regimes políticos.

Entende, ainda, que, para afirmarmos a legitimidade do poder, torna-se necessário conhecer previamente qual a concepção predominante que existe na sociedade a seu respeito. Averigua-se o poder, forma de escolha dos governantes, sua estrutura e fins, bem como ocorre a acomodação com o sistema de crenças do grupo social, com análises empíricas prévias acerca do **status** de opinião difusa. Nos Estados do Ocidente existem meios formais ou institucionalizados e meios informais. Por intermédio do sufrágio recorre-se a consultas populares, que determinam sondagens de opinião pública.

As teorias acerca da natureza do poder político encontram concepções clássicas em C. J. FRIEDRICH, que distingue dois conceitos de poder, o substantivo ou corpóreo e o relacional. O primeiro é apresentado através de HOBBS, SPINOZA, os jusnaturalistas e os totalitaristas de nossos dias, passando pelos utilitaristas e hegelianos, que descrevem o poder como coisa tida, uma substância possuída por alguns seres humanos que o irradiam a todos.

A teoria personalista do poder não pode oferecer uma visão completa do conceito em questão, desde que ele existe no seio da comunidade.

A teoria relacional do poder apresenta o conceito relativo ou energético. Está em LOCKE, mais próxima à legitimidade democrática.

O exame das formas históricas do poder político e suas legitimidades deve perceber que toda instituição corresponde a uma determinada ideologia justificadora de si mesma. Dentro desse entendimento percebe-se que todo poder concretiza-se em um complexo de instituições coerentes e coordenadas entre si:

“La forma en que se interrelacionan estará en función de la ideología o teoría justificadora vigente que, a su vez, guarda estrecha intimidad con la correspondiente naturaleza del poder político también en vigor”⁽⁹⁾.

Os problemas da legitimidade e legalidade do poder político constituem dois pontos fundamentais do presente trabalho. A legitimidade vai sanear as formas de investimento de poder, desde que devem ter ocorrido de acordo com as normas jurídicas que regulamentam a transmissão. A aquisição do poder político mediante ato posterior próprio, emanado de um poder de fato, à margem de normas jurídicas que o regulam, enfrenta nulidade de caráter público. A legitimidade significa aquisição de conformidade com o direito, em conexão com a sua origem:

“Resumiendo lo expuesto, frente al problema de si la ilegitimidad de un poder es susceptible de sanearse y convertirse en

(9) BADIA, Juan Ferrando — *Estudios de Ciencia Política*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pp. 375 e ss; MAYNEZ, Eduardo García — *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrua, S.A., Buenos Aires, 1978, 28.ª ed., pp. 102 e 103.

un poder político legítimo, podemos distinguir dos grandes corrientes: quiénes piensan que no se legitima bajo ninguna circunstancia a excepción de la vuelta a la normalidad constitucional bajo la aplicación de las normas jurídicas que regulan el procedimiento de transmisión del poder político, y quiénes piensan que la ilegitimidad del poder desaparece al ser éste ejercido en conformidad con los intereses del pueblo" (10).

A problemática da legalidade do poder na teoria do Estado mereceu do autor acima citado reflexões em que ele aponta a circunstância de o poder político converter-se em jurídico, que de certa maneira pode ser concebido através do Estado de Direito, no qual toda a atividade do Estado está submetida à lei, de maneira que o poder político está submetido ao estatuto legal que o rege, de acordo com a teoria clássica que examina essa legalidade do poder e sua conformidade com o direito positivo existente.

As preocupações com a limitação do poder e os instrumentos que podem levar a esse controle, a concepção de democracia e seu relacionamento com as noções de poder, a estrutura do poder na sociedade política levam, ainda hoje, a diversos questionamentos, o mesmo ocorrendo com a definição do objeto do poder político (11).

Para DUVERGER o direito é um dos instrumentos essenciais do poder. As Constituições, os códigos, as leis, os regulamentos, as decisões administrativas, as sentenças dos tribunais são procedimentos de ações fundamentais do poder, sendo que estão assentados em dois elementos: a coação e a legitimidade.

Partindo da mesma perspectiva, BURDEAU vê o poder como fenômeno jurídico. Ao serem determinadas as regras de direito, chega-se a levantamentos sobre a procedência de sua juridicidade, que se impõe à noção de poder. A representação e o poder criador da norma leva à sua noção. A força criadora da idéia de direito postula o conhecimento do poder:

"La vie politique moderne rend particulièrement sensible cette union du pouvoir et de l'idée de droit mais celle ne l'a pas créée. Nous voyons aujourd'hui chaque conception de l'organisation juridique de la société prendre une forme concrète dans un type de pouvoir. Jamais il n'a été plus vrai de dire d'un homme qu'il est **tout un programme**" (12).

BIDART CAMPOS, ao justificar a denominação dada a um de seus livros **Derecho Constitucional del Poder**, como equivalente à parte orgâni-

(10) BALMACEDA, Sebastián Eyzaguirre — *El Poder en la Teoría del Estado*, Editorial Jurídico de Chile, Santiago, 1967, p. 63.

(11) RIBEIRO, Manoel — *A Institucionalização do Poder*, Artes Gráficas, Salvador, 1953, p. 60; BEHRMANN, Rafael Ma. de Balbin — *La Concreción del Poder Político*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964, p. 168; LEÓNÍ, Francesco — "El Poder Político en la Sociedad Moderna", *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n.º 198, nov./dez., 1974, pp. 213 e ss; DABIN, Jean — *L'État ou le Politique*, Dalloz, Paris, 1957, pp. 146 e ss.

(12) DUVERGER, Maurice — *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 5.ª ed., esp., pp. 33 e ss; BURDEAU, Georges — *Traité de Science Politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, Tomo I, *Le Pouvoir Politique*, pp. 217 e ss.

ca da Constituição, diz que ele compreende o âmbito que ordena a estrutura do poder. Completando o raciocínio, diz que é o fragmento do mundo jurídico no qual se localiza a política traçada para os governantes e os governados (13).

Em *Le Problème du Pouvoir dans la Théorie Constitutionnaliste*, FRIEDRICH aponta que no mundo político contemporâneo existe uma pluralidade de poderes constituídos, ao passo que por detrás deles, que devem estar separados, existe outro poder que é uno e indivisível.

É o poder de fazer a Constituição, de fixar a ordem constitucional, modificá-la, transformá-la e inclusive substituí-la por outra (14).

Este Poder Constituinte é um poder relacional gerado por consentimento, capaz de traçar todo um sistema jurídico que dá estrutura constitucional ao Estado. Dentro da perspectiva assumida pelo poder, com as características de constituinte, na teoria da Constituição, toma relevo essencial na estruturação das formas políticas essenciais.

2 — Origem histórica da doutrina do Poder Constituinte

Ao apontar as formas primitivas do Poder Constituinte, SÁNCHEZ VIAMONTE acentua que a lei fundamental ou Constituição, destinada a reger a vida de um grupo social politicamente organizado, surge nos Estados teocráticos. A lei fundamental é sempre de caráter religioso. Nesses Estados a soberania não residia concretamente no rei. Este é o executor de vontade superior, de caráter divino, das leis permanentes, que foram escritas. Apresentada como a forma mais absoluta de autoridade, não deixa de ter certos limites que não eram tolerados nem nas monarquias absolutas dos tempos modernos:

“La violación de la ley divina es sacrilegio aunque sea el rey quien incurra en ella. La ley dictada por la divinidad, pero hecha por los hombres, redactada y escrita por ellos, es anterior y superior, entre los hebreos, a la monarquía, pero aun cuando no pueda establecerse igual circunstancia cronológica para el Código Hamurabi o el Código Manú, ambos presentan sus mismos caracteres.

En el sistema teocrático, pues, la ley divina o código que ha servido para constituir la unidad moral, política y jurídica de una nación (Caldea, Palestina, India, Creta) tiene un carácter constituyente *sui generis*, pero cuyo rasgo principal es el que singulariza el acto constituyente de la Edad Contemporánea.

Ese rasgo saliente consiste en su jerarquía institucional, puesto que se impone a la autoridad ordinaria y le fija sus límites” (15).

(13) GAMPOS, Germán J. Bidart — *El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 13 e ss.

(14) BADIA, Juan Ferrando — *Estudios de Ciencia Política*, ob. cit., p. 405.

(15) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, Tomo I, Poder Constituyente, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, pp. 41 e 42.

Pelo exame das Leis de Hamurabi, da Bíblia, das Leis de Manu, da legislação de Esparta e Atenas, SÁNCHEZ VIAMONTE conclui:

— As leis fundamentais ou as constituições de Licurgo e Sólon apresentam a expressão unificada da vontade nacional, através das quais surge unidade política e jurídica, como essência do ato constituinte.

— Nos Estados laicos o Poder Constituinte é exercido pelo povo, podendo-se encontrar ali quase todas as idéias fundamentais de caráter institucional, que serviram para elaborar a teoria moderna do Poder Constituinte e da Constituição.

— ARISTÓTELES delinea com precisão e clareza as determinantes de valor supremo da Constituição e o caráter subordinado da lei, de modo que só falta a terminologia consagrada pela Revolução francesa, através da qual se dá o nome de Poder Constituinte àquele que cria a Constituição e poder constituído ao que a dita.

A ordem jurídica ateniense é vista aí, através de um poder constituinte, cujo exercício é denominado como de ato constituinte. Ao mesmo tempo surge um poder legislativo subordinado ao ato constituinte, cujos princípios fundamentais devem ser respeitados sob pena de invalidez.

As cartas, convênios escritos ou acordos, os pactos ou contratos celebrados entre o senhor e seus vassalos, para SÁNCHEZ VIAMONTE, surgem como nova maneira de manifestar-se a vontade constituinte, mesmo que não definam o sujeito desse poder, daí serem denominados atos constituintes rudimentares.

Além dos concílios, na Espanha surgiram os foros, conseqüência do direito medieval legislado, sob a forma jurídica de pacto, convênio ou contrato. O primeiro **Fuero** espanhol que apresentou caracteres de ordenamento jurídico-político de natureza constituinte foi o de Léon, de 1188, outorgado ante as Cortes convocadas pelo Rei Alfonso IX, que tem a forma de pacto político civil.

A história institucional da Espanha apresenta vários atos de natureza constituinte, registrados em sua legislação foral.

A Carta Magna de 1215, considerada como um ato constituinte para a Inglaterra, para SÁNCHEZ VIAMONTE está longe de alcançar significação institucional de um ato constituinte único, integral e completo, capaz de dar fisionomia global a todo o sistema institucional daquele Estado. Trata-se de um primeiro pacto, convênio ou acordo entre forças políticas daquela época, servindo como ponto de partida para lenta evolução posterior, que dará lugar a novos atos constituintes sucessivos e complementares⁽¹⁶⁾.

Dentro dessa evolução doutrinária do Poder Constituinte, SÁNCHEZ VIAMONTE o relaciona com o conceito de povo, através do levantamento

(16) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 35 e ss.

dos plebiscitos, assembléias populares, comícios, referendos, e outras instituições. Dentre essas destaca as formas do plebiscito constituinte e do referendo constituinte. Este consiste no reconhecimento ostensivo da soberania popular, com natureza de poder constituinte, que se distingue com nitidez do Poder Legislativo. O sistema de plebiscito constituinte funciona nos Estados Unidos e Suíça.

Dentro da evolução das doutrinas do Poder Constituinte merece relevo a teorização de SIEYÈS — que é o Terceiro Estado? —, que partiu da doutrina do contrato social⁽¹⁷⁾. O sistema ideológico, como aponta VIAMONTE, transforma-se em institucional. A idéia de Constituição surge de maneira nítida. O Poder Constituinte adquire a importância hierárquica desde o momento em que se cria o poder legislativo ordinário que dita as normas, mas com obediência à Constituição.

A técnica constitucional da separação entre Poder Constituinte e poderes constituídos é a grande criação que surge nessa fase do constitucionalismo moderno:

“La separación y diferenciación claras y precisas del Poder Constituyente y de los poderes constituídos es un rasgo esencial del Estado de derecho”⁽¹⁸⁾.

Esse autor demonstra inclinação para a intervenção direta do povo no exercício do Poder Constituinte, conforme chega, também, a afirmar na apresentação do exercício deste poder:

“En efecto, se trata de un poder que pertenece originaria y esencialmente al pueblo y que no se puede ejercer de un modo satisfactorio en su directa intervención. Es necesario, pues, allanar todas las dificultades y resolver todos los problemas del procedimiento para la leal aplicación de ese principio”⁽¹⁹⁾.

A doutrina do Poder Constituinte de SIEYÈS obteve grande repercussão no desenvolvimento da publicística, sendo que ele é considerado o teórico e o fundador do sistema representativo.

A importância que a ciência jurídica dá ao regime como Constituição em sentido material, as questões que apontam o formalismo científico, geraram indagações sobre a noção de Poder Constituinte, compreendido no seu exercício do elemento **regime e constituição material**:

“Potere Costituente e regime politico sono qualificati da una connotazione assai simile a quella contemporanea — anche nel loro rapporto — nella esperienza costituzionale della rivoluzione francese, origine della concezione continentale dello Stato moderno. Considerare attraverso la visione di SIEYÈS alcuni aspetti della dottrina francese del Potere Costituente, esaminadone la

(17) SIEYÈS, Emmanuel — *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Librairie Droz, Genève, 1970.

(18) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 253.

(19) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 463.

formulazione e rintracciandone le implicazioni successive, è quanto ci si propone di fare in questo scritto” (20).

Ao focalizar o exercício do Poder Constituinte, o publicista argentino inicia pelo exame dos problemas do procedimento da revisão constitucional.

A primeira indagação que sugere é a de saber se se deve admitir de alguma forma o sistema de conferir o exercício do Poder Constituinte aos corpos representativos, que têm como atribuição específica o poder legislativo ordinário.

O constitucionalismo aponta a estrita separação entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. O exercício do Poder Constituinte por via legislativa normal merece várias indagações:

Pelo sistema das convenções, com o objetivo de uma reforma total ou parcial de uma Constituição, pode ocorrer, também, o referendo plebiscitário. Ao criticar a função ordinária do parlamento, como merecedora do exercício desse poder, defende SÁNCHEZ VIAMONTE o trabalho puramente constituinte, capaz de efetuar melhor reforma constitucional:

“Por lo que respecta a los cuerpos mismos, fuerza es reconocer que, como poder legislativo ordinario, desempeñan una función específicamente distinta del Poder Constituyente. Vinculados al Poder Ejecutivo por una relación de interdependencia recíproca, sufren, en muchas ocasiones, la influencia y hasta la presión que éste ejerce sobre ellos, en uso de una autoridad que, en vez de disminuir, ha ido aumentando en los últimos tiempos, y que los priva de la independencia necesaria para la alta función que les corresponde desempeñar” (21).

Ao confrontar o Poder Constituinte com o Poder Legislativo, reconhece VIAMONTE que o Poder Constituinte pode autolimitar-se. Pode fixar limitações inclusive no que toca a forma e condições sob as quais devem funcionar as convenções constituintes.

Ainda, no que toca à doutrina do Poder Constituinte, investiga o autor em questão a teoria do ato constituinte que é um fato realizado pelo povo, é a vontade política. Para SIEYÈS o termo Constituinte qualifica o poder que tem o povo de constituir-se em sociedade civil ou Estado. O Poder Constituinte é a função correspondente ao titular da vontade.

3 — Natureza do Poder Constituinte

As averiguações em torno do Poder Constituinte, quando pretendem apresentar as características de sua natureza, começam por considerá-lo como supremo, originário, dotado de soberania, com capacidade de decisão em última instância. Não estando comprometido com preceitos ante-

(20) TOSI, Silvano — “Sieyès e la Dottrina del Potere Costituente”, *Studi Politici*, Rivista Trimestrale, Sansone-Firenze, Ano IV, n.º 2, II Serie, abril/junho, 1957, pp. 240/241.

(21) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 466.

riores de direito positivo, autolimita a própria vontade ao determinar as regras reguladoras da atividade estatal ⁽²²⁾.

Trata-se de tema essencial para se proceder a investigações em torno da origem da Constituição. A produção de normas jurídico-constitucionais podem ter um duplo nascimento: originário ou derivado.

Quando ocorre a produção originária da ordem jurídica, esta nasce sem apoiar-se em norma positiva anterior, aparecendo pela primeira vez, possibilitando o surgimento de um novo Estado sem a ruptura com a ordem jurídica anterior. Na criação derivada surgem normas em torno do sistema jurídico já constituído, pelas competências definidas e os procedimentos estabelecidos. A execução derivada das normas jurídicas demanda processo complementar vinculado a competência previamente estabelecida.

SCHMITT define o Poder Constituinte como a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política ⁽²³⁾.

A origem da Constituição supõe a ruptura da ordem anterior, em conseqüência de uma revolução, golpe de Estado ou conquista ou a instauração de uma nova ordem.

Para XIFRA HERAS, a formação de um novo Estado pode obedecer a um procedimento primário ou imediato, secundário ou derivado, pela extinção ou transformação de um ou mais Estados preexistentes:

a) a formação primária que não modifica, nem extingue outros Estados;

b) a formação derivada por modificação de um ou vários Estados preexistentes pode ocorrer por segregação de parte do território estatal para constituir um novo Estado ou por um processo tipo federal;

c) a formação derivada pela extinção de um ou mais Estados.

Sendo de origem revolucionária a Constituição, decorrente da ruptura da ordem jurídica, por uma revolução, golpe de Estado ou conquista militar, a sociedade fica sem o direito, e, para vencer esse vazio, ocorre a necessária implantação de um novo Ordenamento.

A imposição revolucionária de uma ordem jurídica, proveniente da juridicidade das revoluções, que elaboram o direito, através do poder revolucionário, não é simples força material, mas poder, que ainda, de fato, encarna a idéia de direito:

“É um dado de fato, que está na experiência, que todo Estado que se forme ou que se transforme repousa num processo de vontade. Essa vontade, ainda que de um indivíduo, ou de um grupo, ou de uma coletividade nacional, não é parcial, mas com

(22) FERREIRA, Pinto — *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, 5.^a ed., p. 91.

(23) SCHMITT, Carl — *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 86.

intencionalidade global: é a vontade de dar forma política ao todo, imprimir-lhe um modo de ser político concreto, de conferir uma morfologia ao poder (ser poder monárquico, republicano, autocrático, democrático). Esse dado existencial é o que SCHMITT denomina decisão. É o **Grundfaktum**, ponto de partida efetivo de toda estrutura constitucional de poder. Dizendo em termos da teoria kelseniana: é o fato fundamental a que corresponde a norma fundamental (**Grundfaktum-Grundnorm**). Não é a norma fundamental que produz ou traz ao nível da existência o fato fundamental. Ao contrário, dado o fato fundamental, para colhê-lo em termos de conhecimento dogmático, pressupõe-se a norma que lhe corresponde, põe-se a hipótese normativa básica que tem o fato fundamental por conteúdo.

A revolução entra na categoria de fato fundamental, de decisão política proveniente de uma coletividade que tomou em suas mãos a opção de ser uma determinada forma. Essa decisão é prévia a toda normatividade. Pode ocorrer ora dentro de um Estado já constituído (a Revolução francesa de 89), ou antes de um Estado a constituir-se (o movimento de independência política das treze colônias inglesas). Constituído ou a constituir-se, o Estado ante a revolução está ante o poder constituinte" (24).

O pacto constitucional é o acordo de vontades, no ato gerador de uma Constituição. Surge nos estudos a respeito do Poder Constituinte. As Constituições outorgadas e impostas são alheias à idéia de pacto, falta nas mesmas a dualidade de titulares do Poder Constituinte, essencial para que ele possa existir.

Para XIFRA HERAS, quando estuda a natureza do Poder Constituinte, este reflete a mais genuína expressão da atividade política. Manifesta-se pelas decisões fundamentais, capazes de criar e impor originariamente uma ordem jurídica nova.

Trata-se de um poder peculiar, pois suas intervenções são breves, mas normalmente procuradas em ocasiões decisivas para a vida de um povo. No entender de XIFRA HERAS são estes os caracteres do Poder Constituinte:

a) é um poder originário, isto é, alheio a toda competência prévia, a toda regulamentação predeterminada, diferente dos poderes constituídos. Não existe dentro, mas fora do Estado. É um poder extra-estatal que transcende à ordem jurídica positiva. Por cima dele não existe nenhum outro poder político, desde que é a autoridade suprema, incondicionada, livre de toda formalidade ou coação;

b) é unitário e individual, serve previamente a todos os poderes constituídos;

c) é permanente e inalienável, seu exercício o exterioriza, subsiste acima da ordem que cria;

(24) VILANOVA, Lourival — "Teoria Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen)", em *As Tendências Atuais do Direito Público, Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 475.

d) é portador de eficácia atual, com força histórica efetiva, apta para realizar os seus fins (25).

Como poder supremo dentro do Estado, é um poder fundador, soberano, mas existem autores que apresentam problemas referentes a seus limites. Aponta XIFRA HERAS as três categorias de limites do Poder Constituinte:

“Los absolutos, que suponen imposibilidades radicales por motivos extrajurídicos e incluso extrapolíticos (recuérdese como ejemplo el principio inglés segun el cual el Parlamento puede hacer todo menos cambiar el sexo de las personas o la imposibilidad de que un país democrático vote una ley declarándose comunista), los autónomos procedentes siempre de una autolimitación que no afecta para nada al genuino Poder Constituyente (verbigracia, las normas que prescriben que “la forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”) y, finalmente, los límites heterónomos que proceden de una presión externa que ha originado (sobre todo en los últimos tiempos) una grave minoración de la suprema facultad política decisoria. Propiamente hablando, sólo estos últimos límites son los que afectan al Poder Constituyente” (26).

O Poder Constituinte, entretanto, é considerado por vários autores, pela sua natureza, como ilimitado, absoluto. Não deriva sua competência de nenhum outro poder, ao mesmo tempo que não está submetido a qualquer tipo de ordenamento positivo:

“Observa-se, portanto, que o veículo do Poder Constituinte é a revolução. Através desta, o grupo constituinte consegue impor ou restaurar a idéia de direito, derrubando a antiga Constituição.

Deve-se entender como direito de revolução o direito de mudar de organização. Mesmo através do recurso à força, um povo tem o direito de mudar a organização constitucional estabelecida, o que, no entanto, não impede que um grupo venha a ficar em situação de estabelecer nova Constituição sem recurso à força” (27).

O Poder Constituinte é uma faculdade originária da comunidade política soberana, com o fim de provê-la, em sua origem e transformações revolucionárias **ab imis**, da organização jurídica constitucional, para a qual ele não se acha limitado em seus alcances e modo de exercício, por regras preexistentes de direito positivo. Pelo seu caráter originário não é possível esta forma de relativizar a sua atuação (28).

(25) HERAS, Jorge Xifra — *Curso de Derecho Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1957, Tomo I, 2.ª ed., pp. 143 e ss.

(26) HERAS, Jorge Xifra — *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 149 e 150.

(27) BARRUFINI, José Carlos Toseti — *Revolução e Poder Constituinte*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 51.

(28) SAMPAV, Arturo Enrique — *Introducción a la Teoría del Estado*, Ediciones Politeia, Buenos Aires, 1951, p. 413.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no que diz respeito à natureza do Poder Constituinte, aponta ser a Constituição o ponto de partida da ordem jurídica positiva, pelo que apresenta duas teses a respeito da natureza da Constituição, obra do Poder Constituinte: a tese positivista e a tese jusnaturalista.

O Poder Constituinte dentro do primeiro entendimento é simplesmente força social. No que se refere ao Poder Constituinte ligado ao jusnaturalismo, acrescenta que está ligado à problemática da liberdade:

“O Poder Constituinte sobrevive, após a edição de uma Constituição, fora da Constituição, como expressão da liberdade humana” (29).

Ao examinar as Constituições de acordo com as suas fontes, SÁNCHEZ AGESTA apresenta aquelas que derivam de um Poder Constituinte genuíno, poder revolucionário com força histórica, que permite definir e impor uma nova ordem, como uma atividade política criadora, documentos que denomina de Constituições revolucionárias. Caracteriza-se por uma certa fragilidade e paradóxica rigidez, que provém de sua própria origem, com o objetivo de proteger juridicamente as conquistas de uma revolução (30).

A natureza jurídica do Poder Constituinte, conforme exposição de CANOTILHO, pode partir inclusive de uma consideração de sua existência como puro fato, onde os acontecimentos preparatórios de uma constituinte, através de inéditas manifestações do Poder Constituinte originário, situam-se no campo do pré-jurídico, onde o direito surgiria com a própria Constituição:

“Esta tese, típica do positivismo, ainda hoje tem os seus defensores. O Poder Constituinte continua a ser visualizado como um ato revolucionário que, criando um novo fundamento legal para o Estado, opera uma ruptura jurídica em relação à situação anterior. Quando muito, diz-se, o Poder Constituinte reclamará um título de legitimidade, mas não a cobertura da legalidade. O Poder Constituinte será legítimo a partir de determinadas idéias políticas, mas não a partir do prisma da legalidade. E a legitimidade de um ato constituinte não é uma qualidade jurídica, é uma qualidade ideológica — a sua concordância com determinadas idéias políticas” (31).

Esse publicista, por outro lado, lembra aqueles que não aceitam que uma revolução seja um simples fato antijurídico:

“A revolução será um fato antijurídico, ou melhor, antilegal em relação ao direito positivo criado pela ordem constitucional derrubada, mas isso não impede a sua classificação como movi-

(29) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Direito Constitucional Comparado. I — Poder Constituinte*, José Bushnatsky Editor, São Paulo, 1974, pp. 63 e ss.

(30) AGESTA, Luis Sánchez — *Derecho Constitucional Comparado*, Editora Nacional, Madrid, 1968, 3.ª ed., p. 30.

(31) CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, p. 157.

mento ordenado e regulado pelo próprio direito; visam, sim, substituir uma idéia de direito por outra idéia de direito — aquela que informa ou inspira as forças revolucionárias. É de acordo com estas premissas, ou seja, de que a revolução não rompe com o direito, antes transforma a substância do direito, que certos autores defendem a possibilidade e necessidade da teorização jurídica das revoluções e do Poder Constituinte originário, considerado como ato revolucionário" (32).

A noção de Poder Constituinte adquire na sistemática institucional papel relevante, desde que a sua compreensão dará explicação definitiva para elaboração decisiva do processo democrático, assentado em bases legítimas.

É ponto essencial de uma teoria do Poder Constituinte o exame de sua natureza, tendo em vista que dessa compreensão dependem as várias implicações decorrentes da delimitação deste conceito.

LUIZ CARLOS SÁCHICA, ao traçar esquema para uma teoria do Poder Constituinte, apresenta, inicialmente, estes dados:

— é faculdade e função;

— poder criativo de ingerência política, de construção e estrutura relacional da convivência.

Coloca, ainda, a teoria do Poder Constituinte como uma teoria política. Contrariando diversas opiniões, às quais nos filiamos em parte, o professor colombiano entende que no direito, como ciência, não interessa o poder político em si, por não ser próprio de seu objeto e escapar sua metodologia. Está de acordo com o entendimento exposto por LUIS CARLOS SÁCHICA mais no campo da ciência política; desde que o poder aí considerado é elemento da realidade política. O direito, como sistema normativo dotado de coercibilidade, reconhece e apreende o poder político para regulá-lo em seu exercício. Aceita o poder racionalizado, institucionalizado, normativado e transformado em competência jurídica atribuída como faculdade contida nos preceitos jurídicos de um órgão estatal (33).

A teoria constitucional e do Estado, vista pela perspectiva do constitucionalismo liberal e democrático, bem como a ordem normativa correspondente, surgem de uma teoria do poder político, de cuja essência é o Poder Constituinte.

A atuação do constituinte é ocasional, solicitada em decorrência de mudanças institucionais e quando a conjuntura política força transformações necessárias.

A Constituição precisa de estabilidade, que está assentada na estrutura de poder, responde pela segurança jurídica. A função constituinte

(32) CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 157/158.

(33) SÁCHICA, Luis Carlos — *Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, pp. 3 e ss.

não deve ser confiada a um organismo permanente. A iniciativa reformadora deve estar delimitada pelo condicionamento temporal.

Considera-se desprestígio para os constituintes o prolongamento artificial de seu funcionamento.

As constituintes devem ser eleitas especialmente para as reformas necessárias, sendo seu funcionamento breve e de término fixo.

A iniciativa convocatória da constituinte tem gerado múltiplas discussões quanto à oportunidade, os mecanismos e o órgão encarregado de concretizar o seu estabelecimento. A etapa vestibular da constituinte pode originar-se do Congresso ou outro corpo que possa encarnar as atribuições que lhe deverão ser definidas.

É necessário evitar que o legislador ordinário se desdobre em constituinte, sem participação popular explícita sobre essa função, nem no que diz respeito à iniciativa ou aos seus resultados.

CARLOS SÁCHICA, dentro de sua exposição, apresenta duas etapas do exercício da competência reformadora:

— pré-constituinte, em que o Congresso decide se é oportuno, necessário e conveniente convocar um corpo constituinte;

— outra em que os eleitores designam ou adiantam a reforma correspondente.

O Poder Constituinte é de atuação contínua, no momento em que, através de sua vontade organizadora, é um sistema normativo, que adquire vigência permanente e estabilidade institucional. Entretanto, a função constituinte é descontínua. O constituinte primário estará presente em momentos críticos e excepcionais⁽³⁴⁾.

O poder democrático identifica-se à liberdade coletiva de decisão. ROUSSEAU caracteriza dessa maneira a análise do pacto social, cujo objeto essencial consiste em estabelecer o poder da vontade geral.

A significação do contrato social, o estudo dos princípios de organização política, através do conhecimento da obra de ROUSSEAU, HOBBS, LOCKE fornecem dados para uma compreensão do Poder Constituinte, desde que chegaremos a uma etapa histórica da existência de um Estado de natureza anterior a esta operação.

As indagações em torno da formulação em termos de direito sobre o primeiro princípio de organização política leva-nos a questionamentos em torno da natureza do Poder Constituinte.

O consentimento dos cidadãos na decisão política impõe-se em consequência da liberdade reconhecida a todos que deverão participar na elaboração do documento básico, regra comum de convivência política. O direito que têm os povos de traçar as normas básicas da estrutura política decorre desse poder de elaboração de sua Constituição.

(34) SÁCHICA, Luis Carlos — *Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*, ob. cit., pp. 5 e ss.

A proteção das liberdades contra o poder deve ser efetuada através de mecanismos que o limitem na forma de atuação que só é possível através de Poder Constituinte que tenha natureza para tal ⁽³⁵⁾.

4 — Titularidade do Poder Constituinte

PAULO BONAVIDES acentua que fundamentalmente a teoria do Poder Constituinte é uma teoria da legitimidade do poder, que surge na ocasião em que nova forma, situada nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, toma relevo histórico e revolucionário em fins do século XVIII.

Poder novo que surge oponível ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, transforma-se em dado essencial para as reflexões em torno das instituições políticas:

“Nasce assim a teoria do Poder Constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.

Cumpra, todavia, não confundir o Poder Constituinte com a sua teoria. Poder Constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder, porém, para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento anti-historicista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção mecanicista de sociedade. Numa fórmula feliz estabeleceu EGON ZWEIG a síntese dessa teoria: um conceito novo para instituir a **suprema potestas nationis et rationis**” ⁽³⁶⁾.

As indagações sobre a natureza do Poder Constituinte, se é um poder jurídico ou não, levam às definições de sua titularidade.

PAULO BONAVIDES aponta as controvérsias sobre a questão da titularidade do Poder Constituinte, quando faz levantamentos que procuram determinar a quem pertence esse poder:

“Se nos afastarmos da indagação de legitimidade, que abrange considerações valorativas, deixando, portanto, de lado o fundamento ou a justificação da pessoa investida nesse poder, a resposta se simplifica, visto que uma fácil consulta aos fatos políticos nos mostrará, numa dimensão exclusivamente histórica, que a titularidade vem atribuída ora a Deus, ora a um príncipe ou monarca, bem como ao povo, à nação, a um parlamento ou a uma classe” ⁽³⁷⁾.

A determinação da titularidade do Poder Constituinte é tema fundamental para a compreensão da própria legitimidade de um regime político,

(35) LACHARRIÈRE, René de Jean-Jacques Rousseau — “Interprétation et Permanence”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Librairie de Droit et de Jurisprudence, n.º 3, maio/junho, 1961, pp. 469 e ss.

(36) BONAVIDES, Paulo — “O Poder Constituinte”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 10, junho/1977, pp. 91 e ss.

(37) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1980, 1.ª ed., pp. 153/154.

desde que está aí o traço fundamental para explicar a sua origem e as conseqüências que ocorrem por formulações espúrias em torno do mesmo.

Em trabalho que destaca aspectos essenciais da natureza e titularidade do Poder Constituinte, ARICÉ MOACYR AMARAL SANTOS apresenta importantes destaques sobre o tema, quando relaciona:

— a nação como titular do Poder Constituinte, assentando-se na exposição de SIEYÈS;

— o povo como titular do Poder Constituinte, para o jusnaturalismo;

— o Poder Constituinte como força social, na sustentação da perspectiva positivista;

— o decisionismo de SCHMITT, que coloca a titularidade no povo;

— a titularidade fixada, ainda, na nação, conforme a perspectiva de HAURIOU;

— o princípio, o povo ou uma autoridade revolucionária, que, no dizer de HELLER, podem ser os titulares do Poder Constituinte;

— a posição de CARRÉ DE MALBERG, para quem a soberania primária reside no povo, na totalidade e em cada um de seus membros;

— a concepção de BURDEAU, em que o povo surge, também, como titular desse poder⁽³⁸⁾.

O Ato Constituinte supõe uma vontade em condições de produzir uma decisão eficaz. O titular dessa vontade é também a do Poder Constituinte.

A atribuição do Poder Constituinte ao povo não foi unânime em todas as épocas, conforme podemos confirmar pelo exame da titularidade:

“La atribución del Poder Constituyente al pueblo no ha sido unánime en todo momento. Es más, en el plano real, es uno de los frutos políticos tardíos que no se implanta hasta fines del siglo XVIII en América del Norte y en Francia. En la antigüedad preclásica, en la Edad Media y en la literatura protestante era general la creencia en que Dios era el único titular del Poder Constituyente. En las monarquias absolutas esta titularidad pasó al Rey, quien la justificaba a su vez en un derecho divino. Pero cuando se impuso la concepción inmanente que rechazó la creencia en el Poder Constituyente de Dios, el poder pasó a la comunidad, al **populus**, a la **universitas civium**. La revolución burguesa lo consolidó en la nación. La técnica democrática lo limitará frecuentemente al partido mayoritario, y la táctica socialista lo concentrará nuevamente en las minorías dirigentes. De ahí que se haya afirmado que “el Poder Constituyente ha pasado por todos los aspectos que la autoridad ha revestido entre los huma-

(38) SANTOS, Aricé Moacyr Amaral — O Poder Constituinte (A Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário), Sugestões Literárias, São Paulo, 1980, 1.ª ed., pp. 24, 25, 32, 36, 42, 43, 49, 50, 57, 58, 63 e 68.

nos: 1) la exégesis de los libros sagrados: las leyes de Hammurabi, la Biblia, la ley del Manú, el Corán; 2) las asambleas del pueblo en Grecia y en los pueblos germanos; 3) los fueros medievales con los cuales comienza la construcción intelectual de una soberanía constituyente atribuida a la sociedad: las manifestaciones más trascendentales de la actividad constitucional en el sistema foral son el Pacto de Mayflower, acordado por los peregrinos que fundaron la colonia de Massachussets en 1620; el Fuero de Guernica, convenido en 1562 por el pueblo de Vizcaya; y el "Agreement of the People" de 1647, por el cual el pueblo inglés se pronunció contra la monarquía absoluta de Carlos I; 4) las decisiones del Parlamento, como apoderado de la voluntad constituyente particular: los Estados Generales franceses con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Parlamento británico con la Petición de Derechos de 1628" (39).

A titularidade e o exercício do Poder Constituinte são temas bem próximos, que devem ser tratados paralelamente. A atividade constituinte torna-se parte importante nas análises em torno da dinâmica do Poder Constituinte.

XIFRA HERAS define o ato constituinte como essencialmente revolucionário, pelo que é impossível estabelecer um procedimento prévio ao qual se vincule o Poder Constituinte. Está alheio a toda regulamentação. Na evolução das formas de atuação de um Poder Constituinte, percebem-se certas maneiras de atuação do mesmo:

a) como atributo do monarca, que outorgava a Constituição, mediante ato unilateral de sua vontade;

b) ao passar a titularidade ao povo, como instância informe e inorganizada, surge a questão da exteriorização dessa vontade, anterior e superior a todo procedimento regulamentado. A forma natural de manifestação imediata da vontade do povo seria a "aclamação". Processo impraticável em comunidades de grande densidade, daí que foram sendo adotados outros mecanismos constitucionais;

c) assembléias constituintes, órgãos representativos, com a finalidade específica de elaborar e aprovar uma Constituição;

d) convenções constituintes, assembléias que preparam um projeto de Constituição, cuja aprovação deve ser submetida ao **referendum** popular ou a outra ratificação direta ou indireta dos cidadãos ativos;

e) plebiscito constituinte utilizado para legitimar um projeto de Constituição elaborado sem a intervenção do povo ou qualquer órgão representativo; introduz-se aí um mínimo de decisão democrática para provocar o consentimento popular a um fato já consumado (40).

Os levantamentos em torno dos tipos de constituintes surgem como aspecto importante da problemática ora examinada. Mas as classificações

(39) HERAS, Jorge Xifra — Curso de Derecho Constitucional, ob. cit., p. 153.

(40) HERAS, Jorge Xifra — Curso de Derecho Constitucional, ob. cit., pp. 154 a 156.

variam, quando os autores procuram encarar os elementos fáticos e político-democráticos que encarnam o Poder Constituinte dentro dessas formas:

- a) Assembléias Constituintes absolutas;
- b) Congresso em função constituinte;
- c) Parlamento com poderes de revisão constitucional ⁽⁴¹⁾.

As discussões em torno das formas democráticas e autocráticas modernas levam a relevantes questões que estão ligadas aos regimes políticos contemporâneos. Dentre essas inquirições, a questão da titularidade ou o sujeito do Poder Constituinte ou o seu exercício merecem cuidadosa atenção. A maioria dos regimes políticos proclamam a titularidade democrática do Poder Constituinte.

A titularidade ou sujeito descansa obrigatoriamente no povo como um todo, que se expressa graças a sua liberdade política, que se conforma com uma organização pluralista da sociedade. Democracia, povo, pluralismo, maiorias são palavras que se supõem reciprocamente, opõem-se a autocracia, oligarquia, monismo, monocracia e minorias.

VANOSI apresenta classificação das teorias sobre a titularidade do Poder Constituinte, começando a separar as concepções clássicas das modernas. Entende que as concepções modernas giram em torno da autocracia e democracia. Já as concepções clássicas ou tradicionais apresentam três séries, que correspondem a fases da evolução do pensamento político: teorias de sujeito unipessoal, teorias de sujeito coletivo e teoria de sujeito compartilhado.

Ao tratar do exercício do Poder Constituinte fundacional ou revolucionário, VANOSI examina o nascimento das Constituições que decorrem como criaturas desse mesmo poder.

Os órgãos ou autoridades que assumem o exercício dessa força ou poder de organização política da comunidade merecem detido exame do publicista argentino, que apresenta a seguinte tipologia:

- 1) Exercício **autocrático**: criação unilateral da Constituição:
 - a) **cartas** eram concessões graciosas do rei, no exercício de seu poder absoluto e ilimitado;
 - b) decretos constituintes ou atos institucionais, como atos de imposição dos detentores do poder, pela força ou em virtude do consentimento, seja por um golpe de Estado de alguns dos poderes constituídos ou pela insurreição das forças armadas frente ao poder civil.
- 2) Exercício sinalagmático: criação **consensual** da Constituição:
 - a) **pactos** entre o rei e o parlamento, correspondentes a uma etapa híbrida ou ambígua sobre a titularidade do Poder Constituinte;

(41) LIMA, Getúlio Targino de — "Reflexões sobre o Poder Constituinte", *Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, vol. II, n.º 3, p. 54.

- b) **pactos** entre Estado e províncias que levam à formação de confederações de Estados, cuja base jurídica é o pacto, ou que levam à reunião de um congresso, assembléia ou convenção que determinará uma nova forma de Estado e sua Constituição.
- 3) Exercício **democrático**: criação soberana-popular da Constituição:
- a) criação representativa, através da democracia indireta, mediante:
- órgão especial, convocado para este efeito, como o sistema de "Convenção" de Filadélfia;
 - órgão comum e permanente, sanciona a Constituição mediante o mesmo procedimento das leis ordinárias, como o caso da Constituição flexível da Inglaterra;
- b) criação popular, através da democracia semidireta, por meio de:
- **referendum ante legem** ou consultivo, em cuja hipótese trata-se mais propriamente do Poder Constituinte;
 - **referendum post legem** ou aprovatório, o povo decide diretamente sobre uma proposta governamental, elaborada ou não por um órgão representativo prévio;
- c) pela combinação dos procedimentos anteriores ou regime misto:
- sanção do Parlamento, com ulterior **referendum**;
 - sanção da convenção, por meio de **referendum** posterior;
- d) por sanção direta.

Observa-se que o exercício do Poder Constituinte originário nos procedimentos democráticos, através de **assembléia** ou **referendum**, é constante.

O órgão e o procedimento da modificação constitucional é outro assunto importante dentro das pesquisas sobre o tema que pode ser matéria de órgãos especiais⁽⁴²⁾.

BIDART CAMPOS aceita como sendo tese geral a opinião clássica de que a **comunidade** é o sujeito titular do Poder Constituinte:

"En definitivo, significa que el pueblo es titular del Poder Constituyente para manifestar su voluntad en dos momentos políticos: al formar el Estado y al dar una Constitución; es decir, al consentir la convivencia en una organización política concreta, y al atribuir a esa institución una forma constitucional y una investidura de poder. Ambos momentos no coinciden si la Constitución es escrita y se dicta después de la fundación del Estado⁽⁴³⁾.

Em estudo que tem por objeto a análise do que denomina a teoria da Constituição, soberana para o povo, LE MONG NGUYEN inicia esse trabalho fazendo referência a ANDRÉ HAURIUO que proclamava a existência

(42) VANOSI, Jorge Reinaldo A. — *Teoría Constitucional. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 277 e ss.

(43) CAMPOS, German J. Bidart — *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1968, pp. 169/170.

de mais de 130 Estados independentes, com um aparelho político e uma Constituição. Essa vida política exposta no estatuto constitucional é cheia de contradições, que levam a período de calma, tumulto, golpes de Estado ou revoluções:

“Ainsi, gouverner c’est avant tout avoir une Constitution. Que la pratique puisse en altérer le sens initial, la chose n’est rien de moins que naturelle! Le général De Gaulle n’a-t-il pas déjà invoqué Solon dans son discours de Bayeux afin de justifier dès 1946 des modifications ultérieures de “son” oeuvre constituante? La Constitution suit de ce fait le cheminement de la conscience d’une nation, elle épouse l’évolution d’un peuple dans sa recherche constante de la liberté. La Constitution n’est pas, elle ne peut pas être une notion uniforme, car elle secrète l’avenir, elle revêt des aspects multiples et variés, qui font ainsi la synthèse de ses articles, de sa pratique, de son évolution et — pour quoi pas? — de sa “violation”? (44)

A complexidade da questão da titularidade do Poder Constituinte é percebida no trabalho em questão, quando faz referência ao desdobramento constitucional ocorrido, através de um ensaio de racionalização de sua prática referendária. Esse fenômeno é criticado nas instituições políticas contemporâneas, pois acarreta certos perigos que afetam o próprio Poder Constituinte.

Após dois séculos de distância, as idéias revolucionárias de SIEYÈS sobre o Poder Constituinte da nação encontram eco na concepção gaullista de poder.

A titularidade de Poder Constituinte em uma Constituição soberana do povo, desde que ele a estabeleça soberanamente, conforme pronunciamento do general De Gaulle, em 1945, determina que o povo detenha diretamente este poder:

“Parce que le peuple peut toujours la modifier librement (selon le général De Gaulle, ce pouvoir populaire s’exerce sans entrave).

Parce qu’elle l’enporte — en cas de conflit — sur les autres aspects relationnels de la Constitution, étant hiérarchiquement supérieure (selon le général De Gaulle “la souveraineté nationale appartient au peuple et elle lui appartient évidemment, d’abord, dans le domaine constituant”).

Parce qu’elle est présumée la meilleure, étant le reflet continu des aspirations nationales dominantes (selon le général De Gaulle, à “une Constitution, c’est un esprit, des institutions, une pratique”) (45).

A titularidade do Poder Constituinte é objeto de várias implicações doutrinárias e práticas, principalmente tendo em vista as grandes transfor-

(44) NGUYEN, Le Mong — “Contribution à la Théorie de la Constitution Souveraine par le Peuple”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, julho/agosto, 1971, n.º 4, pp. 925 e 926.

(45) NGUYEN, Le Mong — *Contribution à la Théorie de la Constitution Souveraine par le Peuple*, ob. cit., pp. 931 e 932.

mações e crises por que passa a estrutura constitucional do Estado contemporâneo.

A consideração da Constituição como um ato de vontade unilateral da nação, que pode ser sempre revista, livremente, surge em considerações atuais sobre o Poder Constituinte.

Esse Poder Constituinte permanente da nação, **Exposition raisonnée**, de 20 de julho de 1789, por SIEYÈS, mereceu o seguinte comentário de ESMEIN, em **Éléments de Droit Constitutionnel** (7ª ed., T. I, p. 570):

“Trata-se de uma ação revolucionária reconhecida legítima e quase permanente.”

A nação como titular do Poder Constituinte não está ligada a qualquer regra preestabelecida. Ela é independente de qualquer forma. A nação detém, de maneira absoluta, o direito de trocar a Constituição, sem se importar pelo processo a ser empregado, desde que sua vontade é lei suprema.

Percebem-se, claramente, as invocações que demandam a questão da titularidade do Poder Constituinte. Já CARRÉ DE MALBERG, em capítulo sobre a teoria do órgão do Estado e a questão do Poder Constituinte, indagava: Em que reside o Poder Constituinte?

Para esse autor, o estatuto orgânico pelo qual uma pluralidade de homens concorrem para a formação de uma mesma nação, constituindo-se em um corpo estatal unificado, deve ser obra desses mesmos homens. A soberania primária ou o Poder Constituinte reside essencialmente no povo, na totalidade e em cada um de seus componentes (46).

A teoria que parte da idéia de que a soberania constituinte reside em princípio no povo mereceu detalhada análise de MALBERG. Para chegar a este entendimento, vê como necessário partir das indagações em torno da primeira Constituição do Estado, aquela da qual ele se originou.

A respeito dessa Constituição inicial, surge doutrina que se esforça em descobrir base jurídica. Entretanto, para este doutrinador, a teoria do Contrato Social que procura chegar a esses esclarecimentos, parte de erro essencial, quando aceita ser possível dar uma construção jurídica aos acontecimentos ou a atos que puderam determinar a fundação do Estado ou sua primeira organização. Estas, no entendimento de MALBERG, não resultam senão como fato, não susceptível de ser classificado em nenhuma categoria jurídica, desde que não está governado por princípios de direito.

Dentro dessa perspectiva positivista, desde que não existe direito anterior ao Estado, é essencial que o Estado já constituído possua uma ordem jurídica, especialmente uma ordem jurídica destinada a regulamentar eventualmente a reforma de sua organização.

O Poder Constituinte não é exercido com o objetivo de criar uma nova nação e o Estado.

(46) MALBERG, R. Carré de — *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, trad. esp. de JOSÉ LIÓN DEPETRE, pp. 1.161 e ss.

Nas coletividades erigidas em Estado, o Poder Constituinte há de explicar-se, para CARRÉ DE MALBERG, pelos órgãos mesmos da Constituição. Estes podem ser uma assembléia especialmente eleita com esta finalidade, o corpo de cidadãos ativos atuando por via do governo direto ou várias autoridades constituídas.

Quaisquer que sejam as pessoas ou assembléias chamadas para exercer a função constituinte, apresentam o caráter jurídico de órgãos estatais ou representantes.

Para esta exposição, a teoria do órgão do Estado faz-se extensiva ao Poder Constituinte:

"Así, pues, el concepto jurídico de Poder Constituyente implica la preexistencia de cierta orden y de cierta organización constitucional. Este punto fué comprendido instintivamente por la primera Constituyente de 1789. Aunque esta asamblea estuviese decidida, desde el principio, a reorganizar la nación francesa sobre bases enteramente nuevas y a emanciparla completamente del orden jurídico anterior, sintió la necesidad de un título jurídico tomado del pasado, y se esforzó por creárselo a sí misma" (47).

Apesar das diferenças que existem entre os diversos sistemas constituintes, ocorre de comum entre eles, à exceção das cartas, que as Constituições, geralmente, coincidem em que o Poder Constituinte deve ser exercido não pelo corpo legislativo ordinário, mas por uma assembléia especial:

"Esta asamblea es el Senado en las épocas napoleónicas: bajo las Constituciones de 1791, de 1793, del año III, y de 1848 es una asamblea que — cualquiera que sea el nombre que se le dé: convención, asamblea de revisión etc. — tiene por carácter esencial el ser una constituyente, es decir, una asamblea especialmente llamada a ejercer el poder constituyente, formada por diputados que han sido elegidos por el pueblo para el cumplimiento especial de una labor constituyente y, por último, que no tiene más función que la de efectuar la revisión para la que fue convocada, pues debe disolverse inmediatamente después de cumplida esta misión" (48).

A experiência constitucional da Espanha ocorrida em 1978, pelo que demonstra LUIS SÁNCHEZ AGESTA, debateu a questão dos poderes constituintes e o processo constituinte.

As Cortes tiveram grande importância, sendo que o projeto de reforma tinha três objetivos intimamente relacionados: nova composição e base política das Cortes; novo procedimento de reforma constitucional; e o estabelecimento dos princípios básicos da lei eleitoral que permitisse conhecer efetivamente as opções que representavam os partidos (49).

(47) MALBERG, R. Carré de — *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 1.169 e ss.

(48) MALBERG, R. Carré de — *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 1.183.

(49) AGESTA, Luis Sánchez — *El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pp. 41 a 43.

5 — Tipos de Poder Constituinte

As modalidades sob as quais surge o Poder Constituinte têm apresentado variantes que podem ser assim nomeadas:

- a) Poder Constituinte originário;
- b) Poder Constituinte derivado, constituído, instituído ou de segundo grau;
- c) Poder Constituinte decorrente ⁽⁵⁰⁾.

Para ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, tendo em vista a finalidade da intervenção do Poder Constituinte, a doutrina apresenta dois tipos:

- a) Poder Constituinte originário;
- b) Poder Constituinte instituído ⁽⁵¹⁾.

É constante a referência ao Poder Constituinte originário, que elabora a Constituição e não se prende a limites formais. Essencialmente político, é para PAULO BONAVIDES até extrajurídico. O Poder Constituinte constituído insere-se na Constituição. É órgão constitucional, afeito a limitações tácitas e expressas, surge como primacialmente jurídico, desde que tem como objeto reformar o texto constitucional ⁽⁵²⁾.

A fixação desses tipos é importante, desde que podem influenciar no procedimento do Poder Constituinte para elaborar e adotar uma Constituição ⁽⁵³⁾.

Como poder originário da sociedade política, somente o Poder Constituinte tem caráter inicial e ilimitado:

“O Poder Constituinte originário sempre cria uma ordem jurídica, ou a partir do nada, no caso de surgimento da primeira Constituição, ou mediante a ruptura da ordem anterior e a implantação revolucionária de uma nova ordem. O poder reformador apenas modifica a Constituição” ⁽⁵⁴⁾.

NELSON DE SOUSA SAMPAIO, após mostrar que o poder reformador está colocado abaixo do Poder Constituinte, apesar de sua natureza **constituída**, salienta que sua base está na Constituição, que lhe fixa os contornos e estabelece o processo de atuação:

“O poder de reforma jamais atingirá, portanto, a eminência representada pela ilimitação da atividade constituinte. Chame-mo-lo um “Poder Constituinte constituído”, como faz AGESTA; “Poder Constituinte derivado”, conforme PELAYO; ou “Poder Constituinte instituído”, segundo BURDEAU; devemos encará-lo,

(50) RUSSOMANO, Rosah — *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1972, 2.ª ed., p. 35.

(51) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha — *Poder Constituinte do Estado-Membro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, p. 13.

(52) BONAVIDES, Paulo — *O Poder Constituinte*, ob. cit., p. 94.

(53) LOEWENSTEIN, Karl — *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 2.ª ed., trad. ALFREDO GALLEGU GALLEGU ANABITARTE, pp. 160 e ss.

(54) CAETANO, Marcelo — *Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, vol. I, pp. 397 e 398; BASTOS, Celso Ribeiro — *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1980, 3.ª ed., pp. 18 a 20.

nas palavras de PONTES DE MIRANDA, como uma "atividade constituidora diferida" ou um "Poder Constituinte de segundo grau" (55).

Dentro da tipologia do Poder Constituinte, ocorrem indagações que permitem análises em torno da natureza de cada um dos tipos. Dessas investigações surgem questionamentos se o poder de modificação é total ou parcial, apenas modificatório ou substituto institucional do regime. Principalmente quando se procuram apontar as características da atuação do constituinte primário. Este distingue-se do constituinte derivado, que não pode negar a fonte de seu poder, a razão de sua legitimidade (56).

A organização constitucional em momentos de crise sente-se atraída pelas formas de exercício do Poder Constituinte, circunstância que pode gerar inquietações, sobre o melhor tipo para soluções de impasses institucionais. Nem sempre essas situações podem ser resolvidas por atribuições de poderes excepcionais a órgãos que tiveram estruturação constituída através da elaboração de uma Constituição, que não encontra correspondência com a nova realidade (57).

O Poder Constituinte, normalmente, é examinado em relação com as Constituições rígidas, porque surge nelas nitidamente a atribuição normativa desse poder a um órgão extraordinário e superior, acima dos poderes consutuidos. Em vista dessa rigidez, a ulterior reforma que é reservada a um órgão com Poder Constituinte, que se habilita de acordo com o procedimento indicado pela Constituição, ocorre de maneira diferente.

BIDART CAMPOS aceita nova distinção quando fala em Poder Constituinte formal e Poder Constituinte material. O primeiro é aquele em que tanto o ato originário como as reformas derivadas ajustam-se à formalidade solene, que é clássica no constitucionalismo rígido. Na segunda hipótese, os órgãos ordinários o exercem quando cumprem atos de conteúdo constituinte, legislando, de maneira válida, por disposições em matérias constitucionais, seja interpretando a Constituição por via jurisprudencial, seja instaurando normas constitucionais em desacordo com a Constituição escrita. O Poder Constituinte, quando não formal, não está preso a corpos nem processos especiais. Nos Estados de Constituição rígida, quando ocorre a circunstância em que os poderes constituídos usam a competência ordinária, estes são, muitas vezes, titulares de um Poder Constituinte material.

A elaboração de uma Constituição supõe um Poder Constituinte originário e formal (58).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao considerar as particularidades inerentes ao Poder Constituinte reformador, salienta:

"Como se nota, o poder de emenda constitucional foi atribuído ao Congresso Nacional, que é o poder constituído e órgão

(55) SAMPAIO, Nelson de Sousa — *O Poder de Reforma Constitucional*, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1954, pp. 42 e 43.

(56) SÁCHICA, Luis Carlos — *Exposición y Gicca del Constitucionalismo Moderno*, Editorial Temis, Bogotá, 1976, p. 63.

(57) LEROY, Paul — *L'Organisation Constitutionnelle et les Crises*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1966, pp. 33 e ss.

(58) CAMPOS, German J. Bidart — *Derecho Constitucional*, Edlar, Buenos Aires, 1968, Tomo I, pp. 165 e ss.

da legislatura ordinária. Trata-se de um problema de técnica constitucional. Seria muito complicado ter que convocar o Poder Constituinte originário todas as vezes que fosse necessário emendar, reformar ou rever a Constituição. Por isso, o próprio Poder Constituinte originário, ao estabelecer a Constituição da República, instituiu um Poder Constituinte reformador, que, por isso mesmo, a doutrina denomina o Poder Constituinte derivado, Poder Constituinte instituído ou constituído, poder de reforma constitucional” (59).

Os tipos de Poder Constituinte, pela repercussão na forma de elaboração constitucional, têm grande importância na criação da ordem jurídica, na sua manutenção e continuidade.

Não é fácil apontar as manifestações do Poder Constituinte, tendo em vista os tipos sob os quais ele aparece.

Entende-se que o povo revela seu Poder Constituinte por meio de qualquer expressão reconhecível de sua imediata vontade de conjunto, dirigida para decisão sobre o modo e a forma de existência da unidade política. Apesar de dotado desse poder, de ser seu titular, não é considerado como organismo estável, nem de atuação contínua (60).

As transformações institucionais que ocorrem em nossos dias demonstram a importância dos aspectos teóricos e práticos do Poder Constituinte, no que se refere aos tipos sob os quais ele se apresenta.

Na consolidação de autêntico sistema democrático, o tipo de Poder Constituinte, que vai traçar diretrizes de determinado regime, depende de sua forma de atuação, que por sua vez decorre do tipo sob o qual surge a elaboração constitucional.

VANOSI, sob a denominação de controvertidas etapas do Poder Constituinte, aceita que a doutrina tradicional consagra dois tipos, classes ou etapas do mesmo, correspondentes a momentos do Estado e como base para a trabalhosa construção teórica sobre os limites desse poder:

“Coinciden la mayoría de los autores en hablar de un Poder Constituyente originario y de otro derivado, asignando al primero el nombre y la condición de genuíno, mientras que el último o tendría la calidad de ser un Poder Constituyente constituído o instituído. En el primer caso, se trataría del Poder Constituyente que actúa en el momento de la constitución originaria, es decir, la primera vez que se da la comunidad un ordenamiento jurídico; mientras que en el segundo caso estaríamos ante el ejercicio del poder encargado de la reforma de la constitución vigente” (61).

Mostra esse publicista a diferente situação existente entre a criação ou recriação revolucionária de um ordenamento constitucional (Poder

(59) SILVA, José Afonso da — Curso de Direito Constitucional Positivo. Da Organização Nacional, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, vol. I, p. 25.

(60) SÁCHICA, Luis Carlos — Constitucionalismo Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1977, 5.ª ed., p. 101.

(61) VANOSI, Jorge Reinaldo A. — Teoría Constitucional, vol. I, ob. cit., p. 123.

Constituinte originário) e sua modificação, sem solução de continuidade (Poder Constituinte derivado). Aceita dentro desse entendimento, um Poder Constituinte fundacional ou revolucionário e um Poder Constituinte de reforma da Constituição.

O Poder Constituinte revolucionário leva a questionamentos sobre a configuração do fato revolucionário, em relação à legalidade preexistente, com o exercício da competência reformadora. Para configurar a existência de um acontecimento revolucionário, VANOSSI aponta três situações:

a) para as ciências sociais em geral, principalmente a economia e sociologia, o revolucionário supõe mudanças estruturais;

b) para a ciência política, o revolucionário indica transformações institucionais;

c) para a ciência jurídica, o revolucionário supõe a violação da lógica dos antecedentes, tem como característica essencial o rompimento da lógica normativa de criação regular do direito, estabelecido por um ordenamento jurídico⁽⁶²⁾.

6 — Poder Constituinte originário

O Poder Constituinte é originário ou genuíno quando o exercício da faculdade soberana do povo de constituir-se originariamente, e pela primeira vez, no Estado tem o objetivo de elaborar o ordenamento jurídico. Surge para dotar um novo Estado de Constituição ou para estabelecer as instituições que foram revolucionariamente extirpadas, não se achando o titular desse poder necessariamente investido⁽⁶³⁾.

Entende AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO que o Poder Constituinte originário surge na oportunidade de organização do Estado, no caso de uma antiga colônia que conquista a independência e elabora sua lei constitucional, ou nos Estados existentes, por ocasião de revolução, guerra externa ou outros fatos que acarretam a reordenação jurídica fundamental⁽⁶⁴⁾.

O caráter originário e extraordinário sob que se produz a ordem constitucional tem pela frente uma decisão criadora, não prevista por meio de um preceito jurídico, nem por uma lei histórica de probabilidade. Não tem apoio na ordem anterior nem segue uma sucessão regular de causas. Está além dos poderes constituídos e das razões que possam fundamentar o exercício desse poder. Para LUÍS SÁNCHEZ AGESTA, o Poder Constituinte originário deve apresentar essas características:

a) não encontra sua justificação em uma legitimidade jurídica anterior;

b) sua base é de caráter transcendente à ordem jurídica positiva;

(62) VANOSSI, Jorge Reinaldo A. — *Teoria Constitucional*, vol. I, ob. cit., pp. 143 e 144.

(63) QUINTANA, Segundo V. Linares — *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Parte Geral. Teoría de la Constitución*, Tomo II, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 129; ACCIOLI, Wilson — *Instituições de Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, pp. 42 e 43.

(64) FRANCO, Afonso Arinos de Melo — *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 123.

- c) deve ser procurado em um direito superior ao positivo;
- d) surge com legitimidade transcendente, com a invocação de valores de justiça superiores ao direito positivo ou apoiando-se em necessidades históricas ou em titular de direito que o direito positivo é incapaz de realizar;
- e) deve ser buscado no direito natural;
- f) o caráter radicalmente originário e revolucionário do Poder Constituinte o distingue daquelas criações da ordem que têm seu fundamento em uma norma constitucional, ainda que esta não regule senão a competência de um órgão criador;
- g) caracteriza-se por sua **eficácia atual**, que inova esse direito, deve estar em condições, por razão da força de que dispõe, ou pela autoridade de que se acha investido, de realizar criação da ordem frente às forças que se lhe opõem;
- h) essa originalidade demonstra ser uma efetiva força histórica, capaz de realizar os fins a que se propõe;
- i) a mera formulação de uma nova ordem, ou o propósito revolucionário de realizá-la, não surgindo vias eficazes de cumprimento, não pode ser considerada como manifestação efetiva do Poder Constituinte;
- j) é preciso a plena consumação de fato de seu objeto, com a criação de uma nova ordem;
- k) o Poder Constituinte é diferente de toda atividade política que não tem imediatamente seu objetivo;
- l) é uma atividade criadora e transformadora da ordem jurídica, sua ação não é conservadora⁽⁸⁵⁾.

O Poder Constituinte não é apenas o que ordena e organiza o Estado, ao fundá-lo ou estruturá-lo pela primeira vez. Pois, após estar constituído o Estado, tem poderes de reforma, modificação ou emenda à Constituição. Surge daí a distinção entre o Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte derivado. Apesar de ambos serem constituinte, existe uma etapa de prioridade. No primeiro caso, elabora-se, originariamente, uma estrutura constitucional, ao passo que no outro ocorre uma etapa posterior e subordinada à problemática da revisão constitucional.

BIDART, com essa classificação, chega às seguintes conclusões:

- a subordinação hierárquica do poder constituído ao Poder Constituinte e a separação entre um e outro;
- o poder constituído não pode, validamente, exercer o Poder Constituinte e deve respeitar a Constituição, que lhe é dada por este;
- dessa distinção surge a teoria da inconstitucionalidade de todo ato do poder constituído contrário à Constituição;

(85) AGESTA, Luis Sánchez — *Derecho Político*, Granada, 1951, 4.ª ed., pp. 338 a 341; DANTAS, Ivo — *Poder Constituinte e Revolução. Breve Introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*, Editora Rio, 1978.

— a subordinação hierárquica do Poder Constituinte derivado ao Poder Constituinte originário;

— o Poder Constituinte derivado, para reformar, com validade, a Constituição deve estar habilitado de acordo com o que foi estabelecido pelo Poder Constituinte originário ⁽⁶⁶⁾.

O Poder Constituinte originário, no dizer, ainda, de BIDART CAMPOS, é o que possui maior força criadora do direito, desde que preside o momento inicial ou de reestruturação do Estado. É fundacional desde que, através de seu exercício, surge um Estado, que adquire existência política por meio de sua primeira Constituição. Este Poder Constituinte originário deve residir no povo ou na comunidade. Daí que o titular do Poder Constituinte originário é o povo. Como titular nato, só quando ele exerce esse poder, pode-se reconhecer a validade da obra aí surgida:

— o povo ou a comunidade são os sujeitos titulares do Poder Constituinte originário;

— nenhum homem ou grupo de homens têm, por si mesmos, a titularidade desse poder;

— como todos não podem exercê-lo em conjunto, a titularidade é exercida em “ato”, através de homens ou grupos de homens, dentro do mesmo povo, que estão em condições de determinar a estrutura fundacional do Estado e de adotar a decisão fundamental de conjunto ⁽⁶⁷⁾.

7 — Poder Constituinte instituído

O Poder Constituinte derivado, constituído ou instituído, conforme aponta PAULO BONAVIDES, suscita graves reflexões quanto à sua natureza e extensão:

“Com efeito, tomada ao pé da letra, a distinção clássica usual que separou o Poder Constituinte em duas modalidades, a saber, Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, carece, por inteiro, de fundamento, se, mediante a mesma, pretendermos estabelecer limites teóricos ao seu exercício. Equivaleria o reconhecimento de tais limites a negar-lhe caráter ou teor soberano, o que sem dúvida contraria a essência do Poder Constituinte” ⁽⁶⁸⁾.

A essência do Poder Constituinte, conforme bem acentua, ainda, esse autor, leva-nos a concebê-lo como absoluto, livre de vínculos restritivos que não fossem os da direta e imediata expressão da própria vontade. Aponta que a teoria constitucional procura dar, o quanto possível, ao Poder Constituinte derivado caráter mais jurídico do que político:

“De sorte que se empenha em colocá-lo nas Constituições como instrumento útil e eficaz de mudança e adaptação corretiva dos sistemas constitucionais rígidos, diminuindo-lhe o alcance

(66) CAMPOS, German José Bidart — *Derecho Político*, Aguilar, Buenos Aires, 1967, 2.ª ed., pp. 522 e 523.

(67) CAMPOS, German J. Bidart — *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, 1969, pp. 163 e ss.

(68) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 146.

ou competência e afastando-o assim, consideravelmente, daquele entendimento há pouco exposto, por onde resulta, aliás, em grande parte, o sacrifício da tese lógica" (69).

LINARES QUINTANA discorda da doutrina que sustenta que a faculdade de emendar a lei fundamental não importa no exercício do Poder Constituinte, mas, apenas de um poder legislativo extraordinário. Acrescenta que a obra do Poder Constituinte só pode ser validamente modificada pelo mesmo poder e não por outro de menor hierarquia jurídica.

Para RECASÉNS SICHES, em *El Poder Constituyente* (Madrid, 1931, p. 77), de nenhum modo deve-se confundir o Poder Constituinte com a competência legal estabelecida por uma Constituição para a reforma parcial de algumas de suas normas. O poder titular dessa competência para reforma de preceitos fundamentais da Constituição não detém caráter de Poder Constituinte, desde que essa faculdade é determinada pela própria Constituição.

Aceita-se que a primeira espécie de Poder Constituinte instituído é aquele que surge para rever e modificar a Constituição, daí as denominações, também, de Poder Constituinte de revisão ou Poder Constituinte reformador. Tem sua base na Constituição, pelo que acrescenta-se somente ser possível quando é fixa ou rígida.

Além da modalidade de Poder Constituinte instituído, (70) que é o de revisão constitucional, admite-se uma segunda espécie que é o Poder Constituinte decorrente. Estipulado na Constituição, surge para exercer tarefa de caráter constituinte, quando estabelece a organização fundamental de entidades que compõem o Estado federal:

"Mas a Constituição não estabelece apenas esses poderes. Em regra geral, ela institui também um outro poder, que é o Poder Constituinte, usualmente denominado de Poder Constituinte instituído, ou Poder Constituinte derivado. Há, então, normalmente, numa Constituição, obra do Poder Constituinte, a instituição não só dos chamados poderes do Estado, mas também de um poder destinado a estabelecer normas com a mesma força das normas constitucionais.

Esse Poder Constituinte instituído se manifesta, porém, de duas formas diferentes; ou, em outras palavras, há duas espécies de Poder Constituinte instituído. A primeira espécie de Poder Constituinte instituído, que é a mais comum, é a do poder que se destina a rever e a modificar a própria Constituição, numa palavra, é o poder de revisão da Constituição" (71).

O Poder Constituinte derivado ou Poder Constituinte instituído, entretanto, é definido por MARCEL PRÉLOT como o que modifica a Constituição já em vigor. São alterações que ocorrem de conformidade com as regras, anteriormente, estabelecidas (72).

(69) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 147.

(70) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha — *Poder Constituinte do Estado-Membro*, ob. cit., pp. 17 e ss.

(71) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Direito Constitucional Comparado. I. O Poder Constituinte*, ob. cit., p. 85.

(72) PRÉLOT, Marcel — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, 1969, 4.^a ed., p. 206.

A doutrina está presente na enumeração dos requisitos próprios à caracterização do Poder Constituinte instituído. Um Poder Constituinte, ao qual falta o caráter radical inerente ao Poder Constituinte genuíno, não surge com vontade originária, mas com competência determinada pela Constituição, que lhe fixa o exercício e procedimento. Trata-se de Poder Constituinte estabelecido, pelo que surge a denominação de Poder Constituinte constituído. A essência desse poder é que a própria Constituição determina o órgão e a maneira como ocorrerá sua reforma ou transformação. Apesar de aparentar qualidades comuns inerentes ao Poder Constituinte originário, para SANCHES AGESTA, três são os atributos que o particularizam:

a) diferentemente do Poder Constituinte genuíno, o Poder Constituinte constituído encontra sua legitimidade na "legalidade" de sua função reguladora pela própria Constituição. A autoridade deriva da própria Constituição que vai reformar;

b) o poder e a eficácia que mantém não encontra suporte em autoridade ou força material estranha à ordem constituída, desde que é a ordem constitucional vigente que permite a efetividade de seu exercício. A base de sua eficácia é o respeito ao direito existente e às formas legais estabelecidas; mais do que em sua legitimidade, importa falar em sua legalidade;

c) ocorre uma situação de supra-ordenação e subordinação com o direito estabelecido⁽⁷³⁾.

8 — Convocação de Constituinte. Assembléia Constituinte

As preocupações em torno do Poder Constituinte, do poder de reforma constitucional, ou suas implicações com os processos revolucionários, têm sido objeto de constantes preocupações de publicistas e cientistas políticos.

Para CARL J. FRIEDRICH uma Constituição bem redigida estabelecerá normas necessárias para sua própria reforma, de modo que possa antecipar, até onde seja humanamente possível, as reivindicações revolucionárias. As disposições para essas reformas constituem parte fundamental das Constituições modernas. Não se percebeu, inicialmente, o valor dessas disposições⁽⁷⁴⁾.

As constituintes, convenções ou assembléias de revisão, chamadas e eleitas com a finalidade de desempenhar as tarefas constituintes, de conformidade com a doutrina da soberania nacional, apresentam as características de assembléias especiais:

"Dissolvem-se de imediato uma vez elaborada a Constituição. Deve a Constituição em seguida sujeitar-se à ratificação do

(73) AGESTA, Luis Sánchez — *Derecho Político*, ob. cit., pp. 343 e 344; SCHMITT, Carl — *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, trad. de José Dias Garcia.

(74) FRIEDRICH, Carl J. — *Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática*, Fondo de Cultura, México, trad. de Vicente Herrero, 1.ª ed., pp. 134 e ss.

povo ou da nação, de conformidade com o princípio ou sistema de separação entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. Tudo naturalmente no espírito daquelas máximas segundo as quais “o povo tem sempre o direito de rever e reformar a Constituição” (Thouret), ou só a nação é competente para decidir sobre a Constituição, “independente de todas as formas e de todas as condições” ou ainda “todos os poderes aos quais uma nação se sujeita emanam de si mesma”⁽⁷⁵⁾.

Muitas são as indagações que surgem quando das reflexões sobre a convocação de constituinte, voltadas algumas delas para noções essenciais do Poder Constituinte. A Constituição ou Ato de Constituição de um povo, a legislação constitucional positiva ou Poder Constituinte promovem várias indagações de ordem doutrinária. Com SCHMITT a doutrina do ato constituinte retornou aos fundamentos da teoria contratual. Sendo que RECASÉNS SICHES disse ser necessário entender que, quando atua o Poder Constituinte, a sociedade encontra-se sempre no estado de natureza. Nesse sentido, SÁNCHEZ VIAMONTE alerta que não é conveniente complicar o sistema contemporâneo do constitucionalismo com uma terminologia em desuso e a evocação de conceitos discutíveis⁽⁷⁶⁾.

Nas democracias torna-se prática a convocação de Assembléia Nacional Constituinte, eleita segundo os postulados do sufrágio universal e igual, como procedimento reconhecido para os processos de elaboração constitucional.

A convocatória de Assembléia Nacional Constituinte, para SCHMITT, não é o único procedimento democrático imaginável, pois foram introduzidas outras classes de execução e formulação da vontade constituinte do povo⁽⁷⁷⁾.

Nos procedimentos constitucionais modernos, também, **referendum** popular passou a ser acolhido e examinado com certo interesse, nas buscas de melhores formas para legitimar as Constituições e suas alterações.

O **referendum** teve, assim, um clima favorável na Constituição italiana. Com a queda de alguns regimes autocráticos, as tendências refratárias a essas formas políticas procuram opor obstáculos ao renascimento das normas:

“Il **referendum** trovò un'atmosfera favorevole nella nostra Costituente, che era nata da una votazione congiunta ad un **referendum**; e si sentiva da tutti i membri della Costituente, senza eccezione, l'esigenza di reagire al totalitarismo, che aveva soppresso l'espressione della volontà popolare”⁽⁷⁸⁾.

(75) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 148 e 149.

(76) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Manual de Derecho Político*, Editorial Bibliográfico, Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 414 e ss; SICHES, Luís Recaséns — *El Poder Constituyente*, J. Morata, Madrid, 1931.

(77) SCHMITT, Carl — *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 97.

(78) RUNI, Mauccio — *Il Referendum Popolare e la Revisione della Costituzione*, Dott. A. Gluffrè, Milão, 1953, p. 7.

Em várias ocasiões que ocorrem, em nossos dias, as discussões em torno das alternativas das transformações de regimes totalitários nas diversas maneiras que podem cristalizar o sistema democrático pluralista, surgem dúvidas no que diz respeito à convocação do Poder Constituinte e à amplitude de sua atuação.

JORGE MIRANDA aponta as diferentes concepções expostas na Assembléia Constituinte, no que diz respeito às relações entre revolução e Constituinte, bem como ao desenvolvimento que os processos revolucionários e o Constituinte tomaram. Realça a importância da relação entre revolução e Constituição como essencial para a Assembléia Constituinte, ocasião em que aponta os requisitos de uma Constituição revolucionária:

“1) que a Constituição não pretenda ser um estatuto definitivo, eternamente válido, mas sim um estatuto expressamente válido apenas para a próxima fase da revolução;

2) que a Constituição não se apresente como um estatuto de exceção, após o qual se regressaria a um pretense “estado normal”, mas sim como estatuto normal de uma certa fase, também ela natural, da revolução;

3) que a Constituição receba e garanta as conquistas revolucionárias já efetuadas;

4) que a Constituição deixe margem ampla aos necessários avanços no sentido do socialismo;

5) que a Constituição não impeça as medidas de combate à contra-revolução que se venham a revelar necessárias;

6) finalmente, que a Constituição integre na estrutura constitucional todos os órgãos de poder revolucionário” (79).

JUAN FERRANDO BADIA observa que, com a morte de Franco, o problema da mudança do regime, tendo em vista as posições e tendências políticas, ocorreram três alternativas a seguir:

- a) mediante a ruptura;
- b) por meio da chamada reforma pactuada; e
- c) através de reforma constitucional (80).

No Brasil, nos últimos tempos, as questões inerentes à Constituinte passaram a ser objeto de vários debates. FREITAS NOBRE, ao iniciar campanha em favor de uma Assembléia Nacional Constituinte, dentre outras afirmativas, expõe:

“Com a Constituinte abre-se um espaço político permissível à participação popular. O cansaço e o desgaste da continuidade

(79) MIRANDA, Jorge — *A Constituição de 1976. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, pp. 32 e 33.

(80) BADIA, Juan Ferrando — *Democracia frente a Autocracia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 364.

aconselham o governo a procurar o caminho que apontamos. A Constituinte — perguntaria o povo — vai por si mesma resolver esses problemas todos? Temos que ser sinceros. É claro que não, mas ela vai possibilitar ao povo caminhar junto com o governo à procura das soluções nacionais. Ela encarna um movimento social democratizado” (81).

Proposta de Emenda à Constituição para convocação de uma Constituinte, a ser eleita em 15 de novembro de 1982, recebeu esse pronunciamento da Ordem dos Advogados do Brasil:

“A idéia consubstanciada no anteprojeto de emenda à Constituição coincide, nos seus pontos essenciais, com o que vem defendendo a Ordem dos Advogados, em várias oportunidades, ao sustentar que a convocação de uma Assembléia Constituinte é o caminho indicado para superar o impasse criado com a ilegitimidade institucional do poder e votar uma nova Constituição que propicie o reencontro histórico da nação com o Estado de Direito, sob a égide de um instrumento democrático de governo. Uma nova Constituição com força e autoridade suficientes para mobilizar o interesse e as energias necessárias à realização de um projeto nacional de vida que reflita o consenso do povo brasileiro” (82).

O Relator FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO, no exame da proposta, afirma que uma Constituição é legítima quando tem origem numa Assembléia Constituinte, representativa da vontade da nação. No mesmo trabalho, em nota sobre a história constitucional do Brasil, faz um levantamento das Constituintes convocadas em 1823, 1891, 1934 e 1946, quando apresenta dois pronunciamentos sobre a convocação de uma Assembléia Constituinte:

“Duas conferências pronunciadas recentemente na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, tendo como expositores os renomados constitucionalistas, Professores AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO e PAULO BONAVIDES, focalizaram os principais temas em torno dos quais se formam duas vertentes de uma corrente de opinião pública sobre a reorganização constitucional do País, a saber: uma, a que adere o eminente Prof. AFONSO ARINOS, sustenta que “a solução política para o caso brasileiro não pode ser outra, senão a mais moderada, ou seja, a convergência das forças da situação e de oposição no Congresso, no sentido ou da feitura de um projeto global de Constituição, ou da revisão de um projeto que venha do governo”.

A esta conclusão chegou S. Ex^ª depois de recordar o Poder Constituinte na feitura das Constituições brasileiras, tendo em

(81) NOBRE, Freitas — *Constituinte*, Paz e Terra, 1977, pp. 11 e ss.

(82) *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Ano X, vol. X, janeiro/abril, 1980, n.º 25.

vista duas coisas: “A primeira é que o Poder Constituinte em 1823, 1891, 1934 e 1946 foi sempre convocado pelo poder político preexistente, que traçou os lineamentos do futuro texto. A segunda é que, como poder instituído e não originário, ele sempre funcionou com incumbências derivadas, procedentes à revisão de textos anteriores”.

Outra, a que se filia o Prof. PAULO BONAVIDES, assevera que: “Como soluções mediatas, tomadas em nome da legitimidade democrática, com o objetivo de extinguir a crise político-institucional, não poderão alternativamente ser outras senão estas: a) conferir poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional; b) convocar mais adiante uma Constituinte soberana que, em nome do povo ou da nação, exercite o seu poder de criação jurídica fundamental; e c) convocar uma Constituinte não soberana, de poderes limitados, cuja obra ficaria sujeita ao **referendum** popular.

Dentre as três soluções, o Prof. BONAVIDES aponta: “a primeira, visto ser mais branda e representar um desdobramento consideravelmente atenuado da segunda, passa a ser, sem dúvida, aquela que, nas circunstâncias atuais do processo político brasileiro, melhor se recomenda à reconciliação do poder com a legitimidade, da Revolução de ontem com a democracia de amanhã. De qualquer maneira, uma conclusão logo se impõe: não há saída legítima com a Constituição em vigor” (83).

O poder de revisão das Constituições tem sido analisado de diversos modos, chega-se a dizer que, consubstanciado no poder de emendar, não teria praticamente limites, até fazer uma Constituição inteiramente nova. Mas a extensão desse poder acobertaria uma verdadeira revolução, com o exercício do Poder Constituinte sem delegação expressa do eleitorado. Ocorreria uma usurpação de funções que o povo não deveria abdicar, com tal alcance, ao Poder Legislativo.

O Poder Constituinte originário, que é livre no que se refere à forma e ao fundo, opõe-se, de acordo com esse entendimento, ao poder instituído ou poder de revisão, que é limitado.

As Constituições enumeram certos limites ao poder de emendar; tais inscrições constitucionais revelam que as Assembléias Constituintes têm poderes que não podem ser exercidos pelas Assembléias Ordinárias, mesmo que se tratasse de emendas constitucionais.

As mudanças políticas, sociais e econômicas levam a novas interpretações quanto às questões constitucionais. A ordem constitucional, para que não se converta em simples legalidade, deve corresponder à situação real da sociedade.

(83) CASTRO, Francisco Ferreira de — *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ob. cit.

Due process of law e a proteção das liberdades individuais

TORQUATO LORENA JARDIM

Mestre em Direito pela Universidade de
Michigan. Professor na Universidade de
Brasília. Advogado.

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — AS FONTES DA MUDANÇA
- III — A PRIMAZIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
- IV — A PRIMEIRA EMENDA
 - 1 — *Liberdade de associação*
 - 2 — *Liberdade de expressão: interesse público*
 - 3 — *Liberdade de expressão: obscenidades*
- V — OS DIREITOS DO ACUSADO
 - 1 — *Busca e apreensão arbitrária*
 - 2 — *Direito à assistência de advogado*
 - 3 — *Direito à assistência de advogado: a extensão da regra*
 - 4 — *Os limites da investigação policial*
- VI — O LEGADO DE WARREN

I — INTRODUÇÃO

Dentre os múltiplos temas que este simpósio comporta sob a égide “O Papel do Judiciário na Promoção dos Direitos Humanos”, proponho-me a fazer breve exposição sobre o que, nos Estados Unidos, realizou a

Palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo.

Suprema Corte, em especial na década de 1960, sob a presidência de EARL WARREN, no tocante à proteção dos direitos individuais.

A Corte WARREN tornou-se marcante na história americana pela criatividade de sua interpretação dos princípios constitucionais, mormente no que respeita a vinculação dos Estados, por via da cláusula do *due process of law* da Emenda XIV (1), ao *Bill of Rights*. Arrogou-se a Corte WARREN, segundo críticos veementes, o poder de criar direitos substantivos, competência que, segundo se alega, era do Poder Legislativo. Desse modo, revendo jurisprudência antiga e arraigada, reinterpretaram o *Bill of Rights* para forçar a integração racial nas escolas, restaurantes, hotéis, empregos e até mesmo no sistema eleitoral; para estender às minorias políticas a proteção da Primeira Emenda (2), evitando que contra elas se impusessem discriminações de toda sorte, seja pela proibição de empregos em escolas, universidades e estaleiros, seja pela obrigatoriedade de juramentos de adesão ao sistema vigente, seja pela auto-incriminação decorrente de atestados ideológicos, bem como para estender à imprensa liberdade de que antes não gozava. A Corte WARREN assumiu, em suma, encargo especial, qual seja o de suprir a ação do Congresso ou do Poder Executivo (3).

Os Juízes da era WARREN se empenharam na realização de um objetivo, o de construir o que o Professor KURLAND denominava *Egalitarian Society* (4), uma sociedade que exigia a igualdade para todos, que demandava que a todos se estendessem os frutos do progresso e a proteção da ordem jurídica. A Corte, no dizer de um de seus estudiosos, imaginou o passado e lembrou-se do futuro (5).

Antes de passar à descrição do trabalho desse tribunal, é oportuno resumir alguns dos princípios do processo judicial americano, bem como identificar outros fatores que também contribuíram para tornar possível a obra realizada pela Corte WARREN.

II — AS FONTES DA MUDANÇA

Os juízes devem saber como entender o espírito de sua época, como se manterem à margem das correntes de opinião, tangidas pelas pai-

(1) *Emenda XIV, seção 1*: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

(2) *Primeira Emenda*: O Congresso não fará qualquer lei relativa à instituição de religião, ou que proíba o seu livre exercício; ou que restrinja a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de peticionar ao Governo para reparação de injustiças.

(3) ALEXANDER BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, p. 114. Yale University Press, New Haven, Conn., 1978.

(4) P. B. KURLAND, *Foreword: Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Branches of Governments*, 78 *Harvard Law Review*, 143 (1964).

(5) L. B. NAMIER, *Conflicts*, p. 70 (1942), cf. Bickel, supra nota 3, p. 13.

xões (6), ou, na palavra de famoso jurista, os juizes devem nutrir simpatia pelo espírito do seu tempo (7).

“Nossa Constituição” — afirmou BRANDEIS — “não é uma camisa de força. É um organismo vivo, e, como tal, capaz de desenvolvimento, de expansão e de adaptação às novas condições. Desenvolvimento implica mudanças — políticas, econômicas e sociais” (8).

Tal concepção da carta fundamental, de sua eterna atualidade, “compeliu os juizes a buscarem significado, não na leitura da Constituição, mas na leitura da vida” (9). O processo de interpretação constitucional compele a tradução de política em julgamento, e a concepção dominante do juiz é sua própria visão da ordem social existente. Somente o reconhecimento consciente da natureza deste exercício do processo judicial protegerá a política de uma interpretação estreita, decorrente de premissas desacreditadas ou de formulações abstratas de preconceitos inconscientes. Já foi dito que o juiz deve ser historiador, filósofo e profeta, tarefas que exigem “sensibilidade poética” e “o dom da imaginação”. Deve ele “levantar a cortina do futuro, dar forma e visão aos mistérios ainda no ventre do tempo” (10).

Os julgamentos da Suprema Corte podem ser vazados sob a forma de prescrições de caráter universal; porém, só alcançam esse vigor quando ganham assentimento geral, porquanto, como sabido, as decisões só obrigam as partes no litígio. Para tornar realidade a promessa insita nos julgados de que todos os que se acham em situação semelhante serão tratados de igual modo, a Corte necessita do assentimento e da cooperação das instituições políticas e da opinião pública (11).

Porque entenderam e nutriram simpatia pelo espírito de sua época, porque compreenderam a Constituição como o organismo vivo que se expande e se adapta às circunstâncias de seu tempo, porque viram no processo judicial o meio de interpretar o direito de modo a tornar vasta a proteção que ele garante aos cidadãos, os juizes da era WARREN responderam aos anseios e às necessidades da sociedade, e as decisões que tomaram se tornaram irreversíveis pelo apoio da opinião pública e, por força desta, do Poder Legislativo.

A Corte WARREN obedeceu, assim, a princípios aceitos havia algum tempo no pensamento jurídico norte-americano. Consoante sentença famosa, serve melhor à causa do direito o tribunal que identifica as normas jurídicas que, desenvolvidas em geração remota, podem, na plenitude da experiência, servir mal à geração presente, e, pois, dela se

(6) TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, p. 137, J. P. Mayer & M. Lerner, eds., 1966.

(7) BENJAMIN N. CARDOZO, *A Natureza do Processo Judicial*, p. 155, 3.ª ed., Coleção A Juris/9, Porto Alegre, 1978.

(8) In *U.S. v. Moreland*, 258 US 433 (1922).

(9) FRANKFURTER, *Supreme Court, U.S.*, 14 *Encyclopedia of the Social Sciences* 474, 480 (1934).

(10) FRANKFURTER, *Of Law and Men*, p. 39, P. Elman, ed. 1956.

(11) BICKEL, *supra* nota 3, p. 30.

descarta, por reconhecer ser outra a que corresponde ao novo julgamento estabelecido e assentado da sociedade (12). Foi assim que grandes expo- sitores do *common law* descobriram a fonte e o método de sua evolução, e encontraram nesta o motivo de sua força e de sua vida, pois o direito não é, nem pode ser, estático.

Na mesma linha de pensamento, CARDOZO afirmou que, quando uma regra de direito, depois de devidamente provada pela experiência, é considerada inconciliável com o senso de justiça ou com o bem-estar social, deve haver menos hesitação no franco reconhecimento desse fato e no completo abandono da referida regra (13). Se os juízes, por infelicidade, interpretarem mal os *mores* de seus dias, ou se os *mores* de seus dias deixaram há muito de ser os de hoje, não deveriam atar, em desamparada submissão, as mãos dos seus sucessores (14).

Os juízes da Suprema Corte certamente não pautaram sua conduta, ao menos nas decisões cruciais, de acordo com a opinião de MARSHALL, para quem o Poder Judiciário “não tem vontade alguma, em qualquer caso. . . O poder judicial nunca é exercido com o propósito de dar efeito à vontade do legislador: ou, em outras palavras, à vontade da lei” (15). Não foi com a vontade do legislador em mente, nem mesmo com a da lei, que os juízes da era WARREN se lançaram à proteção das minorias raciais, políticas e econômicas. Atenderam eles, ao contrário, às neces- sidades da sociedade igualitária que ansiava pela repartição do quanto que o progresso lhe trouxera.

Assim, além de contar com a tradição do *common law*, cujo processo judicial armava o Judiciário de força irreprímível, também a opinião pública se pôs ao lado da Corte. O ambiente social estava preparado para o advento de uma corte progressista e liberal, um tribunal ati- vista, que reagisse contra a inércia do Congresso e a indiferença do Executivo. O país estava em paz, nenhuma ideologia ou força armada alienígena oferecia perigo iminente à estabilidade reinante; a guerra fria e o *mccarthyism* já não opunham as ameaças do começo dos anos 50; o acúmulo de riquezas decorrente do pós-guerra atingia o ponto máximo.

A tudo isso se somou a eleição de JOHN F. KENNEDY para a presi- dência. O tema de sua campanha — *get the country moving again* — era um chamado ao retorno de uma administração atuante e *engagée*. A nova lei de direitos civis e as severas investigações sobre o crime orga- nizado e as atividades das grandes empresas comerciais revelam o es- pírito da nova administração.

Esta combinação de fatores, que induzia o tribunal à liderança firme e decisiva no sentido da transformação social, justifica a assertiva de que a Suprema Corte, “a longo prazo, está predestinada, não somente

(12) Juiz WHEELER, *Dwy v. Connecticut Co.*, apud CARDOZO, supra nota 7, p. 142.

(13) CARDOZO, supra nota 7, p. 141.

(14) *Id.*, *ibid.*, p. 142.

(15) *Osborne v. Bank of the United States*, 9 Wheaton 738, 966.

pela marcante tradição do direito anglo-americano, como também pela realidade de sua posição na estrutura das instituições americanas, a ser uma voz de razão incumbida da função criativa de redescobrir, articular e desenvolver princípios im pessoais e duráveis" (16).

III — A PRIMAZIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Ao proteger e expandir as liberdades garantidas pelo *Bill of Rights*, a Corte Suprema conquistou uma posição nova e vital na estrutura constitucional dos Estados Unidos. Demonstrou ela, cada vez mais, sua preocupação com a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, com os direitos das minorias, dos réus ou dos submetidos às investigações dos Poderes Legislativo e Executivo.

Três foram os principais desenvolvimentos da Corte WARREN: a) adoção da teoria da primazia dos direitos individuais; b) incrementação da tendência de tornar as garantias do *Bill of Rights* obrigatórias para os Estados; e c) expansão do conteúdo substantivo dos próprios direitos.

A teoria da primazia dos direitos individuais foi exposta pela primeira vez pelo Justice STONE em 1938 (17). Sob a Corte WARREN essa doutrina tornou-se dominante. Significa isso que a Constituição dá preferência aos direitos pessoais, em relação aos de propriedade, donde um duplo critério da Corte no exercício do seu poder de *judicial review*: nos casos de liberdades civis e outros de direitos individuais, o princípio da autolimitação judicial será observado pelo juiz de modo significativamente menos rígido do que, *e.g.*, nos casos de direito de propriedade (18). A presunção de validade de ato do Poder Executivo ou Legislativo cede mais prontamente quando a vida e a liberdade são restringidas. Nessa hipótese, a intenção e o discernimento da autoridade sofrem escrutínio mais cuidadoso.

Dizem os críticos que a doutrina de primazia, com sua sublimação dos direitos pessoais, cria uma hierarquia de direitos não contemplada na Constituição (19). Deve, todavia, ser reconhecido, acentua renomado professor, que cada geração deve necessariamente ter sua própria escala de valores. Na América do século XIX, devotada à conquista econômica de um continente, direitos de propriedade ocupavam posição dominante. Um século mais tarde, quando a autonomia individual fora tolhida pela concentração do poder, a preocupação com os direitos pessoais tornava-se preponderante (20). Com o intento de tutelar o livre desenvolvimento do indivíduo, os juízes tendem, naturalmente, a limitar a ingerência

(16) HENRY M. HART JR.; *Foreword: The Time Chart of the Justices*, 73 *Harvard Law Review* 84, 99 (1959).

(17) *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 US 144, 152, n. 4 (1938).

(18) Carta do Justice Stone, 12 de abril de 1941, citada por Mason in *the Core of Free Government, 1938-40: Mr. Justice Stone and "Preferred Freedoms"*, 65 *Yale Law Journal* 597, 626 (1956), apud Schwartz, *The Law in America*, cit., p. 237.

(19) Cf. Justice Jackson, voto divergente em *Brinegar v. U.S.*, 338 US 160, 180 (1949).

(20) SCHWARTZ, *The Law in America*, cit., p. 237.

legislativa nesse campo de modo mais vivo do que quando essa ingerência se realiza no tocante aos direitos econômicos (21).

Anos antes da Corte WARREN, fora decidido que o *Bill of Rights* não obrigava os Estados; BLACK, porém, insistiu em que a Emenda XIV havia mudado tal entendimento (22). A maioria da Suprema Corte, não aceitando a tese de BLACK de que o *Bill of Rights* fora incorporado na cláusula do *due process of law* da Emenda XIV, adotou, ao invés, um método seletivo pelo qual somente os direitos considerados fundamentais foram incluídos no *due process*. Nos anos 50, porém, embora sem abandonar formalmente o método seletivo, a Corte WARREN veio a considerar como fundamentais quase todas as garantias do *Bill of Rights*, e, pois, absorvidas pelo *due process*.

As decisões cruciais foram tomadas em *Mapp v. Ohio* (23) e *Gideon v. Wainwright* (24), onde se reformaram acórdãos que não consideravam fundamentais o direito de ter declarada nula condenação fundada em prova obtida ilegalmente nem o direito a assistência de advogado. Ambas as decisões defenderam, em termos largos, a necessidade de proteger direitos individuais exprimindo a tendência de, cada vez mais, se incluírem as garantias do *Bill of Rights* na Emenda XIV. Na década seguinte, os tribunais declararam fundamentais os seguintes direitos, obrigatórios, assim, para os Estados: direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo crime (25), nem de auto-incriminar-se (26); direito a processo perante júri em casos criminais (27), a julgamento rápido (28), a confrontação com as testemunhas de acusação (29), e a fiança (30).

Acrescentem-se a estes direitos aqueles declarados vinculativos quanto aos Estados antes de 1950 (31), e se terão todos os direitos garantidos pelo *Bill of Rights*, salvo o de denúncia pelo *grand jury* e o de júri em processos civis de valor superior a vinte dólares. Estas duas exceções

(21) Confronte-se com *Justice FRANKFURTER in Kovacs v. Cooper*, 336 US 77, 95 (1949).

(22) Voto divergente em *Adamson v. California*, 332 US 46, 71-72 (1947).

(23) 367 US 643 (1961).

(24) 372 US 335 (1963).

(25) *Benton v. Maryland*, 395 US 784 (1969).

(26) *Malloy v. Hogan*, 378 US 1 (1964).

(27) *Duncan v. Louisiana*, 391 US 145 (1968).

(28) *Klopfer v. North Carolina*, 386 US 213 (1967).

(29) *Pointer v. Texas*, 380 US 400 (1965).

(30) *Pilkinton v. Circuit Court*, 324 F. 2d. 45 (8th. Cir. 1963); *Goodine v. Grillin*, 309 F. Supp. 590 (S.D. Ga. 1970).

(31) Direito contra busca e apreensão ilegal na Quarta Emenda (*Wolf v. Colorado*, 338 US 25 — 1949), direito contra confissão sob coação na Quinta Emenda (*Brown v. Mississippi*, 297 US 278 — 1936), direito a júri público na Sexta Emenda (*In re Oliver*, 333 US 257 — 1948), direito a júri imparcial (*Norris v. Alabama*, 294 US 587 — 1935), direito a advogado em casos de pena de morte ou na hipótese de que o julgamento imparcial se mostre improvável (*Powell v. Alabama*, 287 US 45 — 1932; *Betts v. Brady*, 316 US 455 — 1942) e o direito a não sofrer punição cruel e desusada na Oitava Emenda (*Francis v. Resweber*, 329 US 459, 463 — 1947).

não tolhem a marcante tendência de tornar a cláusula do *due process* cada vez mais abrangente.

A Corte WARREN, porém, fez mais do que tornar obrigatórios quanto aos Estados os direitos fundamentais do *Bill of Rights*: expandiu o conteúdo substantivo dos direitos, dando, virtualmente, aos direitos individuais significado que, pela sua latitude, não encontra paralelo no direito americano. Assumiu isto particular relevo em dois temas cruciais: liberdade de expressão e justiça criminal.

IV — A PRIMEIRA EMENDA

1 — *Liberdade de associação*

As liberdades protegidas pela Primeira Emenda foram garantidas com crescente vigor nos anos 60. No tocante às restrições aos comunistas, porém, o processo foi mais lento. Ainda em 1961, foi mantida a constitucionalidade do *Smith Act*, que definia como crime “tornar-se ou manter-se membro de qualquer organização que advogue a derrubada do Governo Federal pela força ou violência” (32). Para tal, recorreu o Tribunal à interpretação restrita em uso nos anos 50. No caso *Scales v. United States* (33), a Corte interpretou a norma que proibia filiação ao partido comunista aplicável apenas aos membros *ativos* e com *intenção específica* de cumprir os objetivos revolucionários do partido. O julgamento no caso *Scales* manteve a condenação do réu, identificando filiação ativa com intenção específica, ao passo que em *Noto v. United States* (34), a Corte reformou a condenação, dada a inexistência de prova que atendessem aos dois requisitos: participação ativa e intento específico.

BLACK, BRENNAN, DOUGLAS e WARREN dissentiram em *Scales* e concordaram em *Noto*, mas em ambos os casos instaram fosse declarada a inconstitucionalidade da norma que proibia a filiação (35). A mesma divergência se manifestou em 1961 em outro processo, no qual se cuidava da Lei de Controle das Atividades Subversivas, que exigia, no art. 7º, que o partido comunista se registrasse como organização de ação comunista (36). O voto de BLACK acentuou que “a proscrição de uma associação por advogar ela idéias odiadas... marca momento funesto na história de um país livre” (37).

Após reduzir a abrangência da lei, em decisões de 1963, 1964 e 1965, a Corte, em 1965, por decisão unânime, declarou que uma ordem da Comissão de Controle das Atividades Subversivas para que certos indivíduos se registrassem como membros do partido comunista violava o direito da não-auto-incriminação. A inexistência de qualquer garantia

(32) LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 804.

(33) 367 US 203; 81 S. Ct. 1469; 6 L. Ed. 2d. 782 (1961).

(34) 367 US 290; 81 S. Ct. 1517; 6 L. Ed. 2d. 836 (1961).

(35) 367 US 259, 300.

(36) *Communist Party v. Subv. Act. Control Bd.*, 367 US 1, 137 (1961).

(37) Cf. SWINDLER, *op. cit.*, p. 291.

na lei de que tal registro não serviria de base para processo constitua, no dizer de BRENNAN, uma falha fatal; porém, mesmo que tal garantia fosse estipulada, a violação persistiria, porquanto poderia a informação ser utilizada para busca de outras provas incriminadoras (38). Dessa forma, foi praticamente anulada a cláusula do registro estabelecida na referida lei.

2 — Liberdade de expressão: interesse público

No que toca à liberdade de expressão, as principais decisões podem ser divididas em dois grupos: as que têm a ver com assunto de interesse público e as que cuidam dos limites adequados a exercício da liberdade, fixados pelas leis que dispõem sobre a obscenidade.

New York Times v. Sullivan (39) foi, na realidade, uma consequência do movimento de dessegregação. Como grande parte da jurisprudência da dessegregação, esse julgado teve efeitos em outras áreas. A causa do processo residiu num anúncio publicado no *Times* e assinado pelo "Comitê de Defesa de Martin Luther King e da Luta pela Liberdade no Sul", anúncio pelo qual o comissário de polícia da cidade de Montgomery, no Alabama, alegou ter sido caluniado. Embora o nome do comissário não tivesse saído nessa publicação, e a imprecisão na descrição dos fatos se reduzisse a detalhes irrelevantes, a sentença foi-lhe favorável, concedendo-lhe indenização de 500 mil dólares.

Em decisão não unânime, a Suprema Corte reformou o acórdão da corte suprema estadual. BRENNAN asseverou que processos de calúnia não gozavam de imunidade especial, sujeitavam-se às limitações constitucionais, e, por conseguinte, deviam ser examinados "em face do profundo compromisso nacional para com o princípio de que debates de interesse público devem ser desinibidos, vigorosos e abertos, o que bem pode incluir ataques veementes, cáusticos e por vezes desagradáveis contra o Governo e os servidores públicos". À regra constitucional, sustentou a maioria, "proíbe que servidor público seja indenizado por declarações caluniosas relativas à sua conduta pública, salvo se se comprovar que a declaração foi feita com *malícia intencional*" — dolo —, "isto é, com conhecimento de que era falsa ou com desatenção negligente quanto à sua falsidade" (40).

Dois anos após *Sullivan*, BRENNAN estendeu o mesmo princípio — *public official rule* — às agências públicas de atividade delegada. DOUGLAS, concordando em parte, entendeu que esse princípio dizia respeito a questões públicas — *public issues* — ao invés de servidores públicos, porquanto era o válido interesse público no debate que devia ser contrabalançado com a calúnia ao indivíduo (41). Em 1967, BRENNAN procurou acomodar a opinião de DOUGLAS ao estender o princípio de *Sullivan* à

(38) *Albertson v. Subv. Act. Control Bd.*, 382 US 77 (1965).

(39) 376 US 255; 84 S. Ct. 710; 11 L. Ed. 2d. 686 (1964).

(40) *Id.*, *ibid.*

(41) *Rosenblatt v. Baer*, 383 US 75 (1966).

invasão da vida privada. “Exposição do indivíduo aos demais em graus variados é um fato natural da vida numa comunidade civilizada. O risco de tal exposição é um incidente essencial da vida em uma sociedade que dá valor primordial à liberdade de expressão e à de imprensa... Nós criamos um sério e grave risco de tolher o serviço indispensável de uma imprensa livre em um país livre se encilhamos a imprensa com o ônus impossível de verificar a certeza dos fatos associados em noticiário ao nome, reputação ou imagem de um indivíduo, particularmente quando se trata de matéria não difamatória” (42).

Até que ponto poderia a regra *Sullivan* ser estendida às ações privadas por crimes contra a honra, foi debatido no Tribunal em outros dois casos em 1967: o primeiro, de um diretor de esportes da Universidade da Geórgia contra o *Saturday Evening Post*; o segundo, de um militar reformado, General WALKER, contra a agência de notícias *Associated Press*.

A maioria da Corte, em voto do *Justice HARLAN*, reduzindo a indenização no primeiro e reformando a condenação no segundo caso, decidiu que a regra *Sullivan* não era apropriada para ações de calúnia, difamação ou injúria em que não estivesse envolvido servidor público, e que os padrões conhecidos de delitos civis (torts) — *cuidado razoável ou devido* — eram suficientes para resolver tais questões, sem necessidade de disputa com fundamento em princípios constitucionais. Uma figura pública, que não servidor público, concluiu HARLAN, deve obter indenização por difamação comprovando conduta marcadamente não razoável e indevida por parte do ofensor. No caso da Universidade da Geórgia, personalidade esportiva conhecida acusada de conspiração para “arranjar” jogo de futebol, as implicações manifestamente perigosas do artigo, e a inexistência de pressão para que o jornalista terminasse a reportagem em hora certa, apoiaram a prova de que ocorrera “conduta marcadamente não razoável e indevida”. No caso do General WALKER e sua alegada participação em resistência organizada contra os esforços de policiais federais de garantirem a matrícula de um negro na Universidade de Mississippi, a demanda premente do público por noticiário imediato e ao vivo, como também a publicidade prévia das opiniões de WALKER sobre a controvérsia, foram provas de que a agência de notícias havia agido razoavelmente ao aceitar a reportagem do correspondente (43).

WARREN, para quem a regra *Sullivan* oferecia o padrão mais prático para limitar responsabilidade no interesse de informação pública, argumentou que, “embora não sujeitos às restrições do processo político, *figuras públicas* freqüentemente têm papel influente no ordenamento da sociedade”. Uma vez que, no mundo moderno, distinções entre ações públicas e privadas haviam se tornado nebulosas, e que uma “combinação de posições e poder” tornara possível para muitas pessoas, fora de

(42) *Time, Inc. v. Hill*, 385 US 374, 388 (1967).

(43) *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 385 US 130; *Associated Press v. Walker*, 386 US 130 (1967).

funções públicas, influenciar os negócios públicos, por intermédio do contínuo interesse geral em suas atividades e opiniões, o *Chief Justice* concluiu que a regra *Sullivan* deveria ser aplicada. Se aplicada tal regra aos dois casos ora discutidos, a decisão da Corte teria sido a mesma, porém, acentuou WARREN, o princípio continuaria como “uma proteção importante dos direitos da imprensa e do público de informar e de ser informado sobre assuntos de seu legítimo interesse” (44).

A conseqüência desses casos de crime contra a honra nos anos 60, de *Sullivan* a *Curtis* e *Walker*, foi a de promover uma liberdade substancialmente maior de discussão pública onde pudesse ser comprovado legítimo interesse público na matéria e objetividade razoável na sua publicação (45).

3 — Liberdade de expressão: obscenidades

Deviam os mesmos padrões de *Sullivan*, *Curtis* e *Walker* serem aplicados a temas que parte da opinião pública considerava pornográfico ou obsceno? Nesta faceta da Primeira Emenda, o tribunal encontrou dificuldade ainda maior do que naqueles casos.

Em 1957, a Corte, contra os votos de BLACK e DOUGLAS, e, em parte, contra o de HARLAN, manteve a condenação de editores da Califórnia e de New York pela violação de leis estadual e federal, respectivamente, sobre a obscenidade. BRENNAN, pela maioria, observou que o caso era o primeiro teste de obscenidade que se apresentava dentro do contexto das Emendas Primeira e XIV sob a cláusula de garantia da imprensa livre. Definindo matéria obscena como “matéria que trata do sexo de modo a despertar interesse lúbrico”, ele concluiu que o juiz de primeira instância, no caso envolvendo lei federal, havia corretamente instruído os membros do júri a “perguntarem a si próprios se a publicação ofendia a consciência da comunidade de acordo com os padrões atuais” (46).

A divergência parcial de HARLAN se fixou na natureza variável da “consciência da comunidade de acordo com os padrões atuais”, apontando que o livro *Memoirs of Hecate County*, ilegal em New York, havia sido liberado na Califórnia, enquanto testes judiciais de *God's Little Acre* causaram condenação em Massachusetts e absolvições em New York e Pennsylvania. E mais, prosseguiu HARLAN, julgar-se dada matéria obscena não devia necessariamente levar à conclusão de que a publicação “não tivesse qualquer importância social que a redimisse” (47). BLACK e DOUGLAS partiram da mesma linha de argumentação para citar estudos sociológicos mostrando a pouca correlação entre interesse de leitura e delinqüência, e acentuaram que “o critério consciência da

(44) 385 US 165.

(45) Cf. A. B. HANSON, *Developments in the Law of Libel: Impact of the New York Times Rule*, 7 *Williams and Mary Law Review* 215 (1966), apud SWINDLER, *op. cit.*, p. 296.

(46) *Roth v. U.S.*; *Alberts v. California*, 354 US 476, 496, 508 (1957).

(47) *Id.*, p. 503.

comunidade, de acordo com os padrões atuais”, claramente conflitava com a Primeira Emenda.

“Qualquer teste que se baseie no que é ofensivo aos padrões da comunidade” é perigosamente vago, escreveu BLACK; quão perigosamente vago se tornaria evidente se, ao invés de obscenidade, a matéria em debate fosse religião, economia, política ou filosofia. A censura comunitária — concluiu o *Justice* — “cria um regime no qual, na batalha entre os homens de letras e os filisteus, os filisteus certamente vencerão” (48).

O processo que se seguiu provocou uma torrente de críticas, “e ninguém, dentro ou fora da Corte, pareceu capaz de aperfeiçoar a jurisprudência nos casos seguintes” (49). Tratava-se de uma revista de nus masculinos que só pôde circular após ter a Suprema Corte cassado liminares concedidas nas instâncias inferiores. HARLAN, pela maioria, reiterou os critérios de ofensa patente e apelo ao “interesse lúbrico”, e sugeriu que, para publicações de circulação nacional, “um padrão nacional de decência” deveria ser concebido. A esta decisão de 1962 seguiu-se outra, de 1964, na qual BRENNAN, uma vez mais pela maioria, acrescentou aos testes de *Roth* a necessidade de se comprovar a ausência total de “qualquer redimível importância social” (50).

Dois anos mais tarde, a Corte, em três outros processos, buscou esclarecer a distinção entre descrição permissível e impermissível dentro do conceito de imprensa livre. O sucesso do esforço não foi notável; por seis votos a três, com três diferentes votos pela maioria, o Tribunal reformou decisão que considerava obsceno o livro *Fanny Hill* (51), escrito dois séculos antes. Os critérios enunciados pela Corte, disse BRENNAN, “não deviam ser aplicados independentemente”, e, no “teste da importância social”, a obra não devia ser condenada “a não ser que se verificasse inexistir qualquer valor social que a redimisse”. DOUGLAS sugeriu que, “quando os especialistas discordassem a respeito do mérito da obra, a presunção da proteção constitucional deveria prevalecer” (52).

Nos outros dois casos, mantiveram-se condenações de tribunais no-valorquinos; o primeiro envolvendo um editor, *Mishkin*, que especificamente contratava a escrita de livros nos quais “sexo tinha que ser vigoroso, rude e explícito”; o outro, também envolvendo um editor, *Ginzburg*, e suas três corporações publicadoras de material pornográfico (53). No primeiro processo, *Mishkin*, BRENNAN afirmou que quando a publicação tem o objetivo de atingir público consumidor de material pornográfico — público este claramente definível, então “o critério *Roth* — apelo lúbrico — é satisfeito se o tema dominante da publicação

(48) *Id.*, p. 512.

(49) SWINDLER, *op. cit.*, p. 297.

(50) *Jacobellis v. Ohio*, 378 US 184, 191 (1964).

(51) O título anterior era *John Clelland's Memoirs of a Woman of Pleasure*.

(52) *Memoirs v. Attorney General*, 383 US 413, 418, 427 (1966).

(53) O material consistia de uma revista de nus explícitos — *Eros*, um tablóide quinzenal — *Liaison*, e um pequeno livro intitulado *The Housewife's Handbook of Selective Promiscuity*.

é apelar para o interesse lúbrico do grupo" (54). No segundo processo — *Ginzburg*, embora concedesse um possível valor social das publicações para especialistas médicos, BRENNAN declarou: "Se a ênfase única do fornecedor é nos aspectos sexualmente provocadores de sua publicação, tal fato pode ser decisivo na determinação de obscenidade" (55).

Ainda assim, conforme HARLAN já havia dito no caso de *Fanny Hill*, "nenhum critério estável de determinação da obscenidade foi até agora concebido por esta Corte". Recuando da posição de especulação de um padrão nacional de obscenidade, HARLAN propôs limitar a Primeira Emenda aos casos de material "cuja indecência seja autodemonstrável" e aplicar a Emenda XIV apenas para exigir que os tribunais estaduais "aplicassem critério racionalmente compatível com a noção aceita de obscenidade" (56), i.e., *due process*. Todavia, conforme DOUGLAS replicara ao divergir em *Mishkin* e *Ginzburg*, esperar que a Corte aplicasse tais testes supunha uma onisciência "que poucas pessoas em toda nossa sociedade possuem".

A questão, tal como posta, levaria à conclusão última, do ponto de vista de DOUGLAS, "de que a Primeira Emenda permite a expressão de todas as idéias — quer ortodoxas, populares, *off beat* ou repulsivas". A solução, insistiu o *Justice*, era deixar as pessoas livres "para escolherem cuidadosamente, para reconhecerem a escória quando a vissem, para serem atraídas à literatura que satisfizesse suas necessidades mais profundas, e, presumivelmente, para moverem de um plano a outro e, finalmente, atingirem o mundo das idéias duradouras". Este apontou ele ser "o ideal de uma sociedade livre inscrito na nossa Constituição" (57).

A indefinição das razões da Corte vai, assim, do subjetivismo de *Roth* ao absolutismo de liberdade de publicação na visão de BLACK e DOUGLAS. A hesitação e as dúvidas que caracterizaram tais decisões pareceram refletir a indecisão da própria sociedade americana em geral, conforme os velhos padrões de sexualidade transformavam-se aos olhos de todos. Uma sugestão do curso final do constitucionalismo nesta matéria veio na primavera de 1967, quando a Corte, em decisões *per curiam*, sumariamente reformou vinte condenações (58).

V — OS DIREITOS DO ACUSADO

1 — Busca e apreensão arbitrária

O conteúdo do pensamento predominante na maior parte das decisões sobre a Primeira Emenda nos anos 60, seja isolando "questões públicas" de quaisquer restrições, salvo difamação dolosa, seja buscando uma visão geral sobre a obscenidade no contexto da moralidade da

(54) *Mishkin v. New York*, 383 US 502, 508 (1966).

(55) *Ginzburg v. U.S.*, 383 US 463, 470 (1966).

(56) 383 US 455.

(57) *Id.*, p. 491.

(58) *Jacobs v. New York*, 388 US 431 (1967) e os processos que se seguiram.

época, foi o convencimento de que “liberdade pessoal máxima é a pedra de toque de uma sociedade madura” (59). Tal percepção é coerente com a preocupação primacial da Corte Warren em assegurar igualdade para todos no gozo dos direitos garantidos pela Constituição, fossem eles membros de minoria, eleitores intitulados a igual peso no processo político, ou réus incapazes de exercer suas defesas sem a assistência de advogado.

O precedente que dominava na questão de busca e apreensão era *Wolf v. Colorado*, decidido em 1949 (60). Nele, Julius Wolf fora condenado no Colorado por conspiração para facilitar abortos. Autoridade policial, sem autorização judicial, entrara em escritório médico, lá obtendo relatórios com os nomes dos clientes, os quais, interrogados em juízo, forneceram a prova incriminadora. FRANKFURTER, por uma maioria de seis votos a três, decidiu que condenação por corte estadual em razão de crime estadual não violava a cláusula do *due process of law* unicamente porque a prova incriminatória, como obtida, era inadmissível numa corte federal. Embora concedesse que a segurança da privacidade individual contra a intrusão arbitrária da polícia fosse básica para uma sociedade livre, e que, pois, estava implícita no conceito de “liberdade com ordem”, a Corte entendeu, todavia, não ser vital para a proteção de tal princípio a exclusão de prova obtida mediante busca e apreensão arbitrária, porquanto a proteção da privacidade podia ser exercida pela disciplina interna da polícia, por uma opinião pública alerta e pela ação privada de cada um. Por conseguinte, concluiu FRANKFURTER, a Emenda XIV não proíbe que condenação por crime estadual em corte estadual seja fundada em prova obtida mediante busca e apreensão arbitrária.

Mapp v. Ohio (61), todavia, alterou fundamentalmente a jurisprudência. Em 23 de maio de 1957, três policiais de Cleveland foram à casa da Srta. Mapp e solicitaram-lhe autorização para realizar busca, pois dispunham de informação de que um suspeito foragido ali se escondia. Negada a permissão, porque os policiais não exibiram mandado judicial forçaram eles a porta e fizeram a busca, ao cabo da qual apreenderam material obsceno, cuja posse era crime pela lei de Ohio, o que resultou na condenação da Srta. Mapp. Salientando que o tempo havia voltado sua face contra *Wolf*, Justice CLARK decidiu que as restrições da Quarta Emenda (62) contra busca e apreensão arbitrária deviam ser aplicadas

(59) SWINDLER, *op. cit.*, p. 299.

(60) 338 US 25; 69 S. Ct. 1359; 93 L. Ed. 1792 (1949).

(61) 367 US 643; 81 S. Ct. 1684; 6 L. Ed. 1081 (1961).

(62) *Quarta Emenda*: O direito do povo de estar seguro quanto às suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias não será violado, e nenhum mandado será expedido, salvo se existente indício de culpabilidade, confirmado por juramento ou declaração, nele particularizadamente descritos o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

aos Estados por via da cláusula do *due process* da Emenda XIV. Continuar a tolerar a prática estadual de admitir como válida prova obtida em violação da Quarta Emenda, quando tal era proibido nas cortes federais, implicava em “encorajar desobediência à Constituição federal”. Tal “atalho ignóbil para a condenação deixado aberto aos Estados” — concluiu CLARK — “tende a destruir o inteiro sistema de restrições constitucionais no qual se alicerçam as liberdades do povo” (63).

Dois anos mais tarde, porém, CLARK declinou de aplicar o precedente *Mapp* a qualquer busca e apreensão arbitrária. Onde a entrada arbitrária em certo lugar fosse motivada por *causa provável*, i.e., razoável indício de criminalidade, e resultasse em prisão legal e produzisse a prova incidentalmente à prisão, CLARK distinguia de *Mapp*, onde a entrada arbitrária fora pré-requisito para a obtenção da prova, a qual, só posteriormente, criara a causa provável, i.e., a razoabilidade da prisão. Em *Ker v. California*, CLARK insistiu que a diferença entre as regras federal e estaduais de exclusão de provas era legal e não constitucional (64), porquanto necessário notar que “as demandas do nosso sistema federal nos compelem a distinguir entre a prova dada como inadmissível em razão dos nossos poderes de supervisão sobre as cortes federais e aquela inadmissível porque proibida pela Constituição dos Estados Unidos” (65).

A metódica progressão da assertiva inicial de causa provável até entrada legal, prisão legal e busca e apreensão legal incidental à prisão foi o padrão que a Corte buscou aplicar consistentemente.

Em *Aguilar v. Texas* (66) a maioria reformou condenação fundada em prova obtida com mandado de busca irregular; se as circunstâncias requeriam mandado, disse GOLDBERG, a exigência de se obter um que fosse regular e próprio era a mesma, seja de acordo com a Quarta Emenda ou com a Emenda XIV (67). Em *Preston v. United States*, no mesmo ano, a Corte unanimemente reformou condenação fundada em busca “remota no tempo e do lugar da prisão”. No caso, prisão por vadiagem resultara em condenação por tráfico de narcóticos (68).

Autorização para busca sem mandado, disse a Corte em *Stoner v. California*, podia ser dada apenas pelo réu, nunca por terceiros. Na hipótese, a busca feita no quarto de hotel, embora permitida pelos em-

(63) *Mapp v. Ohio*, supra nota 61.

(64) *Ker v. California*, 374 US 23, 34 (1963).

(65) LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 603.

(66) 378 US 108, 110 (1964).

(67) *Id.*, *Ibid.*

(68) *Preston v. United States*, 376 US 364 (1964).

pregados, violara o direito constitucional do réu. “Era o seu direito que estava em jogo, não o do empregado, nem o do hotel. Ao ocupar um quarto de hotel, o réu tinha, na realidade, dado permissão para que arrumadeiras e empregadas entrassem em seu quarto, porém, apenas para o desempenho de suas funções normais”, não para acompanhar a polícia (69). Apreensão de prova, sem autorização legal, porém, podia ser justificada pelas circunstâncias, como no caso de motorista preso pela causa provável de estar dirigindo embriagado, quando o retardamento do exame de sangue faria desaparecer a prova condenatória (70).

Em duas decisões de 1967, mesmo os liberais ativistas da Corte se dividiram. Na primeira, STEWART manteve prisão de um suspeito de tráfico de narcóticos com base em informe anônimo. O informe criara a “causa provável” que motivou busca e apreensão legal, disse a maioria, enquanto WARREN, divergindo, afirmou que a Corte deixava a garantia da Quarta Emenda à discricção da polícia (71). BLACK, no segundo caso, manteve condenação fundada em busca e apreensão, no carro do réu, de narcóticos, após prisão por suspeita de tráfico de narcótico, o que tornava o caso diverso de *Preston*, onde a apreensão do veículo não estava relacionada à prisão, e a busca desvendou prova não relacionada à causa da prisão (72).

O mesmo princípio de busca e apreensão arbitrária como causa de exclusão de provas incriminatórias, como meio de proteção dos direitos constitucionais do réu, tentou a Corte aplicar nos primeiros casos de prova obtida clandestinamente por meio de interceptação eletrônica de comunicações.

Fundada na Lei Federal de Comunicações de 1934, que proibia interceptação de comunicações, a Corte, em 1957, excluiu prova obtida clandestinamente, por policiais estaduais, por meios eletrônicos, e entregues a promotores federais para uso em tribunais federais (73). No mesmo ano, outro acórdão distinguiu entre interceptação e gravação de conversas nas quais uma das partes consentira na gravação (74). Todavia, quando a gravação meramente documenta o depoimento do próprio policial que executara a prisão, decidiu a Corte em 1963, ou quando o próprio depoimento consiste de comentários feitos pelo réu a um informante, decidiu a Corte em 1966, a defesa não pode clamar pela proteção da Quarta Emenda. No primeiro processo, *Lopez*, o réu oferecera suborno

(69) *Stoner v. California*, 376 US 483, 488 (1964); LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 614.

(70) *Schneiber v. California*, 384 US 757, 770 (1966).

(71) *McCray v. Illinois*, 386 US 300 (1967).

(72) *Cooper v. California*, 386 US 58, 59-60 (1967).

(73) *Benanti v. U.S.*, 335 US 96, 99 (1957).

(74) *Rathbun v. U.S.*, 355 US 107 (1957).

a fiscal de tributos, o qual, instruído por seus superiores, fingiu aceitar, e, no escritório de Lopez, gravou a conversa sem conhecimento do réu; no segundo, *Hoffa*, o réu foi condenado por tentativa de suborno de membros do júri em processo que respondia, e a prova foi obtida por um informante da polícia que, fazendo-se passar por integrante do grupo do réu, tinha acesso à suíte do hotel em que se hospedava Hoffa (75).

Em *Berger v. New York*, em 1967, a maioria declarou inconstitucional lei de New York sobre escuta eletrônica clandestina, porquanto a linguagem da lei era “muito abrangente resultando numa intrusão de direito constitucionalmente protegido” (76), e, portanto, “violadora das Quarta e Quinta Emendas” (77). Apontando para a decisão do Ministério da Justiça de proibir tal prática para fins de processo judicial, *Justice CLARK* declarou: “No nosso regime um homem se cala se quiser, ou fala se quiser. A questão está em se ele o faz voluntariamente... Em resumo, não vejo como qualquer escuta eletrônica que obtém provas ou leva a sua busca é ou pode ser constitucional em face da Quarta e Quinta Emendas” (78).

2 — Direito à assistência de advogado

Toda esta linha de pensamento levou ao clímax das decisões dramatizadas em *Gideon v. Wainwright* (79), e abriu o caminho para um processo criminal mais humanitário, condicionado por direitos constitucionais. A preocupação da Corte com o grau de coação nas confissões estava essencialmente relacionada à sua determinação de que nenhum réu tivesse sua defesa diminuída pela falta de assistência jurídica profissional. Assim, os anos 60 assistiram, por um lado, a uma série de decisões que progressiva e continuamente expandiram as garantias do réu; por outro, a críticas crescentes de que a tendência de tais decisões era a demolição do sistema de execução das leis.

A admissibilidade das confissões em processo penal fora tópico de debate áspero por décadas. Ainda em 1953 a Corte decidira que a única preocupação da Emenda XIV com o tema era admoestar os tribunais a não admitirem confissões obtidas em circunstâncias “inerentemente desnecessárias de crédito” (80). Seis anos mais tarde, porém, a Corte, aplicando o “teste da credibilidade” a seu próprio alvitre, invalidou con-

(75) *Lopez v. U.S.*, 373 US 427 (1963); *Hoffa v. U.S.*, 385 US 293 (1966); LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, pp. 618-19; KAUPER, *op. cit.*, p. 939.

(76) LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 621.

(77) KAUPER, *op. cit.*, p. 937.

(78) *Berger v. New York*, 388 US 41, 55 *et seq.* (1967).

(79) 372 US 335; 83 S. Ct. 792; 9 L. Ed. 2d. 799 (1963).

(80) *Stein v. New York*, 346 US 156 (1953).

fissões obtidas em maratona de interrogatórios ou mediante ameaça ou molestamento da família ou de amigos do réu. O teste doravante, disse WARREN em 1961, era se quaisquer circunstâncias envolvendo uma confissão eram "tais que subjugavam a vontade do réu de resistir e não admitir confissões involuntárias" (81).

Mesmo o novo teste da "voluntariedade" tinha seus pontos fracos; era, disse CLARK, "um padrão indefinível e incomensurável de coação psicológica" que apenas encorajava os interrogadores a usarem maior inventividade nos seus métodos.

A raiz do problema, apontou DOUGLAS em 1962, era a ausência de advogado durante o inquérito policial, quando os "prejuízos potenciais" para o réu atingiam o ponto máximo. "Um advogado imaginativo", prosseguiu DOUGLAS, "pode prontamente identificar aspectos na vida pregressa do réu que devidamente questionados levantam suspeita quanto à validade de alguma prova da acusação" (82).

Com este voto de DOUGLAS, o palco estava pronto, uma vez mais, para a refutação da amaldiçoada regra de *Betts v. Brady*, e a petição manuscrita de Clarence Gideon, para revisão de sua condenação na Flórida, trouxe a oportunidade no ano seguinte.

Em *Betts* a Corte havia decidido que o Estado, ao indeferir pedido de advogado dativo, não negava o *due process of law* ao réu indigente acusado de roubo, porquanto fora ele informado pelo juiz que o direito só lhe seria assegurado em casos de homicídio ou estupro, ou caso as circunstâncias recomendassem a nomeação como meio de se garantir um julgamento justo, o que, na hipótese, não era necessário. *Justice ROBERTS* assim termina seu voto: "... a Emenda XIV proíbe a condenação e o encarceramento de alguém cujo julgamento não esteja de acordo com as idéias fundamentais e comuns", i.e., do *common law*, "de justiça e direito, e embora a ausência de advogado em seu caso particular possa resultar em uma condenação carente de tais valores fundamentais, não podemos dizer que a Emenda contenha um mandamento inexorável de que nenhum julgamento por qualquer crime, ou em qualquer corte, possa ser conduzido com correção, e que justiça não possa ser feita ao réu, porque não é ele defendido por advogado" (83).

Em janeiro de 1962, em papel timbrado da Divisão de Correções da Flórida, um preso dirigiu-se à Suprema Corte nestes termos: "Eu, Clarence Earl Gideon, informo este Tribunal que sou pobre, sem recursos,

(81) *Spano v. New York*, 360 US 315 (1959); *Culombe v. Connecticut*, 357 US 358, 635 (1961).

(82) *Chewning v. Cunningham*, 368 US 443, 446 (1962).

(83) 316 US 455; 62 S. Ct. 1252; 86 L. Ed. 1595 (1942); KAUPER, *op. cit.*, pp. 895-896; LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 638.

e sem possibilidade de obter ajuda financeira, e eu imploro a este Tribunal que ouça e delibere sobre meu pedido" (84). A Corte de primeira instância, alegou Gideon, recusara-lhe advogado, contrariamente ao direito da Constituição.

Abe Fortas, defensor nomeado pela Suprema Corte, e um dos mais hábeis advogados de Washington então, iniciou dizendo que a questão não era a da necessidade ou não de advogado em um julgamento "justo e decente". "A necessidade de advogado é muito clara para se discutir. Nenhum indivíduo que não seja advogado treinado e experiente tem chance de conhecer ou diligenciar as elaboradas e sofisticadas medidas técnicas que são necessárias para ordenar e avaliar os fatos, analisar o direito, determinar a linha de argumentação, barganhar a acusação, dominar e apresentar todas as considerações de fato e de direito relevantes para sua defesa. Mesmo um advogado criminalista treinado e experiente não deve — e nem o fará, se tiver sensibilidade — promover sua própria defesa".

"As leis sobre confissões involuntárias e buscas e apreensões aplicáveis aos Estados" — prosseguiu Fortas — "são posteriores quase todas a *Betts v. Brady*" (85). Leigos inexperientes, ignorantes das regras do processo criminal, marchavam firmes para armadilhas. Em tais circunstâncias, a distinção entre crimes punidos com penas de reclusão e de detenção, aqueles exigindo advogado dativo, este não, era inválida; se negar advogado a qualquer réu indigente implica em negar o *due process* e a igual proteção das leis, então o impedimento constitucional estendia-se a todos, a despeito da magnitude da acusação.

Portanto, concluiu Fortas, se a decisão em *Mapp* (86) se mostrara necessária para eliminar disparidade inconstitucional entre os tribunais, em matéria de admissibilidade de prova obtida mediante busca ilegal, decisão semelhante, reformando *Betts* na questão de direito a assistência de advogado, tornara-se igualmente imperiosa. E a Corte não poderia se deixar intimidar em razão do efeito retroativo de tal decisão. Em um mundo livre, declarou Fortas, o direito a advogado para os pobres tanto quanto para os ricos "é uma garantia indispensável... da justiça e do direito" (87).

Acatando os argumentos de Fortas, BLACK, por uma corte unânime, concordou que *Betts* devia ser rejeitado. Onde Constituições nacional e estaduais uniformemente buscam proteger os direitos dos réus de modo que todos sejam iguais perante os tribunais, a réu pobre, forçado a exer-

(84) SWINDLER, *op. cit.*, pp. 301-302.

(85) *Id.*, p. 302.

(86) *Supra* nota 61.

(87) Memorial do Recorrente, apud SWINDLER, *op. cit.*, p. 302.

cer sua defesa sem assistência de especialistas, se negava este “nobre ideal” (88)

DOUGLAS acrescentou que “os direitos protegidos contra a intrusão dos Estados pela cláusula do *due process* da Emenda XIV não são versões esmaecidas do que o *Bill of Rights* garante”, sugerindo, desse modo, que, melhor que incorporação, é a concepção da Emenda XIV como protetora de direitos ainda incipientes, proposição esta negada por HARLAN para quem “um direito ou imunidade, válidos contra o governo federal, está implícito no conceito de liberdade ordeira” e, pois, “é válido contra os Estados, o que não implica em interpretar os precedentes como vinculando os Estados ao inteiro sistema das leis federais” (89).

3 — Direito à assistência de advogado: a extensão da regra

No caso que se seguiu a *Gideon* (90), a maioria, em voto de DOUGLAS, revogou prática da Califórnia que permitia apelações por intermédio de advogado se o réu pudesse contratá-lo, porém submetia as apelações de indigentes a uma revisão do processo, antes de determinar a necessidade ou não de nomear advogado. “Submeter o indigente a este ônus” — disse DOUGLAS — “é incompatível com um processo justo... O indigente, quando o processo é nebuloso, ou os erros são escondidos, tem direito apenas a um ritual sem significado, enquanto o abastado tem uma apelação eficiente” (91).

HARLAN, dissentindo, reclamou da extensão desusada do direito a advogado em apelação. O requisito da *equal protection* (92), disse ele, não impede o Estado “de adotar lei de aplicação geral que afete o pobre mais severamente que o rico”. Requisitos processuais uniformes são uma coisa, prosseguiu HARLAN, porém “impor aos Estados ‘o dever afirmativo de compensar desvantagens decorrentes de diferenças de circunstâncias econômicas’... seria ler na Constituição filosofia de igualdade estranha a muitos dos conceitos básicos das relações próprias entre governo e sociedade”. Quanto ao *due process*, acrescentou, a Emenda XIV não exige revisão de casos já julgados, e, de qualquer modo, o procedimento de apelação não requer o mesmo tipo de conhecimento jurídico que na primeira instância (93).

Assegurado o direito a assistência de advogado na primeira instância, e presumivelmente na segunda, a questão seguinte foi saber a partir

(88) *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335, 339 (1963).

(89) *Id.*, p. 345, 349.

(90) *Supra* nota 88.

(91) *Douglas v. California*, 372 US 353, 367 (1963).

(92) Emenda XIV, seção I, *in fine*, *supra* nota 1.

(93) *Douglas*, *supra* nota 91, p. 360.

de que momento a presença de defensor tornava-se obrigatória. Mesmo se o *due process* não requeria advogado na fase do inquérito policial, era tal garantia negada se, naquele período, o réu, sem sucesso, solicitasse assistência, ou se seu advogado, sem sucesso, buscasse encontrá-lo? Dois acórdãos de 1958 responderam negativamente. Veio, então, *Escobedo v. Illinois* (94).

Na noite de 19 de janeiro de 1960 um homem foi morto a tiros em Chicago. Um cunhado da vítima, um espanhol-americano de 22 anos, Danny Escobedo, foi preso, sem ordem judicial, às 2:30 horas da manhã, levado à delegacia de polícia e interrogado até as cinco horas da tarde, quando foi solto mediante *habeas corpus* obtido por seu advogado. Em 30 de janeiro, outro suspeito acusou Escobedo de ter disparado os tiros fatais, e, naquela noite, ele e sua irmã, viúva da vítima, foram levados à delegacia.

O advogado de Escobedo chegou pouco depois; apesar dos insistentes pedidos de ambos, porém, não lhes foi permitido que se encontrassem. A uma hora da manhã, o advogado desistiu, e partiu após entregar reclamação escrita ao chefe de polícia de Chicago. Enquanto isso, interrogatório contínuo em espanhol e inglês afinal obteve de Escobedo depoimento que o implicava substancialmente. O promotor, então, anotou o depoimento, em palavras cuidadas, de modo a atender a lei de Illinois sobre apresentação e apreciação de provas. Os registros de toda esta fase inquestionavelmente comprovam que a Escobedo nunca foi dito que tinha o direito, constitucionalmente assegurado, de permanecer calado (95).

A condenação de Escobedo foi revogada por cinco votos a quatro na Suprema Corte. GOLDBERG, pela maioria, declarou que as circunstâncias do que se passou na delegacia, antes da denúncia formal, implicaram na negação do direito a assistência de advogado assegurado pela Sexta Emenda (96) e vinculado aos Estados pela Emenda XIV. Embora o interrogatório tivesse o aspecto superficial de “uma investigação genérica de um ‘crime sem solução’, disse GOLDBERG, na realidade Escobedo “havia se tornado réu, e o propósito do interrogatório era ‘forçá-lo’ a confessar, a despeito do seu direito constitucional de não fazê-lo”.

Qualquer que fosse a percepção de Escobedo do seu direito constitucional, em razão de eventual conselho anterior de seu advogado, enfa-

(94) 378 US 478; 84 S. Ct. 1758; 12 L. Ed. 2d. 977 (1964).

(95) *Id.*, *ibid.*

(96) *Sexta Emenda*: Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime for cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e do motivo da acusação; a ser acareado com as testemunhas de acusação; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado.

tizou GOLDBERG, como leigo ele estava “indubitavelmente despercebido de que, sob a lei de Illinois, uma admissão de ‘mera’ cumplicidade na conspiração era tão prejudicial quanto a admissão de ter disparado o tiro fatal. Tal era o momento em que a assistência era mais crítica”.

Antecipando a imediata torrente de críticas à nova regra, de que “se o direito à assistência é garantido antes da denúncia, o número de confissões obtidas pela polícia diminuirá significativamente, porquanto a maioria delas é obtida entre a prisão e a denúncia”, GOLDBERG acentuou que “o fato de muitas confissões serem obtidas durante tal período destaca sua natureza crítica como o estágio em que a ajuda e o conselho de advogado são certamente necessários”. A maioria rejeitou a idéia de que o sistema de justiça criminal não poderia sobreviver se não pudesse depender “da abdicação dos cidadãos, em razão do desconhecimento de seus direitos constitucionais”. “Nenhum sistema que valha a pena ser preservado” — asseverou o Tribunal — “deve ter *medo* que o réu consulte seu advogado, aperceba-se de seus direitos, e os exerça” (97).

STEWART, divergindo, disse que assegurar ao cidadão o direito de permanecer calado quando a polícia investiga crime implica em exagerar o significado da garantia constitucional (98).

O extremo lógico, e “o objetivo que a Corte aparentemente tem em vista” — afirmou WHITE, também divergindo — “seria excluir da prova qualquer confissão de um indivíduo suspeito de crime, involuntariamente obtida ou não”.

“O direito a advogado” — prosseguiu — “não somente intitula o indivíduo ao conselho e à ajuda do defensor na preparação do julgamento, como se antepõe como barreira impenetrável a qualquer interrogatório, uma vez que se torne ele suspeito. A partir desse exato instante, o seu direito opera, princípio impraticável e impossível de administrar, salvo se os carros de polícia forem equipados com defensores públicos, e se os agentes secretos e os informantes da polícia tiverem advogados de defesa a seu lado”. Sarcasticamente, WHITE declarou que, em última instância, a decisão da maioria implicava em prover advogado para o criminoso em perspectiva antes que ele cometesse o crime (99).

4 — *Os limites da investigação policial*

Diante das críticas continuadas de que *Escobedo* havia desmoronado o sistema de execução do direito, a Corte, em 1966, tomou a inicia-

(97) *Escobedo*, supra nota 94, p. 488, 492.

(98) *Id.*, p. 492.

(99) *Id.*, p. 495.

tiva desusada de detalhar o que era e o que não era permitido, na fase de investigação policial, sob o princípio *Escobedo*.

Julgando em conjunto quatro processos sob o título do primeiro deles, *Miranda v. Arizona* ⁽¹⁰⁰⁾, WARREN dedicou a maior parte de seu voto à discussão dos detalhes de um inquérito policial. A questão fundamental, disse o *Chief Justice*, era a natureza “das restrições que a sociedade deve observar para ser consistente com a Constituição federal quando processa seus cidadãos por crime”. Descreveu ele, explicitamente, os requisitos constitucionais: antes de qualquer interrogatório, as autoridades devem tornar claro para o acusado seu direito de permanecer calado, bem como sua responsabilidade por qualquer palavra que proferisse e que pudesse ser usada como prova contrária a ele. E mais, o acusado devia ser advertido, de pronto, que tinha o direito “à presença de um advogado, próprio ou dativo”. O interrogado poderia invocar qualquer dos seus direitos a todo momento durante o inquérito, e ainda que tais direitos fossem abdicados, poderiam, à discrição do interrogado, serem invocados novamente a qualquer instante ⁽¹⁰¹⁾.

Quanto aos padrões de interrogatório, descritos nos manuais de polícia, e citados nos memoriais dos réus, WARREN observou que seus objetivos eram claros: “Ficar só com o preso... e privá-lo de qualquer apoio exterior. A aura de certeza de que é ele o culpado mina sua força de resistência... É importante manter o preso inseguro, por exemplo, jogando com sua própria insegurança ou com a do ambiente em que se encontra. A polícia, então, o convence, o trapaceia ou o induz com lisonjas ou falsas promessas a abrir mão de seus direitos constitucionais”.

Nenhuma confissão em tais circunstâncias, afirmou a maioria, poderia ser considerada voluntária. “Um indivíduo arrancado de seu ambiente costumeiro, sob custódia policial, cercado por forças que lhe são antagônicas, e sujeito a tais técnicas de persuasão” — asseverou a Corte — “não está senão compungido a falar”. Desse raciocínio segue que “o direito de ter a assistência de advogado no interrogatório é indispensável à proteção do privilégio da Quinta Emenda” ⁽¹⁰²⁾ porquanto, com advogado presente, “a probabilidade de que a polícia praticará coação é reduzida, e, se coação assim mesmo for praticada, o advogado poderá alegá-la no tribunal”.

“Qualquer que seja o testemunho das autoridades de que o réu renunciara a seus direitos, a prática de interrogatórios exaustivos ou de

(100) Um do Arizona, o segundo da Califórnia, o terceiro de New York, o último da justiça federal de Kansas City.

(101) *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 473; 86 S. Ct. 1602; 16 L. Ed. 2d. 694 (1966).

(102) *Quinta Emenda*: Nenhuma pessoa será obrigada... a depor contra si própria em processo criminal.

prisão incomunicável anterior à renúncia é prova convincente de que o réu não desistiu validamente de seus direitos”, concluiu WARREN. O fato incontestável é que a Quinta Emenda garante que o indivíduo não pode ser compelido a testemunhar contra si próprio. “Tal direito”, disse a maioria, “não pode ser restringido” (103).

HARLAN e WHITE dissentiram vigorosamente. “Acredito que a decisão da Corte” — começou HARLAN — “representa infeliz interpretação constitucional e lega ao país conseqüências danosas”. O “novo código constitucional de regras para confissões” — prosseguiu — “tende a impossibilita qualquer pressão, a reforçar o suspeito nervoso ou ignorante, e, por último, a desencorajar qualquer confissão”. HARLAN negou enfaticamente que a força da Quinta Emenda fosse para eliminar todo e qualquer tipo de interrogatório que persuadisse o suspeito a abandonar sua resistência. “Até hoje” — disse o *Justice* — “o papel da Constituição tem sido somente o de prevenir pressão indevida, não o de assegurar confissões espontâneas”. Quando é do conhecimento comum “que alguns crimes não podem ser resolvidos sem confissões... a Corte assume grande risco com o bem-estar da sociedade ao impor seu novo regime ao país” (104).

Era necessário reconhecer de início, disse WHITE por seu turno, que o que a maioria fez em *Miranda* foi “criar direito novo e prática nova”. Prossequindo, atacou o que considerou as conseqüências lógicas da decisão: se se exigir a presença de advogado, e se o advogado presumivelmente tiver que advertir o cliente do direito de se calar, “o resultado é que o Judiciário não poderá usar contra o réu prova por ele próprio fornecida, seja voluntariamente ou não”. A falha fundamental do novo princípio, concluiu, não estava na sua filosofia, mas na sua indiscriminada aplicação ao direito penal (105).

Embora a Corte decidisse que *Escobedo* e *Miranda* retroagiam tão-somente à data da primeira decisão (106), 22 de junho de 1964, tribunais estaduais foram inundados quase instantaneamente com *habeas corpus* fundados quer nestes dois casos, quer em *Gideon*. Foi largamente previsto que uma onda de desafios aos interrogadores policiais se seguiria a decisões tão impetuosas, e os extremistas previram uma derrocada geral do sistema processual penal. O fato de que, na primavera de 1967, três dos quatro réus dos processos reformados por *Miranda*, inclusive o próprio Ernesto Miranda, foram condenados no segundo julgamento (ou, em um caso, confessou-se culpado de crime menor), sem uso de suas confissões, não mitigou as críticas.

(103) *Miranda*, 384 US 488 *et seq.*

(104) *Id.*, p. 504 *et seq.*

(105) *Id.*, p. 526.

(106) *Johnson v. New Jersey*, 384 US 719 (1966).

A realidade é que, em *Gideon*, *Escobedo* e *Miranda*, uma maioria liberal e ativista da Suprema Corte assegurou um absolutismo das garantias da Quarta, Quinta e Sexta Emendas pelo menos igual àquele assegurado à Primeira Emenda nos casos de liberdade de imprensa e nos de obscenidade, ou antes mesmo, nos processos de liberdade de associação. O tema dominante do direito constitucional que emerge da década de 60 é a importância dos direitos individuais sobre os direitos da sociedade organizada. Pode haver, como a Corte seguidamente advertiu, “um balanceamento de tais direitos, porém o fato é que o direito de um cidadão que a Corte reconheça e garanta só poderá ser limitado por direitos institucionais que pesem no outro prato da balança” (107).

VI — O LEGADO DE WARREN

ARTHUR GOLDBERG certa feita declarou que as principais realizações da Corte nos quinze anos da presidência de WARREN foram, primeiro, dar cunho de realidade garantida por lei à proclamada crença na igualdade racial; segundo, iniciar mudança profunda no processo político democrático e, terceiro, promover verdadeira revolução na justiça criminal federal e estadual (108).

No tocante a justiça criminal, a Corte asseverou sua fé na contínua atualidade do *Bill of Rights*. “Embora nosso sistema criminal” — afirmou GOLDBERG — “esteja longe da perfeição, hoje, pelo menos, marchamos por um caminho de justiça igualitária para todos, pobres ou ricos, sejam eles julgados pelo governo estadual ou federal” (109).

As decisões da Corte WARREN, quer as que discutiram direitos políticos, seja as que versaram direito penal, foram fundamentais precisamente por não serem mera extensão de direitos preexistentes. Elas representaram uma promessa inteiramente nova: o princípio novo de que onde quer que exista um direito, este direito não deixará de ser garantido em consequência da pobreza ou ignorância do réu, ou da falta de remédio processual. “Tais decisões repousam próximo à essência mesma de nossas grandes liberdades constitucionais”, asseverou uma vez mais GOLDBERG (110). As mudanças feitas tiveram por fim adaptar o direito às novas circunstâncias, garantir que ele não perdesse seu significado na nova sociedade, permitir seu exercício efetivo e contínuo dentro de um espírito de igualdade, e possibilitar que ele fizesse frente aos novos males e obstáculos que os constituintes do século XVIII não conheceram. Em resumo, tais transformações objetivaram dar efeito

(107) SWINDLER, *op. cit.*, p. 308.

(108) ARTHUR GOLDBERG, *Equal Justice — The Warren Era of the Supreme Court*; pp. 5-6, Farrar, Strauss & Giroux; New York, 1971.

(109) *Id.*, pp. 6-7.

(110) *Id.*, p. 21.

prático às proteções do *Bill of Rights* e a lidar com as realidades de situações as mais diversas que a Corte teve de enfrentar.

Aspecto importante desta fase da história da Corte, talvez que o mais relevante e o que mais próximo esteja de explicar a sua atuação, sem dúvida seu grande legado à nação, é a visão que teve da sua função na estrutura de poder de uma sociedade democrática.

Rejeitaram WARREN e seus pares a postura tradicional de passividade do Poder Judiciário, para muitos “uma de suas mais proeminentes características” (111). Se, por um lado, continuaram a não controlar a seqüência dos processos que lhe chegavam às mãos, o que dificultava ordenar a transformação do direito que, segundo seu entendimento, se fazia necessária, por outro, ousaram correr o risco de discernir, a despeito de todas as críticas, dentre os fatos que os litigantes lhes traziam, aqueles que ilustravam a situação que julgavam ser a de incontáveis cidadãos impedidos de peticionarem perante a Corte. Por conseguinte, lançaram suas decisões em termos universais, tornando realidade a promessa de que todos os que se achavam em situação semelhante estariam vinculados de igual modo.

Rejeitaram, ainda, a interpretação tradicional do *judicial restraint*, segundo a qual os juízes, porque não prestam contas ao eleitorado e porque são vitalícios, devem sempre dar preferência ao julgamento popular, valorado como mais democrático. Assim, não devem os magistrados, de acordo com esta linha de pensamento, imporem suas opiniões à sociedade; ao contrário, devem submeter-se ao julgamento do Poder Legislativo.

A Corte WARREN acatou o princípio no tocante à regulamentação da vida econômica, mas não quanto aos direitos individuais. E o fez, acredito eu, a despeito do que em contrário dizem alguns especialistas, com irresponsável justificativa: um judiciário atuante e presente na proteção dos direitos e liberdades individuais é um vigia permanente, um observador poderoso e um julgador imparcial da justiça e da igualdade do processo político da sociedade.

Garantir justiça e igualdade implicou, necessariamente, por exemplo, em verificar detalhadamente a intenção do Poder Legislativo ao passar leis limitando o direito de votos dos negros (112) e dos que eram muito pobres para pagar o imposto de alistamento eleitoral (113). E o resultado foi declarar tais práticas inconstitucionais, o que acarretou colocar o discernimento judicial acima da discricção legislativa. Implicou, também, na prevenção das restrições à expressão do pensamento

(111) DONALD L. HOROWITZ, *The Courts and Social Policy*, p. 38, The Brookings Institution; Washington, DC, 1977.

(112) Eg., *Gomillion v. Lightfoot*, 364 US 339 (1960).

(113) *Harper v. Va. Bd. of Elections*, 383 US 663 (1966).

político impopular, porquanto, preservando o livre intercâmbio de idéias, estava a Corte preservando a eficácia do regime político democrático.

Implicou, por fim, na proteção do que ARTHUR GOLDBERG denominou a “minoría permanente” (114). A teoria da democracia, explica o *Justice*, sugere que ela funciona melhor quando as maiorías são formadas por coalizões em contínua mutação, isto é, que cada cidadão que se encontre na minoría em alguns assuntos, em outros se ache na maioría. Enquanto as minorías flutuarem deste modo, as maiorías hesitarão em tratá-las injustamente, porquanto aquele que vota para explorar outro hoje, amanhã poderá se encontrar em uma minoría sujeita à exploração. Porque “minorías permanentes” diversas tinham dificuldade de se organizarem em alianças políticas eficientes, a Corte WARREN a elas se substituiu, num ativismo sem precedentes, cujas conseqüências hoje raras são aqueles que as lamentam.

Creio, pois, poder-se dizer que, além dos três pontos indicados por GOLDBERG, três outros, igualmente relevantes, podem ser destacadas no legado da Corte WARREN: primeiro, que um Poder Judiciário politicamente ativo e influente, que ocupe os espaços deixados vazios quer pela indiferença do Executivo, seja pelo jogo de interesses do Legislativo, é absolutamente possível, a despeito das limitações impostas pela teoria democrática e pelos cânones tradicionais do direito; segundo, que liberdade pessoal máxima é a pedra de toque de uma sociedade madura, cuja estabilidade não será jamais permanente se prevalecerem por longos períodos de tempo, adquirindo, pois, matizes de certeza e legitimidade, leis ou políticas de disfarçada intolerância para com grupos ou idéias em oposição à maioría do momento; terceiro, que uma sociedade verdadeiramente democrática e livre só será viável se o direito assistir a todos indistintamente, a despeito das diferenças de raça, posição social ou credo político.

Obs.: Os textos dos processos da Suprema Corte, a não ser que de outra forma indicados, baselam-se no que está publicado nas seguintes obras: LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *Constitutional Law — Cases, Comments, Questions*, West Pub. Co., St. Paul, Minn., 1975; PAUL G. KAUPER, *Constitutional Law — Cases and Materials*, 4ª ed., Little, Brown & Co., Boston, 1972; GERALD GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*, 9ª ed., The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1975; LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1978; PAUL C. BARTHOLOMEW, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Littlefield, Adams & Co., Totowa, N.J., 1978; BERNARD SCHWARTZ, *Constitutional Law*, Macmillan Pub. Co. Inc., New York, N.Y., 1972; BERNARD SCHWARTZ, *The Law in American — A History*, McGraw Hill Co., New York, N.Y., 1974; WILLIAM F. SWINDLER, *Court and Constitution in the 20th. Century — The New Legality*, Bobs-Merril Co., Inc., New York, N.Y., 1970.

(114) GOLDBERG, *op. cit.*, p. 49.

Dois aspectos da imunidade formal dos parlamentares

Extensão aos Deputados Estaduais

O Inquérito Policial

RONALDO REBELLO DE BRITTO POLETTI

Membro do Ministério Público do Estado
de São Paulo. Consultor Jurídico do Mi-
nistério da Justiça. Professor na UnB

A Constituição estabelece em favor da instituição parlamentar, como garantia de sua independência, algumas prerrogativas, de que são titulares os congressistas. Tais prerrogativas são a *inviolabilidade*, a *imunidade*, a isenção do serviço militar e o privilégio de foro. Pela *inviolabilidade*, os parlamentares estão excluídos, por força da letra constitucional, do cometimento de crimes, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional (Constituição, art. 32, *caput*). A imunidade propriamente dita não

exclui, como a inviolabilidade, o crime, mas impede o processo. É prerrogativa processual:

“Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara” (art. 32, § 1º).

É a chamada *imunidade formal*, diferente da *material*, que configuraria a inviolabilidade (1).

Dentre as inúmeras questões que as prerrogativas dos parlamentares suscitam, duas bastante sugestivas constituem objeto deste estudo, meramente introdutório à matéria. Dizem respeito à imunidade formal, especialmente sobre: a) sua extensão aos deputados estaduais, sobretudo em face dos órgãos jurisdicionais federais e b) a interpretação da idéia de *processo*, inserida no texto constitucional, para saber se ela abrange, ou não, os inquéritos policiais.

Uma vez ensaiadas as respostas, poder-se-á cogitar de solução prática, quanto à segunda questão, que concilie a prerrogativa parlamentar com a obrigação policial de apurar fatos violadores da lei penal.

Os princípios da Constituição sobre as prerrogativas parlamentares se estendem aos representantes do povo às Assembléias Legislativas dos Estados-Membros, não obstante as discussões que os pormenores desse problema suscitaram na história político-jurídica do Brasil (2). Assim, os Estados não podendo legislar sobre matéria penal, ou mesmo processual, reproduzem o direito federal. Encontra-se, por isso, nas Constituições estaduais, o mesmo sistema de garantias do mandato legislativo. Dessa forma, são os deputados às Assembléias Legislativas também invioláveis e gozam da imunidade formal, não podendo ser processados sem prévia licença da Casa de Representantes, a que estiverem vinculados, nos termos do disposto na Constituição federal e na Constituição do Estado-Membro correspondente (3).

Em suma, a questão é pacífica no tocante à extensão das imunidades federais aos deputados estaduais, as quais adquirem forma nas Constituições

(1) Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, vol. I, Ed. RT, SP, 1976, pp. 107/109; a respeito do tema das prerrogativas e imunidades, ver estudos recentes de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, “Prerrogativas do Poder Legislativo”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 17, n. 67, jul./set. 1980; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “Imunidades Parlamentares”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 17, n. 68, out./dez. 1980; e IDUNA E. WEINERT, “Prerrogativas do Poder Legislativo”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 18, n. 69, jan./mar. 1981.

(2) Cf. BARBOSA LIMA SOBRINHO, *As Imunidades dos Deputados Estaduais*, ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1966; ALCINO PINTO FALCAO, *Da Imunidade Parlamentar*, Forense, Rio de Janeiro, 1955, pp. 102/103.

(3) Cf. OSWALDO TRIGUEIRO, *Direito Constitucional Estadual*, Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 160; e JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *op. cit.*

dos Estados-Membros. Onde, porém, o tema assume dimensão polêmica está em saber se as imunidades estaduais valem perante o Executivo e o Judiciário da Federação. Se podem ser aduzidas perante os órgãos jurisdicionais da União (justiça federal, militar e eleitoral). Na vigência da Constituição de 1946, a resposta do Supremo Tribunal Federal foi negativa, consoante julgamento do *Habeas Corpus* nº 29.866, Relator o Ministro Ribeiro da Costa, vencidos os Ministros Hahnemann Guimarães e Aníbal Freire, mais tarde acompanhados pelo Ministro Edgar Costa. Por esse precedente judicial, as imunidades dos deputados estaduais são restritas aos limites dos respectivos territórios, e não podem valer contra a justiça federal; se as Constituições estaduais não podem estabelecer restrições ao livre exercício das autoridades da União, não podem, em consequência, negar cumprimento a decisões proferidas pelos órgãos federais de justiça (4). Embora não haja notícia de alteração jurisprudencial, penso, porém, que o alargamento da competência da justiça federal e a conjuntura política, modificando basicamente o modelo de nossa federação (5), em que inexistente qualquer risco para a União federal, militam a favor daqueles votos vencidos. As disposições constantes da Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados (art. 200). Por aí se estendem as prerrogativas que, tão-somente, adquirem forma nos textos estaduais. Por outro lado, as prerrogativas visam ao aprimoramento do exercício da representação política que, de acordo com a orientação contrária, estaria a salvo apenas a nível federal. Além disso, existe o princípio da federação. Como justificar-se, diante dele, a intervenção nos Estados-Membros para processar e julgar parlamentar estadual, sem licença prévia de sua Casa, que representa um Poder no Estado-Membro? Esse caso não está previsto no rol (numerus clausus) das hipóteses de intervenção federal. Afinal, prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária, constitui caso de intervenção (art. 10, VI), tanto quanto assegurar o livre exercício dos Poderes estaduais (art. 10, IV), bem como a exigência da observância do princípio da forma republicana representativa (art. 10, VII, a). Do contrário, de nada valeriam as imunidades dos deputados estaduais, pois, em tese, o governo estadual estaria autorizado a mandar prender deputados, independentemente de licença da Assembléia, toda vez que estivesse em jogo um texto de lei federal, não alcançado pelas imunidades estaduais, e cuja violação fosse julgada por órgão federal da justiça. Nos dias de hoje, em que a federação brasileira adotou contornos especiais e bem diferentes daqueles originariamente concebidos pelos republicanos de 91, havendo a União federal aumentado em muito sua esfera de poder, fato que chega a abalar o próprio conceito da existência federativa, restringir a imunidade formal dos deputados estaduais pode ensejar um abalo irreparável ao sistema representativo, uma das pedras angulares do nosso regime democrático. O argumento da segurança nacional não pode, no caso, ser invocado, simplesmente porque a ela não se estende a inviolabilidade.

(4) Cf. BARBOSA LIMA SOBRINHO, *op. cit.*, pp. 115 e segs.; ALCINO PINTO FALCAO, *op. cit.*, pp. 104 e segs.; CLAUDIO SOUTO, *As Imunidades Parlamentares*, Imprensa Universitária, Recife, 1962, pp. 124 e segs.

(5) Hoje se fala em "federalismo de integração" na terminologia de ALFREDO BUZAID, cf. seu "O Estado Federal Brasileiro", in *Conferências*, Departamento de Imprensa Nacional, 1971, pp. 99 e segs.

Por esses argumentos, as prerrogativas parlamentares se estendem aos deputados estaduais, nos termos das Constituições dos Estados-Membros, inclusive quanto à justiça federal.

O outro problema, o da idéia de *processo* no texto da Lei Maior requer um exercício de exegese interpretativa.

Do ponto de vista da interpretação da *letra* do texto constitucional, evidencia-se a impossibilidade de o parlamentar ser processado, o que pode, pela literalidade, significar possa ser intimado a prestar depoimento em inquérito policial, mesmo quando houver fortes indícios de ele ser o autor do ato objeto da instrução policial. A lógica pode enganar. Se a Constituição, que, em princípio, somente usa termos técnicos, emprega a expressão "processado", quis ela, evidentemente, dizer que o parlamentar não pode ser réu em processo, isto é, não pode ser o sujeito passivo da relação jurídico-processual, a qual só se perfaz, só passa a ser processo, depois de aceita a petição inicial (denúncia ou queixa) e efetivada a citação juridicamente válida. Ora, se as coisas são assim pela *letra* da Constituição, o parlamentar não pode ser processado criminalmente sem a prévia licença de sua Câmara, mas está obrigado, embora não se possa executar essa obrigação, a atender intimação para prestar depoimento em inquérito policial, ainda que suspeito do ato objeto do procedimento criminal. A isso está obrigado, como qualquer cidadão, embora sua desobediência nada acarrete nem crime, por força da inviolabilidade, nem condução forçada, porque, em face da imunidade em discussão, não pode ser preso (*freedom of arrest*), salvo em flagrante por crime inafiançável. Além disso, o parlamentar, no caso, se distingue das outras pessoas, porque até como testemunha só pode ser inquirido depois de acertar local, dia e hora, com o juiz (art. 221 do Código de Processo Penal), e, por maior razão, com a autoridade policial que preside o inquérito, uma vez que aquele princípio é aplicável também nos depoimentos prestados em inquérito policial. Acrescente-se a isso a justa presunção de ser o representante do povo, por força de sua condição, o mais interessado em elucidar os fatos, colaborando com a Polícia e cumprindo seu dever, quando testemunha e, na hipótese de acoimado de haver perpetrado algum ato criminoso, o primeiro a desejar exercer o seu direito de defesa, pela produção dessas peças procedimentais que se constituem no seu depoimento ou no seu interrogatório, passos processuais criados para o seu resguardo.

Tal é a conclusão da lógica. Mas da lógica tradicional, não daquela anunciada por RECASÉNS SICHES como superadora de todos os métodos interpretativos do direito, o *logos do humano* ou da lógica do razoável⁽⁶⁾. Na verdade, a lógica tradicional não parece ser suficiente para a aplicação do direito. Neste caso, até, ela poderia levar o aplicador a algumas conclusões precipitadas. A interpretação literal do texto da Carta Magna, no caso, embora do ponto de vista lógico possa aparentar critérios justos, corre o risco de ser contrariada, na prática,

(6) Cf. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1968, pp. 660/665; *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1977, pp. 246 e segs.; *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1973, Cap. III, pp. 131 e segs.

pela realidade da vida. Aliás, o resultado prático da aplicação da norma de direito constitucional é o que importa. Afinal, o Governo é uma coisa prática. O que interessa é o resultado da interpretação (7); as normas constitucionais têm natureza política (8). Se é verdade, em direito público, ser a literalidade muito importante (9), não é menos certo que a interpretação extensiva somente é admissível em direito constitucional, se possibilitar o aumento das franquias, pois, como escreve RUI em seu inefável magistério:

“... O direito sempre se subentende a favor da liberdade (este axioma jurídico, vulgarizado entre nós durante a propaganda pela emancipação dos escravos, não se pode obliterar quando propugnamos a dos cidadãos). As regras mais elementares de hermenêutica se opõem ao arbítrio de admitir por inferência condições restritivas da liberdade. A regra, absolutamente sem exceção, é que, se a letra não obsta a liberdade, não é lícito excluí-la pelo espírito da lei” (10).

Noutras palavras, a Constituição deve ser interpretada pela sua letra, por força de sua natureza política, não sendo factível aplicar os métodos da exegese, sobretudo da escola da livre interpretação do direito, para restringir direitos e liberdades, mas admite a hermenêutica extensiva, se ela for para ampliar as garantias e fortalecer o regime político. Por isso, RUI ora defendia a liberdade, ora admitia a extensão da exegese (11). Para o festejado STORY, a primeira regra fundamental na interpretação da Carta Magna consiste em entender os documentos formais de acordo com os sentidos dos termos e a intenção das partes (povo e representantes, Estados-Membros) e um dos expedientes elementares reside em tomar a Constituição como um todo, em que as cláusulas particulares recebem significado da finalidade conjunta e comum corporificada nos princípios essenciais do texto constitucional. A Constituição é, assim, um todo lógico. Se o texto for claro, não há necessidade de interpretação, a qual, se necessário, deve ser cautelosa. Mas, por outro lado, não se deve interpretar uma cláusula constitucional de maneira a frustrar-lhe os fins óbvios, se couber outra interpretação que os observe e proteja:

“A primeira e fundamental regra de interpretação de todos os documentos formais está em analisá-los de acordo com o sentido de seus termos e a intenção dos que os elaboraram.

Afirma o Juiz Blackstone que a intenção de uma lei deve resultar do conjunto das palavras, do contexto, do assunto em questão, e feitos

(7) Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 1965, p. 318.

(8) Cf. PAULO BONAVIDES, *Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1980, pp. 295 e segs.

(9) Cf. ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, Ed. RT, São Paulo, 1968, 2º vol., pp. 5 e 6.

(10) RUI, “*Habeas Corpus*. O Estado de Sítio”, na *Revista de Jurisprudência*, vol. 3, 1968.

(11) Cf. ALÍPIO DA SILVEIRA, *op. cit.*, pp. 46/48.

e conseqüências, com a razão e o espírito da lei. Para justificar tal afirmativa, continua dizendo que as palavras devem, geralmente, ser entendidas no seu significado mais usual e mais conhecido, não tanto considerando-se a adequação gramatical, mas seu uso geral e popular; se acontece de as palavras terem sentido dúbio, seu significado deve ser fixado pelo contexto, ou pela comparação com outras palavras e frases no mesmo documento; os exemplos ilustrativos devem exprimir mais a derivação do assunto, em questão, em relação aos quais as expressões são usadas; o efeito e a competência de uma determinada construção devem ser examinados, porque, se o significado literal pode envolver um manifesto absurdo, não deve ser adotado; e a razão, o espírito da lei, ou as causas que levaram à sua elaboração, são freqüentemente os melhores intérpretes das palavras e limitam sua aplicação" (12).

E, ainda, STORY, mais adiante:

"A interpretação pode também ser estrita ou extensiva; apesar de nem sempre querermos expressar a mesma coisa, quando falamos de uma interpretação estrita ou extensiva. Quando o uso popular deu dois sentidos à mesma palavra, um dos quais é mais limitado ou inclui menos detalhes que o outro, o primeiro é chamado seu estrito senso, e o segundo, que é mais amplo, ou que inclui mais particularidades, é chamado seu sentido lato. Se achamos tal palavra numa lei e a usamos em seu sentido mais limitado, dizemos que a interpretamos restritivamente. Se tomamos esta palavra no seu sentido mais amplo, dizemos que a estamos interpretando extensivamente. Mas, ainda que o façamos em um outro sentido, ainda estaremos nos atendo à letra da lei.

Todavia, as interpretações restritiva ou extensiva são freqüentemente opostas uma à outra em sentido diverso. As palavras de uma lei podem, algumas vezes, expressar de maneira imperfeita a intenção do legislador. Podem elas, em sua acepção comum, incluir algo a mais ou a menos que a sua intenção. E se, por um lado, chamamos de interpretação restritiva quando declaramos que a letra da lei deve a ela se conformar com precisão, por outro lado, a chamamos extensiva, ao declararmos que as palavras devem ser tomadas num sentido tal, que o uso popular não justificará plenamente, ou que a intenção do legislador é algo diferente do que suas palavras, em qualquer maneira de usar, poderiam significar. Neste sentido, a interpretação extensiva é sinônimo do que tem sido chamado de interpretação racional. E uma restritiva, neste sentido, inclui tanto a literal como a mista; e pode, para distinguir-se da primeira, ser chamada de fechada, em oposição a interpretação livre, ou liberal" (13).

(12) Trad. livre de JOSEPH STORY, LL.D., *Commentaries on the Constitution of the United States* (In two volumes), Brown and Company, Boston, 1905, vol. I, p. 305.

(13) *Idem*, *ibidem*, p. 307.

E, noutro passo:

“Ao analisar a Constituição dos Estados Unidos, devemos primeiramente considerar qual a sua natureza e seus objetivos, sua finalidade e intenção, entendida tanto a aparência de sua estrutura como documento formal, vista como um todo, como também visando as partes que a compõem. Onde as palavras são simples, claras e determinadas, elas não requerem interpretação; deveria, entretanto, ser admitida, se for o caso, com grandes cuidados, e apenas por necessidade, ou para escapar de alguma consequência absurda, ou para a proteção contra algum desastre fatal. Onde as palavras podem ter dois sentidos, cada um deles em conformidade com o uso popular, o sentido a ser adotado será aquele que, sem se desligar do significado literal das palavras, melhor se harmonizar com a natureza e os objetivos, a finalidade e a intenção do documento formal” (14).

No caso da imunidade formal de não ser processado o parlamentar, ela se justifica para impedir que o parlamentar seja hostilizado em processo criminal, fruto de eventual paixão política (15). Ora, a hipótese de hostilidade é suscetível de ocorrer com o simples inquérito policial, onde diligências comuns, às vezes, parecem desrespeitosas aos parlamentares. Se em termos técnicos e lógicos nenhum privilégio ou prerrogativa tem o deputado em relação ao inquérito policial, diferente de processo, quer para colher o seu depoimento, a fim de elucidar os fatos, quer para possibilitar-lhe defesa de fatos que lhe são imputados, a realidade está em que aquele mero procedimento não raro causa danos superiores ao próprio processo. Ora, se a Constituição não permite seja o parlamentar hostilizado, por processo criminal, em prejuízo da instituição parlamentar, por isso que condicionado a prévia licença da Assembléia, com maior razão não admite ela as mesmas consequências em procedimento policial. Assim, se as consequências que a Carta Magna pretende evitar, proibindo o processo, forem efetivadas num simples inquérito policial, então elas estão também proibidas pela letra constitucional.

Nesses termos, a Constituição deve ser interpretada de maneira tal que a imunidade em tela não seja frustrada por expedientes no fundo burocráticos; se o inquérito policial possibilitar hostilidade e prejuízo ao exercício do mandato popular pelo representante, então ele não está obrigado a prestar depoimento naquele procedimento criminal, podendo eximir-se, até porque, como vimos, àquilo não pode ser coagido, pois não pode ser processado por crime de desobediência, sem licença da Casa Legislativa a que pertencer, e não pode ser levado à força, porque não pode ser preso, por força de suas prerrogativas.

Tal interpretação enseja alguns problemas, sobretudo para a autoridade policial. Afinal, tem ela o dever de apurar os fatos e o de possibilitar aos en-

(14) *Idem, ibidem*, pp. 307/308.

(15) Cf. MANOEL FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição*, 1º vol., Saraiva, SP, 1972, p. 218.

volvidos seus depoimentos de defesa. Nunca é demais repetir que os procedimentos criminais, inclusive a própria ação penal, constituem também um direito dos implicados injustamente e dos réus a serem absolvidos. Dessa forma, caberia ao direito normatizar a atividade policial, quando, na prática, houver a necessidade de colher-se o depoimento de parlamentar em inquérito policial. Não se trata apenas de lei a ser feita, pois a legislação, não obstante importante e, no Brasil, primordial, não constitui a única fonte do direito. A administração também cria o direito, consubstanciado em seus atos administrativos, se conformes aos princípios jurídicos. Assim a normatização requerida pode resumir-se (lei ou orientação administrativa) em direção procedimental que consubstancie a atitude policial de indagar do parlamentar se ele concorda em prestar seu depoimento, o qual poderia ser colhido em dia e hora por ele determinados, e sempre nas dependências do Poder Legislativo e com a presença do respectivo Presidente da Casa a que pertencer.

Em síntese:

a) as prerrogativas parlamentares, entre as quais se inclui a imunidade formal de não ser processado o representante do povo, se estendem aos deputados estaduais, inclusive perante os órgãos administrativos e jurisdicionais federais, nos termos da Constituição federal e das Constituições dos Estados-Membros;

b) a abrangência da imunidade formal, pela legislação da Constituição, alcança apenas o processo, que não se confunde com o inquérito policial, estando o parlamentar obrigado a depor para elucidar os fatos, ainda que pessoalmente com eles envolvidos, pois, além de tudo, o depoimento lhe convém por constituir instrumento de defesa, enquanto a autoridade policial tem o dever de apurar os fatos e de possibilitar ao parlamentar o direito de ser ouvido;

c) não há, porém, como constringer o parlamentar a depor, pois se cometer, em tese, crime de desobediência, ele não ocorre por força de sua inviolabilidade, nem pode ser por ele processado sem licença da Casa Legislativa correspondente; e muito menos pode ser conduzido à força, pois não pode ser preso;

d) a circunstância expressa nas letras b e c supra indicam que a Constituição deva ser interpretada de maneira que seus fins não sejam frustrados, isto é, se as conseqüências que a Lei Maior intenta evitar com o processo são suscetíveis de ocorrer com o inquérito, então aquelas também devem ser evitadas, por força da Constituição, cuja interpretação deve alargar-se para aumento das franquias e cumprimento de seus fins;

e) para resolver o problema do inquérito em termos práticos, convém a edição de norma orientadora da atividade policial, para que se proceda de maneira a cumprir-se o espírito da Constituição, solicitando ao Presidente da Casa Legislativa correspondente a gentileza de indagar do parlamentar se ele concorda em prestar seu depoimento, para o qual poderá marcar dia e hora, e que será colhido sempre nas dependências do Poder Legislativo, com a presença do Presidente da Casa a que pertencer.

A educação e a cultura nas Constituições brasileiras

ROSALVO FLORENTINO

Professor de História, Advogado e Jornalista

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

EVOLUÇÃO DA POLÍTICA EDUCACIONAL BRASILEIRA

Teorias da História do Brasil
As primeiras escolas no Brasil
Fundamentos culturais
A educação de D. Pedro
Idéias Políticas

CONSTITUIÇÃO DE 1824

A educação no regime Imperial

CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS

CONSTITUIÇÃO DE 1891

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1926

Agnosticismo
O americanismo da Constituição de 1891
A comissão dos cinco
Descentralização
Separação da Igreja do Estado

A REVOLUÇÃO DE 1930

Reformas de ensino

CONSTITUIÇÃO DE 1934

Tratamento constitucional

A CARTA CONSTITUCIONAL DE 1937

O novo sistema político
Ensino secundário e técnico
Ensino profissional
Ensino religioso
Caráter nacionalista

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

- Breve recapitulação**
- Centralização e descentralização**
- Da educação e da cultura**
- Diretrizes e bases da educação nacional**
- Ensino público e ensino particular**
- Liberdade de ensino**
- A educação é obra dispendiosa**
- Crise brasileira de educação**
- A formação de professores**
- A vez das universidades**

A NOVA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (1967)

- A educação**
- Princípios fundamentais**
- Inovações**

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 1969

A LEI Nº 5.692/71

- Objetivos desta lei**
- Conveniências e acerto da aplicação da reforma**
- Reconstrução do sistema**

SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 18/81

- Diminui o tempo de serviço para aposentadoria do professor**

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Não é preciso ressaltar a importância do tema que escolhemos para esta despretensiosa monografia. Tão grande e tão vasto que nos sentimos pequenos diante de sua grandeza e profundidade, para analisar todos os seus aspectos e implicações na vida política, social, econômica e religiosa do País. Resta-nos, entretanto, a esperança de, com este modesto trabalho, despertar a atenção dos estudiosos sobre um dos mais empolgantes capítulos da Carta Magna, que está espicaçando a inteligência nacional. Queremos, também, ressaltar que o nosso objetivo, senão o único mas o principal, é chamar a atenção dos nossos estudantes para o grande documento histórico que constitui, para cada povo e em todos os tempos, a sua Constituição, a sua Magna Carta. Cada especialista, em cada uma das atividades humanas, encontrará, em cada um dos capítulos da Constituição, tema e inspiração para alentados estudos de interesse particular e geral, pois que, constituindo um todo o Diploma Constitucional, o mesmo representa, em um momento dado, o reflexo das aspirações nacionais. A comparação, em

tais termos, tem valor relativo, porque refletindo, como refletem, condições e contingências de épocas diferentes, as Constituições variam com o tempo em que foram elaboradas, com a evolução das técnicas, das ciências e das idéias, estas representadas pelas correntes da opinião pública e, especificamente, pelos homens que mais de perto participaram de sua elaboração.

EVOLUÇÃO DA POLÍTICA EDUCACIONAL BRASILEIRA

A evolução da política educacional brasileira acompanha este raciocínio e tivéssemos nós engenho e arte, ciência e paciência, poderíamos desvendar aspectos que, aos olhos do leitor comum, não são vistos nos artigos das Constituições brasileiras, nas diferentes fases da política nacional. Dentro desta orientação e de acordo com este ponto de vista, é que desejamos, superficialmente embora, abordar alguns aspectos que vão da herança colonial ao Império e da herança imperial à República.

Com referência ao período republicano, diremos das reformas educacionais que foram feitas — da política e da educação —, dois pontos em conflito para o desenvolvimento cultural do Brasil, e da instabilidade da política educacional brasileira nos últimos tempos, decorrente, dentre outras causas, da “crise de crescimento” que atravessamos. Ao escrevermos sobre cada uma das Constituições, abordaremos o problema, tendo em vista os fatores já apontados, a filosofia política do Estado e as transformações políticas, sociais e econômicas do País.

Não é sem propósito, portanto, que transcrevemos aqui, para argumentar, importantes e oportunas afirmações de SÍLVIO ROMERO, em sua magnífica **História da Literatura Brasileira**:

“Não é de hoje uma simples suposição, mas um fato firmado na História, que o estado de riqueza ou pauperismo de um povo influi diretamente na formação de sua literatura.”

E de sua cultura, acrescentamos nós. O florescimento da cultura em Atenas, no século V a. C., que toma o nome de Péricles; o século de Augusto, que marca o apogeu do Império Romano, depois do nascimento de Cristo; e o Renascimento europeu, entre os períodos medieval e moderno, têm sólida base econômica. E com relação ao Brasil, nos seus poucos 400 anos de História, escreve aquele renomado crítico:

“Basta-me abrir a nossa História de 400 anos, malbaratados por aqueles que deviam dirigir a Nação e ver que a quatro se podem reduzir os movimentos mais acentuados de literatura do Brasil; a Escola Bahiana, do século XVII, que se aureola com GREGÓRIO DE MATOS; a Mineira, do século XVIII, que se assina com a firma de GONZAGA e DURÃO; a Fluminense, da primeira metade do século XIX, com MAGALHÃES e MACEDO; e a Nacional, com movimentos isolados de uma ou outra província, revelando a mutação social.”

E acentuando as influências de ordem econômica nesses movimentos literários, acrescenta:

“Reconhece-se por trás desses acontecimentos literários outros tantos movimentos econômicos do Brasil:

1º — nos primeiros séculos da colônia, o **açúcar**;

2º — no século XVIII, o **ouro**;

3º — mais tarde, o **café**;

4º — e agora, com todos esses produtos desacreditados, estamos à procura de **um novo equilíbrio econômico**” (1).

Vivesse hoje SILVIO ROMERO e ele acrescentaria à sua **História da Literatura** o grande ciclo industrial brasileiro, como responsável pela variada mutação econômica e social do País, responsável pela mudança de suas Constituições.

É o que, em livro mais recente, **A Cultura Brasileira**, salienta FERNANDO DE AZEVEDO, estudando o meio físico, as origens e a composição do povo brasileiro, o trabalho humano, as formações urbanas, os diferentes ciclos de nossa economia, situando, depois, o café e o desenvolvimento industrial para explicar toda a evolução da cultura brasileira, escrevendo:

“... a cultura, nas suas múltiplas manifestações, sendo a expressão intelectual de um povo, não só reflete as idéias dominantes em cada uma das fases de sua evolução histórica e na civilização de cuja vida ele participa, como mergulha no domínio obscuro e fecundo em que se elabora a consciência nacional” (2).

Sobre as influências européias na América, escreve SILVIO ROMERO:

“A literatura no Brasil, a literatura em toda a América, tem sido um processo de adaptação de idéias européias às sociedades do continente.”

Teorias da História do Brasil

Enumera, depois, o ilustre crítico literário as principais teorias da História do Brasil: de VON MARTIUS, que se coloca sob um ponto de vista **nacional** e etnográfico; de H. T. BRUKLE, que divide as civilizações em **primitivas** e **modernas**, sob a ação das leis físicas e geográficas, predominando naquelas a ação das leis físicas sobre o homem; e nestas sendo o inverso a verdade; a de TEÓFILO BRAGA, no qual o lirismo da Europa meridional teve uma origem comum, que conseqüentemente se expandiu às Américas; e a de OLIVEIRA MARTINS, que enxerga o interesse dramático e filosófico da História nacional, na luta entre jesuítas e os índios, de um lado, e os colonos e portugueses e negros, de outro. **A teoria do positivismo religioso**, para o autor da **História da Literatura Brasileira**, citando TEIXEIRA MENDES, é mais genérica que compreensiva.

(1) SILVIO ROMERO — *História da Civilização Brasileira*.

(2) FERNANDO DE AZEVEDO — *História da Cultura Brasileira*.

“A Nação brasileira — escreve — é uma pátria colonial, pertencente ao grupo das pátrias ocidentais. Era necessário, para as pátrias ocidentais, que o português vencesse no Brasil o holandês **protestante**; e que o inglês derrotasse nos Estados Unidos o francês **católico**” (3).

Estas palavras do ilustre literato poderão justificar, plenamente, as tendências da cultura nacional em sua formação e lenta evolução e encontram apoio nas afirmativas dos sociólogos, dentre os quais destacamos GILBERTO FREYRE (4):

“A sociologia histórica procura realizar pesquisas e interpretações próprias das chamadas fontes históricas, vendo nelas elementos para uma história, tanto quanto possível natural, de instituições, grupos e pessoas sociais, ou antes, de instituição, grupo ou pessoa situada em determinado espaço ou época social e estudada nas suas relações de origem e desenvolvimento com outras instituições, grupos ou pessoas sociais.”

E noutra parte escreve o sociólogo pernambucano:

“Considerando de modo geral, a formação brasileira tem sido, na verdade, como já salientamos nas primeiras páginas deste ensaio (**Casa Grande e Senzala**), um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura.”

E muitos outros sociólogos e historiadores apontam e comentam os antagonismos existentes. Todos são unânimes na afirmação da existência de uma influência decisiva da economia e das ordens religiosas, particularmente da jesuíta, no setor da instrução pública:

“Foram os jesuítas que criaram” — afirmava JOSÉ VERISSIMO, no **Livro do Centenário** — “e, por dois séculos quase exclusivamente, mantiveram o ensino público no Brasil” (5).

As primeiras escolas no Brasil

A fundação das cidades de Salvador, na Bahia e de São Paulo, no Planalto de Piratininga, confunde-se com a fundação das primeiras escolas no Brasil, os “colégios” dos padres jesuítas. Data da fundação de São Paulo, portanto, da fundação de sua primeira escola ou colégio, levantado juntamente com a capela, no mesmo local, onde durante muito tempo esteve instalada a Secretaria da Educação, hoje reconstruída com a “Casa de Anchieta”. Construções rústicas, de pau a pique, cobertas de palha, de acordo com os recursos da época. O quanto bastava para a missão pacificadora dos jesuítas, de catequese e de instrução, que não precisa de armas nem de fortalezas. Ao contrário dos colonizadores espanhol e português que manejavam o bacamarte e a espada, escravizando o gentio para o seu serviço, os padres jesuítas manejavam as duas poderosas armas

(3) SILVIO ROMERO — ob. cit.

(4) GILBERTO FREYRE — **Sociologia**.

(5) JOSÉ VERISSIMO in SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA — **A Época Colonial**, IV, vol. I.

que fizeram a grandeza do Brasil — a cruz e o livro. Ao lado da capela, a escola, secular atitude que serve para contestar todos aqueles que afirmam ser a igreja inimiga da cultura. Primeiro a escola primária, para ensinar a ler, escrever e contar. A escola secundária, a seguir, suprimindo, neste particular, ainda hoje, as deficiências do ensino oficial. E, como coroamento deste plano nacional de educação, a escola superior, a Universidade.

A vinda dos padres jesuítas, em 1549, não só marca o início da História da educação no Brasil, mas inaugura a primeira fase, a mais longa dessa história, e, certamente, a mais importante pelo vulto da obra realizada e, sobretudo, pelas conseqüências que dela resultaram para a nossa cultura e civilização. Por isso mesmo, como bem acentua FERNANDO AZEVEDO:

“Em 1759, com a expulsão dos jesuítas, o que sofreu o Brasil não foi uma reforma do ensino, mas a destruição pura e simples de todo o sistema colonial de ensino jesuítico” (6).

Disso resultou que, entre a expulsão dos jesuítas em 1759 e a transplantação da corte portuguesa para o Brasil, em 1808, abriu-se um parêntese de quase meio século, um largo hiato que se caracteriza pela desorganização e decadência do ensino colonial e que vai se refletir profundamente no período imperial.

Com a transferência da corte portuguesa para o Rio de Janeiro, novo surto de progresso atingiu o Brasil, inclusive no setor do ensino, sendo criadas várias “cadeiras” e “aulas” notadamente na Bahia e no Rio de Janeiro. Ao tempo da chegada de D. João, o Rio de Janeiro possuía duas únicas escolas públicas. Nessa mesma época, a capitania de São Paulo, só na sua capital e nas poucas vilas mais importantes, mantinha escolas primárias. Treze ao todo, no ano de 1821.

Proclamada a independência e fundado o Império, em 1822, a vitória dos liberais sobre os conservadores e os debates travados na Constituinte de 1823 anunciavam uma orientação nova na política educacional, sob o impulso das idéias da Revolução Francesa, de que estavam imbuídos os liberais.

Fundamentos culturais

Creemos ter demonstrado, com base em estudiosos do assunto, os fundamentos culturais que influenciaram a feitura das Constituições brasileiras, particularmente a primeira. As demais Constituições sofreram, do mesmo modo, influências políticas, econômicas e culturais que marcam a evolução histórica do País. Começemos, assim, por assinalar alguns aspectos fundamentais da Constituição de 1824, para bem compreendermos todo o seu contexto, e, particularmente, aquilo que se refere especificamente ao tema que vimos desenvolvendo. Há que assinalar, de antemão, a influência pessoal dos governantes ao tempo da elaboração das diversas

(6) FERNANDO DE AZEVEDO — ob. cit.

Constituições brasileiras, de Pedro I a Getúlio Vargas, e deste a Castello Branco. Encontramos o pensamento político de Vargas em nada menos do que em três textos constitucionais, o de 1934, de 1937 e de 1946.

Na fala do Trono, inaugural da Assembléia Constituinte, de 3 de maio de 1823, D. Pedro I assim já se referia à instrução pública:

“Tenho promovido os estudos públicos quanto é possível, porém necessita-se para isto de uma legislação particular” (7).

Realmente, a legislação particular supriu as deficiências da Constituição de 1824, no que se refere à instrução pública, sugerindo reformas que foram feitas no decorrer do período imperial.

MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADA, Deputado por São Paulo, apresentou à Assembléia Constituinte de 1823 memorável parecer sobre a reforma da instrução pública, propondo, entre outras coisas:

“... sou de parecer, na Capitania, se devem estabelecer 19 escolas regidas cada uma por seu mestre, a saber: 10 na comarca de São Paulo, 5 na comarca de Paranaguá e 4 na de Itu...” (8).

E no projeto de Constituição apresentado na sessão da Assembléia Constituinte em 19 de setembro de 1823, assinado por José Bonifácio, Antônio Carlos, Araújo Lima e outros, a medida era adotada no seu artigo 250, dispondo sobre a “criação de escolas primárias em cada termo, ginásios em cada comarca e universidades nos mais apropriados locais”. Nenhum esforço real, entretanto, se verificou para a criação de uma universidade; apenas os dois cursos jurídicos de 11 de agosto de 1827 foram instalados em Olinda e São Paulo.

A educação de D. Pedro

Exerceu acentuada importância na elaboração da primeira Constituição do Brasil o Príncipe D. Pedro. Vejamos alguns traços característicos de sua educação e que, por certo, tiveram influência na sua conduta e ação, como homem político, formador de um império. Aos cinco anos teve como primeiro mestre ou professor de letras o Dr. J. Monteiro da Rocha, que pertencera à Companhia dos Jesuítas, “mestre dotado de grande cultura, de conhecimentos científicos, de honra, prudência e desinteresse” (9). Entre outros primeiros mestres de D. Pedro figurou frei Antônio de N. S. de Salete, franciscano, que o iniciara no latim, língua por intermédio da qual, muito criança embora, se tornou familiar de Virgílio. E o cônego Renato Briset, emigrado francês, que lhe ensinara a própria língua. Durante a viagem de D. Pedro para o Brasil, na agitada transferência da corte de D. João VI, a sua leitura predileta foi *Eneida*. E, para chamar a atenção do menino D. Pedro sobre o maior poema da literatura latina e estimular-lhe o gosto pelas letras clássicas, estaria a seu lado, durante

(7) OTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUZA — A Vida de D. Pedro I.

(8) Anais da Assembléia Constituinte de 1823.

(9) OTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUZA — ob. cit.

toda a viagem, e depois, um homem a quem se afeiçoaria e jamais deixaria de respeitar: frei Antônio de Arrabadia. Não tendo podido o Dr. J. Monteiro da Rocha acompanhar ao Brasil o real discípulo, o lugar do antigo jesuíta passou a ser exercido de preferência pelo franciscano, mais tarde feito bispo titular de Anemória e coadjutor do capelão-mor, que era o bispo do Rio de Janeiro. Frei Antônio de Arrabadia, que viajou de Portugal em companhia de D. Pedro, aparece sempre como mestre e confessor do príncipe.

Outro que igualmente figura como incumbido de ensinar-lhe o francês é o cônego René Pierre Boiset, mais tarde professor de seus filhos. Para a língua inglesa dois são os mestres apontados: o padre Guilherme Paulo Tilbury e o padre irlandês João Joyce, que exerceu o lugar de professor régio de língua inglesa no Rio, tendo tido Evaristo da Veiga entre seus discípulos.

Esta rápida síntese, tomada ao renomado biógrafo de D. Pedro I — OTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUZA — Bastaria para mostrar a formação cultural de D. Pedro, que “sem uma educação sistematizada, obedecendo a planos de antemão preparados, ia, contudo, recebendo de maneira pouco formal, uma educação que talvez não fosse a pior. Educação em que a paralisia de certos freios tradicionais facilitaria ao futuro monarca o ajustamento às exigências do momento em que foi chamado a atuar”⁽¹⁰⁾.

A sua educação, portanto, e nem poderia ser de outro modo, era européia, jesuítica.

Idéias políticas

D. Pedro estava imbuído das idéias liberais da época, aqui defendidas por alguns brasileiros.

Quando repercutiu no Brasil a Revolução Constitucionalista do Porto, de 1820, as tendências reformistas de D. Pedro se alvoroçaram e por amor das novas idéias ia o príncipe encabeçar a emancipação do Brasil e tornar-se seu imperador constitucional. Mais tarde, dez anos depois, abandonaria essas novas idéias por amor ao poder, desenvolvendo uma política unipessoal e absolutista, copiando, até certo ponto, os monarcas europeus, buscando em Carlos X, da França, um modelo que lhe seria fatal nos idos de abril de 1831. A partir da restauração da monarquia francesa, em 1814, os reis europeus encontravam-se diante de um verdadeiro dilema: ou conceder um estatuto constitucional ou recebê-lo imposto pela nação, como fizeram os constitucionalistas do Porto. E isto deve ter influenciado, e muito, o ânimo de D. Pedro I, tão logo assumiu a responsabilidade de dirigir o País: antes de receber uma Constituição, imposta pela nação, D. Pedro I importaria a esta a Constituição de 1824, de cuja autoria participou diretamente, tendo, inclusive, elaborado um anteprojeto — modelo de liberalismo, cognome que se veio juntar à Constituição de 1824.

(10) OTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUZA — *ob. cit.*

CONSTITUIÇÃO DE 1824

Preâmbulo

Dom Pedro I, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil:

Fazemos saber a todos os nossos súditos que, tendo-nos requerido os povos deste Império, juntos em câmaras, que nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o projeto da Constituição, que havíamos oferecido a suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte, mostrando o grande desejo que tinham de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperarem a sua individual e geral felicidade política; nós juramos o sobredito projeto para o observarmos, e fazermos observar como Constituição, que dora em diante fica sendo, deste Império; a qual é do teor seguinte:

EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE

TITULO I

Do Império do Brasil, seu Território, Governo, Dinastia, e Religião.

Art. 1º — O Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma nação livre e independente que não admite com qualquer outro laço algum de união ou federação, que se oponha a sua independência.

.....

Art. 5º — A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.

.....

TITULO VIII

Art. 179 — A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

.....

Alínea 32 — A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.

Alínea 33 — Colégios e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas-artes e artes.

Em outubro de 1828, determina-se a criação, em cada cidade e vila do Império, de Câmaras Municipais, dispondo o seu art. 70 que "terão

inspeção sobre as escolas de primeiras letras, e educação, e destino dos órfãos pobres, em cujo número entram os expostos (...)” (11).

Lei de 12 de agosto de 1834

Ato Adicional à Constituição do Império:

“Art. 10 — Compete às Assembléias Legislativas provinciais legislar:

.....
Alínea 2 — Sobre a instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la, não compreendendo as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, academias atualmente existentes, e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que, para o futuro, forem criados por lei geral.”

A educação no regime imperial

Documento que assinala a transição de uma corte à outra, a primeira Constituição do Brasil sofreu as tendências políticas, sociais e religiosas da corte portuguesa, transplantadas para o Brasil e aqui vigorantes até e **depois** da Independência. Não poderia ser de outro modo, bastando assinalar que o proclamador da Independência do Brasil era português e os seus principais assessores possuíam cultura portuguesa, vale dizer europeia. Daí a sábia advertência de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO:

“Os acontecimentos ligados à nossa História constitucional e ocorridos no Brasil antes da partida de D. João VI para a Europa — ou seja, quando o Brasil era ainda sede da Monarquia lusitana — não podem ser bem compreendidos se não os filiaros aos seus antecedentes peninsulares imediatos” (12).

O fato político, que foi a Independência do Brasil, não implicou, evidentemente, na “independência” da cultura brasileira. E foi com base na cultura europeia, na cultura dos homens de então, e que possuíam o poder político, que se elaborou a primeira Constituição brasileira. E dentre estes, sabemos, exerceu acentuada importância na elaboração da Constituição o Príncipe D. Pedro, imbuído das idéias liberais da época, aqui defendidas por alguns brasileiros ilustres.

“Sensível às idéias do tempo, apesar da sua deficiente formação intelectual, o príncipe, logo que investido da Regência, expediu leis bem condizentes com as mais novas e vitoriosas teses do constitucionalismo liberal” (13).

(11) Lei de 1.º de outubro de 1828.

(12) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *A Formação Constitucional do Brasil*.

(13) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *ob. cit.*

Começou D. Pedro o seu governo com uma proclamação na qual resumia o programa das reformas que pretendia executar. Seu propósito era **antecipar** “todos os benefícios da Constituição que chegasse de Portugal”. Cuidaria da educação pública, da agricultura, do comércio. Como príncipe regente convocou a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, procurando antecipar-se às Cortes de Lisboa e, proclamada a Independência, convocou uma Assembléa Constituinte, instalada a 2 de maio de 1823 e dissolvida a 12 de novembro de 1823, seguindo-se a designação de um Conselho de Estado, para a elaboração da Constituição. Dentro de 20 dias estava pronto o projeto elaborado pelo Conselho de Estado, com a assistência direta de D. Pedro. O redator principal do projeto, mas não o único, foi o conselheiro José Carneiro de Campos, futuro Marquês de Caravelas. O juramento da Constituição foi feito em ato solene, como requeria a importância do acontecimento, no dia 25 de março de 1824, na Catedral do Rio, depois de missa pontifical.

No preâmbulo da Constituição de 1824 se identifica a sua filosofia político-religiosa:

“Dom Pedro Primeiro, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos...”

A influência da religião católica está consagrada no art. 5º:

“A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império.”

Poucos são os dispositivos que tratam da instrução pública e isto porque a tradição e o costume eram de que à família cabia a educação dos filhos, e a Igreja, velando pela conservação da família, cuidava, especialmente, da educação da criança e da juventude, como vinham fazendo as ordens religiosas. Entretanto, o art. 179, que trata das garantias constitucionais dos cidadãos, estabelece em duas alíneas que:

32 — “A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.”

33 — dispõe sobre a criação de “colégios e universidades onde serão ensinados os elementos das ciências, belas-artes e artes”.

Há, no primeiro caso, um interesse da Coroa pelo **ensino primário gratuito** e, no segundo, pela **criação de colégios e universidades** para o ensino de ciências e belas-artes. Não se cogitou, entretanto, da formação de pessoal docente, o que seria objeto de lei de 15 de outubro de 1827, a primeira lei sobre a instrução pública no Brasil, a qual dispunha que:

“em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos haverá escolas de primeiras letras que forem necessárias”.

Muito interessante o que dispunha essa lei sobre os professores:

“os presidentes de província, em conselho, taxarão interinamente os ordenados dos professores regulando-os de 200\$000 a 500\$000 anuais, em atenção às circunstâncias de população e carestia dos lugares e o farão presente à Assembléa Geral para aprovação. Os

professores que não tiverem a necessária instrução deste ensino irão instruir-se em curto prazo e à custa dos seus ordenados nas escolas das capitais" (14).

Uma lei de 1º de outubro de 1828, em seu artigo 70, dispunha sobre "a inspeção nas escolas de primeiras letras e educação".

Até aqui a supervisão nacional das questões de ensino, dentro do espírito unitário da Constituição de 1824. O Ato Adicional, lei de 12 de agosto de 1834, que reformou a Constituição, seguiu doutrina oposta, conferindo aos Estados poderes de legislar sobre educação e ensino. E o que dispunha o:

Art. 10: (Alínea 2) — "Compete às assembléias provinciais legislar sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la (...)"

Era a delegação completa às províncias para legislar sobre matéria de ensino, passando-se da centralização para a descentralização administrativa, defendida por uns e condenada por outros. A descentralização em matéria de legislação educacional não melhorou a situação educacional do Brasil pois que as províncias, carentes de recursos, não podiam criar, instalar e prover as escolas com pessoal docente habilitado. Muitos são os relatórios que se referem à carência de escolas e à ineficiência dos métodos de ensino em todo o período imperial, enumerando: a) a falta de idoneidade do pessoal responsável; b) o profundo descontentamento em que viviam os mestres, por falta de recompensa pecuniária suficiente e da quase nenhuma proteção que dos poderes públicos recebiam; c) a deficiência de métodos convenientes; d) a falta de edíficios apropriados.

Encontramos, nos faustos da história da educação no Brasil, a partir de 1850, numerosos planos, reformas, sugestões e informações sobre a instrução pública, destacando-se dentre todos o memorável parecer de RUI BARBOSA, apresentado em 1882. O parecer de RUI reflete, com a mentalidade da época, a força poderosa dos seus ideais e do seu talento. E acentuava o contraste entre a altura do ideal e a realidade do meio que o rejeitava. O parecer de RUI inspirou a última fala do Trono de 3 de maio de 1889, da última sessão do Parlamento do 2º Império, quando solicitava o Imperador D. Pedro II a criação de um Ministério destinado aos negócios da Instrução Pública.

"As aspirações largas e audaciosas daquele projeto de 1882 e o da última Fala do Trono em 1889 não tinham para apoiá-las nem uma mentalidade nova, nem uma realidade social, maleável e plástica, nem um surto econômico que favorecesse profundas transformações no sistema educativo" — assinala com agudeza de espírito o professor FERNANDO DE AZEVEDO, de quem tantas vezes nos socorremos na elaboração desta monografia.

(14) Inspirado nessa Lei de 15 de outubro de 1827, foi instituído pelo Governo de São Paulo o "Dia do Professor".

Em 1860, o inspetor-geral de Instrução Pública, do Município da Corte, insistia em relatório:

“É necessário multiplicar o número de professores na razão direta da população e da extensão do território. Infelizmente as circunstâncias do nosso País complicam e dificultam o remédio a este mal.

A posição dos professores, que depois da reforma de 1854 o governo procurara melhorar, acha-se nas mesmas condições, senão piores, pela depreciação da moeda e conseqüente carestia dos gêneros alimentícios e de primeira necessidade. O mestre-escola não tem o necessário para uma parca subsistência. Como, pois, esperar que se apresentem, em número suficiente, pessoas para o exercício do magistério? Assim temos visto abrirem-se concursos para cadeiras vagas, e concorrerem dois ou três indivíduos, que não reúnem as habilitações necessárias, sendo forçoso renovar-se o concurso para obter, às vezes, igual resultado” (15).

Até parece que estamos lendo um relatório atualíssimo. Faltam escolas e faltam professores. E estes, como sempre e até hoje, mal remunerados. Lembra o inspetor, em seu longo e minucioso relatório, a necessidade da criação de um estabelecimento destinado a formar professores para o exercício do magistério público e insiste na criação de escolas normais. Motivos apontados em diversos relatórios anteriores impediram a criação de escolas de segundo grau. Os mesmos motivos — carência de professores, má remuneração, falta de prédios — prevalecem ainda em 1861, 1862 e 1870. Todos os relatórios ministeriais referiam-se à falta de escolas secundárias e de escolas normais. O único estabelecimento de ensino secundário oficial, sob a jurisdição da União, era o Colégio Pedro II, tal como continua sendo até hoje. . . Nenhum colégio, e nenhuma universidade, como queria a Constituição de 1824, que continuava sendo “letra morta” neste particular.

O pessoal docente, para o ensino primário, quase todo constituído de mestres improvisados, sem nenhuma preparação, não melhora sensivelmente com as primeiras escolas normais que se criaram no País: Niterói, em 1835; Bahia, em 1836; Ceará, em 1845; São Paulo, em 1846; Rio de Janeiro, em 1880. Todas com organização rudimentar, como a de São Paulo, que se fundou em 1846, com um só professor (Dr. Manoel José Chaves): desapareceu em 1867, reabriu-se em 1874 com novo plano; fechou-se novamente em 1877, para restabelecer-se, afinal, em 1880, com um curso completo de 3 anos. Este “abre-fecha” bem revela as dificuldades de então, para a sobrevivência das escolas.

As dificuldades de hoje são de outra ordem, mas continuam impedindo a expansão do ensino no País, não obstante todas as leis, decretos e Constituições.

Apenas para efeito de comparação e segundo uma estimativa da época, no ano de 1867, a situação da escola primária no Brasil era a seguinte:

— matrícula nas escolas primárias de todas as províncias: 107.500 alunos;

(15) PRIMITIVO MOACYR — A Instrução e a República — MES.

— população livre: 8.830.000 habitantes;

— indivíduos em condições de receber instrução: 1.200.000.

O antigo edifício-sede do Instituto "Caetano de Campos" completará 88 anos de existência no mês de agosto deste ano, inaugurado que foi a 2 de agosto de 1894, quatro anos depois do lançamento da pedra fundamental, que se deu a 17 de outubro de 1890. Deve-se sua construção a Prudente de Moraes, com a colaboração do Prof. Caetano de Campos.

A solenidade inaugural da sede da então Escola Normal foi presidida pelo Dr. Bernardino de Campos, já então presidente do Estado, estando presente também o Dr. Cesário Mota Júnior, titular da pasta do Interior, à qual estavam afetos, na época, os assuntos do ensino. Era diretor do estabelecimento o Prof. Gabriel Prestes.

O atual Instituto de Educação Caetano de Campos foi criado como Escola Normal de São Paulo em 16 de março de 1846, mediante lei sancionada pelo presidente da província, Manoel da Fonseca Lima e Silva, e cujo artigo 1º estabelecia:

"O governo estabelecerá na capital da província uma escola normal de instrução primária, em que se ensinarão as seguintes matérias em um curso de dois anos: lógica, gramática geral e da língua nacional, teoria e prática de aritmética até proporções inclusive, noções gerais de geometria prática e suas aplicações usuais, caligrafia, princípios e doutrina da religião do Estado, os diversos métodos e processos de ensino, sua aplicação e vantagem compatível."

Dizia ainda a lei que, "não achando o governo pessoa competente para o ensino da Escola Normal, poderá engajar quem vá instruir-se na Europa nas matérias exigidas" (16). Entretanto, o governo achou o professor: durante 22 anos, como mestre único, o Dr. Manoel José Chaves lecionou todas as matérias do curso!

A escola funcionou, sucessivamente, na Igreja da Sé (1846/1867), na Faculdade de Direito, na Travessa do Tesouro e na Rua Boa Morte. Foi denominada Instituto de Educação em 1933, sendo diretor o Prof. Fernando de Azevedo, funcionou com esse título até 1938. De 1938 a 1939, foi seu diretor o Prof. Antônio Firmino de Proença, denominando-se então Escola Normal Modelo. A atual denominação data de 1946.

Um cálculo acima da estimativa mostra que apenas 120.000 pessoas recebiam instrução primária, ou seja, a décima parte da população em idade escolar, ou 1 por 80 habitantes.

Não estamos fazendo, e nem este é o nosso objetivo nos estreitos limites desta monografia, uma análise completa da Constituição de 1824. Mas,

(16) *Pollanteia* — publicação comemorativa do 1º centenário da instituição do ensino normal em São Paulo. Editada sob os auspícios do Governo de São Paulo.

convém citar aqui, como conclusão, a autorizada opinião de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO:

“Independentemente de qualquer análise crítica, uma observação preliminar deve ser tranquilamente feita a propósito da Constituição de 1824: ela foi um grande Código político, dos maiores produzidos pela ciência e experiência políticas do século XIX. Não precisamos, a rigor, demonstrar juridicamente esta opinião, porque ela se impõe, desde logo, como fato histórico. Com todos os seus defeitos e insuficiências, o Império é uma página de glória na vida do Brasil e a sua Constituição, flexível, moderada, liberal e prudente, praticada por uma série de verdadeiros estadistas, se inscreve entre os mais felizes documentos políticos do século passado” (17).

CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS

Os historiadores assinalam com freqüência, e insistência, os fatores predominantes na implantação da República: a transformação da economia agrária, em consequência da abolição dos escravos; o aparecimento do exército com força política influente; a aspiração federalista; certas influências culturais como o positivismo; o isolamento em que se achava o Brasil como única monarquia continental; a questão sucessória do Império. A evolução dos acontecimentos decorrentes destes variados fatores e outros de importância secundária levou o País à Revolução de 15 de novembro de 1889, abolindo a Monarquia e instaurando a República. Como decorrência lógica do advento da República, a substituição da Constituição Monárquica de 1824 pela Constituição Republicana de 1891, primeira de uma série que ainda procura a sua consolidação definitiva ou, pelo menos, maior estabilidade.

CONSTITUIÇÃO DE 1891

Preâmbulo

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

TÍTULO I

Da Organização Federal

Art. 1º — A Nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa,

(17) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — ob. cit.

proclamada a 15 de novembro de 1889, e constituiu-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil.

CAPÍTULO IV

Das atribuições do Congresso

Art. 34 — Compete privativamente ao Congresso Nacional:

Alínea 30 — legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na capital forem reservados para o governo da União;

Art. 35 — Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

Alínea 2 — animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e o comércio, sem privilégios que tolham a ação dos governos locais;

Alínea 3 — criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados;

Alínea 4 — prover a instrução secundária no Distrito Federal.

SECÇÃO II

Declaração de Direitos

Art. 72 —

§ 6º — Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1926

Preâmbulo

Nós, os Presidentes e Secretários do Senado e da Câmara dos Deputados, em obediência ao disposto no § 3º do art. 90 da Constituição Federal, fazemos saber, à Nação, e às autoridades a quem compete sua fiel observância, que, depois de incorporada ao seu texto, como parte integrante dele, a proposta de emendas aprovada pelas duas Câmaras do Congresso Nacional nas sessões ordinárias de 1925 e 1926, e já publicada, a Cons-

tituição da República dos Estados Unidos do Brasil, conservados os preâmbulos e as assinaturas dos constituintes de 1891, é a seguinte:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

(Não houve nenhuma inovação quanto à educação e o ensino. Do mesmo modo que na Constituição de 1891, não há nenhuma palavra sobre o ensino primário).

Agnosticismo

O agnosticismo da Constituição de 1891 e que também marca a sua filosofia política está contido no seu preâmbulo:

“Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição:”

Com a proclamação da República, a instrução pública no País tomou um novo surto em consequência da nova orientação política que, para se firmar sobre os escombros da monarquia, propõe reformas mais avançadas. O Brasil possuía, nessa época, apenas 14.000.000 de habitantes, população dispersa e rarefeita. A abolição da escravatura, um ano antes da república, e o ensaio vitorioso da colonização estrangeira em São Paulo criam novas condições de vida. Desenvolve-se o ensino particular, quer o primário, quer o secundário. Sob o influxo das novas idéias, federalista e republicana, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 institui a forma federativa e retoma a tradição do Império que vinha do ato adicional de 1934, transferindo a instrução primária aos Estados, aos quais ficou assegurada a organização do ensino em geral e reservando-se, mas não privativamente, a atribuição de **criar instituições de ensino secundário e superior nos Estados e prover a instrução no Distrito Federal**. A instrução secundária e superior na capital do País foi posta diretamente sob a jurisdição do governo central que transferiu à órbita dos poderes municipais do Distrito Federal o ensino primário e profissional que estava, quanto ao Município Neutro, a cargo da União, no Império ⁽¹⁸⁾.

“Em vez de arrear os obstáculos à organização de um sistema geral, a República não fez mais do que agravá-los, repartindo entre a União e os Estados as atribuições na esfera da educação e renunciando ao dever que lhe indicavam as instituições democráticas de dar impulso e traçar diretrizes à política da educação nacional” — crítica FERNANDO DE AZEVEDO ⁽¹⁹⁾ e sugere me-

(18) Lei de 20 de novembro de 1892

(19) FERNANDO DE AZEVEDO — ob. cit.

didadas que depois são defendidas e aproveitadas pelos constituintes que elaboraram a Constituição de 1946.

O período de 67 anos que vai da fundação do Império à implantação da República trouxe, necessariamente, profundas modificações sociais e econômicas, repercutindo, evidentemente, na situação política e educacional do País. Iniciou-se um primeiro surto industrial no último quartel do século XIX; com novo ciclo agrícola pela extinção do elemento servil e pela imigração de trabalhadores agrícolas o trabalho livre é organizado. E tudo isto vai se refletir na Constituição de 1891.

O americanismo da Constituição de 1891

Muito se tem falado e escrito sobre o americanismo da Constituição de 1891, que teria tomado como “modelo” a Constituição norte-americana de 1787. Não há desdouro nenhum nisso. E é natural que assim fosse. Acentua AFONSO ARINOS que a influência da Constituição dos Estados Unidos já se manifestava mesmo no ato adicional de 1834, sob o ponto de vista político, quando se institui a Regência Única, com soma de poderes semelhantes ao de Presidente da República. E estávamos, ainda, em pleno regime monárquico. Influência mas não cópia ou imitação. Há uma distância muito grande entre a Constituição americana, um modelo de síntese, que deixa toda “regulamentação” para as leis ordinárias, e a minuciosa Constituição brasileira de 1891, onde se esmerou RUI BARBOSA, o seu principal redator e o melhor conhecedor da ciência jurídica no seu tempo e que não se conformaria em apegar apenas ao sistema americano. RUI, como a documentação histórica confirma, examinou vários textos constitucionais, antes de elaborar a Constituição.

Adotou-se a forma federativa, influência americana, conforme estava expresso no Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, o Ato Institucional da República. E, dentro desse princípio, se elaborou a nova Constituição. E não só os Estados Unidos, a França revolucionária, também, inspirou, e muito, os constituintes brasileiros de 1891.

Além do problema da Federação, poucos foram os assuntos fundamentais que mereceram debates ou emendas importantes na Assembléia Constituinte. Um deles, naturalmente, foi o sistema de governo adotado, ou seja, o presidencialismo. A presença constante da organização político-jurídica dos Estados Unidos no pensamento dos principais responsáveis pela Constituição de 1891 se manifesta com mais vigor através das duas teses básicas do federalismo e do presidencialismo.

O problema se restringe, portanto, quanto à forma jurídico-política no novo Estado. Convém não esquecer que os princípios básicos da democracia estão contidos na Constituição americana, como, por exemplo, quando se refere à ampla “liberdade de religião, da palavra, de imprensa e direito de petição”, princípios estes que não podem ou não devem ser omitidos em qualquer estatuto político, constitucional, e que também estão expressos em vários dispositivos da Constituição de 1891. Seria conveniente eliminá-los, para se evitar a “cópia”?

A Comissão dos Cinco

Antes mesmo da convocação da Constituinte, a 3 de dezembro de 1889, o governo provisório constituiu comissão, composta de cinco membros, especialmente incumbida de elaborar anteprojeto da Constituição. Foram elaborados, então, três projetos, revistos e refundidos por RUI BARBOSA, Ministro da Fazenda do Governo. A 22 de junho de 1890, concluída a revisão, dá-se a assinatura solene, pelo governo provisório, do projeto de Constituição. No mesmo dia foi convocada a reunião da Assembléia Constituinte, **encarregada de votá-la**. A instalação solene da Assembléia verificou-se no dia 15 de novembro de 1890, 1º aniversário da República. Não havia a menor dúvida de que o texto governamental seria o adotado com pequenas modificações por uma assembléia onde o governo possuía maioria. Eram os constituintes homens muito diversos por sua formação, predominando entre eles os representantes das profissões liberais e militares. Havia de tudo: republicanos radicais, positivistas, liberais, conservadores e até monarquistas.

Descentralização

Feitas estas rápidas considerações, verifiquemos os dispositivos constitucionais referentes à educação e ensino, contidos na Constituição de 1891. Mantendo a orientação do Ato Adicional de 1834, a Constituição de 1891 atribuiu aos Estados competência de legislar sobre o ensino, reservando-se ao Congresso Nacional o direito de: Art. 34 — alínea 30: “legislar sobre o ensino superior no Distrito Federal”; Art. 35 — alínea 2: “animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências”; alínea 3: “criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados”; alínea 4: “prover a instrução secundária no Distrito Federal”.

E, como corolário da separação da Igreja do Estado, rezava o § 6º do art. 72: “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”.

Este dispositivo, estabelecendo o ensino laico, incentivou uma corrente doutrinária no sentido de se eliminar, em definitivo, o ensino religioso nas escolas e dando margem à séria polêmica sobre o assunto, que se mantém até hoje, como teremos a oportunidade de nos referir. Refutando a idéia de que a separação da Igreja do Estado tenha sido influenciada pelo positivismo, escreve FERNANDO DE AZEVEDO: “O decreto que após o 15 de Novembro separou a Igreja do Estado não teve origem, porém, no desenvolvimento do positivismo sectário: foi antes uma vitória do movimento laicista, com que se restaurou o princípio de neutralidade do Estado em face do problema religioso” (20).

Separação da Igreja do Estado

Certo é que com a separação da Igreja do Estado e a laicização do ensino administrado nos estabelecimentos públicos (art. 72, § 6º) e, portanto, o agnosticismo da Constituição Republicana, contido no seu preâmbulo, a política escolar da Igreja, que até então exercera quase o monopólio, sofria os primeiros golpes resultantes das reformas educacionais do gover-

(20) FERNANDO DE AZEVEDO — ob. cit.

no provisório, sob a inspiração de Benjamim Constant. A reação contra a ideologia do ensino leigo, consagrada pela Constituição de 91, tornou-se vitoriosa 40 anos depois, quando a Constituição de 1934 restaurou o ensino religioso nas escolas.

Verificou-se, em consequência dessa separação da Igreja do Estado, um acentuado surto de desenvolvimento das escolas confessionais e que iam ganhando prestígio na medida em que o Estado não dispunha de recursos suficientes para instalar escolas públicas, principalmente no setor do ensino secundário. Os católicos procuram conquistar o terreno perdido, na área extra-oficial, encontrando aí a concorrência dos protestantes que, igualmente, fundam e mantêm escolas.

E é sob a influência de ministros e educadores protestantes da América do Norte, que se faz a reforma do ensino primário em São Paulo, de 1891 a 1895, introduzindo-se novas técnicas pedagógicas (Reforma Caetano de Campos, Cesário Mota e Gabriel Prestes).

Sem indicar soluções para o grave problema do analfabetismo no Brasil, a Constituição de 1891, entretanto, estabelece limites, quando, pelo art. 70, exclui os analfabetos dos pleitos eleitorais. Indiretamente, portanto, este dispositivo constitucional desperta o interesse pelo ensino, pois ontem como hoje, muitos são os analfabetos que desejam ocupar posições de destaque ou, pelo menos, de mando. Sabemos hoje como os políticos demagogos exploram o problema do analfabetismo com objetivos eleitorais e não será duvidoso que, se se tornar vitoriosa a campanha pela extensão do voto aos analfabetos, em muito se arrefecerá esse prurido educativo. Tratarão, então, os profissionais da política de encontrar meios de arregimentar os seus eleitores e, se necessário, mantê-los na ignorância, para mais facilmente poder iludi-los.

Embora a arejada reforma Caetano de Campos, no setor do ensino primário e normal, mantinham-se, em todo o País, as tradições do regime imperial, em matéria de educação, sem nenhuma modificação de estrutura, faltando, ainda, as universidades ou escolas para a formação de lentes e pesquisadores, sendo maior a carência no setor do ensino secundário.

São poucos, como se vê, os dispositivos sobre educação e ensino, contidos na Constituição de 1891, supridos por leis ordinárias que foram promulgadas e reformas do ensino. A revisão constitucional de 1926, feita mais no campo político, não trouxe nenhuma inovação.

Dir-se-ia, com base nestes poucos dispositivos, que a República menosprezou o importante problema. Acontece, porém, que contingências políticas e sociais obrigaram a Câmara a tomar medidas destinadas a "animar, amparar e desenvolver o ensino". Daí as muitas reformas que vão de 1890 a 1930, cuja análise não nos compete fazer aqui, e que levou PRIMITIVO MOACYR a afirmar:

"O Império caminhava de olhos vendados ao sabor das circunstâncias. Em 1891, coube à República a vez de regular os destinos da instrução pública" (21).

(21) PRIMITIVO MOACYR — ob. cit.

Esta tentativa de disciplinar e regular os destinos da instrução pública no Brasil se acentua a partir de 1930 quando, depois da Revolução, se cria o Ministério da Educação e Saúde, destinado a desempenhar papel importante na História e no desenvolvimento da educação e ensino, conforme assinalaremos a seguir.

A REVOLUÇÃO DE 1930

O movimento revolucionário irrompido no Brasil a 3 de outubro de 1930, de norte a sul do País, liderado pelos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba, assumiu caráter verdadeiramente nacional, pôs por terra, em pouco menos de um mês, a Primeira República e marcou uma etapa decisiva na evolução política do Brasil.

Dizia-se, então, que a Revolução de 30 era o ponto culminante de um processo revolucionário assinalado pelas revoluções de 1922, 24 e 26. Hoje, entretanto, em que pese às profundas modificações políticas e sociais do País, decorrentes da Revolução de 1930, e a outros fatores correlatos, ainda nos encontramos na crista desse movimento propulsor, com vistas a novas modificações políticas e sociais, de modo a colocar o País em consonância com o mundo moderno. Não nos compete, aqui, fazer a História da Revolução de 30, mas não nos furtamos à oportunidade de ressaltar a sua importância, tendo-se em vista os seus ideais, as suas conquistas e as inovações introduzidas nos quadros políticos nacionais. O voto secreto, o voto feminino e o direito do trabalho são algumas dessas conquistas, presentes nas Constituições que se seguiram.

No setor da educação foi bem pronunciada a ação da Revolução de 1930. Já na plataforma com que o candidato da Aliança Liberal, Sr. Getúlio Vargas, se apresentou ao eleitorado brasileiro, lida na Esplanada do Castelo do Rio de Janeiro, em 2 de janeiro de 1930, foi inscrito como programa do candidato, que se tornaria, depois, o Chefe do Governo Provisório, o seguinte:

“Tanto o ensino secundário quanto o superior reclamam alterações que lhes arejem e atualizem os métodos e disciplinas. Essa reforma é das que não comportam adiamento.”

E, em manifesto à Nação, de 3-10-31, em que fazia o balanço do primeiro aniversário do Governo Provisório, depois de verificada a extensão do problema, dizia o Chefe do Estado:

“Em matéria de educação nacional quase tudo está por fazer-se. O ponto de partida é o ensino primário e, para ministrá-lo com real aproveitamento, não adotamos ainda uma fórmula satisfatória. O Governo Provisório tem em alta conta o problema e procura enfrentá-lo, dando unidade ao seu duplo aspecto: ensino primário de letras e técnico-profissional. Seria, talvez, conveniente interessar na sua solução, o Governo Federal, o Estado e o Município” (22).

(22) GETÚLIO VARGAS — A Nova Política do Brasil

Este trecho da fala governamental consubstancia todo um programa de educação. Mostra-se o Chefe do Governo inteiramente preocupado com o ensino primário e técnico-profissional, que vai ter prioridade. E, na busca de uma solução para o importante problema, sugere a conjugação de esforços da União, do Estado e do Município, empregando, com a prudência que sempre caracterizou o seu governo, a condicional: “seria, talvez, conveniente...” Princípio que foi adotado pelas Constituições de 1934 e 1946.

Criou-se o Ministério da Educação e Saúde, posteriormente desdobrado, e elaborou-se uma ampla e radical reforma do ensino, a chamada REFORMA FRANCISCO CAMPOS, primeiro titular do Ministério da Educação, que, pelo Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931, reformou o ensino superior, organizando o sistema universitário, e pelo Decreto nº 19.890, de 18 de abril de 1931, reformou o ensino secundário, “imprimindo-lhe a melhor organização que já teve entre nós”, segundo FERNANDO DE AZEVEDO.

Reformas de ensino

Quanto ao ensino primário, reformas parciais vinham sendo feitas, com alguns resultados. Sampaio Dória, em São Paulo, no ano de 1920; Lourenço Filho, no Ceará, em 1924; Fernando de Azevedo, no Distrito Federal, em 1928; Anísio Teixeira, na Bahia, em 1932 e depois no Distrito Federal, em 1935. Mas foi a Reforma Lourenço Filho, em São Paulo, em 1930-1931, primeiro ano do governo revolucionário, uma das iniciativas mais importantes, integradas no movimento renovador da educação, trazido pela Revolução de 1930. E o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, dentre os quais se destacam como líderes os reformadores acima citados, e lançado em 1932, propõe as diretrizes de uma política escolar inspirada em novos ideais pedagógicos e sociais e planejada para uma civilização urbana e industrial.

Na mensagem lida perante a Assembléia Nacional Constituinte, no ato de sua instalação, em 15 de novembro de 1933, disse o Chefe do Governo Provisório, dentre outras coisas:

“Todas as grandes nações, assim merecidamente consideradas, atingiram nível superior de progresso, pela educação do povo. Refiro-me à educação, no significado amplo e social do vocábulo: física e moral, eugênica e cívica, industrial e agrícola, tendo por base a instrução primária de letras e a técnico-profissional” (23).

Vê-se a preocupação pela “educação do povo”, educação sem privilégio, como defendia Anísio Teixeira, e que tanto agradou a FERNANDO DE AZEVEDO: “A Revolução de 1930 foi, nesse processo revolucionário, uma das fases culminantes e decisivas, contribuindo poderosamente para uma “democratização mais profunda”. Vê-se, ainda, a preocupação do Chefe do Governo pelo ensino técnico-profissional, o industrial e agrícola, em decorrência do desenvolvimento das atividades, anunciando a intenção de se instalar a universidade técnica. Não era preocupação do Governo

(23) GETÚLIO VARGAS — Anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934. Mensagem do Chefe do Governo Provisório.

Provisório a instalação de outros tipos de universidades ou escolas superiores. A educação física e cívica iriam ter ênfase no Estado Novo. E mais adiante:

“A verdade é dura, mas deve ser dita: Nunca, no Brasil, a educação nacional foi encarada de frente, sistematizada, erigida, como deve ser, em legítimo caso de salvação pública” (24).

Verdade que ainda hoje continua sendo pregada pelos educadores, sem resultados positivos. É preciso que se faça uma cruzada nacional em defesa da educação e ensino, em favor da sua difusão. Referindo-se aos recursos indispensáveis para organizar e manter o aparelho educativo, de acordo com as possibilidades financeiras do País, acentua, mais uma vez, o Chefe da Nação:

“Nesse terreno, mais do que em qualquer outro, convém desenvolver o espírito de cooperação, congregando os esforços da União, dos Estados e do Município” (25).

Decreto regulando os poderes e atribuições dos interventores federais já determinava que os Estados empregassem 10%, no mínimo, das respectivas rendas na instrução pública e estabelecia a faculdade de se exigirem até 15% das receitas municipais para aplicação nos serviços de segurança, saúde e instrução pública. E concluía o Chefe do Governo:

“Concertada a cooperação dos poderes públicos federais, estaduais e municipais, restaria, apenas, atribuir à União o direito de organizar e superintender, fiscalizando-os, todos os serviços de educação nacional” (26).

O princípio contido neste trecho da mensagem presidencial seria objeto de consideração especial por parte dos constituintes de 34, sendo o mesmo consagrado na Constituição desse ano. E, como último apelo aos constituintes, disse o presidente Getúlio Vargas:

“O problema da educação do povo continua a ser ainda e sempre o nosso magno problema. No momento em que se vai organizar a vida política do País, torna-se de evidente oportunidade lembrá-lo e trazê-lo à consideração da Assembléia Nacional Constituinte que, certamente, procurará dar-lhe solução completa e definitiva” (27).

Abria-se, assim, uma grande oportunidade para a elaboração das **diretrizes e bases** da educação nacional. Na atmosfera social que envolveu os trabalhos da Assembléia Constituinte, de composição heterogênea, os constituintes encontraram apoio, em matéria de política educacional, nas forças que vinham preparando o caminho para a reconstrução educacional do Brasil. Em 1932, na V Conferência Nacional de Educação, realizada em Niterói, foram aprovados um anteprojeto do capítulo “Da Educação Nacional” para a futura Constituição brasileira e o esboço de Plano Nacional de Educação, em 1933. E em memorial apresentado à Comissão Constituinte, os católicos apresentaram suas reivindicações. Recebiam, assim, os constituintes, de interessados e técnicos experimentados, colaboração efetiva e necessária para o encaminhamento do problema.

(24) ANÍSIO TEIXEIRA — A Educação não é Privilégio.

CONSTITUIÇÃO DE 1934

Preâmbulo

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

TÍTULO I

Da Organização Federal

Art. 1º — A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

Art. 5º — Compete privativamente à União:

XIV — traçar as diretrizes da educação nacional;

Art. 10 — Compete concorrentemente à União e aos Estados:

VI — difundir a instrução pública em todos os seus graus;

TÍTULO IV

Da Ordem Econômica e Social

Art. 139 — Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

TÍTULO V

Da Família, da Educação e da Cultura

CAPÍTULO II

Da Educação e da Cultura

Art. 148 — Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes,

das letras e da cultura em geral, proteger os objetivos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Art. 149 — A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Art. 150 — Compete à União:

- a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País;
- b) determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização;
- c) organizar e manter, nos Territórios, sistemas educativos apropriados aos mesmos;
- d) manter no Distrito Federal ensino secundário e complementar deste, superior e universitário;
- e) exercer ação supletiva, onde se faça necessária por deficiência de iniciativa ou de recursos e estimular a obra educativa em todo o País, por meio de estudos, inquéritos, demonstrações e subvenções.

Parágrafo único — O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, XIV, e 39, nº 8, letras a e e, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas:

- a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;
- b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível;
- c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;
- d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras;
- e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso;

- f) reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.

Art. 151 — Compete aos Estados e ao Distrito Federal organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União.

Art. 152 — Compete precipuamente ao Conselho Nacional de Educação, organizado na forma da lei, elaborar o plano nacional de educação para ser aprovado pelo Poder Legislativo e sugerir ao Governo as medidas que julgar necessárias para a melhor solução dos problemas educativos bem como a distribuição adequada dos fundos especiais.

Parágrafo único — Os Estados e o Distrito Federal, na forma das leis respectivas e para o exercício da sua competência na matéria, estabelecerão Conselhos de Educação com funções similares às do Conselho Nacional de Educação e departamentos autônomos de administração do ensino.

Art. 153 — O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

Art. 154 — Os estabelecimentos particulares de educação gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo.

Art. 155 — É garantida a liberdade de cátedra.

Art. 156 — A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

Parágrafo único — Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará, no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.

Art. 157 — A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.

§ 1º — As sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituirão, na União, nos Estados e nos Municípios, esses fundos especiais, que serão aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei.

§ 2º — Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas.

Art. 158 — É vedada a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial, bem como, em qualquer curso, a de provas escolares de habilitação, determinadas em lei ou regulamento.

§ 1º — Podem, todavia, ser contratados, por tempo certo, professores de nomeada, nacionais ou estrangeiros.

§ 2º — Aos professores nomeados por concurso para os institutos oficiais cabem as garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade nos cargos, sem prejuízo do disposto no Título VII. Em casos de extinção da cadeira, será o professor aproveitado na regência de outra, em que se mostre habilitado.

Foi sob a pressão daquelas influências que trabalharam os constituintes e elaboraram o capítulo “Da Educação e Cultura”, da Constituição de 16 de julho de 1934, capítulo esse, pela primeira vez, introduzido numa Constituição brasileira e destinado a ter larga repercussão, pelos seus objetivos, pelos seus fins e pelos seus resultados. Ali se encontram os pontos fundamentais das reivindicações católicas, com o restabelecimento do ensino religioso nas escolas e diversas aspirações mínimas por que se vinham batendo os pioneiros da educação renovada. Refletindo essa nova orientação política, religiosa e filosófica, o preâmbulo da nova Constituição mudou também para a seguinte fórmula:

“Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição:”

E essa Constituição estabelecia no seu art. 5º, item XIV: “Compete à União traçar as diretrizes da educação nacional.”

Era a consagração, em termos constitucionais, de toda uma política educacional a ser elaborada e cumprida. E, no art. 10, item VI: “Compete à União e aos Estados difundir a instrução pública em todos os seus graus.”

Dedicou a Constituição de 1934 todo um título, o V, à “Família, Educação e Cultura”, (artigos 144 a 158).

O tratamento especial dado ao tema revela a importância que se quis dar ao mesmo. O art. 149 reza que “a educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos”.

O que equivale a reconhecer a conjugação de esforços entre o poder público e a iniciativa privada. E, sendo a educação o direito de todos, a acabar com os privilégios, problema que tem sido objeto de muitos debates.

O art. 150 define a competência dos Estados, do Município e da União, cabendo a esta “fixar o plano nacional de educação”.

Verifique-se a preocupação em que se encontravam os constituintes de se fixar o plano nacional de educação, competindo aos Estados e ao Distrito Federal “organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União”.

Tratamento constitucional

A partir de então, o problema da educação, no Brasil, passa a ter um tratamento constitucional. A Constituição de 1934 tornou livre o ensino religioso; insistiu na gratuidade do ensino primário; garantiu a liberdade de cátedra; estabeleceu percentagens a serem gastas pela União e os Municípios (10% de sua renda) e os Estados e o Distrito Federal (20%) para o desenvolvimento dos sistemas educativos. Para a execução do programa delineado neste capítulo da Constituição seriam instalados os Conselhos Federal e Estaduais de Educação.

Antes da Revolução paulista de 1932, o Governo Provisório já havia expedido decreto (o de nº 21.404, de 14 de maio de 1932), fixando a data de 3 de maio do ano seguinte para a eleição dos deputados à Assembléia Constituinte. E, para que não se perdesse o pensamento do governo revolucionário, foi, pelo mesmo decreto, criada uma comissão especial incumbida de elaborar o anteprojeto da futura Constituição. Como método de trabalho, os membros da comissão tomaram por modelo a Constituição de 1891, no plano nacional, e a alemã, de 1919, e a da Espanha, de 1931, no plano internacional, contendo idéias e doutrinas posteriores ao Tratado de Versalhes. Instalada a 15 de novembro de 1933, a Assembléia Constituinte, depois de aprovado o seu regimento interno, organizou e instalou as suas comissões técnicas. A Comissão Constitucional tomou como base o projeto do Governo e apresentou substitutivo que foi aprovado pelo plenário a 13 de março, seguindo-se, depois, acaloradas discussões sobre as emendas apresentadas, chegando-se, finalmente, à sua redação final e promulgação a 13 de julho de 1934.

A Constituição de 1934 teve pouca duração, devido ao golpe de Estado de 1937, que a revogou, sendo outorgada a Constituição de 1937. Marcou, entretanto, o grande avanço e as vitórias conquistadas pelo povo brasileiro no campo educacional, aceitando e oficializando princípios que seriam defendidos e introduzidos no texto constitucional de 1946. Resultando de uma revolução vitoriosa, a Constituição de 1934 teria, forçosamente, de agasalhar no seu texto as conquistas políticas e sociais dessa Revolução, e mais pronunciadamente, o pensamento político do seu chefe, conforme já salientamos.

De outra parte, os acontecimentos políticos na Europa, envolvendo importantes nações — Rússia, Alemanha, Itália — repercutiram intensamente em todo o mundo, precisamente na época em que o Brasil se preparava para elaborar a Constituição de 1934, que em tais condições não poderia deixar de espelhar, no seu texto, o entrechoque das forças que,

como sempre, vinha ecoar-se no Brasil. E foi o que aconteceu, a seguir, com a Constituição, ou Carta Constitucional, resultante do Golpe de Estado de 10 de novembro de 1937.

A CARTA CONSTITUCIONAL DE 1937

Preâmbulo

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil,

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;

Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas:

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País:

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

Da Organização Nacional

Art. 1º — O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.

Art. 15 — Compete privativamente à União:

IX — fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude;

Art. 16 — Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

.....
XXIV — diretrizes de educação nacional;
.....

Art. 125 — A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.
.....

Art. 127 — A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.

Da Educação e da Cultura

Art. 128 — A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e à de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares.

É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino.

Art. 129 — À infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. O ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.

É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará

o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo poder público.

Art. 130 — O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição mó-dica e mensal para a caixa escolar.

Art. 131 — A educação física, o ensino cívico e o de trabalhos manuais serão obrigatórios em todas as escolas primárias, normais e secundárias, não podendo nenhuma escola de qual-quer desses graus ser autorizada ou reconhecida sem que satisfaça aquela exigência.

Art. 132 — O Estado fundará instituições ou dará o seu auxílio e proteção às fundadas por associações civis, tendo umas e outras por fim organizar para a juventude períodos de tra-balho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepa-rá-la ao cumprimento dos seus deveres para a economia e a defesa da Nação.

Art. 133 — O ensino religioso poderá ser contemplado com matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e se-cundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.

Art. 134 — Os monumentos históricos, artísticos e natu-rais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dota-dos pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

O novo sistema político

A Constituição de 1934, promulgada pela Assembléia Constituinte, convocada em 1933, instituiu, de fato, medidas tendentes a assegurar uma política nacional definida, em matéria de educação. Atribuiu à União, como vimos, a competência privativa de traçar as Diretrizes de Educação Nacional (art. 5º, item XIV) e de fixar o Plano Nacional de Educação (art. 150). Aos Estados competia, nos termos do art. 151, “organizar e manter os seus sistemas educativos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União”. E, com relação às dotações orçamentárias destinadas ao ensino, determinava em seu art. 156, a aplicação de nunca menos de 10% por parte dos Muni-cípios e nunca menos de 20% por parte dos Estados, da renda resultante dos impostos na “manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos”.

Com o Golpe de Estado de 1937, mudou-se o sistema político, mudou-se a Constituição, mas não mudou a orientação delineada para o Plano Nacional de Educação, porque não mudou o governo. Mantiveram-se na Constituição de 1937 os princípios consagrados na Constituição de 1934:

“É de competência da União: “fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude” (art. 15, item IX).

E ainda no art. 16, item XXIV: “Compete privativamente à União, o poder de legislar sobre diretrizes de educação nacional.”

Manteve-se, ainda, na Constituição de 1937, o capítulo “Da Educação e da Cultura”, abrangendo os artigos 128 a 134. Enquanto durou o Estado Novo pôde o Governo Federal legislar como quis, usando da atribuição que lhe conferia o art. 180 da sua Constituição:

“Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

E assim se fez. Foi a época das “leis orgânicas” do ensino secundário, comercial e industrial, com uma tumultuada inflação de portarias ministeriais e das suas respectivas diretorias que figuram em volumosa documentação.

Ensino secundário e técnico

Cuidando especificamente do ensino secundário e técnico profissional, é interessante observar que a Constituição de 1937 não fala na formação de professores especializados para esses ramos de ensino e nem menciona o ensino universitário. Se a Constituição de 1934 diz, no seu art. 150, item d, que é da competência da União “manter no Distrito Federal o ensino secundário e complementar deste, o superior e universitário”, estas duas últimas palavras não aparecem na Constituição de 1937. Esta deu ênfase à educação física e ao ensino cívico, como convinha a um Estado forte e nacionalista (art. 131). O caráter centralizador da política nacional no Estado Novo, em consequência, foi, talvez, um dos seus maiores defeitos, num país da extensão territorial como o nosso. Esse erro veio a ser corrigido pela Constituição de 1946 e, particularmente, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em 1961.

Em seu art. 125, estabelecia a Constituição de 1937: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”.

Este dispositivo constitucional mantido em seu espírito, na Constituição de 1946, foi o mais discutido em sua aplicação quando se tratou de elaborar a lei fixando as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Em consonância com o art. 135, estabelecia o art. 128 a liberdade do ensino: “a arte, a

ciência, o ensino são livres à iniciativa individual e à de associações ou pessoas coletivas, públicas e particulares”.

Indiscutivelmente a Constituição de 1937 concedeu acentuado privilégio ao ensino particular, ficando o Estado com função suplementar. É o que se depreende, por exemplo, do texto do art. 129: “A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.”

Mas a Constituição de 1937 não indicava, como na de 1934, quais os recursos necessários postos em disponibilidade para que os respectivos governos pudessem dar cumprimento a esse dispositivo, contrariando, assim, o pensamento por várias vezes manifestado pelo Chefe do Governo, quando preconizava uma efetiva colaboração da União, dos Estados e dos Municípios, para a solução dos problemas da educação e do ensino.

Ensino profissional

Querendo dar ênfase ao ensino profissional, o art. 129 manteve um preconceito que tem dificultado a difusão do ensino técnico profissional e industrial no País: “o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado”.

Esta expressão “destinado às classes menos favorecidas” oficializou o preconceito, contra o qual inutilmente têm lutado as autoridades do ensino, para convencer aos estudantes de que o ensino técnico-profissional se destina à classe média, quando o texto constitucional diz que se destina aos pobres. . . Daí a relutância dos estudantes, provenientes das classes médias brasileiras, em procurar a escola técnica industrial, que fica aberta à matrícula de alunos provenientes das camadas mais baixas da população. Regra geral, os alunos provenientes das classes médias e que se matriculam nas escolas técnicas, profissionais e industriais, são de origem estrangeira, em cujos países não há esse preconceito. É o caso, por exemplo, e bastante significativo, de São Paulo, onde os japoneses preenchem, praticamente, todas as vagas.

Este preconceito é reforçado pelo mesmo artigo que, visando preparar profissionais especializados para a indústria, diz que: “é dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizagem **destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados**”.

O grifo é nosso e esta é a razão, dentre outras, por que tem sido tão grande no espírito da nossa gente a oposição às escolas industriais, quando tanto carecemos de mão-de-obra especializada para o nosso parque industrial.

Disponha a Constituição, pelo seu art. 130: “ensino primário, obrigatório e gratuito”, mas, sem destinar verbas especiais para isso, por parte dos

poderes públicos, deixava a cargo da solidariedade dos mais ricos, para com os mais necessitados, o dever de contribuir para a "caixa escolar" . . . costume que, se até aqui tem constituído uma grande ajuda, não basta, evidentemente, para resolver tão magno problema. Desse modo, o direito e a gratuidade do ensino, de grande parcela da população escolar, ficaria na dependência da generosidade dos mais ricos. E, como sabemos, nem sempre os ricos são tão generosos assim.

O objetivo de preparar a juventude, segundo moldes fascistas ou nazistas, estava perfeitamente claro no art. 132: "promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação".

Ensino religioso

O ensino religioso foi mantido (art. 133), facultativamente, nas escolas primárias, normais e secundárias.

Embora seu espírito acentuadamente autoritário; embora não tenha dado ao ensino público a preferência que deve ter sobre o particular; apesar de todas as críticas que são feitas à sua rígida centralização, acham alguns educadores, dentre os quais destacamos o prof. FERNANDO DE AZEVEDO, que "a Constituição de 1937 reafirmou, levando mais longe do que a de 1934, as finalidades e as bases democráticas da educação nacional, rompendo com as tradições intelectuais e acadêmicas do País. Erigindo à categoria de primeiro dever do Estado o ensino técnico-profissional, pode-se considerar a mais democrática e revolucionária, não só nos objetivos que teve em vista, de educar-se a mocidade pelo trabalho, como também nos meios que adotou para atingi-los, o que constituiu transformação radical na estrutura do ensino profissional".

Nada mais natural quando o País adentrava um novo ciclo econômico, exigindo formação profissional adequada de sua juventude, mas já acentuada a resistência, que ainda hoje persiste no Brasil, a esse tipo de ensino. E nem se cogitou do ensino agrícola, tão necessário também, à economia nacional.

Caráter nacionalista

Destacando o caráter nacional da política educacional e o dever do Estado para com os problemas da educação, assinala, ainda, aquele educador que: "as duas Constituições, a de 1934 e a de 1937, se orientaram numa direção única ao decidirem romper sem reserva contra o abstencionismo tradicional da União, em matéria de política escolar, atribuindo-se a competência privativa de fixar as bases, determinar os quadros e traçar as diretrizes da educação nacional". Essa política se firma e se consolida na Constituição de 1946 e ganha projeção com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, promulgada em 1961.

Nos dois textos constitucionais, de 34 e 37, encontraram agasalho as conquistas, experiências, que marcaram o progresso humano no campo da educação, na primeira metade do séc. XX. Uma variedade de pontos de vista, por vezes concordantes ou contraditórios, contribuiu para a elabora-

ção da Constituição de 1934. Para a de 1937, além da vontade pessoal do Chefe do Governo, muito contribuiu a versatilidade e capacidade de seu principal redator, o jurista mineiro FRANCISCO DE CAMPOS, autor da reforma do ensino, depois da Revolução de 1930.

O caráter personalista da Constituição de 1937, aliás, está contido no seu longo preâmbulo que começa assim: "O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro..."

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Chegamos, finalmente, à penúltima das Constituições brasileiras.

O preâmbulo da Constituição de 1946 é um modelo de síntese:

"Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil."

Os constituintes, reconhecendo-se representantes do povo, em nome do qual falariam, invocam a proteção de Deus, para a organização de um regime democrático. O preâmbulo, por si só, afasta vários princípios consubstanciados na Constituição de 1937.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

TITULO I

Da Organização Federal

Art. 1º — Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

§ 1º — A União compreende, além dos Estados, o Distrito Federal e os Territórios.

§ 2º — O Distrito Federal é a Capital da União.

Art. 5º — Compete à União:

XV — legislar sobre:

d) diretrizes e bases da educação nacional;

Breve recapitulação

A nossa História constitucional, como se pode concluir pelo que já ficou exposto, divide-se em várias fases: da primeira, monárquica, resultou a Constituição de 1824, caracterizada por uma estrutura centralizada, ate-

nuada pelo Ato Adicional de 1834. O Poder Moderador e o mecanismo político parlamentar só foram plenamente desenvolvidos no segundo Império, dadas as características pessoais, o temperamento e a formação de D. Pedro II.

A segunda fase começou com a 1.^a Constituição Republicana de 1891, mas nesse período — que vai de 1891 a 1966 — foram promulgadas ou outorgadas quatro constituições, marcando, cada uma, distinta etapa evolutiva da História da República. Assim tivemos, em vigor, de 1891 a 1930, a Constituição promulgada pela Assembléia Constituinte que se reuniu de 1890 a 1891, cujas características eram um regime de liberdade, descentralização e autonomia política e administrativa dos Estados, mas desfigurada e violada na prática do sistema representativo, pela falta de educação política, expressa na fraude eleitoral, deturpando, muitas vezes, a vontade popular. Foi reformada ou “revista” em 1926, para “suprimir obstáculos opostos ao progresso do Brasil”, segundo a mensagem presidencial enviada ao Congresso pelo Presidente Bernardes, mas tendo em vista, principalmente, reforçar o Poder Executivo.

A terceira fase é marcada pela Constituição de 1934, resultante da Revolução de 1930, que trouxe, com a plataforma da Aliança Liberal, um programa de renovação política, do qual resultaram o voto secreto, a legislação do trabalho, o voto feminino e um maior interesse pela causa da educação, conforme ficou consignada no seu texto. Nesse período de curta duração, foi feita uma experiência de representação classista no Congresso, sem resultados positivos. Termina com o Golpe de Estado de 10 de novembro de 1937.

Com o Golpe de Estado de 1937, desfechado pelo Sr. Getúlio Vargas, com o apoio das Forças Armadas, foi outorgada a Carta Constitucional no mesmo dia e ano (10 de novembro de 1937), em que dissolveu o Congresso e suspendeu os partidos políticos. Entra o País em recesso constitucional e legislativo, expedindo o Governo sucessivos decretos-leis e atos institucionais que reformavam ou regulamentavam dispositivos constitucionais. A Carta de 1937, que deveria ser submetida à aprovação do povo por um plebiscito nacional foi reformada 17 vezes. Situação semelhante à atual, quando o Chefe de Estado, resultante da Revolução de 31 de março de 1964, dispõe do poder de legislar, embora a permanência e funcionamento do Congresso...

A Carta Constitucional de 1937 persistiu, apesar de haver suspenso o curso de nossa formação democrática, até 1945, quando novo golpe de estado derruba o Chefe do Governo. Durante a sua vigência, o que talvez explica a sua longa duração, o mundo se achava envolvido na 2.^a Guerra Mundial, da qual participou também o Brasil. Foi um hiato, portanto, na história constitucional brasileira, e, como tal, deve ser considerado, pois que o País, nesse período de 37 a 45, que se convencionou chamar de Estado Novo, esteve, realmente, sob regime ditatorial, autoritário, sendo a Carta um mero instrumento de sustentação das forças dominantes no poder.

A quarta fase se inicia com a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946, por uma Assembléia Nacional Constituinte, especialmente

convocada pelo Presidente José Linhares, logo após a queda do governo Getúlio Vargas. Esta fase foi praticamente interrompida com a Revolução de 31 de Março, abrindo-se um novo hiato.

A Constituição de 1946 seguiu o modelo das Constituições de após-guerra, notadamente o da Constituição alemã de 1919, na qual, aliás, já se havia inspirado a Constituição de 1934, como assinala AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO:

“Ficou resolvido que se tomaria por base dos trabalhos o texto da Constituição de 1934, visto que a Assembléia Constituinte de 1946 foi a única das quatro, do mesmo gênero, existentes na História do Brasil, que não recebeu um anteprojeto que servisse de ponto de partida dos seus estudos.”

A falta de um anteprojeto, “oficial”, para discussão, evidencia o escrúpulo do governo de então, desejoso de afastar qualquer tendência intervencionista que limitasse a independência do Legislativo. Entretanto, ressaltando a influência do Chefe do Governo, no sistema presidencial, acrescenta AFONSO ARINOS:

“No governo presidencial, da soma de poderes e influências que se concentra nas mãos do Presidente da República, a prática constitucional espelha em grande parte a personalidade do primeiro magistrado da Nação”⁽²⁵⁾.

Centralização e descentralização

No plano educacional, por exemplo, objeto do nosso modesto trabalho, o que se destaca, entre a Constituição outorgada em 1824 e a Constituição promulgada em 1946, é o seu antagonismo quanto à centralização e à descentralização administrativa, como acentua o professor FERNANDO DE AZEVEDO:

“A descentralização do ensino fundamental, instituída pelo Ato Adicional e mantida pela República, quanto ao ensino primário, atingindo um dos pontos essenciais da estrutura do sistema escolar, não permitiu, durante um século, edificar, sobre a base sólida e larga da educação comum, a superestrutura do ensino superior, geral ou profissional, nem reduzir a distância intelectual entre as camadas sociais inferiores e as elites do País. O ensino público estava condenado a não ter organização, quebradas como foram as suas articulações e paralisado o centro diretor nacional, donde se deviam propagar instituições escolares dos vários graus, uma política de educação, e a que competia coordenar, num sistema, as forças e instituições civilizadoras, esparsas pelo território nacional. A Constituição reformada de 1824 estabelecia, em consequência, o fracionamento do ensino e a dualidade de sistemas: o federal e os provinciais. Aquele e estes forçosamente mutilados e incompletos”⁽²⁶⁾.

(25) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — ob. cit.

(26) FERNANDO DE AZEVEDO — ob. cit.

Mas essa descentralização, como se pode verificar, à luz dos documentos e dos relatórios dos “inspetores escolares”, referia-se, especialmente, ao ensino primário, que estava condenado a não ter organização, pois que, conforme já assinalamos, em matéria de ensino secundário e superior, os debates na Constituinte pareciam marcar uma reviravolta na política educacional de D. João VI: em vez de projetos sobre escolas especiais, especialmente técnico-profissionais, surgem indicações e propostas sobre o ensino universitário, dentre estas a do Visconde de São Leopoldo (Fernando Pinheiro), de 14 de junho, que propõe a criação, quanto antes, “de uma universidade pelo menos” em São Paulo. Em consequência, a profissionalização do ensino superior, inaugurada por D. João VI e a fragmentação do ensino consagrado pelo Ato Adicional, deviam marcar tão profundamente, através de mais de um século, a fisionomia característica de nossa educação e todas as tentativas para alterar o curso de sua evolução. E disso resulta uma das maiores consequências verificadas a longo prazo e objeto de grandes debates: o impulso dado ao ensino superior profissional e ao regime da descentralização instituída pelo Ato Adicional, foi o extraordinário desenvolvimento do ensino secundário particular em quase todas as províncias, em virtude da insuficiência dos recursos orçamentários dos poderes públicos. E, em matéria de ensino, isto se transformou num dos mais apaixonantes debates sobre a Constituição de 1946, como veremos adiante.

O desenvolvimento do ensino no Império não teria sido possível sem o Ato Adicional de 1834, que atenuou o excesso de centralização da Constituição de 1824. E aqui invocamos, mais uma vez, a autoridade indiscutível do prof. FERNANDO DE AZEVEDO:

“Em 1834, o sistema educativo e cultural em formação desde D. João VI, e que se vinha organizando lentamente, de cima para baixo, foi atingido, no seu desenvolvimento, por um ato de política imperial que o comprometeu nas suas próprias bases e viria paralisar todos os esforços anteriores de unificação. Do ponto de vista educativo, o Ato Adicional, aprovado em 6 de agosto de 1834, e que resultou da vitória das tendências descentralizadas, dominantes na época, suprimia de golpe todas as possibilidades de estabelecer a unidade orgânica do sistema em formação, que na melhor hipótese (a de estarem as províncias em condições de criá-la), se fragmentaria numa pluralidade de sistemas regionais, funcionando lado a lado — e todos forçosamente incompletos — com a organização escolar da União na capital do Império e as instituições nacionais de ensino superior, em vários pontos do território. Com efeito, pelo item nº 2 do art. 10 do Ato Adicional, com que se introduziram importantes reforços na Constituição de 1824, se transferia às assembleias provinciais o encargo de regular a instrução primária e secundária, ficando dependentes da administração nacional o ensino superior em todo o País e a organização escolar de Município neutro” (27).

Como se vê, a tendência da descentralização vinha de longe, não obstante não estarem as províncias em condições de atendê-la, deixando-se ao

(27) FERNANDO DE AZEVEDO — *ob. cit.*

poder central, pelo menos quanto ao ensino superior, a administração e organização escolar. Poderiam, então, as províncias organizar os seus sistemas de ensino, tal como prevê a Constituição de 1946, ou melhor, a sua lei complementar, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Hoje, como estipula a Constituição, a União reserva a si o poder de traçar as diretrizes e bases da educação nacional, abrangendo o ensino superior e o secundário.

Da educação e da cultura

Repetindo as Constituições de 1934 e 1937, a de 1946 mantém o capítulo II, intitulado "Da Educação e da Cultura", compreendendo os artigos de 166 a 175. Como se trata de assunto de muito interesse e dada a discussão que se levantou sobre o problema, em todo País, quando da elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, vamos reproduzi-lo, na íntegra, para facilidade de argumentação.

CAPÍTULO II

Da Educação e da Cultura

Art. 166 — A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

Art. 167 — O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos poderes públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulam.

Art. 168 — A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

I — o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;

II — o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;

III — as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes;

IV — as empresas industriais e comerciais são obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitados os direitos dos professores;

V — o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável;

VI — para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior ou livre, exigir-se-á concurso de títulos ou

provas. Aos professores admitidos por concurso de títulos e provas será assegurada vitaliciedade;

VII — é garantida a liberdade de cátedra.

Art. 169 — Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Art. 170 — A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios.

Parágrafo único — O sistema federal de ensino terá caráter supletivo, estendendo-se a todo o País nos estritos limites das deficiências locais.

Art. 171 — Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino.

Parágrafo único — Para o desenvolvimento desses sistemas a União cooperará com auxílio pecuniário, o qual, em relação ao ensino primário, provirá do respectivo Fundo Nacional.

Art. 172 — Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

Art. 173 — As ciências, as letras e as artes são livres.

Art. 174 — O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único — A lei promoverá a criação de institutos de pesquisas, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior.

Art. 175 — As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público.

Diretrizes e bases da educação nacional

E foi precisamente este capítulo da Constituição de 1946 que levantou a maior celeuma, no Brasil, quando se tratou de regulamentar, através de lei ordinária, o art. 5º, XV, d: "Compete à União: legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional."

O mesmo princípio, aliás, já vinha expresso na Constituição de 1937, mas não foi objeto de regulamentação ou discussão. O governo federal legislava, como entendia, sobre matéria de educação, mantendo, como era próprio do regime, a mais absoluta centralização administrativa. A questão suscitou séria polêmica a partir do anteprojeto de lei enviado em 1948 pelo então Ministro da Educação, Sr. Clemente Mariani, à Câmara Federal, no governo do presidente Dutra. Estabeleceu-se, então, um verdadeiro divisor

de águas, colocando-se de um lado os que eram contra o anteprojeto (28) e, de outro, os que eram a favor do mesmo. Por uma notável coincidência, depois de examinado o anteprojeto de lei pelas comissões especiais, foi o mesmo distribuído ao deputado Gustavo Capanema para relatá-lo. Era o deputado Gustavo Capanema o autor, quando Ministro da Educação, no primeiro governo Getúlio Vargas, da reforma de ensino que trouxe o seu nome, a chamada "Lei Orgânica do Ensino Secundário", que dividia esse ramo de ensino em dois ciclos — o ginásial e o colegial —, bifurcando-se o segundo ciclo em clássico e científico. E não era de nenhum interesse do Ministro que "a sua reforma" fosse assim tão rapidamente substituída por outra, antes de suficientemente comprovada. Essa a razão principal por que o relator demorou tanto tempo em apresentar o seu parecer e sempre respondia com evasivas às perguntas dos repórteres, sobre o assunto. Nós mesmos tivemos a oportunidade de entrevistá-lo por duas vezes, e a outros deputados federais, enquanto o anteprojeto da Lei de Diretrizes e Bases dormia a sono solto nas gavetas das comissões parlamentares.

Ensino público e ensino particular

Renovando-se, entretanto, o governo da República, renovando-se a Câmara dos Deputados e mostrando-se os setores educacionais mais interessados na solução do problema, voltou o projeto a ser debatido dentro e fora do Congresso, ocupando espaço cada vez maior nas colunas dos jornais e atingindo amplas camadas populares, através do rádio e da televisão. Congressos, entrevistas, conferências, simpósios e livros foram realizados e publicados, abordando o problema sob os mais variados ângulos. Ao projeto original, de 1948, foi apresentado um substitutivo, em 1958, dez anos depois, pelo deputado Carlos Lacerda. Duas questões fundamentais foram postas em discussão: o ensino público e o ensino particular.

Os defensores do ensino público, defendendo, também a tese do laicismo, acharam — e acham — que a educação é obrigação fundamental do Estado, que a "educação não é privilégio" e só na escola pública e laica se pratica a verdadeira democracia. Os defensores do ensino particular — que por sua vez se bifurcam em dois ramos distintos, o confessional e o leigo — acham justamente o contrário: que a verdadeira democracia se encontra, justamente, na livre iniciativa respeitada pelo Estado, deixando aos pais, inclusive, a liberdade de escolha da escola de sua preferência. Ao contrário disso, o que se pretende — afirmam — é o monopólio do Estado num setor que, embora fiscalizado pelo poder público, sempre foi livre à iniciativa particular. De um lado e de outro, envolvendo diretores de escolas, professores, clérigos, jornalistas, deputados e pais de família, a discussão foi apaixonante, chegando-se a extremos de linguagem e incoerências flagrantes. A questão fundamental, que animou os debates sobre o assunto, foi o da aplicação dos recursos econômicos do Estado, em favor da educação. E aí, novamente, as opiniões se dividiam: "só a escola pública deve receber recursos econômicos do Estado" — dizem uns. "Mas o Estado não dispõe de recursos econômicos suficientes para atender ao número cada vez maior de candidatos que procuram as escolas" — dizem outros.

(28) ROQUE SPENCER MACIEL DE BARROS — *Diretrizes e Bases da Educação Nacional*.

Liberdade de ensino

“É assegurado o direito paterno de prover, com prioridade absoluta, a educação dos filhos; e dos particulares, de comunicarem a outros seus conhecimentos, vedado ao Estado exercer ou, de qualquer modo, favorecer o monopólio do ensino.”

Assim dispunha o art. 6º do substitutivo Carlos Lacerda, ao projeto de Lei de Diretrizes e Bases, complementando os artigos 3º e 4º do mesmo substitutivo, que diziam, respectivamente:

“A educação da prole é direito inalienável e imprescritível da família.”

“A escola é, fundamentalmente, prolongamento e delegação da família.”

Já dispunha o projeto Clemente Mariani, em seu artigo primeiro:

“A educação é direito de todos, e será dada no lar e na escola.”

Em torno desses princípios gerais, giraram as discussões sobre os dois projetos, interpretando cada grupo, de modo diferente, as expressões “liberdade de ensino”, “direito de Estado” e “direito da família”. Finalmente, o projeto Carlos Lacerda foi aprovado em redação final, através do substitutivo apresentado pela Comissão de Educação e Cultura, da Câmara dos Deputados.

Define o seu artigo primeiro “os fins da educação” que devem ser inspirados nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Reproduz em seu artigo 2º o que dispunha o artigo 1º do projeto Mariani: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola”, acrescentando o seguinte parágrafo: “A família cabe escolher o gênero de educação que deve dar a seus filhos.” E, no artigo 4º, mantém o espírito do artigo 6º do projeto Carlos Lacerda: “É assegurado a todos, na forma da lei, o direito de transmitir seus conhecimentos.” (29)

Prevê a lei subvenções às escolas particulares, bolsas de estudo aos estudantes carentes de recursos, que freqüentem essas escolas, pois que, na falta de uma rede de ensino oficial, em condições de atender a matrícula escolar, principalmente nos cursos de nível médio e superior, o ensino particular, de supletivo que é, passou a dominar, em grandes áreas do território nacional. Mesmo em São Paulo, onde maior é a rede de estabelecimentos de ensino oficial, é bem grande o número de escolas particulares e, somados os dois, ainda assim não basta para atender a demanda do “mercado”.

Os defensores da escola pública e única acham que esta seria a maneira mais rápida de se chegar a um completo atendimento da escolaridade no

(29) Lei n.º 4.024, de 20-12-61 que “fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional”.

País, atingindo-se a todas as camadas sociais. Mas um dos seus mais arduos defensores escreveu um disparate como este:

“A concentração do recurso e sua distribuição racional permitirão a extensão gradual da rede de ensino oficial nos vários níveis de instrução. A satisfação de todas as necessidades educacionais será, naturalmente, **demorada**. Contudo, ainda que parcelas ponderáveis da população **continuem sem ensino por muitos anos** ou com um ensino insatisfatório, a tarefa de estender a todos a educação, pelo menos no nível elementar e médio, será tarefa para **poucas gerações**” (30).

O autor (prof. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO) reconhece que a rapidez e a possibilidade de atender a toda a população **dependerá, naturalmente, do grau de prosperidade econômica** e da capacidade dos grupos de pessoas interessadas no ensino de obter verbas cada vez maiores para a educação pública, não importando quanto demore o atendimento, por parte do Estado, por gerações e gerações. Enquanto o Estado não puder manter escola pública, que esperem. Os grifos são nossos, para demonstrar justamente, as contradições da tese defendida pelo autor.

A educação é obra dispendiosa

Estamos plenamente de acordo em que o Estado deva gastar o máximo dos seus recursos econômicos disponíveis, no setor da educação e ensino. Mas, infelizmente, não é o que acontece. Ao que nos parece, há, para os homens que assumem o poder neste País, uma certa **alergia** para com a escola e o ensino. Muitos são os que falam e defendem propósitos de extensão cultural quando estão “em baixo”. E poucos são os que se lembram disso quando estão “em cima”. Há um complexo de fatores que explicam isso, os quais não nos compete analisar agora. No seu livro **A Maior Herança**, SÓLON BORGES DOS REIS, professor e parlamentar, abordou muito bem o problema:

“A educação é obra dispendiosa. No Brasil, desde 1934, que a própria Constituição da República prevê a destinação de um mínimo de recursos orçamentários para a manutenção e o desenvolvimento do ensino. A Constituição brasileira de 18 de setembro de 1946, atualmente em vigor, estabelece em seu capítulo “Da Educação e da Cultura”, que a União destinará nunca menos de 10% e os Estados e os Municípios nunca menos de 20% do total da arrecadação resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Essas porcentagens representam o mínimo que a Lei Magna no Brasil prevê em favor da Escola. Na prática, nem sempre os poderes responsáveis gastam esse mínimo. Muitos dos que o gastam, gastam-no como o máximo, não como o mínimo. Outros computam essas despesas com a expansão cultural e até recreação por conta das quotas constitucionais que se destinam expressa e exclusivamente à manutenção e desenvolvimento do ensino” (31).

(30) Apud ROQUE SPENCER MACIEL DE BARROS — ob. cit.

(31) SÓLON BORGES DOS REIS — *A Maior Herança*

Ora, sendo dispendiosa, como é, a educação reclama recursos extraordinários, e as porcentagens contidas na atual Constituição (1946) não bastam para satisfazer, no Brasil, às necessidades da obra educativa. E antes de se **esperar por muitos anos e por algumas gerações**, para que o Estado resolva o problema, nada deve impedir, sob a mais rigorosa fiscalização, que a iniciativa particular participe da obra educativa. Citemos, mais uma vez, o prof. SÓLON BORGES DOS REIS:

“A Lei Nacional de Diretrizes e Bases da Educação, que é um diploma complementar da Constituição Federal, e que foi publicada a 27 de dezembro de 61, reserva boa parte do seu texto aos recursos para a educação. Essa lei eleva de 10 para 12% o mínimo que de sua receita de impostos a União aplicará anualmente na manutenção e desenvolvimento do ensino. Prevê também para o Estado, o DF e os Municípios, a pena de não receberem auxílios nacionais destinados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, se deixarem de aplicar as porcentagens previstas para esse fim na Constituição Federal. A mesma lei dispõe, ainda, sobre a distribuição, em parcelas iguais, dos recursos federais destinados à educação para constituir os fundos nacionais do ensino primário, médio e superior. Este capítulo da LDBEN foi o que suscitou mais controvérsias no Parlamento, na imprensa e nos meios escolares, chegando a interessar, de certo modo, à opinião pública em geral e apaixonou alguns setores da vida brasileira.” E conclui: “Nem sempre os homens de governo se conformam facilmente com os gastos vultosos que a obra da educação reclama dos poderes públicos” (32).

Num “esforço concentrado” só puderam os nossos legisladores, ao promulgar a Lei de Diretrizes e Bases, aumentar de apenas 2% a porcentagem de responsabilidade da União, para a tarefa educativa. Isto para um país onde cada vez mais se reclamam maiores gastos no setor do ensino, devido à já conhecida e proclamada “explosão demográfica”, que não é somente um fenômeno, ou um problema brasileiro, mas de todo o mundo, conforme estatísticas da UNESCO.

E por que não pode ser maior essa porcentagem? Porque a distribuição das verbas públicas depende do “grau de prosperidade econômica do País”, que condiciona o montante da arrecadação nacional. E há que se atender aos demais setores da administração pública, com as verbas para isto disponíveis, para o funcionamento da máquina administrativa, em seu conjunto.

Crise brasileira de educação

A extensão do território, o crescimento demográfico da população em áreas isoladas, a falta de recursos econômicos e a carência de professores,

(32) SÓLON BORGES DOS REIS — ob. cit.

têm sido causas determinantes da permanente crise brasileira de educação. Vejamos alguns dados estatísticos bastante elucidativos:

Em 1854, a instrução pública remunerada, segundo relatório do Ministro Couto Ferraz, apresentava o seguinte quadro:

Ensino primário — 1.500 escolas, com 61.700 alunos, das quais 162 em São Paulo, com 5.559 alunos.

Ensino secundário — 20 liceus e 148 aulas avulsas com 3.713 estudantes; um liceu em São Paulo e 29 aulas avulsas com 275 estudantes.

Em 1870, em todo o Império havia 115.935 alunos matriculados nas escolas primárias e 10.911 nas secundárias.

Em 1882, do Parecer e Relatório de Rui Barbosa, número de **escolas primárias** — 5.661; alunos matriculados — 175.714.

Em 1908, segundo estatística escolar desse ano — Geral: 19.402 unidades com 624.064 alunos, sendo a seguinte a situação do **ensino primário**: número de escolas, 11.147; número de alunos, 565.922. As escolas primárias existentes estavam distribuídas: 7.089 estaduais; 1.815 municipais e 2.243 particulares. Era absoluto, nessas escolas, o predomínio do professor leigo, por falta de preparo profissional adequado.

E a situação não se alterou fundamentalmente depois de 400 anos, guardadas as devidas proporções. O censo escolar realizado em 1964 revela: 66,2% das crianças de 7 a 11 anos estão freqüentando escolas, sendo 81,3% nas áreas urbanas e 51,5% nas áreas rurais. De acordo com a formação profissional, existem 319.293 docentes do ensino primário, dos quais 289.863 são regentes de classes e 29.428 não regentes de classes e que se ocupam do ensino de determinadas disciplinas.

Entre os professores há absoluta predominância do elemento feminino, tendo sido registrados 298.648 mulheres para apenas 20.645 homens. O problema está ligado ao fator de ordem econômica; a baixa remuneração "expulsa" o homem do magistério primário. Dos professores regentes de classes, apenas 161.996 são normalistas diplomados: 7.666 com curso de pós-graduação, 125.834 por curso normal de 2º ciclo e 28.486 por curso normal de 1º ciclo. Dos 127.879 professores leigos, isto é, não normalistas ou sem formação profissional, 18.671 têm estudos de 2º ciclo concluídos; 8.739 com estudos de 2º ciclo não concluídos; 9.110 com estudos de 1º ciclo não concluídos; 65.022 com estudos primários concluídos e 26.587 com estudos primários não concluídos. Os dados estatísticos referentes aos períodos anteriores são incompletos para uma comparação com estes, resultantes do primeiro censo escolar nacional feito no Brasil.

A formação de professores

Os dados são alarmantes, no que se refere à formação de professores e às porcentagens de escolaridade em algumas áreas do País. O mais alto índice de escolaridade se encontra na Região Sul, bem como o menor índice

de professores leigos. O problema é apaixonante e, se nos estendermos mais sobre ele, nos afastaremos do objetivo fundamental deste trabalho, que é mostrar a evolução da educação brasileira através dos próprios textos constitucionais, decorrentes das influências do meio, das épocas e dos homens que elaboraram essas Constituições. Não comentemos as regulamentações, as reformas e as suas aplicações, com a apresentação de resultados positivos ou negativos, como, por exemplo, a análise e crítica da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em pleno vigor, e cuja experiência vem tumultuando, de certa forma, o sistema educacional brasileiro, nesta fase de transição. Fugiríamos, assim, ao tema principal. Por considerarmos oportuno, entretanto, fizemos estas breves comparações, com base em documentos e dados estatísticos, para demonstrar que “a crise brasileira de educação” tem caráter permanente, devido a dois fatores fundamentais:

- a) crescimento da população;
- b) falta de recursos econômicos.

Estes dois fatores fundamentais estão, obviamente, interligados a outros, como, por exemplo, a extensão territorial, as dificuldades de comunicação entre uma área e outra, a irregular distribuição da população nas áreas urbanas e rurais, a diversidade de recursos em cada área geográfica, dificultando a construção de prédios escolares, a formação e remuneração do pessoal docente, necessário à obra educativa. Já vimos que o problema se agravou quando Pombal quebrou o “monopólio” que os jesuítas exerciam neste setor:

“...com a expulsão dos jesuítas, Pombal não se lembrou de introduzir, ao menos para as colônias, uma instituição para cuidar da instrução primária dos meninos pobres” (33).

“...Foram os jesuítas que criaram e, por dois séculos, quase exclusivamente, mantiveram o ensino público no Brasil” (34).

“...As aulas régias espalhadas pelo interior do País, em substituição ao ensino dos jesuítas, deixaram uma triste lembrança de estudos fragmentários, de professores negligentes, de cadeiras anacrônicas” (35).

Em 4 de julho de 1903, AFRÂNIO DE MELO FRANCO apresentou importante projeto de lei sobre a instrução pública, setor da administração que andava bastante descuidado. E diz o seu biógrafo:

“O grande problema educacional era então, como hoje, a formação dos mestres para a juventude. Desde 1776, a capitania de Minas Gerais, por exemplo, pagava o chamado “subsídio literário”,

(33) FRANCISCO ADOLFO VARNHAGEN — *História da Civilização do Brasil*, vol. IV.

(34) SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA. — *História Geral da Civilização Brasileira*. Época Colonial.

(35) PEDRO CALMON — *História Social do Brasil*.

mas este não passava de uma contribuição fiscal a mais, imposta ao povo e não era destinada à aplicação direta no fomento da instrução. (Isto nos faz lembrar o famoso selo da Educação). As cadeiras de primeiras letras se instituíam por acaso, nas vilas mineiras, ao sabor da presença de algum padre letrado, ou de algum antigo estudante de Coimbra, como Silva Alvarenga, que foi mestre-escola em São João Del-Rei. O projeto de Afrânio, dividido em 47 artigos, e acompanhado de uma tabela de pessoal com os respectivos vencimentos, visava orientar a formação de professores primários, por meio de escolas normais de dois graus.”

E, como muitos outros, o projeto de Afrânio não vigorou em plena República.

Não se pode olvidar a importância cultural que teve para o Brasil a vinda de D. João VI. A partir de então, o tema educação e cultura alcança novas dimensões, nos limites da mentalidade da época e vai abrindo, sucessivamente, novos horizontes:

“A instrução pública no Império constitui o assunto predileto dos debates e reformas políticas, em conflito permanente com a mentalidade e as influências coloniais” (36).

No entanto, embora todo o esforço do I e do II Impérios, na exposição de motivos justificativa de sua reforma, em 1911, escrevia RIVADÁVIA CORRÊA:

“O Império caminhava de olhos vendados ao sabor das circunstâncias. Em 1891, coube à República a vez de regular os destinos da instrução pública” (37).

Criou-se o Conselho Nacional do Ensino, mas ainda os institutos de instrução secundária e superior continuavam subordinados ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. E em 1823, o Ministro João Luiz Alves acentua:

“É incontestável a decadência do ensino secundário e a deficiência do ensino primário” (37).

A reforma de RIVADÁVIA CORRÊA, embora bem intencionada, e com base no princípio da liberdade profissional, consagrada na Constituição da República, abriu caminho para uma série de irregularidades. RIVADÁVIA CORRÊA justifica a sua reforma com o discurso pronunciado em 1910, pelo presidente Hermes da Fonseca:

“O ensino chegou, no Brasil, a um tal estado de anarquia e de descrédito que, ou se faz a sua reforma radical, ou preferível será aboli-lo de uma vez” (37).

(36) PEDRO CALMON — *História do Brasil*.

(37) PRIMITIVO MOACYR — *ob. cit.*

E acrescenta PRIMITIVO MOACYR:

“De fato, o ensino desceu até onde podia descer: não se fazia mais questão de aprender ou de ensinar, porque só duas preocupações existiam: a dos pais querendo que os filhos completassem o curso secundário no menor espaço de tempo possível e a dos ginásios na ambição mercantil, estabelecendo as duas fórmulas: bacharel quanto antes; dinheiro quanto mais” (37).

A Lei Orgânica do Ensino, de 1911, propondo-se a negar valor aos títulos acadêmicos, produziu a mais famosa epidemia de bacharelismo de que há memória no Brasil, resultando, em conseqüência, como reação, a reforma de 1915, visando pôr termo às aprovações fáceis em preparatórios, que abriam a porta do bacharelado “a todos os ignorantes audazes do Brasil” (37).

A nova Reforma, que tomou o nome do Ministro Carlos Maximiliano, em suas linhas gerais, fez uma revisão completa da reforma anterior, limitando o mercantilismo educacional.

A vez das universidades

A partir de 1923, começaram os governantes a se preocuparem com o problema da formação dos professores, principalmente os do curso secundário e superior. Foi criado o Departamento Nacional de Instrução Pública, e foram estabelecidas normas para o recrutamento dos professores secundários, de modo que “o corpo docente dos institutos de ensino oficiais e equiparados será sempre escolhido pelo processo de concurso de provas”, medida saneadora que na prática não teve eficácia. Começam a surgir sugestões para a criação de escolas normais superiores, faculdades de Letras, faculdades de Educação. Essas medidas todas e sugestões, aliás, são o resultado das idéias e programas defendidos pelos educadores que vão se destacando nessa década e que subscrevem o manifesto de 1920, o chamado Manifesto dos Pioneiros da Educação.

Uma nova consciência nacional, relativa aos problemas da educação, inspira as reformas de 1925, reforma Rocha Vaz e a de 1928, no Distrito Federal.

A Revolução de 1930, com a criação do Ministério da Educação e Saúde, abre novas perspectivas para o ensino no Brasil, e, em 1934, a criação da Universidade de São Paulo, no governo Arnaldo Salles de Oliveira, abre novos e mais largos horizontes para a renovação do ensino. A partir de então, várias faculdades de Filosofia são criadas e instaladas, tanto oficiais quanto particulares, e, se algumas destas últimas não preenchem, ainda, suas finalidades principais, o padrão de ensino vai melhorando. A criação da Universidade de São Paulo, tendo como centro a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, constitui um fator decisivo do desenvolvimento cultural do País.

Outras universidades são criadas e muitas faculdades de Filosofia transformam-se em centros propulsores do ensino e da pesquisa em todo o Bra-

sil. Essas faculdades mantêm entre si, e com outros centros universitários, intenso intercâmbio cultural e de aperfeiçoamento de professores, constituindo, de outra parte, fator de solidariedade continental e internacional.

Estamos vivendo, portanto, uma fase de completa renovação do sistema educacional brasileiro, do que dão prova bastante os exames de seleção promovidos pelo CECEM, em São Paulo, para ingresso nas faculdades de Medicina, e que, por certo, se estenderão a outras faculdades e a outros Estados.

A NOVA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (1967)

Votada pelo Congresso Nacional, ao qual se atribuiu o poder constituinte pelo Ato Institucional nº 4/66, e promulgada no dia 24 de janeiro de 1967, temos aí a nova Constituição do Brasil, com a qual se inicia uma nova fase de política nacional. A data de entrada em vigor, do novo diploma constitucional, foi, por isso mesmo, fixada para o dia 15 de março de 1967, data da posse do presidente eleito, indiretamente, pelo mesmo Congresso que **aprovou**, praticamente sem discussão, a nova Constituição do Brasil.

A educação

Foi o capítulo relativo à educação e cultura, felizmente, o que sofreu maiores alterações na proposta governamental, graças à manifestação de educadores, de associações culturais e do magistério⁽³⁸⁾ de todos os Estados, criticando a orientação governamental e apresentando sugestões. Muitas destas foram aceitas pelo Congresso e pelo Governo, e, afinal, incluídas na atual Constituição.

Nas muitas sugestões apresentadas e alterações feitas, permaneceu o espírito da Constituição de 1946. A União ficou com a competência de legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, acrescentando-se, também "normas gerais sobre desportos". É interessante verificar como no mesmo item sobre "educação" se acrescentou "desportos", dada a importância educativa dos esportes.

Cabe, ainda, à União: "estabelecer planos nacionais de educação e saúde".

Princípios fundamentais

Pela nova Constituição, em seu capítulo destinado à educação e cultura, verifica-se que foram mantidos os seguintes princípios fundamentais: **a)** o direito de todos à educação; **b)** a unidade nacional; **c)** a liberdade de ensino; **d)** ensino primário gratuito até 14 anos; **e)** ensino religioso nas escolas ofi-

(38) O Centro do Professorado Paulista recebeu do Ministério de Educação e Cultura cópia do anteprojeto da Constituição para manifestar-se sobre o capítulo "Da Educação e Cultura", o que foi feito pela CFP depois de várias reuniões da Diretoria e Conselho, das quais, como Conselheiro, participou o autor deste trabalho.

ciais; f) concursos de títulos e provas para provimento dos cargos de magistério; g) liberdade de cátedra; h) descentralização do ensino, devendo os Estados organizar os seus próprios sistemas.

Alguns desses itens são polêmicos, como já tivemos a oportunidade de acentuar, mas foram mantidos, tendo-se em vista, certamente, a realidade nacional.

Inovações

Poucas são as inovações do novo texto constitucional, no que se refere à educação e cultura, em relação à Constituição anterior. O item III do art. 168 mantém a gratuidade do ensino, mas dá ênfase à concessão das bolsas de estudo, acrescentando:

“sempre que possível, o poder público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior.” (Texto original de 1967.)

É mantido o concurso de títulos e provas para provimento das cátedras, (item V do art. 168), suprimindo-se, entretanto, a vitaliciedade, assegurada pelo item VI do art. 168 da Constituição de 1946.

O art. 169, da Constituição de 67, repete, em suas linhas gerais, o art. 171 da Constituição de 46, dispondo ambos sobre os sistemas de ensino.

Artigo 169 do texto de 67:

“Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, o qual terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.”

E complementa com o § 1º do mesmo artigo:

“A União prestará assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal”,

retirando, entretanto, as porcentagens estabelecidas na Constituição anterior, que era de 10% da responsabilidade da União e Estados e 20% para os Municípios (art. 169 da Carta de 46). A exclusão das porcentagens poderá dar margem a abusos, pois, como já se disse, não acreditamos que os governos gastem mais com a educação — o que seria um abuso benéfico, mas passarão a gastar menos ainda.

Enquanto o art. 168, item III, da Constituição de 46, dispunha que as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes, a nova Constituição (art. 170) diz que essas mesmas empresas são obrigadas a manter ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes, sem limitação do número, o que constitui uma obrigação séria e benéfica para o ensino.

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 (1969)

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tem o mesmo preâmbulo da Constituição de 1967. Foi decretada (outorgada) pela Junta Militar, composta pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que substituiu o Presidente Costa e Silva. Essa emenda já estava sendo elaborada por iniciativa do Presidente Costa e Silva, "que se empenhava de corpo e alma na conquista do seu objetivo maior: a restauração da ordem democrática no País através da outorga da emenda constitucional e da reabertura do Congresso" (posto em recesso pelo Ato Institucional nº 5). "Nada o detinha (o presidente) na tarefa prioritária de coordenar, pessoalmente, a elaboração da emenda constitucional. Os Ministros haviam recebido, por antecipação, uma cópia do anteprojeto, para estudo e sugestões. Comigo mesmo ele dialogara a respeito de como, quando e onde efetuar a solenidade que tinha em vista."

Os trechos acima citados foram transcritos do livro "O Brasil de Minha Geração", editado pela Biblioteca do Exército, e de autoria do General Aurélio Lyra Tavares, então Ministro do Exército e um dos componentes da Junta Militar que outorgou a Emenda de 1969, esclarecendo: "Tudo já estava previsto, até mesmo os termos da sua fala à Nação, já datilografada, embora se tratasse de simples esboço. O documento, apesar de pronto, não chegou nunca, por força do destino, a adquirir caráter definitivo" (39).

As alterações feitas pela Emenda Constitucional nº 1, ao texto da Constituição de 1967, no capítulo da Educação e Cultura foram mais de redação, com o acréscimo de palavras ou expressões que contribuem para o melhor entendimento do texto constitucional. Não restringe, mas amplia a ação do Estado no campo educacional. Já no capítulo II, art. 8º, que define a competência da União, na alínea XIV, acrescenta, logo depois de "estabelecer", a palavra "executar" (planos nacionais de educação), sem o que, a alínea seria letra morta. Mantém-se todo o disposto no texto anterior.

Título IV (Educação e Cultura)

Nesse título, o artigo referente à educação tomou o nº 176, substituindo o artigo anterior (168), sem alteração substancial. No § 2º do referido artigo, a expressão contida no texto antigo "inclusive bolsas de estudo", ficou assim redigida: "inclusive mediante bolsas de estudo". A alínea VII (que substitui a alínea VI do texto antigo, e que dispunha sobre a liberdade de cátedra) está assim redigida:

"É garantida a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no art. 154" (40).

(39) Este depoimento do General Lyra Tavares esclarece muitas dúvidas a respeito da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

(40) Texto constitucional vigente:

"Art. 154 — O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa."

O § 1º do art. 177 (que substitui o 169) é mais explícito e está assim redigido: "A União prestará assistência técnica e financeira aos Estados e ao Distrito Federal, para o desenvolvimento dos seus sistemas de ensino."

O art. 178 dá nova redação ao art. 170, mantendo a obrigatoriedade do ensino gratuito por parte das empresas aos filhos dos seus empregados e institui o **salário educação**. E, pelo parágrafo único do mesmo artigo, além da obrigação da **aprendizagem industrial** aos menores, institui a obrigatoriedade do preparo do seu pessoal qualificado.

O art. 179, que substitui o art. 171, mantém o texto antigo: "As ciências, as letras e as artes são livres", acrescentando: **ressalvado o disposto no § 8º do art. 153**" (41).

O art. 180 substitui e mantém o texto do art. 172.

Com exceção das alterações aí apontadas, todo o texto do capítulo relativo à Educação e Cultura, inserido na Constituição de 1967, é mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

LEI Nº 5.692/71

Da estrutura do ensino do 1º e 2º graus, posterior à Lei nº 5.692/71 (42), que fixa novas diretrizes e bases, resultam as seguintes conclusões gerais: 1) a necessidade de se colocar o aluno no seio de uma sociedade consumidora, tendo em vista a preparação de mão-de-obra, segundo os objetivos já definidos nos arts. 1º e 2º, da nova lei; 2) redução dos quatro graus de ensino, previstos na Lei anterior (4.024/61), para três graus; 3) aumento da gratuidade do ensino (de responsabilidade do Estado), de quatro para oito anos, ou seja, durante todo o 1º grau (primário e ginásio).

O ensino de 1º grau vem capitulado nos arts. 17, 18, 19 e 20 da nova lei. A nova estrutura fundamenta-se na idéia da integração, enquanto a velha estrutura se fundava no princípio de **compartimentos estanques**, de tal modo que o progresso do aluno, nos estudos, era feito por **espasmos** acentuados: admissão ao ginásio; seleção para o colégio; vestibular para o ensino superior. A nova lei adota um princípio mais viável e lógico e psicologicamente evolutivo para a escolarização, não havendo saltos (ou espasmos) de uma etapa para outra, na verticalidade do sistema. A integração se fará vertical e horizontalmente. No primeiro caso, de baixo para cima, em três graus, sem a superposição de um grau sobre outro. E no segundo caso, abrin-

(41) Texto constitucional vigente:

"Art. 153 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
§ 8.º — É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes."

(42) Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, que "fixa Diretrizes e Bases para o Ensino de 1º e 2º Graus".

do-se em **leque** de tantas habilitações quantas forem susceptíveis de adoção mediante escolha. Daí a implicação de uma **terminalidade** geral, coincidindo com as faixas etárias, e uma **terminalidade** real, ditada pelas capacidades ou pelas possibilidades em cada sistema de ensino.

A implantação da reforma implica em estabelecer uma política educacional corajosa, em termos nacionais, para ser aplicada com decisão, devendo ser especialmente considerados: a preparação e envolvimento do pessoal que a executará; medidas legais complementares, de que dependerá o esclarecimento; ordenação e adequação de planos de implantação às realidades sociais, econômicas e de ensino; construções escolares, com equipamento básico, destinadas a atender aos novos objetivos do ensino; preparação do pessoal existente no sentido de que, conhecendo a lei e seus regulamentos, possa atender à reforma do ensino, em função dos novos objetivos educacionais e assim obter os resultados desejados.

Objetivos da lei

São objetivos da Lei nº 5.692/71: a auto-realização, qualificação para o trabalho e preparo para o exercício consciente da cidadania (art. 1º). Como objetivo generalizado, o ensino de 2º grau destina-se à formação integral do adolescente (art. 21). Além da cultura geral, objetiva preparar o aluno para o exercício profissional de molde a facilitar a integração social do mesmo, através de uma ocupação útil. Como se percebe, o ensino de 2º grau, além da cultura geral, tem uma característica **profissionalizante**.

A Lei nº 5.692/71 vem responder a uma exigência da situação da realidade brasileira, com repercussões imediatas e mediatas em todo o sistema educacional. Encaramos com otimismo a aplicação da lei, com as ressalvas já mencionadas. Tendo em vista que o problema de uma sociedade em desenvolvimento exige a participação viva e eficiente dos indivíduos na produção, consideramos que a educação deve ser entendida como um investimento positivo e um dos objetivos da segurança nacional.

Conveniências e acerto da aplicação da reforma

Do exposto, ainda que sucintamente, concluímos pelo acerto e conveniência da aplicação da reforma do ensino, nos termos propostos pela LDB. Consideramos, entretanto, que, dadas as atuais circunstâncias nacionais, sob o ponto de vista econômico, com a continuada falta de recursos materiais e humanos, a sua implantação não se fará a curto prazo — constituindo o seu primeiro decênio um mínimo de experiência feita — em virtude da complexidade do problema, principalmente quanto ao ensino de 2º grau, ou seja, o ensino profissionalizante, objeto das maiores críticas ao sistema. Pela análise da conjuntura educacional brasileira, concluímos que o Estado não dispõe dos meios suficientes para a implantação da reforma, a curto prazo, nos termos previstos pela lei. Ratifica essa nossa conclusão a autoridade indiscutível do Dr. NEY BRAGA, em pronunciamento feito quando Ministro: “É necessário reformular o sistema porque o Ministério da Educação não oferece condições para que esse tipo de ensino seja efetivamente implantado.”

Reconstrução do sistema

Agora, quando tanto se fala em nova reforma do ensino, o Dr. VALNIR CHAGAS, relator do anteprojeto de que resultou a Lei nº 5.692/71, em sua mais recente publicação **Educação Brasileira: O Ensino de 1º e 2º Graus**, com fundamentados argumentos, reconhece a necessidade de mudanças ao que ele chama, judiciosamente, de "reconstrução". Dada a oportunidade do assunto, e sem mais comentários, extraímos daquele importante livro **data maxima venia**, umas poucas frases, numa tentativa de sintetizar o pensamento desse ilustre educador: "a escola que virá será o que desde agora fizermos para antecipá-la e torná-la possível" (pág. 345); "... é impossível alcançar tal objetivo com a escola formal de hoje, ainda calcada nos valores e critérios de organização da Primeira Revolução Industrial... quando todos os países do mundo se empenham na busca de novas fórmulas para a educação" (pág. 347). "Os avanços educacionais, como de resto quaisquer avanços no campo social, representam mudanças que se operam **dentro** dos processos considerados, na indispensável fricção do antigo com o novo, e nunca por imposição vinda de fora" (pág. 347)... E, para terminar: "As diretrizes têm o confessado sentido de uma abertura para dar a escolas e sistemas escolares a capacidade de atualizar-se constantemente (...), refletindo a dinâmica da escolarização em face dos seus condicionamentos internos e externos" (pág. 348). "A **resistência** à mudança constitui possivelmente um obstáculo mais forte que as dificuldades econômico-financeiras, por ser intrínseca à natureza humana" (pág. 349).

Nos conceitos expendidos pelo professor VALNIR CHAGAS, no seu magnífico livro, didaticamente elaborado, encontramos a **abertura** necessária para a reconstrução do sistema.

SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 18/81

Diminui o tempo de serviço para aposentadoria do professor

Não é preciso ressaltar que o professor é a peça fundamental para a implantação de qualquer sistema ou método de ensino. Entendemos que, para se dar cumprimento ao quanto dispõe a Lei nº 5.692/71, é necessário proceder-se a um levantamento do pessoal existente nos quadros do ensino, envolvendo, principalmente, o professor e sua respectiva formação.

Vários outros problemas estão ligados ao assunto, tais como: a remuneração do professor; a sua constante atualização através de cursos específicos; a sua estabilidade no cargo e o tempo de serviço prestado no exercício de suas funções para efeito de aposentadoria. Neste particular o disposto no art. 101, item III, combinado com o art. 165, item XX, da Constituição de 1967, causou profundo descontentamento ao magistério de todos os graus e níveis de ensino, com a exigência de mais cinco anos de efetivo exercício no cargo, para efeito de aposentadoria. Desde então, uma luta intensa e contínua se desenvolveu em todo o País, visando a revogação de tal dispositivo, o qual repercutiu negativamente na atuação do professor, de quem tanto exige a sociedade. Durante 14 anos, portanto, o magistério enfrentou essa dura realidade.

A Emenda Constitucional nº 18/81, que dispõe sobre aposentadoria especial para professores e professoras, altera os artigos citados, restabelece o disposto na Constituição de 1946, e vem atender, assim, a uma justa reivindicação da classe do magistério.

Pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 18/81, o item XX do art. 165, da Constituição de 1967, passa a ter a seguinte redação:

“XX — a aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.”

Este dispositivo da Emenda Constitucional, promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, é **auto-aplicável** em todo o território nacional, independentemente de qualquer regulamentação.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Fernando de — **A Cultura Brasileira. Introdução ao Estudo da Cultura no Brasil.** São Paulo, Melhoramentos, 1964.
- BARBALHO, João — **Constituição Brasileira.** Rio, Typographia da Companhia Lytho-Typographica, 1902.
- BARBOSA, Rui — **A Constituição de 1891.** Rio, MEC, 1946.
- — **Obras Completas.** (Casa Rui Barbosa).
- BARROS, Roque Spencer Maciel de — **Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** São Paulo, Pioneira, 1960.
- BELO, José Maria — **História da República — 1889-1930 (Síntese de 40 Anos de Vida Brasileira).** Rio, Organização Simões, 1952.
- CALMON, Pedro — **Curso de Direito Constitucional Brasileiro.** Constituição de 1946. Rio, Freitas Bastos, 1947.
- — **História do Brasil.** Rio, José Olympio, 1959.
- — **História Social do Brasil.** São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1935-39.
- CALÓGERAS, Pandiá — **Formação Histórica do Brasil.** Rio, Biblioteca do Exército, 1957.
- CASTRO, Araújo — **A Nova Constituição Brasileira (de 1934).** Rio, Freitas Bastos, 1938.
- CORWIN, Samuel — **A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual.** Rio, Zahar, 1959.
- DÓRIA, Sampaio — **Direito Constitucional. Curso e Comentários à Constituição.** São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1953.
- DUARTE, José — **A Constituição Brasileira de 1946. Exegese dos Textos à Luz dos Trabalhos da Assembléa Constituinte.** Rio, Imprensa Nacional, 1947.
- FERNANDO, H. Hordes de Almeida — **Textos Constitucionais.** Rio, Saraiva.
- FERREIRA, Waldemar — **História do Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo, M. Limonad, 1954.
- FREIRE, Felisberto de Oliveira — **História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio, Typographia Aldina, 1894.
- FREYRE, Gilberto — **Casa-Grande & Senzala,** Rio, José Olympio, 1943.
- — **Sociologia.** Rio, J. Olympio, 1945, 2 vols.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de — **História Geral da Civilização Brasileira.** São Paulo, Difusora Européia do Livro, 1960.

- JACQUES, Paulino — **Curso de Direito Constitucional**. Rio, Forense, 1970.
- LEAL, Aurelino — **História Constitucional do Brasil**. Rio, Imprensa Nacional, 1915.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de — **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, 1958-60.
- — **Um Estadista da República. Afrânio de Melo Franco e seu Tempo**. Rio, José Olympio, 1955.
- MIRANDA, Pontes de — **Comentários à Constituição de 1937**. Rio, Pongetti, 1938.
- MOACYR, Primitivo — **A Instrução e as Províncias**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1939.
- — **A Instrução e o Império**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938.
- MOOG, Vianna — **Bandeirantes e Pioneiros. (Paralelo entre Duas Culturas)**. Rio, Delta, 1966.
- MORISON — "Constituição dos Estados Unidos da América", in **História dos Estados Unidos**.
- NABUCO, Joaquim — **Minha Formação**. Rio, W. M. Jackson, 1964.
- OLIVEIRA, João Gualberto — **Clóvis Centenário**.
- PACHECO, Cláudio — **Tratado das Constituições Brasileiras**. Rio, Freitas Bastos, 1958.
- PRADO JUNIOR, Caio — **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo, Brasiliense, 1953.
- REIS, Sólton Borges dos — **A Maior Herança**. São Paulo, Gráfica São José, 1965.
- RIBEIRO, João Coelho Gomes — **A Gênese Histórica da Constituição Federal**. Rio, Off. Graphica da Liga Marítima Brasileira, 1917.
- ROMERO, Sívlio — **História da Literatura Brasileira**. Rio, José Olympio, 1949.
- ROURE, Agenor de — **A Constituinte Republicana**. Rio, Imprensa Nacional, 1918-1920.
- — **Formação Constitucional do Brasil**. Rio, Typ. do Jornal do Commercio, 1914.
- SOUSA, Otávio Tarquínio de — **Vida de D. Pedro I**. Rio, José Olympio, 1972.
- SOUZA, Joaquim Rodrigues de — **Análise e Comentário da Constituição Política do Império do Brasil**. São Luís, 1967.
- TEIXEIRA, Anísio — **A Educação e a Crise Brasileira**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1956.
- VIANNA, Hélio — **Contribuição à História da Imprensa Brasileira. (1812-1869)**. Rio, Imprensa Nacional, 1945.
- — **História da República. História Diplomática do Brasil**. São Paulo, Melhoramentos.

DOCUMENTOS OFICIAIS

- Anais da Assembléia Constituinte**. Rio, Imprensa Nacional, 1823.
- Anais da Assembléia Constituinte**. Rio, Imprensa Nacional, 1934-37.
- Anais da Assembléia Constituinte**. Rio, Imprensa Nacional, 1946.
- Anais da Comissão de Constituição**. Rio, Imprensa Nacional, 1948.
- Anais da Constituição**. Rio, Imprensa Nacional, 1821.
- Anais da Constituinte**. Câmara dos Deputados, 1890-91.
- Anais do Parlamento Imperial**. Faculdade de Direito de São Paulo.
- Documentos Parlamentares**. Rio, 1924-28.
- Documentos Parlamentares**. Rio, 1953-55.
- Legislação do Ensino Secundário**. Ministério da Educação e Cultura.
- Legislação do Ensino Superior**. Ministério da Educação e Cultura.

O impacto de tratados e resoluções nas relações internacionais na América Latina

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Ex-Assessor Jurídico do Escritório da ONU em Genebra, Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília

SUMÁRIO

- I. *Os tratados regionais interamericanos: o quadro geral*
- II. *A solução pacífica de controvérsias internacionais no continente*
- III. *A desnuclearização da América Latina*
- IV. *A evolução de "Tratados Constitutivos": o caso da Carta da OEA*
- V. *Bilateralismo e multilateralismo: apreciação crítica*
- VI. *Tratados e resoluções de órgãos internacionais*
- VII. *A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*
- VIII. *Conclusões*

I. *Os tratados regionais interamericanos: o quadro geral*

A julgar por seu número e incidência, aos tratados regionais interamericanos (1) estaria reservado um papel preponderante na condução das relações

Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em forma de duas conferências proferidas no VIII Curso de Direito Internacional da Comissão Jurídica Interamericana, a 20 e 21 de agosto de 1981, realizado na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, sob os auspícios da Consultoria Jurídica da Organização dos Estados Americanos (OEA).

(1) Já no início do século, somente na Segunda Conferência Interamericana (México, 1901-1902), por exemplo, foram assinados nove tratados sobre temas diversos; cf. OEA, *Série sobre Tratados, Tratados e Convenções Firmadas na Segunda Conferência Internacional Americana*, vol. 32, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1966, pp. 2-81.

internacionais em nosso continente. Em 1975, registravam-se por volta de cem tratados que poderiam ser considerados coletivos, ou multilaterais gerais, mas sua freqüência logo se mostra ilusória: daquele total, aproximadamente a metade alcançou quando muito as ratificações de 11 ou menos Estados, e os demais não lograram ultrapassar 7 adesões, o que os tornou virtualmente inoperantes (2). Cada um dos países americanos não chegou individualmente a ratificar nem sequer a quinta parte dos pactos existentes (3).

Há exatamente uma década atrás, o UNITAR (United Nations Institute for Training and Research) propôs-se a investigar as "causas e fatores que atrasavam ou impediam a aceitação pelos Estados de tratados multilaterais" (adotados sob os auspícios da ONU (4)). O registro geral de aceitação de tais tratados pelos Estados latino-americanos (excluídos os países do Caribe), ponderou o relator da matéria, era de aproximadamente 23%, um pouco acima do dos países recentemente emancipados; "um traço saliente do padrão de aceitação de alguns Estados latino-americanos é que a proporção de assinaturas ainda não seguidas de ratificações é bem maior do que no nível mundial, (...) restando verificar se procedimentos legislativos e constitucionais relativos à conclusão de tratados criam obstáculos a ratificação mais rápida" (5).

Outro ponto importante é a grande diversidade de matérias regidas pelos tratados gerais: poder-se-iam distinguir, por exemplo, os tratados constitutivos de organismos internacionais regionais (como, e.g., a própria Carta da OEA de 1948 reformada em 1967, os pactos constitutivos do BID de 1959 e da ALALC de 1960), os tratados que pretendem estabelecer normas de tipo geral (como, e.g., a Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933, as Convenções sobre o Asilo de 1928 e 1954, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades da OEA de 1949), os tratados para solução pacífica de controvérsias (como e.g., o Pacto de Bogotá de 1948), dentre outros (6).

A questão da revisão, atualização e avaliação de várias convenções internacionais foi objeto de parecer da Comissão Jurídica Interamericana em 1971. A Comissão destacou dez tratados como "de interesse primordialmente jurídico", sobre temas distintos como direito dos tratados, direitos dos estrangeiros e cidadãos naturalizados, nacionalidade, extradição, proteção contra anacronismo, uniformidade do regime jurídico dos poderes, e mesmo uma convenção (de 1936) para "coordenar, ampliar e assegurar a observância dos tratados existentes entre os Estados americanos" (7). A Comissão destacou ainda nada

(2) CÉSAR SEPÚLVEDA, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, México, Ed. Porrúa, 1975, p. 65.

(3) *Ibid.*, p. 67.

(4) OSCAR SCHACHTER, *Toward Wider Acceptance of U. N. Treaties*, N.Y., UNITAR, 1971, p. 9.

(5) *Ibid.*, p. 28.

(6) Há igualmente os tratados sobre direito internacional privado (excluídos do presente estudo), e tratados sobre matérias diversas (no mais das vezes administrativos, relativos a relações postais, rádio, patentes e marcas, por exemplo); C. SEPÚLVEDA, *Las Fuentes...*, *op. cit.*, pp. 66-67. Sobre a "revisão, atualização e avaliação das convenções interamericanas sobre propriedade industrial", por exemplo, cf. Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales (1974-1977)*, vol. XI, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1981, pp. 188-198.

(7) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1967-1973*, vol. X, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1978, pp. 338-358.

menos de doze tratados em matéria de educação, ciência e cultura ⁽⁸⁾, e também examinou a questão dos tratados que integram o "sistema interamericano de paz" ⁽⁹⁾.

A considerável diversidade dos temas regidos por tratados interamericanos transparece do levantamento efetuado pela Secretaria-Geral da OEA sobre o *Estado de los Tratados y Convenciones Interamericanas/Status of Inter-American Treaties and Conventions*, revisto em 8 de maio de 1980: estão ali relacionados 49 tratados e convenções assinados em conferências interamericanas e assembléias gerais, 46 tratados e convenções assinados em conferências especiais, 18 tratados e convenções abertos à assinatura na Secretaria-Geral da OEA, 12 convenções assinadas nos congressos interamericanos de rádio e 10 acordos postais, um acordo nuclear (o Tratado de Tlatelolco de 1967), e nada menos de 101 acordos regionais (sobre temas variando desde questões de direito privado até integração econômica regional e sub-regional) ⁽¹⁰⁾.

Há que se fazer igualmente referência aos inúmeros acordos *bilaterais*, sobre assuntos os mais diversos: um levantamento recente da Secretaria-Geral da OEA, cobrindo o período 1949-1980, registra nada menos de 291 acordos bilaterais celebrados entre a OEA e 24 Estados americanos ⁽¹¹⁾, além de vários outros acordos concluídos entre a OEA e diversos organismos internacionais ⁽¹²⁾, e 12 acordos celebrados entre Estados-Membros e depositados na Secretaria-Geral da OEA ⁽¹³⁾.

II. A solução pacífica de controvérsias internacionais no continente

Difícilmente se poderia negar que tratados tenham tido um significativo "impacto" na conduta das relações interamericanas no campo da solução pacífica de controvérsias internacionais, ainda que não lhes tenha cabido um monopólio de regulamentação da matéria. A preocupação com procedimentos de solução pacífica refletiu-se em referências contidas nos primeiros tratados sobre a matéria do século XIX e início do século XX ⁽¹⁴⁾; também uma resolução, adotada na Conferência Interamericana do Rio de Janeiro de 1906, con-

(8) Cf. *ibid.*, pp. 351-352, e cf. pp. 376-377.

(9) Cf. *ibid.*, pp. 347-348 e 356.

(10) Cf. OEA, *Série sobre Tratados: Estado de los Tratados y Convenciones Interamericanas/Status of Inter-American Treaties and Conventions*, vol. 5, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1980, pp. 1-51. — Somente o relatório anual de 1976 do Secretário-Geral da OEA registra assinaturas, ratificações e adesões a doze "tratados interamericanos" sobre temas diversos; OAS, *Annual Report of the Secretary General — 1976*, OEA doc. OEA/Ser. D/III.27, 1976, pp. 68-70. — Para um levantamento detalhado recente da atividade "legislativa" corrente (convenções adotadas e projetos de convenção) tanto nos planos regionais interamericano e europeu quanto no sistema da ONU, cf. ISIDORO ZANOTTI, "Report: Regional and International Activities", *12 Lawyer of the Americas — University of Miami Journal of International Law* (1980) pp. 599-629. — Para um estudo geral do "impacto" de tratados nas relações internacionais no plano global, cf. as úteis coletâneas: J. A. S. GRENVILLE, *The Major International Treaties 1914-1973*, London, Methuen, 1974, pp. 1-551; M. Hurst (ed.), *Key Treaties for the Great Powers 1814-1914*, vols. I-II, London, David & Charles, 1972, pp. 1-458 (vol. I) e 459-913 (vol. II).

(11) OEA, *Série sobre Tratados: Relación de Acuerdos Bilaterales*, vol. 59, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1980, pp. 3-52.

(12) *Ibid.*, pp. 53-58 e 64-68. Quanto a acordos sobre observadores permanentes, cf. *ibid.*, pp. 60-63; para acordos celebrados entre a OEA e Universidades, cf. *ibid.*, pp. 69-70.

(13) *Ibid.*, pp. 71-74.

clamava os Estados americanos a consagrarem o princípio da arbitragem ⁽¹⁵⁾. Anos após as duas Conferências de Paz de Haia (1899 e 1907) ⁽¹⁶⁾, um marco significativo foi a conclusão, na Conferência Interamericana de Santiago de 1923, do "Tratado para Evitar ou Prevenir Conflitos entre os Estados Americanos" (também conhecido como Tratado Gondra).

Esse instrumento previa a pronta convocação de uma Comissão de Investigação (assistida por duas "comissões permanentes") em caso de uma controvérsia, e impunha o dever de não recorrer a hostilidades durante o período de investigação ⁽¹⁷⁾. A mesma Conferência de Santiago de 1923 adotou duas resoluções dignas de registro: a primeira, destacando os progressos recentes no tocante à conciliação, arbitragem e solução judicial (naturalmente após a criação da Liga das Nações), e a segunda, reafirmando a necessidade de consagração da arbitragem como método de solução pacífica de controvérsias de "caráter jurídico" entre Estados americanos ⁽¹⁸⁾. Estava assim preparado o campo para a adoção, na Conferência de Washington de 1928-1929, das duas Convenções Gerais de Conciliação e Arbitragem Interamericanas ⁽¹⁹⁾. Pouco após, em 1933, era assinado no Rio de Janeiro o Tratado Antibélico de Não-Agressão e de Conciliação (também conhecido como Tratado Saavedra Lamas) ⁽²⁰⁾.

Seria, no entanto, a Conferência Interamericana de Consolidação da Paz, de Buenos Aires, três anos depois, que se constituiria no "primeiro passo formal" ⁽²¹⁾ conducente ao estabelecimento de um sistema interamericano de segurança coletiva: dos cinco instrumentos então adotados ⁽²²⁾, um deles, a

- (14) Tratado de União (Panamá, 1820); tratados de Lima (1848 e 1864-1865), Santiago e Washington (1858); plano de arbitragem de Washington de 1890 (que jamais entrou em vigor por falta de ratificações); tratado de arbitragem obrigatória (México, 1902, ratificado por seis Estados). ALBERTO HERRARTE, "Solución Pacífica de las Controversias en el Sistema Interamericano", *Sexto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA doc. OEA/Ser.Q/V.C-6, CLI-40, 1979-1980, pp. 210-211.
- (15) CHARLES G. FENWICK, *The Organization of American States*, Washington, Kaufmann Pr., 1963, pp. 173-174.
- (16) A primeira Conferência de Haia adotou uma convenção sobre solução pacífica de controvérsias internacionais, que sofreu revisão na Segunda Conferência de Haia.
- (17) Ch. G. FENWICK, *The Organization...*, op. cit., p. 176. O Tratado Gondra não derogou cláusulas de tratados anteriores, e a ele sucedeu-se o Pacto de Bogotá de 1948 (infra); mas a não ser que ambas as partes litigantes tenham ratificado este último, permanece aquele aplicável e regendo indefinidamente. OEA, *Inter-American Treaties and Conventions*, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1960, p. 20.
- (18) Ch. G. FENWICK, op. cit., p. 178.
- (19) A primeira, sobre a conciliação, criava uma comissão que fortalecia os poderes investigatórios da Comissão do Tratado Gondra; a segunda, o Tratado Geral de Arbitragem Interamericana, sucedia-se assim ao tratado do México de 1902 (supra); A. HERRARTE, op. cit., pp. 213-214. As numerosas reservas formuladas a este segundo Tratado Geral tornaram necessária a conclusão de um Protocolo de Arbitragem Progressiva; *ibid.*, pp. 214-215. Também a Convenção Geral de Conciliação teve um Protocolo Adicional (de 1933) pelo qual se buscava dar caráter permanente a comissões de investigação e conciliação (estabelecidas entre Estados signatários do Tratado Gondra); *ibid.*, p. 216.
- (20) Combinava este, aos mecanismos de paz existentes, os princípios derivados do Pacto da Liga das Nações e do Pacto Briand-Kellogg, e pode-se dizer que seu propósito básico subjacente realizou-se com a adoção da Convenção de Montevideu de 1933 sobre Direitos e Deveres dos Estados; Ch. G. FENWICK, op. cit., pp. 180-181.
- (21) FRANCISCO ORREGO VICUÑA, "El Sistema Interamericano de Seguridad Colectiva", in *Antecedentes, Balance y Perspectivas del Sistema Interamericano* (ed. R. Díaz Albornoz), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1977, p. 109.
- (22) Convenção sobre Manutenção, Preservação e Restabelecimento da Paz; Protocolo Adicional sobre Não-Intervenção (em relação ao princípio consagrado na Convenção de Montevideu de 1933 sobre Direitos e Deveres dos Estados); Tratado sobre Prevenção de Controvérsias; Tratado Interamericano sobre Bons Ofícios e Mediação; e Convenção de Coordenação dos tratados existentes (sobre a matéria) entre os Estados americanos (cf. infra).

Convenção sobre Manutenção, Preservação e Reestabelecimento da Paz, criou o sistema de *consultas mútuas* em caso de ameaça à paz dos Estados americanos. Outro, intitulado "Convenção para Coordenar, Ampliar e Assegurar o Cumprimento dos Tratados Existentes entre os Estados Americanos", se deveu à preocupação com os tratados anteriores que ainda não haviam logrado obter assinaturas e ratificações em número suficiente; esperava-se, com o estabelecimento do sistema de consultas recíprocas, que os procedimentos de solução pacífica até então acordados viessem a gozar de maior eficácia na consolidação da paz (23).

Ainda a esse respeito, uma solução adotada na Conferência de Lima de 1938 ressaltava que os instrumentos jurídicos de prevenção de conflitos no continente americano "dispersavam-se em numerosos tratados, convenções, pactos e declarações", e tornava-se necessário "coordená-los em um conjunto organizado e harmônico" (24). Para tal, a Conferência de Montevideú de 1933 se antecipara apresentando um "Código de Paz" (unificando os dispositivos dispersos), que serviu de base para a Convenção de Coordenação dos tratados existentes entre os Estados americanos (de 1936, já mencionada, supra); a estes seguiram-se dois anteprojetos sobre o sistema interamericano de paz, preparados pela Comissão Jurídica Interamericana (1943-1945), principais antecedentes do Pacto de Bogotá de 1948 (25).

A institucionalização do mecanismo de consultas recíprocas se iniciaria, no entanto, uma década antes, ao especificar a Declaração de Lima de 1938 que o processo de consultas (para adoção de uma ação comum face a ameaças à paz dos Estados americanos) se faria através da Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores. A primeira reunião (Panamá, 1939) consagrou a neutralidade dos Estados americanos (quanto à guerra que eclodia na Europa), a segunda (Havana, 1940) aprovou uma Declaração de Assistência Recíproca consagrando o "princípio da solidariedade continental face à agressão de origem extracontinental", e a terceira (Rio de Janeiro, 1942) recomendou a ruptura de relações com os países do Eixo (cada país procedendo conforme suas próprias circunstâncias); ao fim da guerra, o Ato de Chapultepec (1945) sobre Assistência Recíproca e Solidariedade Americana, reportando-se aos mecanismos de consulta, já não mais contemplava tão-somente a hipótese de agressão de origem extracontinental, mas também a de um país americano contra outro, completando assim o quadro da segurança coletiva anterior à conclusão do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR) em 1947 (26).

Vemos, assim, nesse breve relato dos experimentos de solução pacífica de controvérsias que precederam o Pacto de Bogotá e o TIAR, que a contribuição de tratados foi decisiva, mas nem por isso deve ser exagerada. A multiplicidade de tratados nessa área pode inclusive ser tida como um sintoma de

(23) Ch. G. FENWICK, *op. cit.*, pp. 182-183; e cf. também A. HERRARTE, *op. cit.*, pp. 216-218.

(24) Cit. in A. HERRARTE, *op. cit.*, p. 219; Ch. G. FENWICK, *op. cit.*, p. 184.

(25) Ch. G. FENWICK, *op. cit.*, pp. 184-187; A. HERRARTE, *op. cit.*, pp. 218-219. Para um estudo específico da arbitragem nas Conferências Internacionais Americanas até o Pacto de Bogotá, cf. J. J. CAICEDO CASTILLA, "El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre Soluciones Pacíficas", 4 *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1948) pp. 5-33.

(26) F. ORREGO VICUNA, *op. cit.*, pp. 109-111.

sua insuficiência, senão, em alguns casos, ineficácia. De tempos em tempos, àqueles tratados — e alguns não obtiveram o número suficiente de assinaturas e ratificações — juntaram-se resoluções e declarações de Conferências Interamericanas, tecnicamente desprovidas de efeitos jurídicos mandatórios. Exemplo pertinente da cautela que se impõe em uma avaliação do “impacto” de tratados nas relações interamericanas no campo da solução pacífica de controvérsias internacionais é fornecido, e.g., pelo Tratado sobre Prevenção de Controvérsias, de 1936 (supra).

Aquele instrumento chegou mesmo a propor o estabelecimento, pelas partes contratantes, de comissões mistas bilaterais permanentes, destinadas a estabelecer “as causas de futuras dificuldades ou controvérsias” e tomar assim medidas adequadas a promover a “aplicação regular de tratados em vigor entre as partes respectivas”. Ora, a assinatura de um tratado contendo tais dispositivos só poderia representar, no abalizado parecer de FENWICK, uma “lofty aspiration of the moment”, que “deixava de levar em conta as dificuldades práticas de sua aplicação. Ao meditar sobre isso, a maioria dos Estados americanos parece ter reagido contra uma investigação desnecessária de situações normalmente recaindo no âmbito da negociação diplomática. Embora quinze Estados tivessem ratificado o tratado, mostrou-se este impraticável” (27). Isto explica por que, em ocasião subsequente, tenham os Estados americanos preferido tratar a questão por meio de *resoluções*, sem efeitos jurídicos obrigatórios (28).

O Pacto de Bogotá de 1948, ou Tratado Americano de Soluções Pacíficas, ao estipular de início a obrigação geral de solução pacífica de controvérsias (cap. I), passa, em seguida, a dispor coordenadamente sobre procedimentos distintos, como bons ofícios e mediação (cap. II), investigação e conciliação (cap. III), processos arbitral (cap. V) e judicial (cap. IV), inclusive o recurso à Corte Internacional de Justiça (caps. VI-VII) (29). Diferentemente do TIAR e da Carta da OEA, cuja entrada em vigor condicionou-se à ratificação por dois terços dos Estados signatários, o Pacto de Bogotá, em virtude de seu artigo LIII, “entrará em vigor entre as Altas Partes Contratantes de acordo com a ordem em que depositem suas respectivas ratificações” (30). Temos, assim, uma situação em que um tratado multilateral prevê sua entrada em vigor mesmo no plano das relações bilaterais dos Estados que o ratificaram (cf. infra). Acrescenta o artigo LVIII que, à medida em que o Pacto de Bogotá entrar em vigor pelas sucessivas ratificações das Altas Partes Contratantes, cessarão para estas os efeitos de tratados anteriores sobre solução pacífica de controvérsias (31) (cf. supra).

(27) Comissões mistas que viessem a investigar “causas de futuras dificuldades ou controvérsias”, ao invés de evitar tocar na questão, “poderiam criar novos problemas”; Ch. G. FENWICK, *op. cit.*, p. 197.

(28) Resolução XV (Havana, 1940) sobre “Solução Pacífica de Conflitos”, e Resolução XVI (Havana, 1940) sobre “Manutenção da Paz e União entre as Repúblicas Americanas”, *cit. ibid.*, p. 198; cf. também o artigo 4 (b) da Carta da OEA (original de 1948).

(29) Cf. texto in: OEA, *Série sobre Tratados: Tratado Americano de Soluções Pacíficas, “Pacto de Bogotá”*, vol. 17, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1966, pp. 29-39. Sobre o processo de elaboração e conteúdo do Pacto de Bogotá, cf., e.g., J. M. YEPES, “La Conférence Panaméricaine de Bogotá et le droit international américain”, *Revue Générale de Droit International Public* (1949) pp. 52-74.

(30) Texto in: OEA, *Série sobre Tratados: Tratado Americano de Soluções Pacíficas...*, *op. cit.*, p. 38.

(31) O artigo LVIII enumera oito desses tratados, convenções e protocolos; cf. texto *ibid.*, p. 39.

Ora, o quadro de aceitação do Pacto de Bogotá ao início da década de oitenta não é dos mais alentadores: dos 21 Estados signatários, sete formularam reservas (Argentina, Bolívia, Equador, Nicarágua, Paraguai, Peru, Estados Unidos) ⁽³²⁾; desses 21 Estados, apenas 14 o ratificaram até 1980, dos quais três com reservas (Chile, Nicarágua, Peru), verificando-se um caso de denúncia (El Salvador, 1973) ⁽³³⁾. Desde que o Pacto entrou em vigor em 1949, com a segunda ratificação, depositada por Costa Rica, têm sido justamente o número insatisfatório de ratificações e as reservas que o têm transformado em um instrumento "praticamente inoperante" ⁽³⁴⁾, em "quase uma nulidade" ⁽³⁵⁾. Por isso mesmo, vem o Pacto há muito sendo objeto de tentativas de revisão, com vistas a assegurar-lhe maior número de ratificações e, desse modo, maior eficácia.

Assim, a resolução XCIX da Conferência de Caracas de 1954 urgiu Estados a que ratificassem o Pacto; três anos depois o Conselho da OEA concluiu que a maioria dos governos não favorecia, na época, uma revisão do Pacto ⁽³⁶⁾. Em meados da década de sessenta, quando dos trabalhos que precederam a reforma da Carta da OEA, novamente voltou-se ao cogitar de uma "revisão completa" do Pacto de Bogotá ⁽³⁷⁾, e a resolução XIII da Conferência do Rio de Janeiro de 1965 urgiu os Estados americanos a que aderissem ao Pacto de Bogotá ⁽³⁸⁾.

O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR, ou Tratado do Rio de Janeiro, 1947) prevê medidas em caso de ataque armado contra um Estado americano assim como medidas em caso de agressão não armada contra um Estado americano ⁽³⁹⁾. Após o Protocolo de Reforma do TIAR, de 1975, a matéria passou a ser regulamentada mais detalhadamente pelos artigos 3 e 6 do TIAR, respectivamente ⁽⁴⁰⁾. Ora, já se alertou para o caráter "fictício" da caracterização de um ataque armado extracontinental como um ataque contra "todos os Estados americanos" de modo a acarretar um "compromisso" de assistência automática, hipótese ainda mais remota na atual era da *détente* ⁽⁴¹⁾; por conseguinte, em sua maior parte, as aplicações do TIAR têm se originado no atual artigo 6, cobrindo a agressão distinta do ataque armado (a exemplo dos casos de sanções contra Cuba, e da Guatemala, em 1954) ⁽⁴²⁾.

(32) Texto *ibid.*, pp. 39-42.

(33) OAS, *Inter-American Treaties and Conventions*, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1980, p. 45.

(34) A. HERRARTE, *op. cit.*, p. 231.

(35) A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS JR., *The Organization of American States*, Dallas, Southern Methodist Univ. Press, 1963, p. 297.

(36) *Ibid.*, pp. 490-491; Ch. G. FENWICK, *op. cit.*, pp. 192-193.

(37) CÉSAR SEPÚLVEDA, "The Reform of the Charter of the Organization of American States", 137 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) pp. 107-108.

(38) *Ibid.*, p. 118.

(39) Cf. texto in: OEA, *Série sobre Tratados: Tratado Interamericano de Assistência Recíproca*, vol. 8, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1965, pp. 1-7.

(40) Cf. texto in: OEA, *Série sobre Tratados: Protocolo de Reforma do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR)*, vol. 46, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1975, pp. 3-10.

(41) Nesse sentido, A. GÓMEZ ROBLEDO, "El Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Assistência Recíproca", *Tercer Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, doc. OEA/Ser.Q/V.C-3, CIJ-30, 1977, pp. 139-140 e 144.

(42) Cf. *ibid.*, pp. 144-145.

O Protocolo de Reforma do TIAR, de 1975, incorporou em seu artigo 9 a definição de agressão adotada pela Assembléia Geral da ONU em dezembro de 1974, restringindo a caracterização da agressão ao uso da força armada ou outros casos equivalentes determinados pelo Órgão de Consulta. O artigo 8 enumera sanções sob o TIAR (43), as quais podem tornar-se sem efeito por decisão da maioria absoluta dos Estados-Partes (artigo 20); assim, o Protocolo de 1975 possibilitou descartar, por decisão majoritária, sanções anteriormente adotadas por maioria de dois terços, emprestando maior elasticidade ao TIAR (44).

Desse modo, poucos dias após a conclusão do Protocolo de 1975, a XVI Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores facultava aos Estados-Partes no TIAR levantar as sanções existentes em relação a Cuba; a pressão nesse sentido já se fazia sentir há algum tempo, lembrando-se, e.g., que em 1973 a Assembléia Geral da OEA adotara resolução sobre o pluralismo ideológico (45).

Outra característica das emendas do TIAR diz respeito a uma "maior abertura", por assim dizer, do Tratado do Rio ao sistema de segurança coletiva da ONU. O atual artigo 10 do TIAR dispõe sobre o recurso das partes contratantes ao Conselho de Segurança da ONU, mas foi o novo artigo 2 do TIAR que, ainda que reafirmando os processos e mecanismos interamericanos de solução pacífica de controvérsias, não priva aos Estados-Partes o recurso aos mecanismos da ONU. Há os que têm identificado nessas modificações um interesse dos Estados latino-americanos de debilitar um sistema regional de segurança originado no período da guerra fria e de se distanciarem da influência dos Estados Unidos (46); nessa perspectiva, o que estaria hoje em evolução seria um sistema regional que, em última análise, não se basearia em tratados ou instituições unicamente, mas, dadas as limitações do sistema interamericano, comportaria medidas ou atitudes complementares — a nível nacional — do sistema de segurança (47).

Embora, como veremos mais adiante, ocasiões tenha havido de aplicação do TIAR, há os que sempre defenderam métodos mais práticos e ágeis de atuação (48). Caberia, a esse respeito, recordar aqui o exemplo da Comissão Interamericana de Paz, criada por uma resolução e não por um tratado: quando, em Havana em 1940 (Resolução XIV), a Reunião dos Ministros de Relações Exteriores criou aquela Comissão, formalmente constituída em 1948 e que curiosamente passaria a coexistir com os procedimentos do Pacto de Bogotá e do TIAR, jamais se imaginava que viesse ela a assumir função tão rele-

(43) *Inter alia*, rompimento de relações diplomáticas ou consulares, interrupção (total ou parcial) de relações econômicas ou das comunicações, emprego da força armada.

(44) A. GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, p. 153. — Para um estudo geral do Protocolo de 1975 de reformas ao TIAR, cf., e.g., EDUARDO JIMÉNEZ DE ARECHAGA, "La Seguridad Colectiva en América Latina", *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1979, pp. 188-196.

(45) F. ORREGO VICUNA, *op. cit.*, pp. 119 e 121.

(46) R. DÍAZ ALBÓNICO, "El Sistema de Seguridad Interamericana y sus Nuevos Desarrollos a través del Tratado de Tlatelolco", *13 Estudios Internacionales* — Santiago (1980) n.º 51, p. 347; F. ORREGO VICUNA, *op. cit.*, pp. 116 e 123.

(47) F. ORREGO VICUNA, *op. cit.*, pp. 123-124.

(48) Cf., e.g., C. SEPULVEDA, "The Reform...", *op. cit.*, p. 131.

vante na solução pacífica de controvérsias no sistema interamericano. A despeito de sua base não convencional, foi acionada em inúmeras ocasiões ⁽⁴⁹⁾, podendo-se atribuir o seu sucesso à sua flexibilidade de ação, sem as dificuldades dos procedimentos do Pacto de Bogotá e do TIAR, e à rapidez de atuação na ausência de obrigações derivando de tratados, podendo agir por iniciativa própria ⁽⁵⁰⁾.

A Comissão Interamericana de Paz teve suas faculdades ampliadas em 1959, e, quando da reforma da Carta da OEA (Protocolo de Buenos Aires de 1967), foi substituída pela Comissão Interamericana de Solução Pacífica, com poderes mais amplos mas como órgão subsidiário do Conselho Permanente da OEA ⁽⁵¹⁾. Mesmo recentemente, em 1979, observou-se que, enquanto persistir a virtual inoperância do Pacto de Bogotá (cf. supra), a Comissão, "não sujeita a interpretação e, portanto, menos rígida do que qualquer pacto, pode continuar prestando seus serviços em prol da paz do continente" ⁽⁵²⁾.

Recorde-se, ademais, que as origens da própria Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, órgão dos mais ativos ⁽⁵³⁾, operando inclusive como órgão de consulta na aplicação dos dispositivos do TIAR (artigo 6) ⁽⁵⁴⁾, remontam à Declaração de Lima de 1938 (cf. supra) ⁽⁵⁵⁾, um instrumento tecnicamente desprovido de efeitos jurídicos mandatórios. Com a adoção da Carta da OEA e do TIAR, possibilitou-se a convocação da Reunião de Consulta sob qualquer daqueles dois tratados multilaterais ⁽⁵⁶⁾.

A julgar pelo grande número de tratados relativos à solução pacífica de controvérsias internacionais, seria de se supor que seu "impacto" nas relações interamericanas haveria de ser considerável. À luz dos resultados obtidos, contudo, há que se precaver contra conclusões indevidamente otimistas. Naturalmente houve casos solucionados por procedimentos interamericanos, como, e.g., a controvérsia entre o Haiti e a República Dominicana (1937), resolvida pela Comissão de Investigação e Conciliação estabelecida sob o Tratado Gondra de 1923 e a Convenção de Washington de Conciliação Interamericana de 1929 ⁽⁵⁷⁾. Mas houve também casos resolvidos não pelos mecanismos dos tratados existentes, mas por Comissões *ad hoc*, como, e.g., os litígios fronteiriços opondo Guatemala e Honduras (1930), e Equador e Peru (1942), assim como

(49) Cf. A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS JR., *op. cit.*, pp. 125-128 e 301; Ch. G. FENWICK, *The Organization...*, *op. cit.*, pp. 198-208.

(50) Ch. G. FENWICK, *The Organization...*, *op. cit.*, p. 208; C. SEPÚLVEDA, "The Reform...", *op. cit.*, pp. 99-101; A. HERRARTE, *op. cit.*, pp. 222-223. A atuação da Comissão Interamericana de Paz nos casos opondo o Haiti à República Dominicana (1949-1950), por exemplo, demonstra a preferência dos Estados envolvidos por uma "pronta solução" ao invés dos procedimentos "complicados" do Pacto de Bogotá; A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS JR., *op. cit.*, p. 302.

(51) C. SEPÚLVEDA, "The Reform...", *op. cit.*, pp. 129-130 e cf. p. 118; A. HERRARTE, *op. cit.*, p. 223.

(52) A. HERRARTE, *op. cit.*, p. 231.

(53) Cf. C. SEPÚLVEDA, "The Reform...", *op. cit.*, pp. 98 e 103.

(54) Para um exemplo recente, cf. OAS, *Annual Report of the Secretary General, 1976*, OAS doc. OEA/Ser.D/III.27, de 1976, p. 4.

(55) A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS JR., *op. cit.*, pp. 23-24; Ch. G. FENWICK, *The Organization...*, *op. cit.*, p. 88; Ch. G. FENWICK, "El Sistema Regional Interamericano: Cuenta Años de Progreso", *Anuario Jurídico Interamericano (1955-1957)* p. 48.

(56) OAS, *Annual Report of the Secretary General, 1976*, cit. supra, p. 4.

(57) Ch. G. FENWICK, *The Organization...*, *op. cit.*, pp. 196-197.

o conflito do Chaco (1929) e a controvérsia de Leticia entre Colômbia e Peru (1934) — estas duas últimas com a assistência da Liga das Nações⁽⁵⁸⁾. Também tem havido casos que culminaram na Corte Internacional de Justiça (mais além dos procedimentos puramente interamericanos), como o caso do *Asilo* entre Peru e Colômbia (1950-1951)⁽⁵⁹⁾, e o conflito fronteiriço entre Honduras e Nicarágua relativo ao laudo arbitral do Rei da Espanha em 1906 (1960)⁽⁶⁰⁾.

No tocante ao Pacto de Bogotá, embora tivesse ele sido invocado no conflito limítrofe entre Honduras e Nicarágua em 1957⁽⁶¹⁾, vimos que, em razão das reservas e do número insuficiente das ratificações, tem sido um instrumento virtualmente inoperante (cf. supra). Já o TIAR tem sido aplicado em algumas ocasiões, documentadas na coletânea *Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca: Aplicaciones* (3 volumes): citem-se, *inter alia*, os casos *Costa Rica v. Nicarágua* (1948-1949 e 1955)⁽⁶²⁾, a situação da Guatemala (1954)⁽⁶³⁾, o famoso caso cubano (1962)⁽⁶⁴⁾, o caso *El Salvador v. Honduras* (1969-1976)⁽⁶⁵⁾, e novamente o caso cubano (1974-1975)⁽⁶⁶⁾. A aplicação do TIAR nessas ocasiões não tem passado sem críticas, chegando GÓMEZ ROBLEDO a comentar que o tratado muito necessitava das emendas de 1975, pois era a “causa principal do crescente descrédito da OEA, tendo servido aos interesses da potência hegemônica” na região⁽⁶⁷⁾. Talvez estejamos, mesmo após as emendas de 1975, diante de uma mudança de ênfase, por parte dos Estados latino-americanos, dos projetos de segurança e defesa para os programas de cooperação para o desenvolvimento econômico da região⁽⁶⁸⁾.

Dentre os diversos litígios ainda pendentes, aguardando solução, na América Latina⁽⁶⁹⁾, se tomarmos por exemplo os mais recentes, constatamos não uma aplicação automática dos mecanismos institucionais do sistema intera-

(58) *Ibid.*, p. 196.

(59) *ICJ Reports* (1950) pp. 286-289, e *ICJ Reports* (1951) pp. 71-84.

(60) *ICJ Reports* (1960) pp. 192-217.

(61) J. C. LUPINACCI, “Los Procedimientos Jurisdiccionales en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)”, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1962) pp. 205-206; A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS JR., *op. cit.*, pp. 315-316; assim, o envio do caso à Corte de Haia se fez à luz dos dispositivos a respeito do Pacto de Bogotá.

(62) *Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca: Aplicaciones*, vol. I: 1948-1959, 5.ª ed., Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1973, pp. 33-67 e 159-215.

(63) *Ibid.*, pp. 153-156.

(64) *Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca: Aplicaciones*, vol. II: 1960-1972, 5.ª ed., Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1973, pp. 103-158 e 215-247.

(65) *Ibid.*, pp. 277-376; *Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance: Applications*, vol. III: 1973-1976, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1977, pp. 17-59.

(66) *Inter-American Treaty...*, vol. III, *op. cit.*, pp. 63-86.

(67) A. GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, p. 133. Sobre o peso ou influência dos Estados Unidos no sistema interamericano, cf., e.g., I. L. CLAUDE JR., “The O.A.S., the U.N., and the United States”, 547 *International Conciliation* (1964) pp. 3-63; G. MEEK, “U.S. Influence in the Organization of American States”, 17 *Journal of Inter-American Studies and World Affairs* (1975) pp. 311-325. — Sobre o TIAR em geral, cf., e.g., A. GÓMEZ ROBLEDO, *La Seguridad Colectiva en el Continente Americano*, México, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, 1960, pp. 109-158.

(68) WALTER SÁNCHEZ, “Third World Perspectives on Regional Arrangements for Peace and Security: the Latin American Case”, 5 *Jerusalem Journal of International Relations* (1981) pp. 1-15, esp. p. 6.

(69) Cf.: “Informe Especial: Los Viejos Pleitos de Fronteras”, 52 *Visión — Revista Interamericana* (1979) n.º 4, pp. 6-15; TEIXEIRA SOARES, “Pontos de Fricção na América Latina”, 14 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1971) pp. 45-63.

mericano, mas antes uma busca de soluções individuais adequadas para cada caso (e.g., El Salvador 1981, Nicarágua 1978-1979 ⁽⁷⁰⁾, crise *Peru v. Equador* 1981), ainda que transcendendo os meios de solução pacífica puramente regionais (e.g., na controvérsia chileno-argentina sobre o canal de Beagle, a mediação da Santa Sé a partir de 1979, após o laudo arbitral de 1977). Não é, pois, de se surpreender que já em seu primeiro período de sessões, em 1971, tenha a Assembléia Geral da OEA se preocupado e se detido na questão do "fortalecimento do sistema interamericano de paz" pelo estudo dos tratados e convenções que integram tal sistema com base na experiência obtida em sua aplicação (AG, Resolução nº 54) ⁽⁷¹⁾ — objeto também de parecer, no mesmo ano, da Comissão Jurídica Interamericana, em que esta recomenda a todos os Estados-Membros da OEA a ratificação do Pacto de Bogotá como "o melhor meio para consolidar e aperfeiçoar o sistema interamericano de paz" ⁽⁷²⁾.

III. A desnuclearização da América Latina

A significação do Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina, ou Tratado de Tlatelolco, de 1967, que precedeu em mais de um ano o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares, é manifesta. O Tratado de Tlatelolco proíbe peremptória e permanentemente o uso, fabricação e armazenamento de armas nucleares na América Latina (artigo 1º), ao mesmo tempo que consagra a utilização da energia nuclear com fins pacíficos (artigos 17-18) para o desenvolvimento econômico e social. Trata-se, em matéria de desarmamento, do primeiro tratado do gênero dotado de um sistema de controle efetivo com órgãos permanentes próprios de inspeção, e o primeiro relativo a uma região de dimensão quase continental abrangendo territórios de grande densidade populacional ⁽⁷³⁾ (diferindo, assim, e.g., da zona de aplicação do Tratado da Antártida).

Embora se trate de um tratado regional, cria um regime jurídico bem mais amplo em virtude de seu âmbito geral de aplicação assegurado pelos dois protocolos adicionais. Assim, são regulamentadas tanto as relações entre Estados da região não dotados de armas nucleares, quanto as relações entre Estados da região e potências intra e extracontinentais possuidoras do poder nuclear ⁽⁷⁴⁾. O Protocolo Adicional II volta-se às potências nucleares (EUA, URSS, França, Reino Unido, China Popular), ao passo que o Protocolo Adicional I dirige-se aos Estados internacionalmente responsáveis por territórios

(70) Para discussões recentes de aspectos jurídicos do caso da Nicarágua (1978-1979), cf. A. VAZQUEZ CARRIZOSA, "El Caso de Nicaragua en la XVII Reunión de Consulta: los Derechos Humanos como Fundamento de la Acción Internacional", *Anuario Jurídico Interamericano* (1979) pp. 3-54; LARMAN C. WILSON, "The Nicaraguan Insurrection and the Principle of Non-Intervention" (comunicação apresentada à sessão anual da "International Studies Association" de 1981), Philadelphia, 1981, pp. 1-58 (mimeografado, circul. interna).

(71) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1967-1973*, vol. X, Washington, Secretaría General de la OEA, 1978, pp. 347-348 e 356.

(72) *Ibid.*, p. 407, e cf. pp. 392-407.

(73) A. GARCÍA ROBLES, "Mesures de désarmement dans des zones particulières: le Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine", 133 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1971) p. 71. Comenta o autor que embora também o Tratado da Antártida vise a desnuclearização e a desmilitarização (a fins belicosos) daquela região, é esta uma zona inabitada e coberta de neves eternas, o que assegura assim uma certa "superioridade" em importância ao Tratado de Tlatelolco; *ibid.*, p. 56.

(74) R. DÍAZ ALBONICO, "El Sistema de Seguridad...", *op. cit.*, p. 347.

situados na zona de aplicação do Tratado (EUA, França, Reino Unido, Países Baixos) com vistas a aplicar o estatuto de desnuclearização sobre tais territórios; já as potências nucleares se comprometem, em virtude do segundo protocolo, a respeitar os dispositivos do Tratado e o estatuto da desnuclearização e a não recorrer nem ao emprego de armas nucleares nem à ameaça de seu emprego contra os Estados-Partes contratantes (75).

O Tratado de Tlatelolco estabelece uma "Agência para a Proscrição das Armas Nucleares da América Latina" (OPANAL - artigo 7º), e tem como órgãos principais a Conferência Geral, o Conselho (de 5 membros) e a Secretaria (artigos 7º a 11). O Tratado prevê mecanismos de controle, compreendendo relatórios e inspeções especiais, referindo-se ainda às salvaguardas da AIEA (artigos 12-16 e 18, §§ 2º e 3º) (76). Constitui, com efeito, o primeiro tratado multilateral sobre a matéria prevendo a aplicação de um sistema de controle institucional e internacional tendente ao reconhecimento e aceitação de garantias internacionais (77). Tem-se ponderado a esse respeito que é precisamente no âmbito regional que maior progresso se tem logrado (78): o Tratado de Tlatelolco, consagrado mais do que à não-proliferação de armas nucleares, visa o não-armamento (mais do que o desarmamento), um regime de ausência total e permanente de armas nucleares no plano regional (79).

Para esse propósito, o Tratado de Tlatelolco estabelece, por assim dizer, um sistema de "duplo controle", englobando não apenas os mecanismos de controle do OPANAL (supra), como também os acordos multilaterais ou bilaterais que cada parte contratante vier a negociar com a Agência Internacional de Energia Atômica para a aplicação das salvaguardas da AIEA a suas atividades nucleares. As razões para este "duplo controle" se devem ao próprio alcance amplo do Tratado de Tlatelolco, que proíbe não apenas o ensaio, uso, fabricação ou aquisição de armas nucleares, como também a recepção, armazenamento, instalação, colocação ou qualquer forma de posse de armas nucleares (pelas próprias partes contratantes, direta ou indiretamente, por mandato de terceiros ou de qualquer outro modo) (80).

Segundo dados divulgados até 1980, dos 25 Estados signatários do Tratado de Tlatelolco (81), 22 tornaram-se Estados-Partes contratantes

(75) A. GARCÍA ROBLES, *op. cit.* supra n.º 73, pp. 81-82.

(76) Texto do Tratado de Tlatelolco reproduzido in, e.g., 23 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1967) n.ºs 45-46, pp. 163-175.

(77) A. GARCÍA ROBLES, *op. cit.* supra n.º 73, p. 100.

(78) A exemplo não apenas do Tratado de Tlatelolco mas também da desmilitarização estabelecida pelo Tratado da Antártida; *ibid.*, pp. 102-103.

(79) *Ibid.*, pp. 102-103; e, no mesmo sentido, R. DÍAZ ALBÓNICO, *op. cit.*, p. 355. Para estudos gerais do Tratado, cf., e.g.: H. GROS ESPIELL, "El Tratado de Tlatelolco y el Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina", *Quinto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA doc. OEA/Ser.Q/V.C-5, CJI-38, 1979, pp. 195-246; H. GROS ESPIELL, "La Seguridad Colectiva en América Latina y el Tratado de Tlatelolco", *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1979, pp. 221-235; J. L. HUSBANDS, "Nuclear Proliferation and the Inter-American System", *The Future of the Inter-American System* (ed. T. J. Farer), N.Y., Praeger, 1979, pp. 204-231; A. GARCÍA ROBLES, *El Tratado de Tlatelolco*, México, El Colegio de México, 1967, pp. 3-303; J. R. REDICK, "The Tlatelolco Regime and Non-proliferation in Latin America", 35 *International Organization* (1981) pp. 103-134.

(80) R. DÍAZ ALBÓNICO, *op. cit.*, p. 356.

(81) Dois Estados não-signatários são Cuba e Guiana.

e 2 outros ⁽⁸²⁾ ratificaram-no sem a dispensa prevista no artigo 28, § 2º ⁽⁸³⁾. Ratificaram o Protocolo Adicional I o Reino Unido e os Países Baixos, sendo signatários os Estados Unidos e a França; quanto ao Protocolo Adicional II, ratificaram-no os Estados Unidos, a China Popular, o Reino Unido, a França e a União Soviética ⁽⁸⁴⁾. Naturalmente que o Tratado tem uma existência autônoma em relação, e. g., ao seu Protocolo Adicional II concernente às potências nucleares, e a aceitação por parte destas das obrigações contidas no Protocolo Adicional II estão longe de representar um pesado ônus para aquelas potências, dado que tais obrigações estão em inteira conformidade com a própria Carta da ONU ⁽⁸⁵⁾.

Não é difícil de antever o “impacto” do Tratado de Tlatelolco (e Pactos) nas relações internacionais contemporâneas. A fórmula da zona desnuclearizada consagrada nesse Tratado por iniciativa dos Estados latino-americanos constitui um dos poucos progressos reais e positivos rumo ao desarmamento, não excludente do uso do átomo com fins pacíficos ⁽⁸⁶⁾. Como ilustração do “impacto” do Tratado nas relações internacionais, recorde-se, e. g., a “importância histórica” — no dizer do Secretário-Geral do OPANAL — da assinatura pelos Estados Unidos do Protocolo Adicional I, projetando-se sobre a posição da França quanto ao mesmo Protocolo e sobre a decisão da União Soviética de assinar o Protocolo Adicional II; e se e quando os Estados Unidos se decidirem a ratificar o Protocolo Adicional I, tal decisão incidirá certamente nas negociações em curso para que certos Estados do continente se tornem partes contratantes no Tratado de Tlatelolco ⁽⁸⁷⁾. Enfim, embora uma análise comparativa entre este Tratado e o de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP) escape aos propósitos do presente estudo, o “relativo fracasso” da Conferência de Revisão do TNP (Genebra, 1975) “aumenta em consequência a importância do Tratado de Tlatelolco” ⁽⁸⁸⁾.

IV. A evolução de “tratados constitutivos”: o caso da Carta da OEA

Os tratados constitutivos em particular, como a Carta da OEA, justamente por criarem organismos internacionais dotados de órgãos próprios, exercem um papel de relevância para a própria produção de normas a regerem as relações internacionais ⁽⁸⁹⁾ — mas trata-se de uma categoria toda especial e reduzida de tratados. A evolução dos tratados desse gênero e do regime jurídico por eles criado merece algumas reflexões.

(82) Brasil e Chile.

(83) A Argentina é o Estado signatário que não ratificou o Tratado. Cf. dados in OPANAL, doc. CG/182, Conferencia General, Informe del Secretario General, maio 1977/abril 1979, parte II (circulação interna, mimeografado).

(84) *Ibid.*, parte II; e cf. OAS, Treaty Series n.º 9, *Inter-American Treaties and Conventions*, Washington, OAS General Secretariat, 1960, pp. 293-294.

(85) Nesse sentido, resolução 2666 (XXV) da Assembléa Geral da ONU, cit. in A. GARCÍA ROBLES, *op. cit.* supra n.º 73, p. 104.

(86) H. GROS ESPIELL, “Estados Unidos y el Protocolo Adicional I del Tratado de Tlatelolco”, 1 *Mundo Nuevo* — Caracas (1978), n.º 2, p. 94.

(87) *Ibid.*, pp. 108-110.

(88) OPANAL, doc. CG/182, *Informe del Secretario General*, cit. supra, parte II.

(89) Cf., nesse sentido, e.g., C. SEPÚLVEDA, *Las Fuentes...*, *op. cit.*, pp. 64 e 67-69.

Cedo na vida da Organização dos Estados Americanos colocou-se o problema da interpretação dos poderes atribuídos ao Conselho da OEA. A questão de sua competência foi objeto de estudo, em 1949, a partir dos dispositivos do TIAR, da Carta da OEA e de resoluções adotadas na Conferência da OEA (independentemente da Carta). É a partir do momento em que um Estado-Membro da OEA solicita a realização de uma reunião de consulta que se configura a questão da competência do Conselho. Em estudo pioneiro a respeito, FENWICK defendeu a tese de que, a partir de então, possui o Conselho "todas as faculdades que necessite" para examinar um determinado caso (e verificar se constitui ou não um problema de "caráter urgente"); mesmo em caso de dúvida, poderá o Conselho realizar as investigações que julgar necessárias para esclarecer a questão, inclusive nomear uma comissão especial para informá-lo sobre a situação e atribuir as faculdades que julgar necessárias a esta Comissão. Em suma, "a competência do Conselho nesta tarefa de investigar os fatos não tem limitações, exceto as que ele próprio se impuser" (90).

No ano seguinte, foi a própria Comissão Jurídica Interamericana quem emitiu parecer sobre o alcance das faculdades do Conselho da OEA. Começou por atribuir aos próprios governos a interpretação da matéria, ressaltando o caráter não compulsório do exercício das funções do Conselho e afirmando que a história do pan-americanismo e da própria Carta da OEA "se caracteriza por um respeito absoluto pela soberania de cada um dos Estados do continente. (...) A Organização dos Estados Americanos é uma associação ou grupo de nações em que não há delegação alguma de soberania (...) Antes de a Carta mencionar os órgãos e estabelecer suas funções, reafirma os direitos e deveres fundamentais dos Estados (...) O sistema interamericano carece em absoluto de órgãos executivos; só contém órgãos de cooperação" (91). Advertiu a Comissão que nenhum dos órgãos da OEA desfruta de "faculdades iminentes" e que *nenhum* deles pode ter faculdade para exercer funções de soberania, para obrigar os Estados por meio de tratado não ratificado, para impor obrigações a cargo dos Estados por meio de resoluções ou outros acordos (exceto os artigos 20 do TIAR e 54 da Carta), para exercer funções que não lhes estejam *expressamente* outorgadas (ou que sejam atribuídas expressa ou concretamente a outro órgão) (92).

A Comissão deixou ainda bem claro que o Conselho da OEA dispõe tão-somente das faculdades que lhe tenham sido "positivamente outorgadas", dado que *não* se pode supor que possam ser elas "imamente ou tacitamente concedidas" (93). Recordando o "sistema de cooperação voluntária" que anima não apenas a Carta da OEA como o próprio pan-americanismo, acrescentou a Comissão que a extensão ou alcance das faculdades do Conselho da OEA (deriva-

(90) O que *não* significa que possa o Conselho atuar como um tribunal judicial. Ch. G. FENWICK, *La Competencia del Consejo de la Organización de los Estados Americanos*, OEA, 1949, pp. 17, 19, 21, 26 e 28-29, esp. p. 29 (ed. mimeografada). Toda vez que a Comissão Interamericana de Paz, constituída pelo Conselho em 1948, não dispuser de faculdades para a solução de determinado caso, poderá o Conselho assumir e exercer as funções daquela Comissão para determinar se o caso se ajusta aos termos do TIAR (se considerado suficientemente importante para a convocação da Reunião de Consulta). *Ibid.*, pp. 32-34.

(91) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1949-1953*, vol. III, São Paulo, Empr. Gráf. Rev. dos Tribunais, 1955, pp. 191-192, e cf. pp. 188 e 190.

(92) *Ibid.*, pp. 196-197.

(93) *Ibid.*, p. 201, e cf. pp. 208-209.

das dos artigos 70, 64 e 74) está limitada pela “necessidade absoluta” de se ater à “autorização expressa da Carta” na atribuição dos trabalhos aos órgãos capacitados da OEA (94).

É curioso observar que estas palavras da Comissão Jurídica Interamericana datam de 1950, portanto o ano seguinte ao clássico Parecer da Corte Internacional de Justiça no caso das *Reparações de Danos* (1949), em que logrou obter reconhecimento judicial a doutrina dos *poderes implícitos* da ONU, fortalecida em 1962 pelo Parecer da Corte de Haia no caso de *Certas Despesas da ONU*. . . Parece ter havido, pois, naquela altura, um certo descompasso entre o processo de interpretação dos poderes atribuídos aos órgãos da ONU e aos da OEA.

Contudo, a matéria seguiria evolução distinta na OEA, ao voltar a ser objeto de estudo da Comissão Jurídica Interamericana em 1960. Em novo Parecer sobre o alcance das faculdades do Conselho da OEA, emitido naquele ano, a Comissão introduziu modificações no Parecer de uma década atrás. A matéria foi retomada pelo delegado norte-americano, defendendo a tese de que cabia ao Conselho decidir sobre sua própria competência, não devendo fixar-se regras rígidas a respeito (95); a proposta chegava a fazer referência explícita a “funções implícitas” do Conselho da OEA (96). A Comissão Jurídica Interamericana observou de início que, se não houver normas expressas, não pode o Conselho criá-las, faculdade reservada à Conferência Internacional Americana; contudo, pode o Conselho da OEA interpretar se determinado caso submetido a seu conhecimento recai sob sua competência (a chamada “competência da competência”), faculdade esta a ser exercida “dentro dos limites expressos fixados pelas normas vigentes” (97).

Mais recentemente, voltou-se novamente a defender a tese de que, “do ponto de vista estritamente jurídico e institucional, o Órgão de Consulta não apenas tem a faculdade, como também a responsabilidade de tomar todas as medidas ou ações que sejam necessárias, quaisquer que forem as matérias ou assuntos sobre os quais versem, sem prejuízo de que tenha que se admitir que o grau em que exerce sua competência depende, sobretudo, de considerações e decisões políticas” (98). Assim, na ausência de dispositivos da Carta da OEA ou do TIAR, limitando expressa ou tacitamente a competência do órgão de consulta, está este “autorizado a tomar conhecimento das distintas categorias de atos, fatos, situações e controvérsias contempladas naqueles dois instrumentos”, não cabendo aqui objetar com base no princípio da não-intervenção nos assuntos internos ou externos dos Estados ou no da inviolabilidade de seu território (99).

(94) *Ibid.*, pp. 210-213, e cf. também p. 215.

(95) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1960-1961*, vol. VII, Rio de Janeiro, 1964, pp. 47-49.

(96) *Ibid.*, p. 49.

(97) Acrescentou a Comissão cautelosamente que tal processo de interpretação não poderia ser usado no sentido de “possibilitar uma ampliação” da capacidade legal do Conselho de agir, e que os possíveis erros no exercício daquela competência corrigir-se-iam “pela via hierárquica”; *ibid.*, p. 50.

(98) F. V. GARCÍA AMADOR, “Marco Jurídico e Institucional de las Relaciones Interamericanas”, *Quinto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1979, p. 19.

(99) *Ibid.*, p. 19.

Ademais, levou a Comissão em conta a própria *prática* do Conselho da OEA como elemento para interpretação dos poderes a ele atribuídos⁽¹⁰⁰⁾. Assim, por exemplo, quando se apresenta uma solicitação para uma Reunião do Órgão de Consulta (sob o TIAR), deve o Conselho determinar se recai ou não sob os artigos pertinentes do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca⁽¹⁰¹⁾. Enfim, em comentário significativo, ponderou a Comissão que, se por ocasião do Parecer de 1950 (supra) “o tema da competência do Conselho apareceu como vinculado a orientações políticas diversas, essa circunstância não se apresenta hoje”⁽¹⁰²⁾, uma década após. Em explicação de voto, o membro norte-americano referiu-se aos “poderes enumerados e implícitos” do Conselho da OEA⁽¹⁰³⁾, ao passo que o argentino ponderou que a interpretação da Comissão equivalia à que prevaleceu na prática⁽¹⁰⁴⁾.

A prática organizacional constitui, com efeito, importante elemento para a apreciação da evolução dos regimes criados por *traités-cadre* ou constitutivos de organismos internacionais⁽¹⁰⁵⁾. Senão vejamos dois exemplos. No sistema da Carta da ONU, as funções do Conselho de Segurança estão claramente estabelecidas nos capítulos VI (solução de conflitos) e VII (cessação e prevenção de hostilidades), cabendo, nesse setor, à Assembléia Geral formular recomendações, mas sem o poder de decisão. Na prática, no entanto, a evolução seguiu caminho distinto: a partir da Resolução 377-A (V) da Assembléia Geral (resolução “Uniting for Peace”), de 9 de novembro de 1950 — resolução tecnicamente sem efeitos mandatórios —, verificou-se uma gradual transferência à Assembléia Geral da responsabilidade pela manutenção da paz, em decorrência da paralisia do Conselho de Segurança pelo uso do veto⁽¹⁰⁶⁾.

Já no sistema da Carta da OEA (anterior ao Protocolo de Buenos Aires de 1967), a Conferência Interamericana deveria reunir-se a cada cinco anos, mas nos primeiros 19 anos de vida da OEA reuniu-se apenas uma vez, em Caracas, em 1954. “O vácuo assim criado tem sido preenchido por frequentes Reuniões de Consulta de Ministros das Relações Exteriores para lidar com questões urgentes confrontando o hemisfério”; assim, na prática, “a Reunião de Consulta, o segundo na hierarquia dos órgãos da OEA, superou em grande parte a Conferência Interamericana na estrutura hierárquica”⁽¹⁰⁷⁾, a ponto de ser tido como órgão mais ativo, desequilibrando todo o sistema⁽¹⁰⁸⁾.

(100) Assim, a Comissão estimou o Conselho como órgão provisório de consulta sob o TIAR, capaz de tomar conhecimento de casos urgentes ou outros casos cuja importância não justificasse uma Reunião dos Ministros das Relações Exteriores; *ibid.*, p. 53.

(101) *Ibid.*, p. 54. Levantou a Comissão a possibilidade de se preparar um projeto de protocolo ou resolução esclarecendo as facultades ou competência do Conselho; *ibid.*, pp. 59-60.

(102) *Ibid.*, p. 59.

(103) *Ibid.*, pp. 60-61.

(104) *Ibid.*, p. 62. A luz tão-somente das normas expressas vigentes, não se poderia no seu entender deduzir que o Conselho atua como órgão de consulta, admitindo-se no entanto que a prática corrobora o parecer da Comissão; *ibid.*, p. 62.

(105) A. A. GANÇADO TRINDADE, “Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo”, 24 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1976) pp. 123-127.

(106) Tal mecanismo foi utilizado em diversas crises (e.g., Suez 1956, Hungria 1956, Líbano 1958, Congo 1960). Mesmo a criação das forças de paz da ONU se deu a partir de então no mais das vezes por meio de recomendações da Assembléia Geral, diferentemente do previsto no capítulo VII da Carta. J. CHARPENTIER, *Institutions internationales*, 3e. éd., Paris, Dalloz, 1970, pp. 54-55.

(107) W. MANGER, “Reform of the OAS — The 1967 Buenos Aires Protocol of Amendment to the 1948 Charter of Bogotá: An Appraisal”, 10 *Journal of Inter-American Studies* (1968) pp. 7-8, e cf. pp. 1-14, para uma crítica geral ao Protocolo de Buenos Aires de 1967.

(108) C. SEPÚLVEDA, “The Reform...”, *op. cit.*, pp. 98 e 103.

Admite-se normalmente que os órgãos competentes para agir "são competentes para interpretar os dispositivos do tratado que lhes digam respeito" e assim determinar sua própria competência, mas como não podem impor judicialmente sua interpretação aos Estados-Membros, tal situação pode vir a criar dificuldades, até hoje não resolvidas (109). Outro aspecto digno de nota é que a atividade por assim dizer "legislativa" dos órgãos internacionais não equivale a *treaty-making*, pois é evidente que resoluções e declarações daqueles órgãos distinguem-se de tratados e convenções ordinárias e não estão sujeitos a ratificação; no entanto, contribuem decisivamente para a evolução e renovação do direito internacional consuetudinário, processo este que é acelerado pela praxe das organizações internacionais de consultar previamente os governos e obter informações através de técnicas modernas de comunicação (110).

Enfim, cabe ressaltar que a própria implementação das competências dos organismos internacionais requer por vezes a conclusão de acordos subsequentes (como é o caso, e. g., dos acordos militares sob o artigo 43 da Carta da ONU, e dos acordos de tutela sob o capítulo XII, artigos 75-85, da Carta da ONU) (111). Referência pode aqui ser feita também a acordos diversos entre a Secretaria-Geral da OEA e governos dos Estados-Membros (112).

V. *Bilateralismo e multilateralismo: apreciação crítica*

Na apreciação do "impacto" de tratados nas relações internacionais, tanto o bilateralismo quanto o multilateralismo têm angariado adeptos. Certamente que a multilateralização dos contatos internacionais (113) é um fenômeno hodierno da maior importância, e muitos Estados têm identificado no multilateralismo um fator até certo ponto compensador ou neutralizador de suas desigualdades de poder no cenário internacional (114). O multilateralismo acompanhou naturalmente a ascensão e expansão dos organismos internacionais (115). Em nosso

(109) M. VIRALLY, "The Sources of International Law", *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, p. 164.

(110) L. B. SOHN, "The Development of the Charter of the United Nations: the Present State", *The Present State of International Law and Other Essays* (International Law Association Centenary 1873-1973), Deventer, Kluwer, 1973, pp. 52-53.

(111) Y. SOULIOTIS, "La capacité des organisations internationales de conclure des accords d'après leurs actes constitutifs et la pratique", 25 *Revue Hellénique de Droit International* (1972) pp. 194-233.

(112) Cf., a respeito, ISIDORO ZANOTTI, "Acuerdos entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales, Especialmente las Interamericanas", *Cuarto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1977, pp. 324-338, e cf. pp. 317-338.

(113) Para os Estados latino-americanos, cf., e.g.: E. S. MILENKY, "Latin America's Multilateral Diplomacy", 53 *International Affairs* (1977) pp. 73-96; J. D. COCHRANE, "Characteristics of Contemporary Latin American International Relations", 20 *Journal of Inter-American Studies and World Affairs* (1978) pp. 455-487; F. PARKINSON, "Latin American Foreign Policies in the Era of Détente", 50 *International Affairs* (1974) pp. 439-450; F. PARKINSON, *Latin America, the Cold War, and the World Powers 1945-1973*, Beverly Hills, Sage Publ., 1974, cap. XIV: "Towards a New Diplomacy", pp. 231-249.

(114) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Posições Internacionais do Brasil no Plano Multilateral", 52 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1981) pp. 209-211.

(115) Para um estudo de posições adotadas pelos Estados latino-americanos no seio das Nações Unidas na primeira década de existência da ONU, cf. J. A. HOUSTON, *Latin America in the United Nations*, N.Y., Carnegie Endowment for International Peace, 1956, pp. 1-296; sobre o tema, cf. também G. POPE ATKINS, *América Latina en el Sistema Político Internacional*, México, Ed. Gernika, 1980, pp. 388-392, e cf. pp. 392-402 para o corpo de tratados multilaterais de interesse imediato aos Estados latino-americanos.

continente, há os que hoje vislumbram um gradual distanciamento do bilateralismo do passado (que se mostrava defensivo, como produto da confrontação) e uma crescente tendência a atribuir maior importância ao multilateralismo paralelamente ao surgimento de interlocutores "viáveis" *vis-à-vis* a superpotência na região (como, e. g., Argentina, Brasil, México e Venezuela).

Contudo, há também os mais céticos que consideram que a OEA, como centro de diplomacia multilateral, não chega a afetar as relações bilateralmente orientadas *vis-à-vis* os Estados Unidos, favorecendo inclusive a conclusão de acordos e acomodações bilaterais⁽¹¹⁶⁾. Fala-se mesmo em um enfraquecimento da ação multilateral interamericana de cooperação para o desenvolvimento (os programas multilaterais desde o início da década de sessenta) paralelamente a um processo de "bilateralização" (refletido, e. g., na "inclinação das três últimas administrações norte-americanas para as relações bilaterais com os países latino-americanos")⁽¹¹⁷⁾.

Por outro lado, a nova Assembléia Geral da OEA (instituída quando da reforma da Carta) visa justamente obter uma multilateralização da diplomacia latino-americana, ainda que aparentemente esta não funcione bem dentro do sistema interamericano⁽¹¹⁸⁾. Consoante aquele propósito, o artigo 138 da Carta (reformada) da OEA minimiza o bilateralismo⁽¹¹⁹⁾, ao dispor que a assistência às reuniões dos órgãos permanentes da OEA ou às conferências e reuniões previstas na Carta ou realizadas sob os auspícios da OEA "obedece ao caráter multilateral dos referidos órgãos, conferências e reuniões e não depende das relações bilaterais entre o governo de qualquer Estado-Membro e o governo do país-sede". Tem-se mesmo argumentado que vantagens econômicas seriam asseguradas pelos Estados latino-americanos antes pela via multilateral (se unidos nela) do que por transações bilaterais, recordando-se a esse respeito que os mecanismos de cooperação econômica multilateral não foram criados pela Carta da OEA, mas só surgiram bem depois⁽¹²⁰⁾. Ainda a favor do multilateralismo poder-se-ia invocar a implementação, nos últimos anos, de experimentos como os do Tratado da Bacia do Prata, do Pacto Andino e do Pacto Amazônico, sobre os quais começam a florescer os primeiros estudos comparativos⁽¹²¹⁾.

O dilema acima é, porém, em grande parte, de interesse sobretudo acadêmico. Em termos práticos não apresenta dificuldades intransponíveis. Conforme bem acentua a Comissão Jurídica Interamericana em 1971, "muitos tratados multilaterais funcionam primordialmente nas relações bilaterais das partes"⁽¹²²⁾. Assim, por exemplo, "coincidem os artigos VI do Tratado da Bacia

(116) C. SEPÚLVEDA, "The Reform...", *op. cit.*, pp. 102 e 104.

(117) F. V. GARCÍA AMADOR, "Marco Jurídico...", *op. cit.*, pp. 13-14.

(118) C. SEPÚLVEDA, "The Reform...", *op. cit.*, pp. 133-134.

(119) *Ibid.*, p. 122.

(120) *Ibid.*, pp. 125-126 e 101.

(121) Cf., e.g., J. E. GREÑO VELASCO, "Pacto Amazónico y Tratado de la Cuenca del Plata: Analogías y Diferencias", 165 *Revista de Política Internacional* — Madrid (1979) pp. 75-92; E. G. FERRIS, "The Andean Pact and the Amazon Treaty: Reflections of Changing Latin American Relations", 23 *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* (1981) n.º 2, pp. 147-175.

(122) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1967-1973*, vol. X, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1978, p. 365.

do Prata e XVIII do Tratado de Cooperação Amazônica ao declarar que o estabelecido no tratado não significará qualquer limitação a que as partes contratantes celebrem acordos bilaterais ou multilaterais visando a consecução dos objetivos comuns de cooperação" (123). Outro exemplo é fornecido pelo artigo 23 do Tratado de Tlatelolco, que torna obrigatória para as partes contratantes a notificação ao Secretário do OPANAL de qualquer acordo internacional porventura concluído sobre questões que são objeto do Tratado (124). Aliás, no tocante à utilização da energia nuclear, já se percebeu como tendência na região "a conclusão de acordos bilaterais que implicam transferência de tecnologia nuclear, em alguns casos incluindo o ciclo completo" (125).

Sob o experimento do Tratado da Bacia do Prata, já se firmaram tratados ou acordos entre as partes contratantes (e, g., o tratado de Itaipu, entre Brasil e Paraguai, em 1973) (126), e mesmo o seu Comitê Intergovernamental Coordenador (CIC) é tão-somente um veículo permanente de decisões governamentais, executando decisões dos Ministros das Relações Exteriores (artigo III), resguardada a autonomia decisória de cada um dos governos. No caso do Pacto Amazônico, prevê seu artigo XXIII que sua supervisão ou implementação está a cargo de Comissões Nacionais Permanentes (dos próprios Estados) e não de um órgão internacional (ou secretaria) que nem sequer é criado; tais Comissões executariam decisões tomadas pelos Ministros das Relações Exteriores e pelo Conselho de Cooperação Amazônica. Assim, apresenta o Pacto características de "um amplo acordo-quadro", estabelecendo as coordenadas gerais da cooperação na região (127). Quanto ao experimento do Pacto Andino, observou-se recentemente que os Ministros de Relações Exteriores dos países andinos estão "negociando cada vez mais com atores externos como um grupo" e enfatizando determinados temas tanto em suas relações bilaterais quanto em sua atuação nos organismos multilaterais (128).

Ainda um outro exemplo poderia ser encontrado nos desenvolvimentos no direito do mar contemporâneo: sabe-se, por exemplo, que o atual projeto de Convenção da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar reserva um papel importante a acordos entre Estados na fixação de seus limites laterais marítimos (artigos 74 e 83) (129), já se verificando exemplos recentes na prática de alguns Estados latino-americanos. E, enfim, conforme já visto no campo da solução pacífica de controvérsias internacionais, o Pacto de Bogotá, um tratado multilateral, prevê (pelo artigo LIII) sua entrada em vigor mesmo no plano das relações bilaterais dos Estados que o ratificaram.

(123) J.E. GRENÓ VELASCO, "Pacto Amazónico y Tratado de la Cuenca...", *op. cit.*, p. 91; L. MARINÁS OTERO, "El Tratado de Cooperación Amazónica", 166 *Revista de Política Internacional* — Madrid (1979) p. 68.

(124) A. GARCÍA ROBLES, *op. cit.* supra n.º 73, p. 72. Também o artigo 13 faz referência a um sistema de salvaguardas mediante acordos multilaterais ou bilaterais concluídos com a AIEA; R. DÍAZ ALBÓNICO, *op. cit.*, p. 356.

(125) R. DÍAZ ALBÓNICO, *op. cit.*, p. 377.

(126) Cf. Itaipu Binacional, *Natureza Jurídica da Itaipu*, 1978, pp. 9-101.

(127) RUBENS RICÓPERO, "Tratado de Cooperação Amazónica", 3 *Relações Internacionais* — Brasília (1980) n.º 5, p. 5.

(128) E. G. FERRIS, *op. cit.*, p. 100.

(129) U. N. Third Conference on the Law of the Sea, *Informal Composite Negotiating Text — Revision 2*, U.N. doc. A/CONF.62/WP.10/Rev.2, de 10 de abril de 1980, pp. 54 e 59.

VI. *Tratados e resoluções de órgãos internacionais*

Historicamente, foi a partir das sucessivas Conferências Internacionais Americanas que tratados multilaterais vieram a exercer sua função nas relações interamericanas (na criação de obrigações específicas); porém, ao surgirem problemas de insuficiência de ratificações e reservas, passou-se a recorrer a resoluções e declarações (enunciando princípios gerais). Estas últimas logo se tornaram bem mais numerosas que tratados, bastando lembrar que somente na VIII Conferência em Lima, em 1938, foram adotadas 112 resoluções e declarações⁽¹³⁰⁾. Tais instrumentos tiveram naturalmente grande importância no desenvolvimento do sistema interamericano. Do ponto de vista das resoluções adotadas, destacaram-se como as três Conferências Interamericanas mais marcantes as de Buenos Aires em 1936, Lima em 1938, e México em 1945⁽¹³¹⁾.

Muito embora, do ponto de vista jurídico, não tenham efeito estritamente obrigatório, tais resoluções discorreram sobre aspectos organizacionais e chegaram mesmo a criar órgãos permanentes, "transcendendo a duração das Conferências que as adotaram, sem o apoio de um tratado constitutivo": lembrem-se, e.g., a Declaração de Lima de 1938 estabelecendo um sistema de consultas (para situações ameaçando a paz ou segurança continentais, ou a integridade territorial de qualquer Estado americano), e a Resolução IX da Conferência do México de 1945 criando órgãos periódicos (como as Reuniões dos Ministros das Relações Exteriores) e permanentes (como o Conselho da União Pan-Americana), e estabelecendo assim as bases para a criação da futura OEA⁽¹³²⁾.

O próprio "Ato de Chapultepec"⁽¹³³⁾ declarou *inter alia* que os Estados americanos incorporaram, desde 1890, ao seu direito internacional, uma série de princípios, "por meio de convenções, resoluções e declarações" — não fazendo distinção alguma acerca da contribuição de cada um desses instrumentos⁽¹³⁴⁾. Mesmo com a criação da OEA, permaneceu indubitável a "necessidade prática" de tratar certas questões (menores) por meio de resoluções, dada a persistente dificuldade verificada na ratificação de tratados⁽¹³⁵⁾. Há mesmo quem hoje não hesite em considerar as decisões das Conferências Interamericanas como "a fonte do direito internacional americano por excelência", situando-se suas resoluções — de indiscutível valor jurídico — "a meio caminho entre a convenção e o costume"⁽¹³⁶⁾.

Uma significativa e rica amostra da importância de resoluções no sistema interamericano é fornecida pelo *Manual of Inter-American Relations* (edição

(130) Ch. G. FENWICK, *The Organization...*, *op. cit.*, pp. 151-153.

(131) JORGE CASTAÑEDA, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, N.Y., Columbia University Press, 1969, pp. 177-178, e cf. pp. 166-168.

(132) J. CASTAÑEDA, *op. cit.*, pp. 179 e 159-160; a Resolução IX da Conferência de 1945 intitulava-se "Reorganização, Consolidação e Fortalecimento do Sistema Interamericano". Lembra ainda o autor o fato de que algumas resoluções declaratórias interamericanas têm efetivamente sido invocadas por tribunais nacionais e internacionais; cf. *ibid.*, p. 180.

(133) Resolução VIII, sobre "Assistência Recíproca e Solidariedade Americana", da Conferência do México de 1945.

(134) Ch. G. FENWICK, *The Organization*, *op. cit.*, pp. 156-157. — Para uma referência recente indiferenciada a convenções (concluídas sob os auspícios da ONU) assim como resoluções, declarações e recomendações (adotadas pela ONU), cf. ISIDORO ZANOTTI, "Report...", *op. cit.*, p. 611.

(135) Ch. G. FENWICK, *The Organization...*, *op. cit.*, pp. 157-158.

(136) C. SEPULVEDA, *Las Fuentes...*, *op. cit.*, pp. 94-95, e cf. pp. 95-103.

revista, 1956), preparado pelo então Departamento de Direito Internacional da União Pan-Americana (OEA): nele se encontram sistematicamente classificados, de modo indiferenciado e seguindo o esquema da própria Carta da OEA, os inúmeros tratados, convenções, resoluções, declarações e recomendações adotados em Conferências Interamericanas e Reuniões de Consulta (até a X Conferência Interamericana, de Caracas, em 1954), sobre todos os temas e questões cobertos pela Carta da OEA e pela organização das atividades da União Pan-Americana (137).

A própria Comissão Jurídica Interamericana, em Parecer de 1950 sobre o "Conteúdo das Declarações, Recomendações e Outros Atos Análogos das Conferências e Reuniões de Consulta Interamericanas", ponderou que, a contrário de tratados devidamente ratificados criando obrigações, as resoluções não se constituem em "compromissos" obrigatórios, mas nem por isso não há que considerá-las como desprovidas de efeitos sobre a condução das relações internacionais no continente americano. Para a Comissão, "não é necessário atribuir valor jurídico algum a estas recomendações para aceitar como muito provável que seu conteúdo tenha influído na política dos Estados americanos, uns com relação a outros" (138). Tiveram elas considerável influência na evolução histórica do pan-americanismo (cujas etapas iniciais excluíram todo propósito de "compromisso" internacional *stricto sensu*), a exemplo da própria criação de órgãos por meio de tais resoluções (139). Enfatizou a Comissão o caráter de cooperação *voluntária* dos atos das Conferências e Reuniões de Consulta Interamericanas em seus primórdios, distintos de obrigações e compromissos derivados de tratados ratificados, acrescentando, porém, que aqueles atos (recomendações, declarações, dentre outros) contribuíram decisivamente para a consagração de princípios do chamado direito internacional americano e abriram caminho para a conclusão de futuros acordos internacionais (140).

Com efeito, em mais de uma ocasião e em relação a matérias distintas, a própria Comissão Jurídica Interamericana viu-se diante das duas alternativas entre tratados (naturalmente obrigatórios) e resoluções (puramente recomendatórias, do ponto de vista jurídico). Assim, por exemplo, em matéria de reconhecimento de governos, a Comissão sugerira a adoção de uma Convenção a respeito, mas a Conferência do Rio de Janeiro de 1965 optou pela aprovação de uma simples resolução sobre o tema (141). Anos antes, em 1959, em seu projeto de estudos sobre a democracia representativa na América, ponderou a Comissão que somente uma convenção a respeito poderia ter efeitos mandatórios para os Estados, dado que resoluções e declarações, por múltiplas que sejam e pela relativa dificuldade com que são aprovadas, dificilmente asseguram a observância e cumprimento de obrigações, verificando-se

(137) Cf. OAS, *Manual of Inter-American Relations* (revised), Conferences and Organizations Series n.º 42, Washington, Pan-American Union/Department of International Law, 1958, pp. 1-344 e III-XIV.

(138) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1949-1953*, vol. III, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1955, pp. 172-173. Também há os que, de uma perspectiva histórica, atribuem a resoluções, como a Resolução VIII da Conferência do México de 1945, uma "força jurídica obrigatória". F. V. GARCÍA-AMADOR, "Marco Jurídico...", *op. cit.*, p. 18.

(139) Cf. *ibid.*, p. 173.

(140) *ibid.*, pp. 174-183.

(141) J. J. CAIGEDO CASTILLA, *La Obra del Comité Jurídico Interamericano*, Rio de Janeiro, C.J.I., 1966, p. 86.

uma considerável distância entre elas e a “realidade política e internacional do continente” (142). Em outras ocasiões verificou-se, em contextos distintos, a mesma antinomia entre tratados obrigatórios e resoluções recomendatórias (143).

Contudo, mesmo esta distinção não se presta a exageros: assim, por exemplo, a Secretaria-Geral da OEA foi de parecer — baseado no histórico legislativo do artigo 53 e na prática — de que “as únicas decisões da Assembléia que tinham força jurídica obrigatória eram aquelas mediante as quais se aprovava o programa orçamentário da Organização e se fixavam as quotas dos Estados-Membros. Este parecer deve ser entendido, naturalmente, no sentido em que foi solicitado, isto é, no sentido da validade que têm as decisões *vis-à-vis* os Estados-Membros. Obviamente, a situação é completamente diferente quanto às decisões que comportam mandatos ou instruções a outros órgãos que dependem diretamente da Assembléia Geral, como ocorre com os três Conselhos, ou que tenham em relação a ela certo grau de dependência, como é o caso, entre outros, das Conferências e dos organismos especializados” (144).

VIII. Conclusões

Pela própria amplitude do tema em estudo, a presente análise do “impacto” de tratados e outros instrumentos nas relações internacionais na América Latina teve de ser sobretudo *seletiva*, enfocando determinados aspectos com a preocupação voltada não propriamente ao exame isolado de um tratado em particular, mas antes a uma visão global do impacto dos tratados e outros instrumentos regionais interamericanos no campo político da condução das relações internacionais no continente. O quadro geral mostra uma sensível distância entre o número e a incidência consideráveis de tratados regionais interamericanos adotados sobre temas os mais distintos e o número bem mais reduzido dos tratados regionais que efetivamente lograram alcançar o total suficiente de ratificação para entrarem em vigor e exercerem assim seu papel na condução das relações internacionais na América Latina.

Observe-se, ademais, que certas questões de direito internacional se prestam às relações predominantemente interestatais e a solução por meio do contencioso diplomático, como é o caso, e.g., dos problemas ligados ao reconhecimento de governos e ao tratamento de estrangeiros e seus bens (145), dentre outros; mas há também questões de direito internacional que se prestam às relações que se desenvolvem sob os parâmetros de tratados internacionais e a supervisão de órgãos por estes criados, como ilustrado e.g., pela solução pacífica de controvérsias internacionais.

Este último é, com efeito, um dos campos mais ricos para a apreciação do “impacto” não apenas de tratados, pactos e convenções, como também de resoluções e declarações nas relações internacionais no continente americano.

(142) *Ibid.*, p. 57.

(143) Cf. *ibid.* pp. 32 e 55, e cf. pp. 80-82, e, no tocante à solução de controvérsias, pp. 21, 26 e 100-102. — Cf. também o relatório aprovado em 20 de fevereiro de 1974 sobre “o destino dos projetos de convenção e outros estudos preparados pela Comissão Jurídica Interamericana”. In: Comitê Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1974-1977*, vol. XI, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1981, pp. 61-67.

(144) F. V. GARCÍA-AMADOR, “Marco Jurídico...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

(145) Cf., sobre estes dois pontos, e.g., C. N. RONNING, *O Direito na Diplomacia Interamericana*, Rio, Forense, 1966, pp. 17-80.

Aqui, novamente, a multiplicidade de tratados (para solução pacífica de **controvérsias**) — a requerer sistematização — deve ser vista com cautela, dado que por vezes houve os que não lograram o número suficiente de ratificações, a eles se juntando resoluções e declarações (das Conferências Interamericanas), significativas mas tecnicamente desprovidas de efeitos jurídicos mandatórios. Ademais, a prática internacional a respeito aponta no sentido de uma busca de soluções pacíficas individuais adequadas para cada caso concreto, nem sempre pelos mecanismos dos tratados regionais existentes e vez por outra transcendendo os meios de solução pacífica puramente regionais.

Em matéria de desarmamento, o Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina (ou Tratado de Tlatelolco, de 1967) constitui-se no primeiro tratado do gênero dotado de um sistema de controle institucional e internacional com órgãos permanentes próprios de inspeção tendendo ao reconhecimento e aceitação de garantias internacionais; é, ademais, o primeiro tratado do gênero relativo a uma zona de aplicação quase continental abrangendo — diferentemente do Tratado da Antártida — territórios de grande densidade populacional. Embora se trate de um tratado regional, seu regime jurídico é bem mais vasto em virtude do âmbito geral de aplicação assegurado por seus dois protocolos adicionais (cf. supra). O Tratado de Tlatelolco cresce hoje em importância em decorrência dos resultados insatisfatórios da Conferência de Revisão (Genebra, 1975) do Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (de 1968).

No tocante aos tratados constitutivos, tornando como protótipo a própria Carta da OEA, vimos que a evolução da questão da interpretação dos poderes atribuídos aos órgãos da OEA encontrou mais dificuldades do que no caso da ONU. A questão ocupou a Comissão Jurídica Interamericana em mais de uma ocasião, e curiosamente não tem até o presente sido suficientemente analisada — ou tem mesmo passado virtualmente despercebida — pelos estudiosos do sistema interamericano. Admite-se hoje que a prática organizacional constitui, com efeito, importante elemento para a apreciação da evolução dos regimes criados por *traités-cadre* ou constitutivos de organismos internacionais, e que os órgãos internacionais detêm competência para interpretar os dispositivos do tratado que lhes digam respeito. Observe-se ainda que a atividade por assim dizer “legislativa” dos órgãos internacionais (resoluções, declarações) — distinta do *treaty-making* — tem contribuído para a evolução do próprio direito internacional consuetudinário, processo este acelerado pela praxe de tais órgãos de consultar governos previamente e obter informações por meio de técnicas modernas de comunicação.

Com efeito, o multilateralismo tem acompanhado naturalmente a ascensão e expansão dos organismos internacionais, e muitos Estados têm identificado no multilateralismo, no fenômeno hodierno da multilateralização dos contatos internacionais, um fator até certo ponto compensador ou neutralizador de suas dificuldades de poder no cenário internacional. O já clássico dilema entre bilateralismo e multilateralismo é de interesse sobretudo acadêmico, uma vez que as soluções por via bilateral e as por via multilateral — ambas com adeptos — não são necessariamente excludentes. Assim, muitos tratados multilaterais têm se implementado basicamente nas relações bilaterais das partes contratantes (e.g., Tratado da Bacia do Prata, art. VI; Pacto Amazônico, art. XVIII;

Tratado de Tlatelolco, art. 23; Pacto Andino). A própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969) contém dispositivos oscilando constantemente entre o bilateralismo e os interesses gerais da chamada "comunidade internacional": assim, por exemplo, se por um lado consagra o *jus cogens* (arts. 53 e 64), por outro lado *não* adota a tese de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (146).

Outro ponto importante é que questões de direito internacional podem ser regidas por instrumentos de conteúdo e efeitos jurídicos distintos (e.g., tratados e resoluções de órgãos internacionais). Na evolução do sistema interamericano, dificilmente se poderia negar a importante função exercida por resoluções e declarações, dado o caráter de cooperação voluntária das Conferências Interamericanas e face a persistentes dificuldades na ratificação de tratados; não raro as resoluções — desprovidas de efeitos jurídicos mandatórios — chegaram mesmo a criar órgãos permanentes, abriram caminho para a conclusão de futuros acordos internacionais e contribuíram decisivamente para a consagração de princípios do chamado direito internacional americano.

O desenvolvimento histórico do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, por exemplo, demonstra que é possível fortalecer a posição de particulares no plano internacional e facilitar gradualmente seu acesso às instâncias internacionais mediante instrumentos de base convencional, ou mesmo instrumentos tecnicamente não obrigatórios (resoluções internacionais), que nem por isso deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados Membros. A gradual ampliação dos poderes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deve-se sobretudo a um processo de interpretação ampla e liberal das normas regendo seu procedimento (já bem antes da entrada em vigor, em 1978, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969) (147).

Experimentos contemporâneos os mais diversos de supervisão internacional vêm recentemente desenvolvendo mecanismos eficazes e sofisticados de controle de sua observância. Os experimentos de proteção internacional dos direitos humanos em geral, e o interamericano em particular, não fazem exceção a isso, compondo-se de instrumentos de força e efeitos jurídicos variáveis e de órgãos exercendo funções também distintas. Este é um dado significativo, particularmente hoje ao testemunharmos a gradual evolução da fase "legislativa" das décadas anteriores de redação dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos à fase atual de implementação de tais instrumentos (148).

(146) S. ROSENNE, "Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties", *Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honour of Ph.C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, p. 207; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Reavaliação das Fontes do Direito Internacional Público ao Início da Década de Oitenta", 69 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1981) p. 107; Ph. CAHIER, "Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers", 143 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1974) pp. 589-736.

(147) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Avaliação Crítica", *Revista de Informação Legislativa — Senado Federal* n.º 73 jan./mar. 1982.

(148) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) p. 348; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies under the U.N. Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol", 28 *International and Comparative Law Quarterly* — Londres (1979) p. 765.

Notas sobre a justiça na Alemanha

FRANCISCO DE PAULA XAVIER NETO
Juiz de Direito no Estado do Paraná

A efetividade dos predicamentos da Magistratura e o fortalecimento estrutural do Poder Judiciário, com seus positivos reflexos na prestação jurisdicional, constituem justa medida da autenticidade do regime democrático.

SUMARIO

- I — **Preâmbulo**
- II — **A justiça alemã de hoje**
- III — **A organização judiciária**
 - 1 — **A jurisdição constitucional**
 - 2 — **A jurisdição administrativa comum**
 - 3 — **A jurisdição de finanças**
 - 4 — **A jurisdição social**
 - 5 — **A jurisdição trabalhista**
 - 6 — **A jurisdição ordinária**
- IV — **O recurso ao Judiciário no âmbito do direito privado**
 - 1 — **A 1ª Instância**
 - 2 — **A 2ª Instância**
 - 3 — **A 3ª Instância**
- V — **A formação do bacharel em direito**
- VI — **O juiz**
- VII — **O administrador judicial (der Rechtspfleger)**
- VIII — **Breve registro da evolução do processo civil alemão nos últimos 100 anos**
- IX — **O modelo de Stuttgart (das Stuttgarter Model)**
- X — **A novela da simplificação (die Vereinfachungsnovelle)**
- XI — **Síntese procedimental**
 - 1 — **O procedimento monitorio (das Mahnverfahren)**
 - 2 — **O pré-procedimento**

- XII — A audiência principal (der Haupttermin)
- XIII — O procedimento escrito (das schriftliche Verfahren)
- XIV — Os pronunciamentos judiciais (die gerichtlichen Entscheidungen)
- XV — Os recursos (die Rechtsmittel)
 - 1 — Considerações gerais
 - 2 — A reclamação (der Einspruch)
 - 3 — A queixa (die Beschwerde)
 - 4 — A apelação (die Berufung)
 - 5 — A revisão (die Revision)
- XVI — Despesas processuais
- XVII — Assistência judiciária
- XVIII — Conclusão

I — Preâmbulo

Este trabalho é o resultado de um estágio de 3 meses (de abril a junho de 1981), realizado na República Federal da Alemanha, nas Universidades de Bielefeld (cátedra do Prof. Dr. W. GRUNSKY), Göttingen (cátedra do Prof. Dr. W. HENCKEL), Erlangen (cátedra do Prof. Dr. K. H. SCHWAB), Tübingen (cátedra do Prof. Dr. F. BAUR) e Konstanz (cátedra do Prof. Dr. R. STÜRNER), bem como em Juízos Ordinários de 1º Grau (Amtsgerichte), Tribunais Estaduais (Landgerichte), Superiores Tribunais Estaduais (Oberlandesgerichte) e Supremo Tribunal Federal (Bundesgerichtshof), além de entrevistas com advogados, promotores de justiça, magistrados, auxiliares da justiça, estudantes de direito, como também visitas ao Max-Planck-Institut para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg e ao Ministério da Justiça da Baixa Saxônia em Hannover.

A experiência somente foi possível, mercê de convite formulado pelo governo alemão, através do DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst), em convênio com a CAPES (Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior), do Ministério de Educação e Cultura, e, frise-se, graças à compreensão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no pertinente à importância da oportunidade.

A preocupação precípua, no decorrer do estágio, foi o estudo da Organização Judiciária alemã, em especial no campo da jurisdição ordinária e, dentro desta, o âmbito cível, inclusive com sintética incursão no processo civil.

Procura-se dar uma visão da justiça alemã, acentuando-se algumas peculiaridades e tendo-se como escopo fazer com que o leitor, afeito à realidade brasileira, chegue às suas próprias conclusões, no pertinente ao que poderia ser adotado no Brasil, para um aperfeiçoamento na prestação jurisdicional, em especial no cível. Lançam-se, porém, na parte final, algumas sugestões.

Os frutos desta marcante experiência, em que foram deixadas de lado indagações doutrinárias, para uma observação e análise eminente-

mente práticas do dia-a-dia forense na Alemanha — tema como que desconhecido no Brasil, ante a ausência de publicações específicas —, serão, a seguir, expostos, colimando-se, ao menos, despertar o interesse daqueles que, com maior tempo, possam se dedicar a uma pesquisa mais profunda. Somente esta possibilidade constitui retribuição bastante.

II — A justiça alemã de hoje

O cuidado do povo alemão e, em especial, dos advogados, magistrados e professores com a justiça, no campo do aceleramento da prestação jurisdicional, tem sido uma constante nos últimos 100 anos. Note-se que, já em 1885, OTTO BAHR — conhecido por suas críticas ao diploma processual civil alemão de 1879 — previa tempos sombrios no respeitante à prestação jurisdicional no cível, tanto em decorrência de imperfeições de certas normas processuais, quanto em razão da morosidade de alguns magistrados e, inclusive, da incorreta exegese ou desconhecimento da própria lei.

A previsão, em parte, se concretizou, não sem se sentir uma veemente reação que, aos poucos, foi produzindo resultados⁽¹⁾, mercê de o Estado passar a atender os reclamos por uma justiça mais rápida e segura. Apesar disto, no ano de 1965, mais precisamente no dia 8 de dezembro, HANS SCHNEIDER, em palestra proferida na Cidade-Estado de Bremen, assim se expressou:

“A justiça é o fundamento do Estado de Direito. Mas, para o Ministro da Fazenda, os tribunais são sempre uma empresa subvencionada. O terceiro Poder no Estado — como a justiça é freqüentemente chamada — não possui dinheiro nem canhões, e se ela merece crédito é a questão”⁽²⁾.

Nos últimos 20 anos, porém, a situação parece ter mudado consideravelmente, principalmente com o fortalecimento da infra-estrutura material e pessoal do Judiciário, o que motivou, de imediato, uma agilização na prestação jurisdicional. O Judiciário alemão de hoje, embora ainda por demais ligado ao Ministério Federal da Justiça e aos Ministérios Estaduais⁽³⁾, não só no referente à dependência orçamentária, como também nas nomeações e promoções de magistrados, é muito bem estruturado, inexistindo qualquer parcimônia do Estado, neste particular.

A justiça alemã atual, em termos comparativos com a brasileira, é bem mais rápida e muito mais cara. A rapidez é resultado do número de magistrados⁽⁴⁾, juízos e tribunais, da especialização em todos os campos

(1) Vide o tópico “Breve registro da evolução do processo civil alemão nos últimos 100 anos”.

(2) SCHNEIDER, Hans — *Richter und Gerichte in der Bundesrepublik — Angelsachsen* — Verlag Bremen, 1966, pág. 3.

(3) Os Ministérios Estaduais da Justiça são equivalentes às nossas Secretarias Estaduais da Justiça.

(4) Para uma população de 60 milhões de habitantes, ou seja, aproximadamente a metade da brasileira, no ano de 1980, 15.532 juizes profissionais estavam a exercer a judicatura na Alemanha, valendo registrar que 12.019 o faziam no campo da jurisdição ordinária. Tal número é constantemente alterado quando se atinge a carga estimada como máxima para cada magistrado, a qual, no âmbito estadual e no campo cível, fica em torno de 600 feitos anuais, nos Juízos Ordinários de 1.º Grau, de 150 a 200 processos de competência originária ou recursos, nos Tribunais Estaduais, e de 60 a 80 recursos, nos Superiores Tribunais Estaduais.

e graus de jurisdição, bem como fruto do número de auxiliares qualificados e do recurso aos mais modernos meios materiais (gravadores, fotocopiadoras, máquinas de escrever eletrônicas, computadores etc.) e o custo decorre, diretamente, da estrutura antes referida, servindo, também, conforme se verá na ocasião oportuna, como freio inibidor a aventuras judiciárias (5).

Dessarte, embora ainda se possam ouvir algumas isoladas queixas, com relação à morosidade da justiça alemã, as mesmas, considerada a duração normal da tramitação processual (6) e, acima de tudo, levando-se a efeito uma análise comparativa com a média brasileira, não parecem ser inteiramente procedentes, a despeito de seu mérito, qual seja, fazer com que o Legislativo e o Executivo estejam sempre atentos para o assunto, até porque, em assim procedendo, zelam, de um lado, pelo direito de o cidadão contar com pronta prestação jurisdicional e, de outro, contribuem para tornar o Judiciário mais respeitado.

III — Organização judiciária

A organização judiciária, na República Federal da Alemanha, prima pela especialização, a cada ano ainda mais notada.

Para um melhor entendimento, procurar-se-á fornecer uma visão geral, examinando-se mais detidamente a jurisdição ordinária e, nesta, particularizando-se a jurisdição cível, objeto precípuo deste estudo (7).

Em primeiro lugar, impõe-se mencionar que, de acordo com a natureza da controvérsia, estar-se-á no âmbito da jurisdição constitucional (Verfassungsgerichtsbarkeit), da jurisdição administrativa comum (Verwaltungsgerichtsbarkeit) ou especial — financeira e social — (Finanzgerichtsbarkeit e Sozialgerichtsbarkeit), da jurisdição trabalhista (Arbeitsgerichtsbarkeit) e da jurisdição ordinária (Ordentliche Gerichtsbarkeit).

1 — **A jurisdição constitucional** vela pelo respeito às Constituições estaduais (Länderverfassungen) e federal (Grundgesetz), quer apreciando a constitucionalidade de uma lei, quer analisando atos administrativos no campo constitucional. Para tal fim, existem Tribunais Constitucionais Estaduais (Verfassungsgerichtshöfe der Länder), em número de 9 (8) e um Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), situado em Karlsruhe (9), os primeiros com juízes de carreira e honorários, va-

(5) Vide os tópicos "Despesas Processuais" e "Assistência Judiciária".

(6) Vide os tópicos "Primeira Instância", "Segunda Instância" e "Terceira Instância".

(7) Vide esquema no final deste tópico.

(8) Inexistem no Estado de Schleswig-Holstein e em Berlim Ocidental.

(9) Como curiosidade, registre-se que a declaração de voto vencido somente é possível, na Alemanha, no âmbito da jurisdição constitucional e unicamente perante o Tribunal Constitucional Federal, que é o mais alto tribunal do país e, às vezes, chega a funcionar como uma espécie de 4.ª instância, pois pode, no campo constitucional, verificar se uma decisão do "Gemainsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes" (Senado Conjunto dos Superiores Tribunais Federais) contrariou a Constituição Federal.

riando a composição em cada Estado ⁽¹⁰⁾, de acordo com as Constituições e leis respectivas, e o segundo integrado somente por juizes de carreira, distribuídos em dois Senados, sendo que 50% de seus componentes são escolhidos pelo Congresso e o restante pelo Conselho Federal ⁽¹¹⁾.

2 — No âmbito da **jurisdição administrativa comum** são dirimidas as controvérsias surgidas entre o Estado e o particular, referentes a relações entre os mesmos estabelecidas, quer sejam pertinentes a negócios jurídicos, quer se refiram à ordem e segurança públicas, desde que não estejam abrangidas pelos juízos de finanças e sociais.

A jurisdição administrativa comum é exercida por Tribunais Administrativos (Verwaltungsgerichte) ⁽¹²⁾, Superiores Tribunais Administrativos (Oberverwaltungsgerichte) e pelo Supremo Tribunal Administrativo (Bundesverwaltungsgericht). Os Tribunais Administrativos são sediados nos Estados ⁽¹³⁾ e decidem através de Câmaras compostas por juizes de carreira e honorários, em 1º grau de jurisdição.

Os Superiores Tribunais Administrativos, em número de 10, localizam-se, em regra, nas capitais estaduais ⁽¹⁴⁾, decidindo seus Senados ⁽¹⁵⁾, compostos por juizes de carreira e honorários, em 2ª instância.

O Supremo Tribunal Administrativo, localizado em Berlim, julga as revisões interpostas contra decisões dos Superiores Tribunais Administrativos, por seus Senados ⁽¹⁶⁾ — compostos unicamente por juizes de carreira — e, por seu Grande Senado, dirime as controvérsias de interpretação (questões de direito) que possam surgir entre os Senados.

Por derradeiro, refira-se que no âmbito da jurisdição administrativa também são apreciadas as questões disciplinares e funcionais pertinentes aos funcionários públicos em geral e, particularmente, as referentes a atos praticados por médicos, enfermeiros, laboratoristas e arquitetos, em razão de seus respectivos ofícios e na condição de funcionários. Tais controvérsias são tratadas, em 1º grau, pelas Câmaras Disciplinares (Disziplinarkammern), Juízos para as Profissões Referentes à Saúde (Berufsgerichte für Heilberufe) ⁽¹⁷⁾ e Juízos Profissionais para Arquitetos (Berufsgerichte für Architekten) ⁽¹⁸⁾; em 2º grau, pelas Cortes Disciplinares (Disziplinarhöfe), Cortes para as Profissões referentes à Saúde (Berufsgerichtshöfe für Heilberufe) e Cortes Profissionais para Arquitetos (Berufsgericht-

(10) Em média, cada Tribunal tem cerca de 9 juizes.

(11) Trata-se de um órgão onde os Estados têm representação proporcional ao número de habitantes, sendo os representantes indicados pelos governos respectivos.

(12) O termo "Gericht" tanto vale para juízo, quanto para tribunal.

(13) Há Estados com mais de um colegiado e, atualmente, conta a Alemanha com 33.

(14) O Estado de Schleswig-Holstein não possui dito órgão, utilizando-se do de Niedersachsen, que, por sua vez, não é sediado na capital, Hannover, mas em Lüneburg.

(15) Há, na Alemanha, cerca de 120 Senados Administrativos com, em média, 5 juizes cada.

(16) São 8 e cada Senado julga com 5 juizes de carreira.

(17) A tradução literal "Juízos Profissionais para Profissões de Cura" — além de pleonástica, não daria a idéia correta.

(18) As Câmaras Disciplinares e os Juízos Profissionais funcionam junto aos Tribunais Administrativos.

tshöfe für Architekten) (19) e, em 3º grau, pelo Supremo Tribunal Administrativo.

Registre-se que, no campo disciplinar e de responsabilidade profissional, os colegiados, do primeiro ao último grau de jurisdição, são compostos por juízes profissionais e honorários.

Ainda no aspecto disciplinar, é de se mencionar a existência dos Tribunais Funcionais para Juízes (Dienstgerichte für Richter), que funcionam agregados aos Tribunais Estaduais (Landgerichte) e julgam causas relativas a delitos e contravenções perpetrados por juízes no desempenho de suas funções; das Cortes Funcionais para Juízes (Dienstgerichtshöfe für Richter) funcionando agregadas aos Superiores Tribunais Estaduais (Oberlandesgerichte), e que julgam os recursos dos Tribunais Funcionais para Juízes; dos Juízos de Tropas (Truppendienstgerichte), que se assemelham às nossas Auditorias Militares. Das decisões proferidas pelos Juízos de Tropas cabe recurso ao Supremo Tribunal Administrativo, que apreciará a questão por intermédio de Senados especializados (Wehrdienstsenate), onde também participam juízes honorários.

3 — A jurisdição de finanças ocupa-se de um campo especial do direito administrativo, qual seja o direito fiscal Steuerrecht) (20). No âmbito da sua competência, está o julgamento de mandados de segurança contra atos de autoridades fazendárias em matéria de tributos (inclusive taxas aduaneiras).

Os Tribunais de Finanças (Finanzgerichte) (21), em número de 13, acham-se sediados em todos os Estados (22) e decidem, por seus mais de 100 Senados, compostos por juízes de carreira e honorários (5 em cada), as questões antes referidas, em 1º grau de jurisdição.

A Corte Federal de Finanças (Bundesfinanzhof), sediada em München, aprecia, em grau revisional (23), causas decididas pelos Tribunais de Finanças, nas hipóteses em que a revisão é admissível, e julga, em primeiro e único grau, mandados de segurança contra atos do Ministro das Finanças (Bundesfinanzminister), bem como ações relacionadas a certas controvérsias aduaneiras, por intermédio de seus Senados isolados e do Grande Senado (24), compostos somente por juízes de carreira.

4 — A jurisdição social também se ocupa de um campo especial do direito administrativo, qual seja, o direito previdenciário (25). Perante a mesma são apreciadas as controvérsias pertinentes a aposentadoria,

(19) As Cortes Disciplinares e as Cortes Profissionais funcionam junto aos Superiores Tribunais Administrativos.

(20) Note-se que a parte somente pode recorrer a um juízo de finanças, v.g., por inconformismo com relação a determinado imposto ou taxa, após haver reclamado administrativamente perante a repartição fazendária competente.

(21) Vide a nota nº 12.

(22) O Estado de Nordrhein-Westfalen possui dois.

(23) Veja-se que da decisão de 1.ª Instância não cabe apelação, mas somente revisão, versando o recurso, pois, apenas sobre questões de direito, como se abordará no tópico específico (Revisão).

(24) Os Senados isolados julgam com 5 juízes e o Grande Senado é composto por 7.

(25) O Direito Previdenciário é denominado, na Alemanha, Direito Social (Sozialrecht).

pensões, pecúlios, auxílio-desemprego, salário-família, salário-detenção, auxílios de guerra, seguros sociais, enfim, todas as questões que digam respeito à previdência social ou, em outras palavras, que se lastreiem no "Princípio do Estado Social" (Sozialstaatsprinzip), que não tenham sido, a juízo do interessado, resolvidas adequadamente pelas vias administrativas. Os Juízos Sociais (Sozialgerichte) ⁽²⁶⁾, em número de 50, acham-se localizados em todos os Estados ⁽²⁷⁾ e conhecem, em 1º grau, através de suas Câmaras compostas de juízes de carreira e honorários, as questões antes referidas.

Os Tribunais Sociais Estaduais (Landessozialgerichte), sediados em em cada Estado, julgam, em grau de apelação, os recursos contra decisões dos Juízos Sociais de 1º Grau, fazendo-o por intermédio de Senados, onde tomam parte juízes profissionais e honorários.

O Tribunal Social Federal (Bundessozialgericht), situado em Kassel, tem competência originária em relação a certas questões entre os Estados e a União ou entre um Estado e outro, que não digam respeito a matéria constitucional, e, de igual, competência recursal ao apreciar revisões contra decisões proferidas pelos Tribunais Sociais Estaduais.

5 — A jurisdição trabalhista trata das questões reguladas pelo direito do trabalho, devendo se salientar que dito ramo do direito, em suas linhas básicas, se acha delineado no Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch).

Os Juízos Trabalhistas (Arbeitsgerichte) acham-se sediados em todos os Estados da Alemanha ⁽²⁸⁾ e apreciam, em 1º grau, as pendências laborais ⁽²⁹⁾.

Os Tribunais Estaduais do Trabalho (Landesarbeitsgerichte) funcionam em todos os Estados da Alemanha ⁽³⁰⁾ e, por suas Câmaras ⁽³¹⁾, compostas por um juiz profissional e dois honorários, apreciam os recursos interpostos contra decisões e sentenças dos juízos de 1º grau.

O Tribunal Federal do Trabalho (Bundesarbeitsgericht), sediado em Kassel, decide, por seus Senados, as revisões interpostas contra julgamentos dos Tribunais Estaduais do Trabalho e, por seu Grande Senado, possíveis divergências de interpretação entre os demais Senados trabalhistas ⁽³²⁾.

(26) Poderia ser empregado o termo "Tribunais Sociais", como se vê das notas 12 e 21, mas optou-se, desta feita, pela expressão "Juízos", para distinguir estes colegiados dos Tribunais Sociais Estaduais (Landessozialgerichte).

(27) Estados de maior expressão, como Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Hessen e Bayern, contam com 7 ou 8 Tribunais.

(28) Há Estados, como Nordrhein-Westfalen, com 29 sedes de juízos trabalhistas (na Alemanha toda há cerca de 100) e o número total de juízes, em 1.ª e 2.ª instâncias, ultrapassa 600, excluídos os representantes dos trabalhadores e os patronais.

(29) Em muito se assemelham às nossas Juntas, diferenciando-se destas, em especial, pela circunstância de não ser necessária a presença dos representantes dos empregados e empregadores, na audiência designada somente para fins de conciliação, à qual comparece, apenas, o juiz profissional.

(30) Há Estados com mais de um Tribunal, como Nordrhein-Westfalen.

(31) Cerca de 130.

(32) Tanto nos Senados, quanto no Grande Senado, há juízes profissionais e representantes classistas.

6 — **A jurisdição ordinária** abrange a jurisdição penal e a cível (quer contenciosa, quer voluntária) ⁽³³⁾, sendo prestada pelos Juízos Ordinários de 1º Grau (Amtsgerichte), Tribunais Estaduais (Landgerichte), Superiores Tribunais Estaduais (Oberlandesgerichte) e Supremo Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) ⁽³⁴⁾.

Os **Amtsgerichte** (juízos ordinários de 1º grau) localizam-se em todas as sedes de Comarca (Bezirke) da Alemanha, em número que se aproxima dos 550 ⁽³⁵⁾, e são competentes para o julgamento, em 1º grau, de causas cíveis, observado o valor e a natureza (conforme, oportunamente, se verá), e de causas penais, nos delitos mais levemente apenados e nos processos relativos a menores.

No âmbito cível, todo processo é conduzido, em regra, por um juiz singular (Einzelrichter), muito embora, nas questões relativas à agricultura, funcionem, junto com o juiz profissional, 2 honorários.

No campo penal, a jurisdição é prestada por um juiz singular ou pelo **Schöffengericht** (colegiado composto por 1 juiz profissional e 2 honorários). Já no campo dos menores, os processos infracionais são decididos ou por um juiz de menores singular, ou por um **Jugend-schöffengericht** (colegiado igualmente integrado por 1 juiz profissional e 2 honorários).

Os **Landgerichte** (Tribunais Estaduais) são 93 em toda a Alemanha ⁽³⁶⁾, com 1.104 Câmaras Cíveis e 1.119 Câmaras Criminais. As primeiras julgam com 3 juízes profissionais, em 1º e 2º graus, sendo que honorários somente funcionam nas Câmaras Comerciais (Kammern für Handelssachen) ⁽³⁷⁾. As segundas são sempre compostas por juízes profissionais e honorários, sendo que a Pequena Câmara Criminal (Kleine Strafkammer) é integrada por 1 profissional e 2 honorários, a Grande Câmara Criminal (Grosse Strafkammer) e o Tribunal do Júri (Schwurgericht), por 3 profissionais e 2 honorários. As Câmaras do **Landgericht** funcionam, umas em 1ª instância e outras em 2ª, estas apreciando recursos contra decisões e sentenças dos **Amtsgerichte** ⁽³⁸⁾.

(33) A jurisdição voluntária é regada por lei própria (Gesetz Über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit), de 17-5-1978, com alterações posteriores. Em seu campo, se fez sentir um crescimento de atribuições do Rechtspfleger (auxiliar da justiça, que é objeto de abordagem neste estudo, em capítulo próprio), com a conseqüente retirada de atribuições do juiz, intervindo este somente em casos especiais.

(34) Ao tratarmos da primeira, segunda e terceira instâncias, no cível, em tópico apartado, o tema terá continuidade.

(35) Este número já foi superior a 600, mas, por força de uma tendência no sentido de unificar Comarcas, sendo as menores absorvidas pelas maiores, nos últimos cinco anos operou-se considerável diminuição, tanto que, em 1980, o anuário estatístico respectivo registrou 557.

(36) A maioria dos Estados possui mais de um (Bayern, por exemplo, com uma população de aproximadamente oito milhões de habitantes, tem 21; Baden-Württemberg, 17 e Nordrhein-Westfalen, 19).

(37) Os juízes honorários são escolhidos entre respeitadas comerciantes, os quais, em número de 2, compõem uma Câmara, sob a presidência de um juiz profissional e muito auxiliam a este, com a vivência mercantil que possuem. Os designados servem por determinados períodos e somente têm o direito de perceber o necessário para despesas de condução. As Câmaras Comerciais são reconhecidas, na Alemanha, como uma experiência altamente positiva.

(38) Os **Landgerichte**, em 2ª instância, em muito se assemelham aos Tribunais de Alçada do Brasil.

Os **Oberlandesgerichte** (Superiores Tribunais Estaduais) são 20 em toda a Alemanha ⁽³⁹⁾ e, por seus 379 Senados Cíveis e 81 Criminais, decidem, em regra, os recursos interpostos contra decisões e sentenças de 1º grau, normalmente proferidas pelos **Landgerichte** e, excepcionalmente, pelos **Amtsgerichte** ⁽⁴⁰⁾.

Os integrantes dos Senados são juizes profissionais, em sua maioria magistrados de carreira, muito embora possam também ter assento professores catedráticos que recebem uma carga menor de feitos para apreciação e, de conseqüência, não comparecem a todas as sessões, percebendo vencimentos inferiores ⁽⁴¹⁾.

Os Senados Criminais têm, excepcionalmente, competência originária, como acontece no respeitante a crimes catalogados como de traição (ex.: espionagem).

O **Bundesgerichtshof** (Supremo Tribunal Federal) localiza-se em Karlsruhe, conta com 16 Senados — 5 criminais e 11 cíveis ⁽⁴²⁾ — e aprecia as revisões interpostas contra julgamentos de 2ª instância. É integrado exclusivamente por juizes profissionais.

Além dos Senados isolados, há um Grande Senado para causas criminais (Grosser Senat für Strafsachen), um Grande Senado para causas cíveis (Grosser Senat für Zivilsachen) e os Grandes Senados Reunidos (Vereinigte Grosse Senate), pelos quais se busca assegurar a unidade de interpretação do direito.

O Supremo Tribunal Federal, no campo da jurisdição ordinária, é o mais alto Tribunal do país, sendo de notar, porém, que, havendo divergência de interpretação entre duas ou mais Supremas Cortes Federais, poderá ser invocado o Senado Conjunto dos Superiores Tribunais Federais (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes), também sediado em Karlsruhe e composto por juizes representantes de todas as Supremas Cortes Federais.

Registre-se, de igual, conforme já anteriormente mencionado (nota 9), que o mais alto Tribunal alemão é o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), o qual pode rever uma decisão de qualquer corte federal e, mesmo, do Senado Conjunto dos Superiores Tribunais Federais, se dita decisão ferir a Constituição Federal ⁽⁴³⁾.














(39) Neste número está incluído também o Supremo Tribunal Estadual de Bayern (Bayerisches Oberstes Landesgericht), colegiado que somente existe em referido Estado, com competência civil e penal específica, que o distingue dos demais Oberlandesgerichte bávaros e em relação aos quais funciona como instância superior, em determinadas causas.

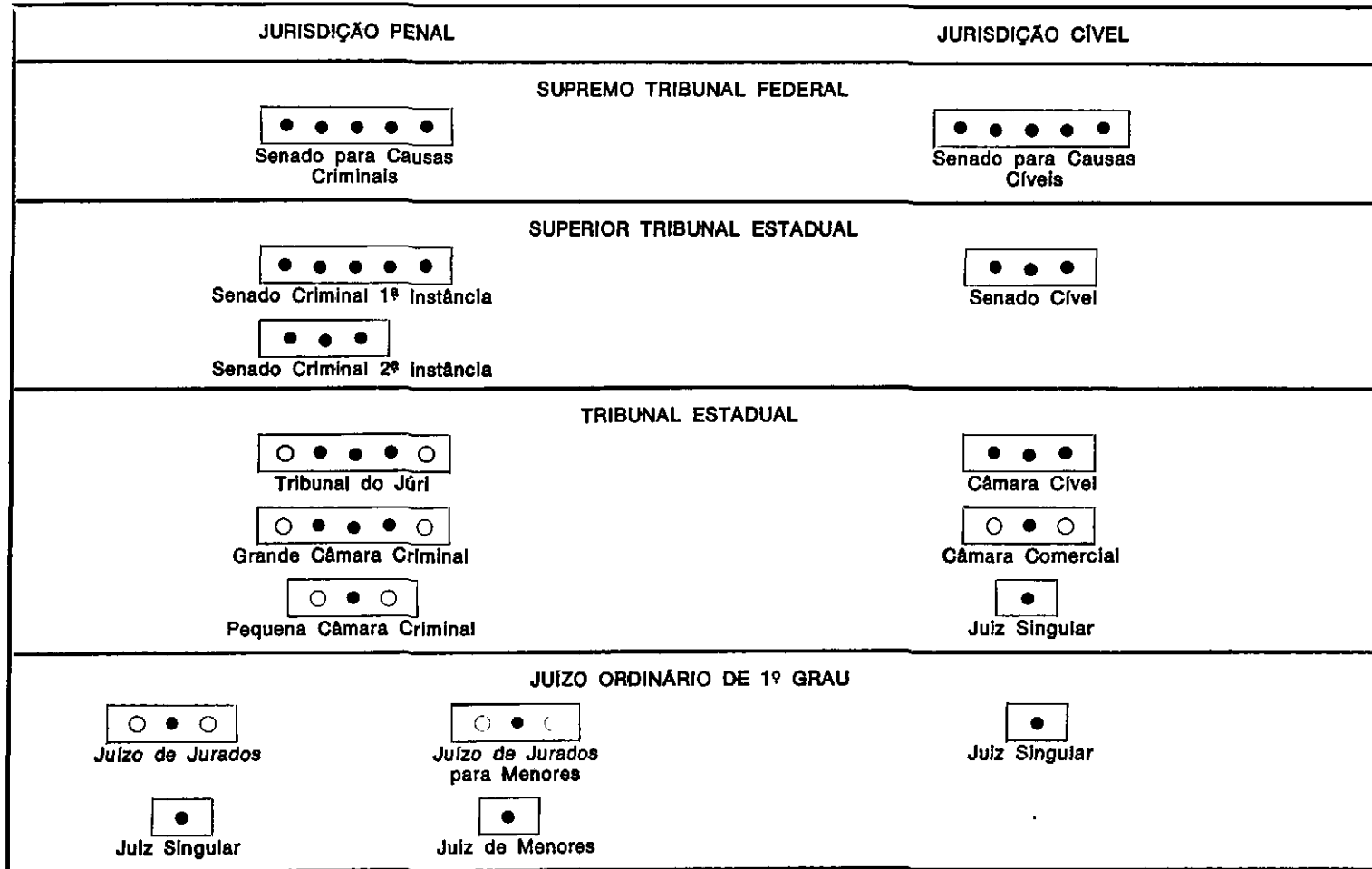
(40) Os Oberlandesgerichte equivalem aos Tribunais de Justiça brasileiros.

(41) Na Alemanha não se conhece o que convencionamos denominar de "quinto constitucional", muito embora seja possível promotores passarem a ser juizes e vice-versa. Por outro lado, não raramente juizes e promotores optam pelo trabalho em atividades técnicas ou administrativas, quer nos Tribunais, quer nas Secretarias de Justiça dos Estados, quer no Ministério da Justiça, onde podem permanecer até a aposentadoria. Tal, porém, obedece a diferente regulamentação, no âmbito de cada Estado.

(42) Um Senado criminal localiza-se em Berlim.

(43) O Bundesgerichtshof somente equivale ao nosso Supremo Tribunal Federal, pois, no âmbito da jurisdição ordinária.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA	JURISDIÇÃO DE FINANÇAS	JURISDIÇÃO SOCIAL	JURISDIÇÃO TRABALHISTA
 <p>2 Senados</p>  <p>Pleno</p> <p>Tribunal Constitucional Federal</p>	 <p>Supremo Tribunal Administrativo</p>	 <p>Corte Federal de Finanças</p>	 <p>Tribunal Social Federal</p>	 <p>Tribunal Federal do Trabalho</p>
<p>Composição varia de Estado para Estado, com maior ou menor número de juízes honorários e profissionais.</p> <p>Tribunal Constitucional Estadual</p>	 <p>Superior Tribunal Administrativo</p>	 <p>Tribunal de Finanças</p>	 <p>Tribunal Social Estadual</p>	 <p>Tribunal Estadual do Trabalho</p>
	 <p>Tribunal Administrativo</p>		 <p>Juízo Social</p>	 <p>Juízo Trabalhista</p>
<p>LEGENDA: ● Juízes Profissionais ○ Juízes Honorários</p>				



IV — O recurso ao Judiciário, no âmbito do direito privado

Igualmente como se dá no Brasil, as partes e os advogados procuram, sempre que possível, evitar as demandas judiciais, no campo do direito privado. Assim, buscam o acordo extra-judicial como uma forma mais célere e menos dispendiosa ⁽⁴⁴⁾ para dirimir as pendências surgidas. Quando tal não é alcançado e deixa-se de recorrer ao juízo arbitral ⁽⁴⁵⁾, a parte interessada, na hipótese de se julgar credora da outra, ao invés de ajuizar ação para receber o seu crédito, pode optar — e em regra o faz — pela interpelação judicial do devedor a satisfazer a obrigação, com o que ou obtém essa satisfação ou um título executivo judicial ou ainda, na hipótese de simples impugnação do devedor, poderá ter início o processo propriamente dito. Trata-se de um procedimento menos oneroso e, normalmente, eficaz, denominado **Mahnverfahren** (procedimento monitório), o qual será abordado no curso deste estudo.

Podem as partes, todavia, lançar mão, desde logo, da ação própria, perante o juízo competente, ou porque não pretendam interpelar ou por não ser admissível a interpelação. Neste particular cumpre abrir, aqui, um parêntese para esclarecer que nem sempre as partes são obrigadas a recorrer a um advogado, a fim de assisti-las judicialmente e, por outro lado, têm que se valer, em algumas oportunidades, de mais de um profissional, se quiserem ter acesso a todas as instâncias.

Assim, nos Juízos Ordinários de 1º Grau, faculta-se às partes peticionar diretamente, podendo, porém, se preferirem, ser representadas por um advogado habilitado ou, mesmo, por quem — embora não seja advogado — tenha conhecimentos jurídicos (ex.: bacharel não inscrito na Ordem, ou estagiário).

Já nos Tribunais Estaduais — quer quando funcionam em 1ª ou em 2ª instância —, nos Superiores Tribunais Estaduais e no Supremo Tribunal Federal, é necessário que a parte esteja assistida por advogado legalmente habilitado. Não basta, porém, a inscrição perante o órgão de classe, sendo de mister o credenciamento junto ao Tribunal respectivo. Em certos Estados, um advogado pode estar autorizado a funcionar perante um Tribunal Estadual e o respectivo Superior Tribunal Estadual. Via de regra, porém, ele se acha admitido apenas em um Tribunal.

Já no Supremo Tribunal Federal, somente um reduzido corpo de advogados se acha credenciado ⁽⁴⁶⁾.

Como conseqüência do antes exposto, no cível os advogados podem militar sem impedimento perante os Juízos Ordinários de 1º Grau pertencentes à circunscrição do Tribunal Estadual para o qual estejam admitidos. Para estes Tribunais Estaduais, dita admissão é alcançada sem maiores dificuldades e praticamente decorre da habilitação e, bem assim, da localização do escritório profissional, ou seja, um advogado inscrito

(44) Vide o tópico relativo a despesas judiciais.

(45) O recurso à arbitragem tem sido expressivo, precipuamente em questões mercantis de maior vulto.

(46) Atualmente são apenas 21.

no órgão da classe está automaticamente habilitado no Tribunal Estadual em cuja circunscrição tem seu escritório (47).

A admissão aos Superiores Tribunais Estaduais, porém — nos Estados que não permitem duplo credenciamento —, só é alcançada após determinado tempo, observada a experiência e o renome profissional, o mesmo se verificando, unicamente com maiores exigências, no referente ao Supremo Tribunal Federal.

Consigne-se, ainda, que um advogado habilitado em um Superior Tribunal Estadual ou perante o Supremo Tribunal Federal, em princípio, não milita em outros Juízos ou Tribunais.

A razão do sistema antes relatado parece residir na preocupação de que a parte reste bem atendida. Este, acredito, é o fundamento do, até certo ponto, rígido controle do exercício profissional da advocacia na Alemanha. Ao que senti, não se visa impedir o trabalho do advogado mas, sim, defender o interesse das partes e, ao mesmo tempo, premiar aqueles que se destacam. Por outro lado, a circunstância de a parte se encontrar bem representada tem, também, como supedâneo, servir à administração da Justiça, pois, indubitavelmente, tal facilita a prestação jurisdicional. Mencione-se, a propósito e infelizmente, ser até certo ponto freqüente em nosso país a constatação, nos mais elevados Tribunais, de advogados de renome, autênticos mestres do direito, estarem a assistir a uma das partes, enquanto a outra é representada por um recém-formado, o qual, por mais esforçado que seja, normalmente não está ao nível do patrono da parte adversa, o que pode levar a desastrosas conseqüências, inclusive no campo do direito material, pois, a despeito dos poderes concedidos ao magistrado brasileiro na condução do processo (arts. 130, 342 etc., do CPC), deles não poderá usar a ponto de comprometer a indispensável imparcialidade.

Observe-se que o exercício profissional da advocacia, na Alemanha, na forma já referida, dá-se no âmbito da jurisdição ordinária e tão-somente no cível.

A situação mencionada é encarada com a maior naturalidade pelos próprios advogados, ao contrário do que poderia acontecer no Brasil e, na prática, ao que tudo indica, são alcançados, de maneira geral, os objetivos pretendidos, certamente para tal resultado também contribuindo o profundo sentido de especialização que está presente em todos os campos na Alemanha, inclusive na advocacia (48).

Por derradeiro, fechando o parêntese, mencione-se que o exercício da advocacia, no cível, como relatado, em nada altera o alto respeito que se devota ao "Prinzip der freien Advokatur" (princípio da livre advocacia).

(47) Excepcionalmente, também estará credenciado perante o Superior Tribunal Estadual respectivo, nos poucos Estados que tal admitem.

(48) Impressiona aos alemães como os juízes e advogados brasileiros, em sua grande maioria, devem ter bom conhecimento de todos os ramos do direito. A propósito, é comum, na Alemanha, que um conceituado advogado ou, mesmo, um experiente magistrado, confesse não ter condições de responder a uma indagação que escape ao ramo específico da respectiva militância, por mais singela que possa parecer a questão a um profissional brasileiro.

1 — A 1ª instância

Os litígios, no âmbito do direito privado, são resolvidos, em 1ª instância, através do já citado procedimento monitorio ou, quando tal não é alcançado, por intermédio da ação própria.

A prestação jurisdicional, em 1º grau, é exercida pelos Juízos Ordinários de 1º Grau (Amtsgerichte) e pelos Tribunais Estaduais (Landgerichte), através das Câmaras de 1ª instância.

Os Juízos Ordinários de 1º Grau são competentes:

a) para o procedimento monitorio (Mahnverfahren), qualquer que seja o valor do débito, mas, como ainda se verá, incorrendo a satisfação da obrigação e sendo a pretensão impugnada, o processo que poderá se seguir nem sempre será da competência do Juízo onde foi processada a interpelação;

b) para causas de valor de até 3.000 DM (§ 23, nº 1, GVG) ⁽⁴⁹⁾, muito embora a condenação possa ser superior;

c) para causas de valor superior a 3.000 DM, quando as partes concordarem, expressamente, com a submissão da **quaestio juris** ao **Amtsgericht**, ou na hipótese de não haver impugnação específica do réu, o que importa na prorrogação da competência;

d) quando a natureza da ação assim o determinar, independentemente do valor da causa (ex.: locação) — § 23, nº 2 a — h GVG;

e) para as causas atinentes ao direito de família.

Os Tribunais Estaduais, por suas Câmaras de 1ª instância, são competentes para todas as causas cíveis e comerciais que escapem à competência dos **Amtsgerichte**, ou seja:

a) para causas de valor superior a 3.000 DM;

b) para causas de valor inestimável.

São, igualmente, competentes os **Landgerichte**, em 1º grau, para processos de indenização contra o Estado, por força de atos praticados por funcionários públicos em tal condição (§ 71, II, nº 2, GVG).

O trabalho do juiz em um Juízo Ordinário de 1º Grau em muito difere do trabalho de um magistrado brasileiro em semelhante situação. Em primeiro lugar, há toda uma infra-estrutura em auxílio do juiz alemão, a principiar pelas excelentes instalações (prédios amplos, mobiliados funcionalmente, sem qualquer luxo, mas com todo conforto), pelo respaldo pessoal (há assessores, datilógrafas e secretárias que servem a um ou mais juizes) e técnico, com utilização de recursos modernos (gravadores com aparelhagem especial, máquinas eletrônicas, fotocopiadoras etc.).

(49) Gerichtsverfassungsgesetz, equivalente ao nosso Código de Organização e Divisão Judiciárias. No referente ao valor em nossa moeda, a quantia se aproxima dos Cr\$ 200.000,00 (mas não se pode esquecer, por outro lado, que um trabalhador não especializado percebe, na Alemanha, cerca de 1.500 DM ao mês).

Tal se constata em qualquer Comarca, inclusive nas menores, que equivaleriam às de 1ª entrância, no Brasil (entrância inicial, no Paraná).

Há que se ressaltar ser todo o edifício do Forum muito bem cuidado, contando o respectivo Diretor com verba suficiente, anualmente fixada, segundo o solicitado diretamente ao órgão competente da Secretaria da Justiça, para comprar material (inclusive para aquisição de livros), cumprindo mencionar, apenas para se ter uma idéia, que em uma Comarca com 53.000 habitantes, só para a biblioteca dos juizes, promotores e advogados, são destinados 12.000 DM (cerca de Cr\$ 780.000,00) anuais.

O trabalho do magistrado, por outro lado, é em muito facilitado pela regra na Alemanha observada e que um dia, quiçá, também o será em nosso País, segundo a qual um juiz é necessário para julgar e, assim, somente deve praticar os atos que demandem a sua apreciação de julgador (decisões, coleta de prova oral e sentenças). Após o exame de dezenas de autos, verifiquei que, desde o recebimento da inicial até a sentença final, os mesmos são apresentados ao juiz, em regra, duas ou três vezes. Tudo o que deve ser feito para cumprimento das normas procedimentais, fica a cargo do cartório (Geschäftsstelle) e, às vezes, dos **Rechtspfleger** ⁽⁵⁰⁾.

A propósito, não vislumbro, dentro da nossa sistemática processual, qual a razão de tanto trabalho infrutífero, que consome precioso tempo do magistrado brasileiro. Ouso, a respeito, sugerir estar na hora de um basta, sendo perfeitamente possível, sem qualquer reforma processual ou delegação de jurisdição, bem como sem vilipêndio às normas legais — ao contrário, cumprindo-as à risca —, determinar o juiz todas as providências que não demandem uma apreciação judicial e integrem obrigatoriamente o iter procedimental, sejam, de plano, tomadas pelo próprio cartório, abolindo-se o vaivém inconseqüente dos autos.

Acompanhei o trabalho de um juiz ordinário de 1º grau, no cível, fazendo-o de perto e por longo período e, em síntese, observei que o mesmo conta, em média, com 400 a 600 processos ao ano, o que lhe possibilita uma plena lembrança de cada caso, à simples menção do nome das partes, ao mesmo tempo em que lhe faculta a designação de audiências no prazo máximo de um mês, permitindo que a sentença seja proferida dentro de 90 dias, contados do ajuizamento (processos intrincados, com perícias etc., podem demandar 6 meses a 1 ano até o julgamento em 1ª instância, quer no **Amtsgericht** quer no **Landgericht**). Notei, outrossim, que, além de proferir o já referido diminuto número de despachos, utiliza o magistrado alemão, ao prolatar suas decisões e sentenças, formulários, que em nada desmerecem a prestação jurisdicional e facilitam o trabalho do julgador.

Ainda no pertinente à preocupação com a simplificação, o Ministério da Justiça distribuí impressos a serem utilizados nas citações, intimações (já acompanhados do modelo de resposta, se for o caso), ciente o interessado das providências que deverá tomar e das conseqüências de eventual inércia.

(50) Vide item respectivo.

No respeitante às audiências, deve-se registrar a simplificação e celeridade, em análise comparativa com o padrão brasileiro. No cível, em regra, não está presente qualquer escrivão ou funcionário, utilizando o magistrado sistema de gravação, somente se registrando, tanto nas tomadas de depoimento, quanto nas alegações, o estritamente necessário, deixando-se de lado formalismos supérfluos. Exemplifica-se:

a) dá-se a palavra às partes ou a seus advogados, para perguntas diretas às testemunhas, sem que tal fique registrado, pois o importante é consignar o que foi dito e não quem ou o que se perguntou, desprezando-se, no registro, perguntas e respostas impertinentes;

b) o juiz, ou a própria parte, pessoalmente ou por advogado, após já haver formulado perguntas a uma testemunha, tornam a fazê-lo, querendo. Mencione-se que tal é feito com informalidade e, ao mesmo tempo, com o máximo respeito, buscando-se, unicamente, a verdade.

Cumpra registrar, outrossim, o papel desempenhado pelo Correio alemão na agilização da Justiça e que, diga-se de passagem, poderá ser seguido pelo brasileiro, feitas pequenas alterações na legislação, de tal sorte que não se possibilite às partes medidas procrastinatórias. As citações e intimações, na Alemanha, são feitas em prazo que oscila entre 24 e 48 horas da data em que foi postada a correspondência. Não sendo encontrado o interessado, pessoalmente, vale o ato, por exemplo, desde que uma pessoa da família receba a missiva. Ninguém sendo encontrado, deixa-se um aviso de que há uma comunicação aguardando na agência do Correio, por 14 dias, no entanto, findo tal prazo, também se considera como realizada a cientificação e ao interessado incumbirá, se for o caso, comprovar, à sociedade, que, v.g., estava ausente, hospitalizado etc. Tal, mencione-se, acontece com pouca freqüência.

Já o magistrado integrante do Tribunal Estadual, em 1ª instância, julga como componente de uma câmara ou isoladamente, como juiz singular (*Einzelrichter*). As Câmaras de 1ª instância são, em regra, especializadas (Câmaras para reparação de danos, para questões imobiliárias etc.) e compostas, em média, por 5 juízes, embora somente 3 julguem, de tal sorte que nem todos necessitam comparecer à integralidade das sessões (cerca de 2 por semana), ficando livres para estudo, substituições e para os processos em que funcionam como juízes singulares. Normalmente, um juiz de **Landgericht** recebe, como relator (*Berichterstatter*) e juiz singular, um total de 150 a 200 feitos por ano. Cumpra, neste particular, registrar que os julgamentos dos colegiados são secretos, de tal sorte que as partes não sabem se houve discordância, mesmo porque não é possível lançar voto vencido⁽⁵¹⁾.

Há, também, Câmaras Comerciais, compostas por 1 juiz profissional que as preside, e 2 honorários. Nelas, que, por sinal, têm desempenho excelente, o magistrado profissional recebe um menor número de processos, em razão dos juízes honorários não funcionarem como relatores.

(51) Tal vale para a 1.ª e 2.ª instâncias e, quanto a voto vencido, vide nota n.º 9.

2 — A 2ª Instância

Em 2ª instância, a prestação jurisdicional é fornecida pelos Tribunais Estaduais (Landgerichte) e pelos Superiores Tribunais Estaduais (Oberlandesgerichte).

Os **Landgerichte**, através de suas Câmaras Cíveis ou Comerciais (Zivilkammern ou Kammern für Handelssachen — §§ 60 e 93 e seguintes, GVG), são competentes para o julgamento de queixas (Beschwerden) e apelações (Berufungen) ⁽⁵²⁾, interpostas, respectivamente, contra decisões e sentenças dos Juízos Ordinários de 1º Grau (Amtsgerichte), com exceção da matéria atinente ao direito de família, que é da competência recursal, dos **Oberlandesgerichte**, segundo o § 119, 1, GVG.

Os **Oberlandesgerichte**, através de seus Senados (§ 116, GVG), são competentes para o julgamento das queixas (Beschwerden) e apelações (Berufungen) interpostas contra decisões e sentenças proferidas pelos **Landgerichte** e, no âmbito do direito de família, pelos **Amtsgerichte**.

Tanto nos Tribunais Estaduais, quanto nos Superiores Tribunais Estaduais, depara-se com a especialização, de forma mais intensa do que a que se verifica nos **Amtsgerichte**. Tal é exatamente o contrário do que ocorre no Brasil, onde temos uma relativa especialização em 1ª instância e praticamente nenhuma em 2ª instância, agrupando-se os magistrados, em regra geral, em Câmaras Cíveis e Criminais, apenas.

Na Alemanha, as Câmaras ⁽⁵³⁾ e os Senados ⁽⁵⁴⁾ são também divididos em criminais e cíveis, mas, observada esta distinção, cada qual tem uma ou certas especialidades. Por exemplo, no âmbito cível, há Câmaras e Senados para questões afetas a construção civil, de família, para indenizações, para relações comerciais etc. Há, também, Câmaras especializadas somente para julgamentos de queixas (Beschwerden).

As Câmaras e os Senados julgam com 3 membros, muito embora sejam integrados por 4 ou 5 juízes, dependendo do Estado, mas nem todos os magistrados recebem a mesma carga de processos, pois alguns, como visto, não são juízes de tempo integral, dedicando-se mais ao magistério superior, pelo que julgam menos e também percebem bem menos (em torno de 25%). Em média, o magistrado em exercício no **Landgericht**, com tempo integral, recebe e julga de 150 a 200 processos por ano, e o juiz do **Oberlandesgericht**, de 60 a 80. As sessões (Sitzungen) são realizadas duas vezes por semana e o julgamento das apelações demora cerca de 2 a 6 meses nos **Landgerichte** e de 4 a 8 meses nos **Oberlandesgerichte**. O julgamento das queixas, porém, em ambos, é muito mais rápido, por vezes não chegando a 1 mês. Cada grupo de 2 a 3 Câmaras e Senados tem sua própria secretaria, com toda a estrutura necessária ao bom andamento dos serviços.

(52) Vide tópicos específicos sobre queixa e apelação, onde são tratadas as condições de admissibilidade e o processo respectivo.

(53) Denominação somente empregada para os Landgerichte.

(54) São as nossas Câmaras de Tribunal de Justiça, com denominação diferente, para distingui-las das dos Tribunais Estaduais Inferiores.

Como curiosidade, que bem demonstra a desburocratização e, mesmo, a circunstância de ser a justiça alemã avessa a formalismos hipertrofiados, tendo presente que o importante é a descoberta da verdade, cumpre registrar não ser incomum que Câmaras se desloquem a outros Estados e Países, para realização de sessões. O **Landgericht Bielefeld**, por exemplo, apreciando processos contra nazistas, já esteve em Moscou, Israel e até mesmo na Califórnia (USA), com os componentes da Câmara, auxiliares e advogados das partes.

Note-se que a 2ª instância, no pertinente às sedes dos Tribunais, está descentralizada, facilitando as partes e constituindo um prêmio às cidades de maior expressão, que não são capitais de Estado, criando-se, também, empregos e elevando-se o padrão cultural e econômico da comunidade, além de se facilitar o Referendar (estágio obrigatório de estudantes de direito em Juízos e Tribunais). Esta observação, registre-se, vale tanto para os **Landgerichte** como para os **Oberlandesgerichte**.

3 — A 3ª Instância

A 3ª instância está a cargo do Supremo Tribunal Federal (**Bundesgerichtshof**), através de seus Senados, a eles incumbindo o julgamento das revisões referentes às decisões proferidas pelos **Oberlandesgerichte** (55).

Na 3ª instância não se faz presente especialização mais acentuada, ao menos no que pertine aos Senados, que são divididos em cíveis e criminais, apenas se reservando a dois deles o julgamento dos conflitos de competência (56).

Cada Senado é composto por 6 ou 7 juízes, julgando com apenas 5, o que facilita as substituições e permite a um juiz comparecer a apenas uma sessão por semana, quando, em regra, são realizadas duas.

O relator da revisão, após estudar o recurso, prepara uma minuta de voto, que é encaminhada, com uma antecedência de 2 semanas da sessão, aos demais membros que participarão do julgamento. Antes mesmo da sessão de julgamento, podem os juízes se reunir, reservadamente, para verem esclarecidas certas dúvidas.

Um juiz recebe, por ano, 40 a 50 revisões e cerca de 5 recursos em que há alegação de divergência de interpretação entre dois Tribunais do país. Os conflitos de competência, que ficam em torno de 1.500 ao ano, somente são julgados, como referido, por dois dos Senados, cabendo pouco mais de 100 feitos para cada juiz.

Observa-se, assim, receberem os integrantes do **Bundesgerichtshot** uma carga de trabalho que lhes possibilita dedicar mais tempo ao estudo das questões submetidas a seu julgamento, sem qualquer prejuízo à celeridade processual. A propósito, em cada sessão são julgados de 8 a 10 feitos, ou seja, em média, 2 por julgador.

(55) Vide tópico referente à revisão.

(56) Vide tópico referente à Organização Judiciária, Item Supremo Tribunal Federal.

Apesar de os Senados serem divididos tão-somente em cíveis e criminais, cada grupo de dois juízes recebe processos de determinada natureza, de acordo com sua especialização. Dessarte, por exemplo, em determinado Senado, já se sabe que as revisões referentes a sucessão serão relatadas pelo juiz A ou B; as respeitantes ao direito de família, pelo juiz C ou D; as que abranjam pedido de indenização, pelo juiz E ou F etc., podendo um magistrado receber feitos de mais de uma natureza. Dita distribuição é feita pelo presidente do Senado, atendidas a habilitação e as preferências dos julgadores.

O julgamento da revisão dá-se de 10 a 12 meses após a fundamentação do recurso (57).

Ainda no que pertine ao trabalho do juiz no **Bundesgerichtshof**, cumpre mencionar a figura do **wissenschaftlicher Mitarbeiter** (auxiliar científico), que é um juiz estadual (de **Amtsgericht** ou de **Landgericht**), convocado, por 3 anos, a prestar serviços no Supremo Tribunal Federal, auxiliando aqueles julgadores que estejam mais atarefados. Normalmente, em cada Senado cível há 2 auxiliares científicos, recebendo cada um 3 feitos por mês para estudo e, realizado este, apresentam uma minuta de voto. Aceita a minuta pelo juiz auxiliado, o feito será levado a julgamento, normalmente. Se, porém, não for acolhida a conclusão do auxiliar, o relator terá que lavar o seu voto e submetê-lo à apreciação do Senado, juntamente com a minuta rejeitada. Neste caso, quando do julgamento, o auxiliar, embora não possa votar, tem a oportunidade de defender seu ponto de vista que, por sinal, na prática, em muitas oportunidades, resulta vencedor. Resguarda-se, assim, a independência do juiz.

Os juízes prestam dito auxílio após indicação pela Secretaria de Justiça de cada Estado, sendo escolhidos dentre aqueles considerados mais qualificados pelos respectivos Tribunais, observado o fichário individual, dando-se especial atenção à capacidade de produção, sem se desprezar o conhecimento jurídico. Aceita a indicação pelo presidente do **Bundesgerichtshof**, passam os juízes, no triênio, a exercer a tarefa antes mencionada, percebendo vencimentos equivalentes aos de integrante de um Superior Tribunal Estadual.

Frise-se que o magistrado é consultado antes da indicação e, a qualquer tempo, pode voltar à Comarca ou Tribunal de origem, se assim o desejar.

Atualmente, há 25 **wissenschaftliche Mitarbeiter** no **Bundesgerichtshof**, 19 com atribuições no cível e 6 no crime.

V — A formação do bacharel em direito

Para se ter acesso a uma Faculdade de Direito, na Alemanha, são necessários 13 anos de estudo básico, equivalente aos 1º e 2º graus brasileiros. Ao término destes, é realizado um exame geral, o **Abitur**. A aprovação faculta o acesso aos cursos superiores, cumprindo mencionar que

(57) Vide o Item Revisão, no capítulo dos recursos.

o grau alcançado terá relevância quando da escolha da faculdade, processando-se, assim, uma certa seleção, de tal sorte que, quanto mais procurado o curso, melhor deve ter sido a nota obtida no **Abitur**, para que o candidato seja admitido a frequentá-lo.

Na Faculdade de Direito ⁽⁵⁸⁾ são necessários, no mínimo, 7 semestres para habilitar o estudante a prestar o 1º exame (erstes juristisches Staats-examen). Em regra, porém, são completados 9 a 10 semestres antes da submissão à mencionada prova.

A aprovação no 1º exame permite ao estudante o cumprimento de uma segunda fase, por sinal das mais importantes em seu aprendizado jurídico, qual seja, a formação prática (praktische Ausbildung), a ser efetivada com estágio remunerado pelo Estado, em Juízos de 1º e 2º Grau, no Ministério Público, na administração pública e com advogados, por um prazo total mínimo de 2 anos ⁽⁵⁹⁾.

Nos Juízos e Tribunais há magistrados especialmente designados como orientadores dos estagiários, que são denominados **Referendare** ⁽⁶⁰⁾.

Ultimada a formação prática, submete-se o estagiário ao 2º exame (zweites juristisches Staatsexamen ou Assessorexamen), perante um Superior Tribunal Estadual (Oberlandesgericht).

A aprovação no 2º exame é que torna o estudante um jurista pleno (Volljurist), habilitando-o ao exercício da advocacia ⁽⁶¹⁾, bem como ao ingresso na administração pública (cargos técnicos que exijam formação jurídica), no Ministério Público e na Magistratura. Neste particular, repita-se, adquire especial importância o grau alcançado no 2º exame, pois tão-só a aprovação com nota mínima, embora permita a advocacia e, por vezes, o ingresso na administração pública, não capacita o candidato a fazer parte do Ministério Público e da Magistratura, já que para tal se exigem conceitos mais satisfatórios. Por força desta circunstância, não raras vezes um jurista pleno refaz parte do estágio e se submete a um novo 2º exame, para tentar um melhor grau e, assim, por exemplo, ter condições de ingressar na judicatura.

VI — O juiz

Aquele que, já aprovado no 2º exame, pretenda abraçar a judicatura ⁽⁶²⁾, deve pleitear sua admissão perante o Ministério da Justiça ⁽⁶³⁾ do respectivo Estado, se tencionar ingressar na jurisdição ordinária ⁽⁶⁴⁾.

(58) Os presentes comentários têm em conta o que se passa na maioria das Faculdades de Direito da Alemanha, sem análise de experiências que estão sendo levadas a efeito, atualmente, em Bielefeld, Hamburg II, Hannover, Augsburg, Bayreuth, Konstanz e Bremen.

(59) A partir de 1982, a formação prática terá a duração mínima de 2 anos e meio.

(60) Os juízes que têm esta incumbência recebem um menor número de processos para julgamento.

(61) Sobre peculiaridades referentes ao exercício da advocacia, no cível, vide o tópico "O recurso ao Judiciário, no âmbito do Direito Privado".

(62) O ingresso no Ministério Público se processa da mesma forma.

(63) Equivalente à Secretaria de Estado da Justiça, no Brasil.

(64) No presente estudo somente se aborda a carreira do juiz no âmbito da jurisdição ordinária, registrando-se, porém, que a admissão como juiz social e do trabalho é pleiteada perante o Ministério Estadual do Trabalho, como juiz da Fazenda, perante o Ministério Estadual da Fazenda etc.

Existindo vaga e sendo a nota do 2º exame satisfatória, passa o candidato a ser juiz em experiência (*Richter auf Probe*), por um período mínimo de 3 e máximo de 5 anos, em que exercerá a judicatura em um Juízo Ordinário de 1º Grau (*Amtsgericht*) ou em uma Câmara de **Landgericht**, bem como desempenhará as funções de Promotor de Justiça⁽⁶⁵⁾, sendo levado a exercer uma ou outra função, sem necessidade de requerimento ou anuência. Esta circunstância e a de que está sempre o **Richter auf Probe** sob o julgamento de um diretor de **Amtsgericht** ou **Vorsitzender** (presidente) de Câmara, são pontos que tenho como críticos ao sistema, pois podem pôr em risco a independência indispensável a todo magistrado.

O período de prova poderá ser, excepcionalmente, inferior a 3 anos, quando o juiz tiver exercido a advocacia ou cargos na administração pública, privativos de bacharéis em direito, mas, mesmo nestas hipóteses, ainda se exige um estágio probatório mínimo de 12 meses.

Cumprida a fase experimental e considerando o Tribunal que o juiz em experiência demonstrou aptidão para a magistratura, é ele nomeado, por ato do Governador, juiz vitalício e inamovível.

Como juiz vitalício, a carreira inicia, indiferentemente, num **Amtsgericht** ou num **Landgericht**, de onde o magistrado somente sairá a seu pedido, quer para outro **Amtsgericht** ou **Landgericht**, para o **Oberlandesgericht**, como juiz auxiliar ou por força de promoção, para o **Bundesgerichtshof**, como **wissenschaftlicher Mitarbeiter** (auxiliar científico), para o Ministério Público ou para exercer funções administrativas em Tribunais ou, mesmo, nos Ministérios da Justiça dos Estados e, excepcionalmente, no Ministério Federal da Justiça.

A promoção propriamente dita apenas se dá para o **Oberlandesgericht**, observado o critério de merecimento. Para tal ser apurado de maneira objetiva, o magistrado, quando conta 35 a 40 anos de idade⁽⁶⁶⁾ e cerca de 10 de judicatura, é convocado ao Tribunal, por um período de 6 meses a 1 ano, passando a receber e julgar recursos, como se integrante fosse do colegiado. Ultimada a convocação, desde que considerado o juiz apto à promoção, tendo em conta não só os conhecimentos jurídicos, mas, principalmente, a operosidade, estará qualificado para a indicação à nomeação pelo **Präsidentrat**⁽⁶⁷⁾. Dita indicação, porém, não é suficiente — e aqui se faz sentir, até certo ponto, a influência política — pois o **Richterwahlausschuss** (comissão eletiva de juizes), integrada não só por juizes, como também por membros do Legislativo estadual⁽⁶⁸⁾ e presidida pelo Ministro da Justiça do Estado (sem poder de voto), deve ratificá-la.

(65) Nota-se aqui, mais uma vez, um certo entrelaçamento entre as funções de juiz e de promotor, o que constitui uma constante, tanto que é possível, a pedido do interessado e no interesse da administração da Justiça, a mudança de carreira, mesmo que se esteja exercendo os mais elevados cargos em uma ou outra, facultando-se, outrossim, posterior reversão ao estado anterior.

(66) Não há uma idade limite, mas esta é a média, pois o ingresso na magistratura dá-se entre os 25 e os 27 anos, cumpre-se o período probatório por volta dos 30 e, aos 35 ou 40, já conta o juiz com a experiência necessária à judicatura em **Oberlandesgericht**.

(67) Órgão composto pelo presidente do OLG e por alguns juizes de dito colegiado — equivalente ao Órgão Especial dos Tribunais brasileiros (OLG = **Oberlandesgericht**).

(68) Em alguns Estados fazem parte da referida comissão membros pertencentes ao Poder Executivo.

Desde que o estágio não seja satisfatório, retornará o magistrado à sua ocupação anterior, exercerá outras funções administrativas ou, ainda, integrará o Ministério Público, mas não judicará no **Oberlandesgericht**.

Registre-se que, ao invés de ser promovido para o **Oberlandesgericht**, o juiz poderá ser nomeado Presidente de Câmara em **Landgericht** ou Diretor de **Amtsgericht**, pois tais cargos são equivalentes, sendo viável, inclusive, remoção de um a outro e, não raro, um juiz de **Oberlandesgericht** opta pela presidência de Câmara em **Landgericht**.

Após atingir tal degrau, o magistrado terá condições de nomeação a Presidente de Senado no **Oberlandesgericht**, o que o equipara a um Presidente de **Landgericht**. Finalmente, ser-lhe-á possível, ainda, alcançar a Vice-Presidência e a Presidência do **Oberlandesgericht** ⁽⁶⁹⁾. Frise-se que referida equivalência prevalece também para efeitos estipendiais.

A nomeação de um juiz do Supremo Tribunal Federal (**Bundesgerichtshof**) observa o seguinte processo: cada Estado, observadas as indicações do **Präsidentrat** (Conselho Presidencial) e do Ministério da Justiça respectivo, aponta 1 a 2 nomes ⁽⁷⁰⁾, quase sempre dentre juizes de **Oberlandesgericht**, Presidentes de Câmara em **Landgericht** e, mesmo, conselheiros do Ministério da Justiça (muitos dos quais juizes de carreira). A seguir, os nomes são submetidos ao **Richterwahlausschuss** (comissão eletiva de juizes), presidido pelo Ministro Federal da Justiça e integrada pelos Ministros Estaduais da Justiça e por idêntico número de membros indicados pelo Parlamento. O eleito será nomeado pelo Presidente da República e, se não aceito, proceder-se-á a uma nova eleição.

Não há, na Alemanha, a aposentadoria por tempo de serviço e um juiz pode ser jubulado ao atingir a idade de 62 anos, como se dá com os professores catedráticos. Para as demais classes, a aposentadoria somente é possível aos 65 anos.

A remuneração inicial de um magistrado fica em torno de 3.000 DM (cerca de Cr\$ 200.000,00), com acréscimos de 210,37 DM (cerca de Cr\$ 14.000,00), a cada 2 anos, a partir dos 31 anos de idade do juiz. Nos últimos degraus da carreira, os vencimentos podem chegar aos 10.000 DM (mais ou menos Cr\$ 650.000,00). Em tais valores não estão incluídas as gratificações por dependentes, que são reais e não simbólicas, como o nosso salário-família, podendo ultrapassar os 1.000 DM. É de se registrar, ainda, no aspecto remunerativo, que o magistrado tem direito ao 13º salário e ao auxílio-férias, que usufrui duas vezes ao ano.

Há que se frisar, ainda, a efetiva assistência social dispensada pelo governo a todos os habitantes da República Federal da Alemanha — e que, de conseqüência, beneficia também os magistrados — abrangendo,

(69) Os cargos de Presidente e Vice de Tribunais, bem como os de Presidente de Câmara ou Senado, são vitalícios. Inexiste, por outro lado, um cargo equivalente ao de Corregedor da Justiça, cujas funções são exercidas pelo Presidente do Tribunal, o qual pode ser auxiliado por um juiz convocado, que desempenha, também, os misteres de diretor-geral. Há, ainda, a competência dos Tribunais e das Cortes Funcionais para Juizes, no âmbito disciplinar, como já tratado.

(70) Em regra, aguarda-se a ocorrência de 2 a 3 vagas, para facilitar a seleção.

dentre outras facilidades, o ensino gratuito (das creches aos cursos superiores), a gratificação decorrente da esposa não trabalhar fora do lar, bem como um perfeito atendimento médico-hospitalar, onde se inclui o direito de freqüência a estações hidrominerais de tratamento.

Os juizes de carreira, outrossim, têm sua independência garantida constitucionalmente (art. 97, II **Grundgesetz**), sendo especificada nos §§ 30 a 37 do DRiG (Deutsches Richtergesetz — Lei Orgânica da Magistratura Alemã). Após vencido o período de prova, não pode o magistrado ser removido, promovido ou convocado, sem anuência, e nem rebaixado (não se considerando como rebaixamento o retorno a atividades anteriores, a pedido ou findo o período de convocação). Só poderá perder o cargo por força de processo.

Faz-se mister mencionar, pela importância na formação do magistrado, a Academia de Juizes (Richterakademie), em Trier, mantida pelo Ministério Federal da Justiça, com auxílio dos Ministérios Estaduais, que se destina a um permanente aperfeiçoamento da magistratura sobre temas novos, mais polêmicos ou complexos. Para tal, há uma programação anual, distribuída a todos os juizes do país, os quais, tendo interesse, se inscrevem e são convocados, observada prévia seleção que tem em conta a natureza do curso, a especialidade e as aptidões do candidato. As despesas de viagem são cobertas e, na Escola, obtêm alimentação e pousada. Numa sadia concorrência, cada Estado é responsável pela organização de um curso, o que faz todos se esmerarem por uma atuação destacada e diminui as despesas globais.

VII — O administrador judicial (der Rechtspfleger)

Como bem diz JÜRGEN BAUMANN (Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozessrechts, 2. Auflage Kohlhammer), o juiz é incapaz de trabalhar sozinho, necessitando não só de infra-estrutura material, como também de auxiliares, alguns dos quais chegam a praticar atos no processo (de expediente), sem que exerçam jurisdição (pág. 105 — trad. do original).

No Brasil, diversa é a situação, pois a infra-estrutura não é, ao menos, a mínima necessária, tanto material, quanto, e principalmente, pessoal.

A Alemanha, em verdade, enfrentou problemas semelhantes aos atuais do nosso País, com a sobrecarga dos magistrados, e resolveu-os não somente através de leis mas, precipuamente, com medidas efetivas: infra-estrutura material e retirada do juiz de atos que, a rigor, não exigiam a participação do magistrado, na jurisdição contenciosa (ex.: alguns despachos de expediente, visto de contas de custas etc.), como também e, em especial, na jurisdição voluntária, passando tais tarefas a outros sujeitos do processo, principalmente ao **Rechtspfleger** (administrador judicial) (71).

(71) Dada a natureza deste estudo, que visa precipuamente registrar inovações com possíveis adaptações ao sistema brasileiro, aqui somente se discorrerá sobre o Rechtspfleger, sem referência maior aos demais auxiliares da Justiça.

Os autores que comentam a respeito da evolução em referência (inclusive o antes nominado) fazem coro com os juizes e professores de hoje, na Alemanha, no sentido de tal experiência ser positiva. Particularmente, inclino-me no mesmo sentido, após bem observar e analisar o que ainda se comenta sobre os idos de 1920, quando principou a reação alemã, e o que vi nos dias atuais.

Constatai, com desalento, que os problemas que assolaram o Judiciário alemão na década de 20 eram semelhantes aos nossos de hoje (60 anos passados). De outro lado, animou-me a idéia de que talvez, em tempo bem mais exíguo que os alemães, possamos melhor aparelhar e desburocratizar o nosso Judiciário, servindo-nos, inclusive, no que couber, da positiva experiência germânica.

Voltemos à história, sinteticamente. Nos idos de 1920, começou a transferência de tarefas para o antigo escrivão. Ocorre que não eram todos os escrivães capazes para a prática de atos que, embora não jurisdicionais, se apresentavam como fronteiriços e exigiam maiores conhecimentos. Criou-se, então, a figura do **Rechtspfleger**, por lei de 8-2-1957, que é um "administrador judicial", com formação técnico-jurídica básica em tramitação procedimental, por 3 anos.

Para a nomeação não é, pois, necessário o curso de direito, mas, atualmente, tal tem sido a procura de matrículas nas escolas técnicas de nível superior (Fachhochschule) para o preparo do **Rechtspfleger** que, por exemplo, na Baviera é mais difícil o acesso a tais estabelecimentos de ensino do que às Faculdades de Direito, pois um grau de **Abitur** ⁽⁷²⁾, que enseja o ingresso nestas últimas não propicia a admissão naquelas.

Aprovado no exame final, o candidato pode se habilitar à nomeação e, desde que a alcance, embora sem contar as garantias do juiz, tem assegurada a independência nos seus atos, devendo obediência apenas à lei.

No dia-a-dia forense, conforme constatei, é inestimável a colaboração prestada por mencionado auxiliar ao magistrado, não só no respeitante à administração da serventia, como também na prática de atos processuais, que dispensam, ao menos em princípio, a intervenção do juiz, o qual, porém, poderá ser chamado a apreciar reclamações contra decisões dos **Rechtspfleger**.

A experiência, como afirmado, foi positiva, e lastreou uma ampliação nas atribuições dos **Rechtspfleger** (Leis de 5-11-1969, 27-6-1970, 21-6-1972, 14-6-1976 e 2-7-1976). Assim, hoje, dentre inúmeras outras atividades, incumbe ao mencionado auxiliar:

- a) processar o **Mahnverfahren** (procedimento monitório), enquanto não estabelecido o contencioso;
- b) fixar e alterar alimentos;
- c) verificar a exatidão das contas de custas;

(72) Vide referência no tópico "A Formação do Bacharel em Direito".

d) providenciar a efetivação dos atos cartorários necessários às citações, notificações e intimações;

e) processar a assistência judiciária, deixando a decisão final ao juiz;

f) praticar atos na execução (atos de impulso processual e venda judicial) ⁽⁷³⁾;

g) decidir questões afetas ao registro imobiliário;

h) praticar atos em processos de tutela, adoção e falência.

O número de **Rechtspfleger** equivale ao de juizes em exercício na 1ª instância e, para se ter uma idéia do papel que representam, basta dizer que são chamados de "segundo pilar do Judiciário".

VIII — Breve registro da evolução do processo civil alemão nos últimos 100 anos

A CPO (Código de Processo Civil) ⁽⁷⁴⁾ alemã é de 1877, tendo entrado em vigor em 1879, mas sofreu, nos pouco mais de 100 anos de sua vigência, um número considerável de modificações — mais de uma centena — como lembra WOLFRAM HENCKEL em seu trabalho **Pensamentos Sobre a Origem e a História do Código de Processo Civil** ⁽⁷⁵⁾, que serviu de base, juntamente com entrevistas com o próprio autor e pesquisas, para estas observações preliminares.

As assim chamadas novelas (leis novas que reformam ou completam diplomas legais até então em vigência, sem derogá-los totalmente, muito embora possam — e, em regra, tal acontece — revogar artigos e alterar toda a estrutura do ordenamento) modificaram substancialmente o original diploma processual de 1879.

Cumpra, pela importância, destacar as novelas:

de 1898 — adaptação da então CPO ao Código Civil de 1898;

de 1905, 1910 e 1975 — conhecidas como **Revisions novellen** (novelas revisionais);

de 1909 — a **Amtsgerichtsnovelle** (novela do Juízo Ordinário de 1º Grau);

de 1924 — referida como **Emminger-Novelle**, bastante conhecida por haver colocado um certo freio no poder de disposição das partes, fortalecendo os do julgador, tendo introduzido o prin-

(73) Na execução há, também, a figura de um outro auxiliar da Justiça, o Gerichtsvollzieher (executor judicial).

(74) Note-se que, originalmente, o CPC alemão era conhecido pela sigla CPO, em razão de "Zivil" se escrever com o e não com z, como passou a ser grafado, posteriormente.

(75) Gedanken zur Entstehung und Geschichte der Zivilprozessordnung, extraído da Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns — Verlag Vahlen — München, 1980.

cípio da concentração e, também, o julgamento conforme o estado dos autos, dentre outras inovações;

de 1933 — que incluiu o princípio da lealdade processual, com especial enfoque para a exposição dos fatos em Juízo conforme a verdade, tendo, de igual, procurado agilizar o processo;

de 1976 — a conhecida **Vereinfachungsnovelle**, que será objeto de referência especial.

Apenas para registro, convém referir, pois também produziram alterações consideráveis na CPO, as seguintes leis (dentre inúmeras outras, que tiveram menor importância):

de 23-7-30 — alterou disposições relativas à arbitragem ⁽⁷⁶⁾;

de 21-2-36 — estatuto dos advogados;

de 12-9-50 — trouxe de volta a unificação do processo, nos âmbitos civil e penal e a uniformidade de custas, tudo como consequência do surgimento da **Bundesrepublik** de pós-guerra;

de 8-2-57 — criou a figura do **Rechtspfleger**, objeto de outras referências neste estudo;

de 21-3-74 — alterou os §§ 15, 29, 33, 38, 39, 40, II, 331, I, 504, II, e introduziu os §§ 696, a, e 700, a;

de 20-12-74 — lei de desafogo dos Tribunais Estaduais (*Landgerichte*) e de simplificação dos registros de audiências e sessões, modificando os §§ 159-165, 348-350, 510, a, 511, a, I, 567, II, introduzindo o § 524 e revogando os §§ 298 e 507;

de 8-7-75 — lei de alteração do direito à revisão, no âmbito do processo civil, modificando os §§ 545, 546, 547, 549, 554, 555, 556, 559, 561 e 566, a, e introduzindo os §§ 554, b, e 565, a;

de 14-6-76 — primeira lei de reforma do direito conjugal e de família, alterando, entre outros, os §§ 78, 93, 97, 118, 324 e 328, introduzindo os §§ 78, a, e 127, a, e estabelecendo, em questões de família, um novo processo (§§ 606-630);

de 13-6-80 — lei de assistência judiciária, que entrou em vigor em 1º-1-81, alterando os §§ 114-127 e reintroduzindo, nos §§ 516 e 552, os prazos peremptórios para apelação e revisão ⁽⁷⁷⁾.

As antes mencionadas novelas, em parte, foram consequência de modificações na lei substantiva e, de outro lado, produto da ansia de se alcançar caminhos mais adequados, no âmbito processual, visando-se um aceleramento na prestação jurisdicional. Em verdade, nem sempre as que buscaram a agilização da Justiça se faziam imprescindíveis, pois, muitas vezes, as normas vigentes já possibilitavam uma solução mais sa-

(76) A arbitragem é um instituto que está a ganhar corpo na Alemanha, nos últimos tempos, contribuindo, de certa forma, para aliviar a carga do Judiciário.

(77) A assistência judiciária e os prazos recursais são tratados no curso deste trabalho.

tisfatória — por outras ou semelhantes vias — somente não alcançada, mercê de certos juizes e advogados não conhecerem os textos legais, de mal os interpretarem ou, mesmo, de deliberadamente os deixarem de lado, procurando trilhar caminhos mais conhecidos e fáceis, que estabeleceram uma praxe judiciária à margem das normas vigentes. Por outro lado, quando as novelas efetivamente alteravam a sistemática processual, trazendo algo de novo para maior rapidez na tramitação do processo, nem sempre era atingida a meta, em razão da já mencionada ignorância da lei ou de proposital não-cumprimento.

Para bem demonstrar a situação antes retratada, louvo-me no exemplo pessoal fornecido por W. HENCKEL em uma de nossas reuniões, em abril de 1981. Narrou o mestre, então, que quando se preparava para seu segundo exame, recebeu de um juiz determinada questão para estudo, com a observação de que se tratava de problema assaz difícil, demandando, no mínimo, uma semana para a necessária pesquisa. O então aluno e hoje professor, ao estudar, encontrou pronta solução em determinado parágrafo da ZPO, o que relatou ao ser examinado, dias após, quando foi contestado pelo magistrado, que afirmava inexistir tal artigo de lei. O examinando exibiu o seu código e o examinador reconheceu ignorar o texto legal, em vigência há 6 anos. Cumpre mencionar que o exemplo foi dado, não com caráter crítico em relação ao citado juiz, mas para se demonstrar a ineficácia de uma lei, quando desconhecida e o que estava a ocorrer na Alemanha de pós-guerra, quando o Judiciário não possuía infra-estrutura e os magistrados não recebiam, como recebem atualmente, os livros e publicações que lhes são propiciados, além de contarem, como contam, com o por vezes mencionado respaldo operacional.

O parêntese é feito também com a finalidade de levar o leitor a uma reflexão ante a situação do Judiciário brasileiro, carente de infra-estrutura, e ainda merecedor do respeito dos jurisdicionados ante a abnegação — sacrifício mesmo — de juizes que, em sua maioria, trabalham por dias e noites, aguardam finais de semana, feriados e férias para mais produzir, em regra não dispondo sequer de uma máquina de escrever e, muito menos, de secretária, máxime em 1ª instância; obrigados a retirar parte de seus vencimentos — nem sempre condizentes com a importância do serviço prestado — para aquisição de livros, códigos e publicações especializadas, necessários ao perfeito exercício profissional.

No respeitante à evolução do Processo Civil alemão, impõe-se referir a apreciação de WACH, o qual, embora tivesse certas reservas quanto à CPO de 1879, após sua conhecida "Enquete" de 1886⁽⁷⁸⁾, concluiu que se estava no caminho correto. Ocorre que este caminho não foi fácil, principalmente, repita-se, pelo já citado desconhecimento ou intencional não observância das normas processuais.

Ainda para exemplificar e levar o leitor a uma perfeita compreensão do embaraço reinante, cumpre lembrar que o princípio da oralidade pura, abraçado pela CPO de 1879 (§ 128), após ter sido atenuado pela praxe forense, foi limitado pelas novelas de 1909 e de 1924, que admitiram a

(78) Relatório publicado na *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, 1887, vol. XI.

apresentação de peças escritas, em hipóteses em que, até então, tal não era tolerado. Ocorre que o § 128 não foi alterado, expressamente, em seu texto, que continuou, assim, com a mesma redação nas publicações. Como conseqüência, os comentadores, em seus livros didáticos, prenderam-se à exegese do texto e tal fez renascer a falsa concepção de que nada mudara desde 1879.

Os motivos antes expostos foram os principais responsáveis por não se ter alcançado, praticamente, uma transformação de vulto, no campo da agilização processual, de 1879 até 1967 (início do **Stuttgarter Modell**) e, de maneira mais ampla, até 1976 (**Vereinfachungsnovelle**) ⁽⁷⁹⁾.

Refira-se, ainda, neste acanhado bosquejo histórico, que, de 1879 a 1976, travou-se uma autêntica batalha entre a oralidade e a escritura, com reflexos no princípio da autonomia das partes e, principalmente, no sistema de preclusões, até restar atingido, ao menos idealmente, com a **Vereinfachungsnovelle**, o meio termo que pode ser o justo termo, como lembra HENCKEL ⁽⁸⁰⁾, ou seja, tanta oralidade, quanto necessária para evitar um sistema rígido de preclusões, e tanta escrita, quanto necessária a preparar a parte oral, de tal forma que, em uma só audiência, se possa abarcar toda a questão em Juízo discutida.

Impõe-se frisar neste intróito, outrossim, que a questão da agilização na prestação jurisdicional unicamente foi bem equacionada, na Alemanha, quando se chegou a uma conscientização no sentido de que, para tal se alcançar, não bastava o trabalho do magistrado, sendo necessário o auxílio das partes e, principalmente, dos advogados.

Mencione-se, neste particular, o que, em síntese, já disse FRANZ KLEIN, o reformador do processo austríaco: reformas processuais só são realizáveis quando há boa vontade de todos os participantes do processo e quando, permanentemente, se persiste nesta boa vontade ⁽⁸¹⁾.

Ressalte-se, mais, que a agilização só será perfeita, quando aliada à qualidade das decisões, e tal somente será alcançado na Alemanha, no Brasil ou em qualquer outro país, com a perfeita formação do bacharel em direito, com a escola de preparação e aperfeiçoamento de magistrados e, repita-se, com a infra-estrutura adequada ao Judiciário.

IX — O modelo de Stuttgart (das Stuttgarter Modell)

Não se pode falar, ainda que sintenticamente, no **Stuttgarter Modell**, sem uma referência obrigatória e justa, embora sucinta, sobre a fonte de inspiração do referido "modelo", ou seja, a respeito do conhecido trabalho do Dr.h.c. FRITZ BAUR (ex-juiz do Supremo Tribunal Federal e professor emérito da Universidade de Tübingen, com quem estagiei em maio de 1981), dado a conhecer em conferência levada a efeito perante a Associação Jurídica de Berlim, em 13-10-65 e publicado por Walter de

(79) O **Stuttgarter Modell** e a **Vereinfachungsnovelle** são objeto de comentários neste estudo.

(80) Artigo citado (vide nota 75).

(81) "Aulas sobre a Prática de Processo Civil", 1900, referido por PETSCHKE-STAGEL, *Der österreichische Zivilprozess*, Wien, 1963.

Gruyter & Co. — Berlim, 1966, com o título **Caminhos para uma Concentração da Audiência no Processo** (Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess).

O mestre, no referido estudo, após traçar o retrato do processo civil alemão desde as duas últimas décadas do século XIX, atestava a morosidade na prestação jurisdicional, resultante de duas razões principais:

1ª — Insuficiência na formulação, pelas partes, da pretensão respectiva, em especial em decorrência da inexistência de prazo para apresentação de petições, dificilmente rejeitadas, resultando que, até mesmo depois de colhida a prova oral, se ensejava, mediante novo pedido, repetição da instrução, ocorrendo, mais, por vezes, que a real pretensão das partes só fosse aparecer, de forma clara, na 2ª instância.

2ª — Separação da audiência propriamente dita daquela em que se coletava a prova, repetindo-se audiências e mais audiências em cada processo, abarrotando-se as pautas, não tendo o magistrado tempo hábil para tratar, com a profundidade necessária, da tomada de depoimentos e da própria questão em Juízo debatida, restando ferido o direito material.

BAUR, ante a situação e inspirando-se no processo penal, que se mostrava célere, mercê de uma adequada preparação da audiência principal e de uma proibição de interrupção desta, que somente em casos excepcionais poderia ser suspensa, devendo, porém, ser ultimada em 10 dias (§ 229 StPO), sugeriu: a realização de uma só audiência, com coleta de prova e debates na mesma ocasião, ponderando, porém, que para tal ser alcançado, era de mister uma adequada preparação, com troca de petições — em prazos determinados — culminando com uma pré-audiência, estabelecendo-se, como sanção para o réu que não respondesse no prazo estabelecido, o julgamento à revelia, já no pré-procedimento, e não apenas em decorrência de seu não-comparecimento à audiência principal. Opinou, ainda, que a admissão de novas petições ou arrazoados, após o pré-procedimento, só deveriam ser admitidos se a omissão não resultasse de culpa, fazendo-se presentes os efeitos da preclusão na hipótese de negligência.

Na audiência preliminar, para a qual seriam regularmente intimadas as partes, decidir-se-iam todas as preliminares, e ficariam estabelecidos os lindes da controvérsia, bem como deliberar-se-ia a respeito de provas e seria tentada a conciliação.

Aquilo que veio a ser conhecido como **Stuttgarter Modell**, na prática, surgiu no **Landgericht Stuttgart**, mas precisamente na então recém-criada 20ª Câmara Cível (em 1º-1-67), pela iniciativa do juiz R. BENDER, que procurou tornar realidade, com seus colegas de Câmara, o sugerido por BAUR, tendo como principal meta a realização de uma única audiência (82).

(82) BENDER, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen*, DRIZ 68, págs. 163 e seguintes, e *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen ein Schritt zur Justizreform*, JA 71, págs. 689 e seguintes.

A princípio, como em toda reforma, foram sentidas dificuldades na preparação da audiência, decorrentes da sombra que os procedimentos e praxes até então seguidos projetavam sobre as novas idéias, reagindo alguns advogados e inconformando-se certos peritos (estes últimos, até então, não tinham prazo para ultimação dos laudos). A firme disposição dos componentes da Câmara, a compreensão, ao início, de um bom número e, posteriormente, da quase totalidade dos advogados, e a colaboração de alguns expertos, os quais se propuseram a elaborar os laudos num prazo máximo de 3 semanas, bem como e precipuamente o alastramento da convicção de consistir o modelo em meio de acelerar a prestação jurisdicional, de maneira segura e eficiente, superaram os obstáculos iniciais. Consigne-se ter o **Stuttgarter Modell** se espreado de tal maneira que, decorridos 11 anos da palestra de FRITZ BAUR, quase uma centena de colegiados alemães já adotava a experiência pioneira da 20ª Câmara Cível do **Landgericht Stuttgart**, levada a efeito em janeiro de 1967.

Para adoção do modelo não foi de mister a alteração da lei processual, procurando os juizes, nos dispositivos legais vigentes, respaldo à nova idéia, quer fosse dito respaldo expresso, quer implícito, como também valendo-se da ausência de vedação normativa.

Em síntese, o novel modelo consistia na adoção de um pré-procedimento escrito, com observância de prazos pelas partes que, porém, podiam dilatá-los, de comum acordo. Normalmente, após a propositura da ação, tinha o réu 14 dias, contados de sua ciência da inicial, para dar conta ao Juízo de dita ciência e de sua intenção de responder. Apresentada a manifestação, dispunha o réu de mais 14 dias para a resposta. Inocorrendo o mencionado pronunciamento exordial do réu, era, desde logo, designada a audiência, onde, em regra, vinha a ser proferido julgamento à revelia. Contestada a ação, o autor dispunha de 14 dias para a confutação. Somente após a réplica ou o decurso do prazo respectivo sem manifestação do autor, é que os autos eram apresentados ao **Vorsitzender**, o qual os encaminhava ao relator (quando não se estava em presença da hipótese de julgamento por juiz singular)⁽⁸³⁾. Seguia-se uma reunião preliminar da Câmara, onde como que se saneava o processo, verificando-se, inclusive, se os meios probatórios eram suficientes, sugerindo-se os caminhos a trilhar, para que aflorasse a verdade e se efetivasse a Justiça. Nesta mesma oportunidade era designada a audiência principal, intimando-se as partes e testemunhas e estabelecendo-se, na hipótese de perícia, que o laudo deveria ser entregue 10 dias antes da audiência.

Pouco antes da audiência, os integrantes da Câmara se reuniam, relembando os pontos controvertidos do processo, examinando as petições, documentos e o laudo pericial, de modo a todos estarem perfeitamente aptos para a sessão e nesta, preliminarmente, após ouvidas as

(83) Deve-se notar que o **Stuttgarter Modell** nasceu em um **Landgericht** que, como visto, funciona em 2.ª e 1.ª instâncias, em Câmaras e Juízos singulares, variando de tribunal para tribunal, de Estado para Estado, prevalecendo, porém, como já ocorria ao tempo do **Stuttgarter Modell**, o julgamento em colegiado.

partes, seguia-se uma reunião secreta dos membros da Câmara, verificando-se se algo de novo surgira ou o que deveria ser feito ante o controvertido. Após, era proposto acordo, podendo, mesmo, se alcançar a desistência da ação ou o reconhecimento do pedido. Na continuidade, falavam os advogados, precisamente sobre as questões em discussão, e se coletava a prova, novamente se manifestando os advogados de maneira sucinta sobre a instrução, findo o que novamente a Câmara se reunia, igualmente em sessão secreta. Finalmente, ratificava-se a proposta de conciliação e, não se a logrando, deveria a sentença ser proferida em uma semana, muito embora o prazo, por vezes, não fosse respeitado. Excepcionalmente, antes da sentença, poderia ser designada nova audiência, o que raramente ocorria, face à preparação.

A prática, ou seja, o **Stuttgarter Modell**, porém, em dois pontos se afastou da sugestão de BAUR, isto é, deixou de abraçar a idéia da audiência preliminar (*Vortermin*) — que não se confundia com a reunião preliminar dos componentes da Câmara, antes mencionada — e o juiz não recebia o processo antes de apresentada e confutada a resposta (salvo na hipótese de decurso do prazo sem a prática de ditos atos).

A aparente complexidade procedimental, segundo o **Stuttgarter Modell**, serve também para demonstrar dois fatos:

1 — a situação do processo civil alemão, antes do mencionado modelo, era bem mais complexa, tanto é que a nova idéia foi tida como revolucionária;

2 — a infra-estrutura material e pessoal do Judiciário alemão, desempenhando papel decisivo o expressivo número de juizes e o grau de especialização, já à época do **Stuttgarter Modell**.

Mencione-se que o procedimento não era rígido e sofria pequenas alterações numa e noutra Câmara, mas a idéia básica, os princípios, enfim, coincidiam.

Observe-se, mais, que a despeito do **Stuttgarter Modell** ter nascido e se desenvolvido no **Landgericht**, quer em 1ª, quer em 2ª instância, esprou-se também para o **Amtsgericht** (em Sollingen, 1970) (84).

Os resultados obtidos com o modelo podem ser facilmente compreendidos com as referências estatísticas feitas por BENDER (85), KRAMER (86) e BAUR (87), o primeiro registrando que, de fevereiro a dezembro de 67, na 20ª Câmara Cível do **Landgericht** Stuttgart, de 476 processos, 411 foram ultimados em uma única audiência principal, ou seja, 86%, referindo, também, haver o tempo de tramitação médio, em 1ª instância, passado a ser de 2 e meio a 3 meses, contra os mais de 6 meses apurados pelo segundo autor citado, como necessários à últimação de mais de

(84) KOTTHAUS, Wolfgang: *Stuttgarter Modell beim Amtsgericht Erfahrungsbericht über eine Erprobung*, DRIZ 72, págs. 303 e seguintes.

(85) *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen*, DRIZ 68, pág. 185.

(86) *Schreckgespenst Prozessverschleppung*, BB 71, págs. 577 e seguintes.

(87) *Weitere Anregungen zur Beschleunigung der Zivilrechtspflege*, JZ 69, pág. 482.

62% dos processos, antes da nova experiência. Finalmente, BAUR fornece importante revelação estatística, qual seja: na 20ª Câmara Cível mencionada se registravam cerca de 9% de apelações, quando a média, no País, era de 11,8%. Via-se, assim, que uma perfeita preparação conduz, não só a um julgamento mais rápido, como também conforme aos anseios das partes, isto é, mais convincente.

X — A novela da simplificação (*die Vereinfachungsnovelle*)

Como antes tratado, a prática consagrou o **Stuttgarter Modell**, fazendo-se mister, porém, o disciplinamento legislativo para uma unificação procedimental em todos os Juízos e Tribunais. Os esforços para tal principiaram em 1970, mas o projeto de então, conhecido como **Beschleunigungsnovelle** (novela do aceleração), que não só aproveitava o **Stuttgarter Modell**, como também propiciava ao julgador uma opção entre o pré-procedimento escrito (que seria adotado para questões patrimoniais) e o procedimento da audiência preliminar, não se tornou lei, porque as discussões tanto se prolongaram que se encerrou o período legislativo do Parlamento, sem apreciação final da matéria.

Em 10-7-74, o governo federal apresentou um projeto de lei mais preparado e completo, para o aceleração de procedimentos judiciais, a chamada **Vereinfachungsnovelle**. A introdução total do **Stuttgarter Modell** também teve opositores, o que motivou, de igual, a adoção de uma solução alternativa, no pertinente ao procedimento preparatório da audiência principal, quedando-se a opção por um ou outro caminho a critério do julgador, ao analisar cada caso submetido a seu julgamento.

A **Vereinfachungsnovelle**, que deveria entrar em vigor em 1º-1-77, só passou a vigor em 1º-7-77 e modificou profundamente a ZPO alemã, de tal forma que, segundo PUTZO, pode ser considerada, no âmbito normativo do processo civil, como a lei do século, muito embora o mesmo autor, conhecido por seus concisos mas precisos e respeitadas comentários à ZPO (editora C. H. Beck, München), afirma que somente em alguns anos se poderá emitir um juízo sobre a eficácia do novo ordenamento⁽⁸⁸⁾.

Os objetivos perseguidos pela **Vereinfachungsnovelle** podem ser assim resumidos:

— concentração do procedimento, principalmente da audiência;

— instituição da possibilidade de julgamento por juiz singular nos **Landgerichte**, em certas causas, desafogando-se as Câmaras;

— alargamento da competência dos Juízes Ordinários do 1º Grau, tendo em conta o aumento do valor das causas submetidas ao respectivo julgamento;

(88) "Die Vereinfachungs-Novelle — Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren" — in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 1/2, 1977, pág. 1.

- melhor disciplinamento do conteúdo da sentença;
- ordenamento mais adequado da execução provisória;
- simplificação do procedimento, na hipótese de revelia;
- racionalização do **Mahnverfahren** ⁽⁸⁹⁾, com maior proteção ao devedor;
- introdução do sistema de gravação nas audiências.

Em verdade, ao que tive condições de constatar, referidas metas ⁽⁹⁰⁾ foram alcançadas, a despeito de dificuldades iniciais, e apesar de existirem, ainda, pequenos problemas de ordem legislativa, que poderão ser corrigidos e não chegam a comprometer o mérito da **Vereinfachungs-novelle**.

Tal, porém, poderá ser ofuscado, se a preparação do procedimento não for a adequada e, neste particular, o sucesso ou insucesso repousa na estreita colaboração das partes e, acima de tudo, no agir do juiz, desde o momento em que escolhe o melhor caminho a trilhar para dita preparação até à maneira como conduz o pré-procedimento e a própria audiência principal. Ainda nos dias de hoje, embora esta não seja mais a regra, pode-se constatar que certos juizes continuam apegados a praxes anteriores, incompatíveis com a idéia e os fins da novela, sabido existir a lei processual para realizar o direito material, a ser buscado pelas partes e pelo juízo, através do processo, estabelecendo-se o equilíbrio social. Assim, por exemplo, quando se faculta ao magistrado a opção na escolha do procedimento adequado, tem-se em mira que o mesmo agirá movido pelo interesse maior do Estado de prestar a jurisdição de maneira célere e apropriada e não tendo por escopo o caminho mais fácil ao julgador, pois tal se confunde com comodismo e capricho.

Deve-se destacar, outrossim, como contribuição da novela, a introdução, na ZPO, de prazos para a prática de atos processuais pelas partes, bem como a sanção decorrente da sua inobservância. A respeito, registre-se, porém, que os magistrados alemães mostram-se, até certo ponto, tolerantes com justificativas permitindo manifestações tardias em pronunciamentos irrecorríveis, pois cabe recurso somente na hipótese de rejeição da petição por serôdia.

Os defeitos, assim, são mais do homem do que do sistema, mais da prática forense do que da lei em si.

É oportuno registrar o pensamento de um magistrado de **Lübeck**, decorrido um ano da vigência da nova lei, e a conclusão do Presidente do **Oberlandesgericht Celle**, no trabalho de abertura do Congresso sobre a **Vereinfachungs-novelle**, realizado na Academia Alemã de Juizes, em

(89) Espécie de interpelação que pode levar à satisfação da obrigação, obtenção de um título judicial ou servir como início do processo de conhecimento propriamente dito (vide capítulo XI, item 1).

(90) Nem todos os motivos supra referidos aqui serão tratados, pois a natureza e finalidade deste trabalho são apenas dar uma visão global sobre o assunto, com enfoque especial, ainda que não profundo, de uma síntese procedimental no âmbito do processo de conhecimento e com referência ao procedimento recursal.

Trier, em outubro de 1978. O Dr. PETER HARTMANN, juiz no **Amtsgericht Lübeck**, assim se manifestou: "A lei tem algumas falhas perturbadoras, mas no geral, em verdade, teve seu valor" (91). Por seu turno, o magistrado de segunda instância, Dr. HARALD FRANZKI, concluiu: "Apesar de numerosas falhas da novela, a prática, em verdade, no geral, teve em mãos uma lei melhor. Ela só precisa saber como usá-la" (92).

XI — Síntese procedimental

Como já mencionado, as partes, quando não resolvem suas pendências amigavelmente ou, mesmo, através do juízo arbitral — frisando-se, neste particular, a tendência no sentido de maior uso do instituto, pela rapidez e, acima de tudo, economia — recorrem ao Judiciário, através do **Mahnverfahren** ou do processo propriamente dito.

1 — O procedimento monitorio (das Mahnverfahren — §§ 688 a 700 ZPO)

Consiste, em resumo, o procedimento em referência, em sua atual sistemática — pois a novela de 76 deu-lhe novos contornos — numa interpelação que se faz a alguém, para que pague determinada quantia em dinheiro, independentemente de fundamentação fático-jurídica e, inclusive, de qualquer comprovação do alegado débito. Note-se que referida espécie de interpelação não se confunde com a dos artigos 867 e seguintes do nosso Código de Processo Civil, pois o procedimento monitorio alemão pode gerar sérias conseqüências, com reflexo no direito material das partes.

A interpelação é sempre levada a efeito perante o **Amtsgericht**, não se considerando, neste particular, o valor da causa. Competente para conhecer da interpelação não é o juiz de direito; ao contrário, quem tem tal atribuição é o **Rechtspfleger**. O Juízo competente é do domicílio do interpelante, muito embora o processo judicial, que poderá surgir, venha a ser instaurado, mais tarde, no foro (**Amtsgericht** ou **Landgericht**) do domicílio do réu.

Recebida a interpelação, o **Rechtspfleger** determinará o envio da correspondência ao interpelado, o qual, no prazo de 2 semanas, deverá satisfazer a obrigação ou comunicar, utilizando-se de formulário, que acompanha o expediente a ele endereçado, se pretende discutir a questão em Juízo. Na primeira hipótese, exaure-se o procedimento e, na segunda, surgirá o processo propriamente dito, que incumbirá ao juiz ou Câmara competente apreciar.

Pode, ainda, o interpelado não satisfazer a obrigação e, de igual, deixar de se manifestar nas 2 semanas. Tal terá como resultado a prolação de uma "ordem de execução" (**Vollstreckungsbescheid**), que revestirá a

(91) "Ein Jahr Vereinfachungs-Novelle", in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 30, 1978, pág. 1.457 — trad. do original.

(92) "Die Vereinfachungs-Novelle und ihre bisherige Bewährung in der Verfahrenswirksamkeit", in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 12, 1978, pág. 9 — trad. do original.

interpelação de força executiva, com idêntico valor ao emprestado à sentença decorrente da revelia, se, novamente cientificado o interpelado, desta feita, já da ordem de execução, deixar de se manifestar.

Desde que o interpelado comunique pretender discutir (quer o faça de plano, quer assim proceda ao receber a ordem de execução), o interpelante — já perante o juiz de direito ou Câmara — fundamentará sua pretensão e terá a oportunidade de responder, observando-se o processo de conhecimento, com obediência aos princípios do pré-procedimento oral ou escrito, como se verá a seguir.

Frise-se que a interpelação tem sido largamente utilizada na Alemanha, conforme pessoalmente constatei, valendo referir a observação do Prof. Dr. SCHWAB (com quem tive a honra de estagiar, no Instituto para Direito Civil e Direito Processual Civil da Universidade de Erlangen-Nürnberg, em abril/maio de 81): “o procedimento da interpelação tem um grande significado prático. No ano de 1977, foram propostas 4 milhões de interpelações. Somente em cerca de 11% dos casos foram respondidas” (93).

Por derradeiro, neste particular, cumpre mencionar que, segundo informações obtidas no Ministério da Justiça da Baixa Saxônia, em Hannover, já se ultimam estudos para o processamento do **Mahnverfahren** através de computadores eletrônicos, tal o volume crescente de proposições e o papel que desempenha na pronta solução de controvérsias, sem despesas maiores e, acima de tudo, no desafogo do magistrado.

2 — O pré-procedimento

A utilização do **Mahnverfahren** é facultativa, mas, quer o interessado dele se utilize e, em seu curso, venha o interpelado a formalmente se opor — seja logo ao receber a comunicação, seja por ocasião da cientificação referente à ordem de execução — quer desde logo recorra ao processo, dois **itineras** procedimentais podem ser trilhados na preparação da audiência principal, que deverá, sempre que possível, em um só ato, reunir todos os elementos necessários ao julgamento da causa. Estes dois caminhos são os nominados pré-procedimento escrito (*schriftliches Vorverfahren*) e o pré-procedimento oral (*mündliche Verhandlung*).

Antes de uma rápida consideração a respeito das duas modalidades noticiadas, cumpre registrar que o processo civil alemão, na fase que antecedeu ao **Stuttgarter Modell** — que, em resumo, como já tratado, constituiu uma reação à morosidade processual, da parte de juizes de Stuttgart — caracterizava-se por um grande número de audiências, a primeira delas já sendo designada tão logo apresentada a petição inicial (mais ou menos como no nosso sumaríssimo). Com o **Stuttgarter Modell** assentou-se a idéia de que a audiência principal, em obediência aos princípios da concentração, da celeridade e da economia processuais, deveria, se possível, ser una, proporcionando fosse, tão logo ultimada

(93) ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.ª ed., C. H. Beck, München 1981, pág. 1.003, § 165, n.º 1, 1 — trad. do original.

(preferencialmente em um único ato), proferida a sentença. Para tal, preconizava-se o chamado pré-procedimento escrito. A idéia deu bons resultados, como antes visto, mas, apesar disso, a prática veio a demonstrar que, em determinados casos, recomendava-se uma audiência inaugural, onde, se não fosse alcançada uma preparação integral para o julgamento, ao menos seriam fixados os pontos controvertidos, estabelecidos os meios probatórios e, sempre que possível, designada a audiência principal, salvo se dispensável por estar, **verbi gratia**, o julgamento a envolver apenas questões de direito.

Surgiu, então, a já citada **Vereinfachungsnovelle** de 1976, que propiciou ao magistrado, de maneira clara — já que anteriormente não lhe era vedado assim proceder — dois caminhos para a preparação da audiência propriamente dita. A opção é do julgador, muito embora possam as partes sugerir, ou mesmo pleitear, um ou outro procedimento, o que será ou não acatado, **ad libitum** do juiz singular (**Richter** no Amtsgericht ou **Einzelrichter** no Landgericht) ou do **Vorsitzender** nas Câmaras do Landgericht, com competência para 1ª instância, não cabendo de tal decisão qualquer recurso.

a) O pré-procedimento escrito

O pré-procedimento escrito, em regra utilizado nos casos mais complexos, tem a vantagem de ensejar o julgamento à revelia, se o réu não responder no prazo de 2 semanas — contado da data em que foi cientificado da fundamentação (*Begründung*) do **Mahnverfahren** — ou no prazo mínimo de 4 semanas do recebimento da petição inicial (*Klageschrift*) propriamente dita, se nas 2 semanas antes citadas comunicou que iria se defender. Igualmente, dito procedimento possibilita que tudo fique estabelecido por escrito nos autos (ex.: réplica, fixação de pontos da demanda, prova pericial, decisão de eventuais incidentes), antes da audiência em que será coletada a prova oral e terão lugar as manifestações das partes e seus patronos.

As vantagens são consideráveis e, às vezes, se alcança uma prestação jurisdicional mais rápida, no entanto, em outras ocasiões, o procedimento se alonga, quando tudo poderia ser resolvido com maior celeridade, se trilhado o caminho do pré-procedimento oral.

Para uma melhor compreensão, é de se consignar que o pré-procedimento escrito se apresenta, em muito, semelhante ao nosso procedimento ordinário.

b) O pré-procedimento oral (ou a audiência preliminar — **früher erster Termin**)

O pré-procedimento oral, que não prescinde da forma escrita, tem alguma semelhança com o nosso procedimento sumaríssimo, muito embora não conte com as imperfeições deste, ou, pelo menos, não possua a maioria deles.

Neste *iter*, geralmente mais prático para questões de menor complexidade, o magistrado, ao receber a petição inicial, marca uma audiência preliminar e manda cientificar o réu, fixando ou não um prazo para resposta. Estabelecido um prazo, este deverá ser observado, podendo ser ampliado ou renovado, não só nos casos de força maior, como também na hipótese de aceitação da justificativa dada pela parte para o seu proceder, sendo, neste particular, os magistrados alemães bem mais tolerantes que os brasileiros, não fixando prazo; a resposta deverá ser apresentada até a audiência preliminar, indicando-se os meios de prova antes desta última. Pode acontecer, porém, que na audiência compareça o réu ou seu advogado (no *Landgericht*, este deverá estar presente, obrigatoriamente), alegando motivo plausível para a não apresentação da defesa, o que, em regra, ensejará uma nova audiência.

Abstraidas as exceções, ou seja, apresentada a defesa antes da audiência preliminar, nesta, se não alcançada a conciliação — que nem sempre é proposta pelos magistrados, como no Brasil, por força dos arts. 278, § 1º, e 447, do CPC, quando se está em presença de direitos patrimoniais de caráter privado —, o juiz fixa os limites da controvérsia e pode, desde logo:

a) marcar a audiência principal, dizendo quais as provas a serem produzidas;

b) marcar nova audiência (*Termin für Verkündung einer Entscheidung*), quando será publicada a sentença se, por exemplo, a questão for somente de direito (excepcionalmente, se convencido da necessidade de produção de prova, a determinará);

c) marcar nova audiência (audiência principal) — normalmente assim se procede em questões que, com a resposta, se apresentam mais complexas —, onde serão precisamente fixados os pontos controvertidos e determinadas as provas necessárias (orais, documentais e/ou periciais).

Nota-se, assim, que, em certas hipóteses, o pré-procedimento oral em análise pode ensejar, em questões mais complexas, um maior atraso no andamento do processo, com a realização de duas ou mais audiências.

Na 2ª instância não há necessidade de um pré-procedimento (escrito ou oral), porque já há um processo completo, vale dizer, preparado na 1ª instância, mas, se os juízes do colegiado ou o *Einzelrichter* assim o preferirem, poderão levar a efeito um novo pré-procedimento.

XII — A audiência principal (*der Haupttermin*)

Como já visto, após o *Stuttgarter Modell* e, em especial, com o advento da novela de 1976, o procedimento tem seu ponto culminante na audiência principal — oral — que deverá ser precedida de conveniente preparação, escrita ou oral.

Para um melhor entendimento far-se-á, a seguir, um sumário do que se passa, normalmente, em uma audiência, na ordem em que se verificam os tópicos relatados, embora dita seqüência não seja de rigidez absoluta.

a) A audiência principal inicia, normalmente, com uma explanação do juiz singular ou do **Vorsitzender** ⁽⁹⁴⁾, a respeito dos pontos controvertidos e daquilo que ele considera importante ficar estabelecido para o julgamento da causa. A preparação possibilita ao juiz o relatório (*Einführung in den Sach — und Streitstand*), sem que constitua um prejudgamento. As partes podem, porém, acordar em dispensar referido intróito e, mesmo quando assim não procedem, alguns juizes deixam de levá-lo a efeito, talvez com receio de um prejudgamento ou com objetivo de uma maior rapidez.

Segundo constatado em **Amtsgerichte** e em Câmaras de **Landgerichte**, quando efetivamente é cumprida, no intróito da audiência, a fase de explanação, de um lado se facilita a prestação jurisdicional e, acima de tudo, se propicia a conciliação.

b) Após o cumprimento ou não da referida introdução, são ouvidas as partes, se o juiz considerar necessária a providência, para esclarecimentos de fatos da causa (lembra a faculdade concedida pelo art. 342 do nosso CPC). Tal porém, não se confunde com o depoimento pessoal.

c) Feita a explanação e ouvidas as partes, ressalvadas as hipóteses em que a isto não se oporá, o juiz, considerando viável um acordo, o proporá. No processo civil alemão não há norma cogente, como a que temos nos arts. 278, § 1º, e 447, do Código de Processo Civil e, assim, nem sempre as partes são concitadas a pôr fim à demanda por meio de avença.

Impõe-se registrar, no respeitante à conciliação, que muitos juizes são um tanto quanto avessos a propô-la, mas tal é uma questão pessoal, que tem muito a ver com o temperamento de cada julgador. Tanto assim é que, mesmo no Brasil, onde a fase conciliatória deve ser cumprida obrigatoriamente nas hipóteses legais, a medida, por vezes, não surte seus efeitos, porque certos juizes limitam-se a uma simples indagação, deixando de explicar às partes as vantagens de uma avença, os perigos de uma demanda, em especial os custos, inclusive os reflexos da correção monetária, e, até mesmo, o tempo necessário a um julgamento definitivo, com a possibilidade de recursos.

Em verdade — e a assertiva vale tanto para o Brasil, quanto para a Alemanha —, o sucesso da conciliação repousa na maneira apropriada da condução da proposta pelo magistrado, demonstrando às partes a utilidade, alertando-as, sem as forçar, convencendo-as, sem prejudicar. Em resumo, é uma verdadeira arte, que a experiência molda e poderia, diga-se agora, ser objeto de um cuidado maior, inclusive com abordagem mais apropriada nos cursos de graduação e, acima de tudo, nos de preparação ao ingresso na magistratura e de aperfeiçoamento de magistrados, tal a importância da medida para as partes, para o próprio Judiciário (com o conseqüente desafogo em 1ª e, principalmente, em 2ª instância) e, porque não dizer, para o breve restabelecimento do equilíbrio social.

(94) Pelos §§ 495 e seguintes ZPO, observa-se o mesmo procedimento — com pequenas variantes — no *Amtsgericht* e no *Landgericht*.

Na Alemanha, tem-se como excepcional o índice de 40 a 50% de conciliações, como registrado pela 12ª Câmara do **Landgericht** Nürnberg (onde também estagiei), o que é devido, seguramente, à maneira com que o seu Presidente, Herr TAUTZ, conduz a fase conciliatória, semelhante à de muitos magistrados brasileiros. Note-se serem até certo ponto comuns os acordos parciais, continuando o processo no que pertine aos demais pontos controvertidos.

A conciliação encontra, porém, um outro óbice, que já chega a preocupar as autoridades judiciárias, ou seja, a **Rechtsschutzversicherung**. O seguro de proteção ao direito, assim é chamado, surgiu como reflexo, de um lado, da permanente preocupação com a segurança, e, de outro, foi motivado pelos altos custos de um processo.

O instituto, para o seu desenvolvimento, contou e continua a contar com a defesa de inúmeros juristas, os quais chegam a preconizar a sua obrigatoriedade. Mesmo não sendo obrigatório, a cada dia é maior o número de alemães que se socorrem da garantia mencionada e, dessarte julgam-se no direito de, por fás ou por nefas, propor demandas e, inclusive, sem muita segurança, de contestá-las, exaurindo, numa e noutra hipótese, todos os recursos possíveis, afastando, em regra, a conciliação, muito embora se pensasse, a princípio, que a cobertura de todas as despesas processuais viesse, também, a facilitar um acordo, o que a prática demonstrou não ser a regra.

Frise-se que, embora se exija, para a utilização do seguro, um parecer de advogado sobre a probabilidade de êxito da questão, a concorrência entre as seguradoras, que procuram amealhar um número cada vez maior de segurados, faz com que sejam pródigas na concessão da cobertura, o que constitui excelente propaganda e, porque não dizer, "investimento", que principia a aumentar, não só o número de processos ajuizados, como também o tempo de sua tramitação.

Por derradeiro, no respeitante à conciliação, cumpre consignar que, ao ser esta alcançada em audiência, o juiz ou o **Vorsitzender** pura e simplesmente dita as cláusulas respectivas no gravador ou para a estenógrafa, o que mais tarde será datilografado no protocolo, sem qualquer assinatura do magistrado, das partes ou advogados e, de igual, sem a prolação de uma sentença homologatória — diga-se, de passagem, totalmente desnecessária — valendo o termo lavrado como título executivo judicial.

d) Não sendo alcançada a conciliação, por não cabível, por não proposta ou por recusada, tem a audiência seqüência, com debates orais, concernentes ao pedido e à causa de pedir, bem como referentes à respectiva contestação, tendo-se em conta a inicial e a resposta, fixados os pontos controvertidos.

Nesta fase, nota-se a preocupação com a oralidade, tanto é que as partes e/ou seus advogados (veja-se que mesmo no **Landgericht**, onde é obrigatória a presença de advogados, podem as partes, pessoalmente, se manifestar, desde que o peçam) devem oralmente se expressar e, excep-

cionalmente, recorrerão à leitura de escritos, somente quando a natureza destes impuser tal leitura (ex.: testamentos, contratos etc.). Podem, também, as partes ratificar o já constante de determinada petição (o que acontece na prática).

e) Coleta de prova: antes da audiência principal, quer se trilhe o caminho do **schriftliches Vorverfahren** ou do **früher erster Termin**, podem haver sido produzidas aquelas provas, que deveriam ter sido coletadas já na preparação do **Haupttermin**, como, por exemplo, a documental, que instruiu a inicial, a resposta ou manifestações posteriores, e a pericial. Tal, inclusive, se impõe em homenagem ao princípio da celeridade processual, pois nada adiantaria uma preparação visando conseguir a realização da audiência principal num só ato, se, por exemplo, em dita audiência fosse deliberada a produção de prova pericial, o que importaria em suspensão daquela.

A coleta de prova, prevista na audiência principal, é aquela que, a partir da novela de 1976, imediatamente se segue às manifestações das partes (preferencialmente), pois, excepcionalmente, pode haver a necessidade de suspensão da audiência, com designação de nova data para a produção probatória, por qualquer motivo impraticável (prova testemunhal por excelência, depoimentos pessoais e, eventualmente, apresentação de documentos). Na hipótese de suspensão, a continuidade é marcada para breve (de 2 a 3 semanas, em regra, na prática).

No respeitante aos depoimentos pessoais, faz-se mister mencionar que os mesmos constituem prova subsidiária, à qual as partes recorrem à falta de outras, ou em razão de não estar perfeitamente esclarecida a questão, cumprindo referir, como singular, que aquele a quem incumbe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito pode pedir, além do depoimento da parte **ex adversa**, o seu próprio, o que será admitido, se não impugnado. Faculta-se, de igual, ao magistrado, quando as provas ou os debates nada esclarecerem sobre a controvérsia, determinar, de ofício, o depoimento pessoal de uma ou de ambas as partes.

f) Finda a instrução, o magistrado comenta, novamente, com as partes, toda a questão de fato e de direito — é óbvio, sem prejudicar — ouvindo, com informalidade, as opiniões de autor e de réu, pessoalmente e/ou por advogados, dando a um e a outro a palavra tantas vezes quantas solicitada e mandando reduzir a termo unicamente o indispensável (assisti a inúmeras audiências e sessões e, em algumas delas, os debates se prolongaram por 15 ou 20 minutos e apenas se registrou haverem sido ratificadas as alegações constantes dos autos). Por vezes, a sentença é proferida na própria audiência ou sessão (em julgamentos à revelia ou presididos por juiz singular) e, quando assim não se procede, é marcada uma data (o prazo não é rígido, oscilando, na prática, entre 1 a 3 semanas) para a publicação da sentença, que é feita pelo próprio juiz ou pelo presidente da Câmara.

g) A reabertura da audiência: a regra consiste em não se reabrir a audiência, após haver sido ultimada. No entanto, antes de prolatada a sentença, pode o juiz ou o **Vorsitzender** — este, inclusive, após ouvidos

os demais integrantes do colegiado, em especial o que recebeu o processo para exame — marcar data para uma nova audiência, ou melhor, para complementação da realizada.

Assim se procede, quando, por exemplo, na audiência, deixou de se perquirir a respeito de determinado ponto fático, importante para o esclarecimento da causa, em regra em decorrência de manifestação de uma das partes na própria audiência e não devidamente considerada.

Este procedimento é pouco freqüente e, frise-se, não integra direito das partes, mas, sim, faculdade do magistrado.

XII — O procedimento escrito (das schriftliche Verfahren)

O procedimento escrito (§ 128, II, ZPO), que nada tem a ver com o pré-procedimento já tratado neste estudo (§§ 272, II, 276 e 277 ZPO), caracteriza-se pela não realização da audiência principal e, em regra, decorre do interesse comum das partes, que tal manifestam em Juízo, colimando, por exemplo, evitar despesas de viagem ou pagamento às testemunhas. Dito procedimento, excepcionalmente, também pode ser determinado de ofício (§ 128, III), mas tal se dá somente no **Amtsgericht** e em causas de valor patrimonial não superior a 500 DM. Recebeu inovações com a **Vereinfachungsnovelle** e, embora fosse, antes de 1977, usado com certa parcimônia, principia a ter alargada a sua prática, de forma, porém, ainda não significativa. Ele se resume no estabelecimento de prazos, pelo magistrado, para apresentação de petições e para a própria apreciação judicial, através de decisão ou sentença.

Note-se que no procedimento escrito não se admitem manifestações tardias das partes, como se dá no procedimento com audiência.

O procedimento escrito, normalmente, se ultima com uma decisão ou sentença do juiz. Excepcionalmente poderá, também, findar numa das hipóteses seguintes:

- a) quando uma das partes retira sua anuência à observância do **iter** escolhido, nas raras hipóteses, em que tal é possível;
- b) quando o juiz entender necessária a realização de uma audiência;
- c) quando decorrer o prazo de 3 meses — contado do acordo das partes — sem que haja sido proferida uma decisão ou sentença.

FRITZ BAUR⁽⁹⁵⁾ refere casos não muito práticos de procedimento escrito, os contemplados nos §§ 251 a, e 331 a, da ZPO, referentes à decisão conforme o estado dos autos (*Entscheidung nach Lage der Akten*).

Frise-se, a propósito da decisão conforme o estado dos autos, que o instituto, na Alemanha, foi introduzido com a novela de 1924, mas não alcançou, nem mesmo com as posteriores alterações legislativas — inclusive a nova redação dada ao § 251 a pela novela de 1976 —, a lar-

(95) *Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Alfred Metzner Verlag, pág. 52 — trad. do original.

gueza de limites verificada no direito processual civil brasileiro, nos casos dos arts. 267, 269, incisos II a IV, e 330 do Código de Processo Civil. O dia-a-dia forense, conforme tive condições de constatar, não registra um número expressivo de decisões conforme o estado dos autos, o que, acredito, deve decorrer de duas circunstâncias:

1ª — o instituto está vinculado ao comportamento das partes no curso do processo, em especial à omissão das mesmas, quer no comparecer, quer na prática de determinado ato;

2ª — constitui, sua adoção, uma agressão ao princípio da oralidade, o que não é bem recebido por advogados e, mesmo, juízes, os quais, podendo optar, preferem ver realizada uma audiência.

XIV — Os pronunciamentos judiciais (*die gerichtlichen Entscheidungen*)

No âmbito do processo civil alemão existem 3 tipos de pronunciamentos judiciais: despacho (*Verfügung*), decisão (*Beschluss*) e sentença (*Urteil*), observado quanto a esta o sentido amplo, englobando o julgamento dos colegiados, ou seja, o nosso acórdão.

Praticamente, como salienta OTHMAR JAUERNIG⁽⁹⁶⁾, inexistente distinção entre **Verfügung e Beschluss**, como se verifica no Brasil, valendo salientar não proferir o magistrado alemão, normalmente, despachos simplesmente de expediente, comuns no processo brasileiro (ex.: junte-se, intime-se, digam as partes, conta e preparo etc.), e as suas **Verfügungen**, em geral, integram um pronunciamento ordinatório, podendo ter, por vezes, conteúdo também decisório (ex.: despacho que concede, ou não, prorrogação de prazo para apresentação das razões de apelação — (§ 519, II, 3, ZPO).

As **Verfügungen**, mesmo quando têm certo cunho decisório, são, em sua maioria, irrecorríveis. As recorríveis integram autênticos **Beschlüsse**, apenas **classificados** como **Verfügungen**.

Deve-se, porém, distinguir a hipótese de **Verfügung**, que toma a forma de decisão ou, mesmo, de sentença, quando da apreciação — liminar ou final — das cautelares (*einstweilige Verfügung*).

Beschlüsse são decisões que, embora possam ter cunho ordinatório, chegam, inclusive, a pôr fim ao processo, sendo exemplo das primeiras a que determina a produção de provas entendidas como necessárias (*Beweisbeschluss*), e, das últimas, mais atuais, a decisão que rejeita o **Einspruch**⁽⁹⁷⁾, sem realização de audiência. Quando recorríveis, o são por **Beschwerde**⁽⁹⁸⁾.

Se realizada a audiência e julgado improcedente o **Einspruch**, será proferida sentença e caberá apelação.

(96) *Zivilprozessrecht*, 19. Auflage, 1981, pág. 187.

(97) Espécie de recurso, embora tecnicamente recurso não seja, que visa, perante o mesmo Juízo, rever julgamento à revelia.

(98) Espécie de agravo, a respeito do qual se tratará adiante (capítulo XV, item 3).

Nas hipóteses de audiência oral facultativa (**fakultative mündliche Verhandlung** — ex.: §§ 126, I, e 519, b), o Juiz profere um **Beschluss** e não um **Urteil**, mesmo que tenha realizado a audiência, e, como consequência, o recurso contra tal decisão é a **Beschwerde** e não a **Berufung** ⁽⁹⁹⁾.

Urteile são sentenças ou acórdãos prolatados por Juízes singulares, Câmaras ou Senados, obedecendo forma determinada e, normalmente, se seguem a uma audiência oral realizada obrigatoriamente, podendo, mesmo, ser proferidos ao término desta. Excepcionalmente, no procedimento puramente escrito, será proferida uma **Urteil** sem audiência. São atacáveis por meio de apelação (**Berufung**) ou recurso extraordinário (**Revision**).

Pelas **Urteile**, normalmente, se julga a questão controvertida em sua integralidade (decide-se o processo em seu todo — **Voll Endurteil**) ou parcialmente (**Teil — Endurteil**), porém, esta hipótese só é admitida quando o julgamento da parte apreciada pode ser feito independentemente do desfecho do restante da controvérsia ⁽¹⁰⁰⁾ e ⁽¹⁰¹⁾.

Há, ainda, as **Zwischenurteile**, que são decisões interlocutórias, dadas sob a forma de sentença ou acórdão.

Frise-se, finalmente, que a distinção entre **Beschluss** e **Verfügung** e entre **Beschluss** e **Urteil** nem sempre é palpável. Tanto assim é que, algumas vezes, pronunciamentos judiciais com o mesmo conteúdo se apresentam sob o rótulo de **Beschluss** e, outras, sob a forma de sentença (ex.: rejeição da apelação, por inadmissível).

XV — Os recursos (*die Rechtsmittel*)

Os recursos, na **Zivilprozessordnung**, são os remédios utilizados pelas partes, que consideram haver sofrido um gravame por um pronunciamento judicial, colimando, através deles, obter da superior instância a modificação total ou parcial do decidido ou, mesmo, a anulação da decisão. Assim, não constitui recurso, na acepção técnica do termo, o **Einspruch** (reclamação objetivando a revisão dos procedimentos à revelia) ⁽¹⁰²⁾, mas, tão-somente a **Beschwerde** (queixa), a **Berufung** (apelação) e a **Revision** (recurso extraordinário).

1 — Considerações gerais:

Os recursos e, mesmo, o **Einspruch**, impedem o trânsito em julgado da sentença ou decisão, quando formal e tempestivamente interpostos (§ 705, ZPO). Observe-se que, mesmo na hipótese de o recurso atacar

(99) Apelações (vide capítulo XV, item 4).

(100) "Bundesgerichtshof", in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, pág. 339.

(101) As hipóteses mais correntes de **Teilurteil** se operam em ações de indenização em que, provada a culpa do réu na instrução, somente se demonstrou, *verbi gratia*, uma parte do **quantum** pretendido (ex.: unicamente os danos materiais, não se prestando os pessoais, que serão posteriormente apurados).

(102) Apesar do **Einspruch** não constituir um recurso propriamente dito, será tratado na seqüência, por suas relações íntimas com o tema.

parte do decisório, dito efeito, chamado de suspensivo⁽¹⁰³⁾, se faz presente no respeitante à integralidade do julgado, o que permite a extensão do recurso, quando de sua apreciação pela superior instância, até mesmo às partes não impugnadas da sentença. Registre-se, neste particular, que dita extensão fica condicionada a pedido do recorrente, na **Berufungsinstanz** (instância de apelação), até a audiência principal e, na instância de revisão, até o momento da apresentação das razões de recurso.

Observe-se, que o efeito suspensivo referido, por si só, não impede a execução provisória do julgado, valendo notar que o juiz, na sentença, deve se pronunciar sobre a admissibilidade ou não da execução provisória.

Todo recurso, outrossim, tem efeito devolutivo, ou seja, devolve à superior instância o exame integral da controvérsia. Mencionado efeito, saliente-se, é bem mais acentuado do que no Brasil, principalmente no âmbito da **Berufung**, pois, como se verá, com base nele há possibilidade, inclusive, de nova coleta de provas, sempre se procurando a perfeita realização do direito material, em cujo nome, por vezes, se afasta o instituto da preclusão (fala-se, a propósito, referindo-se a este assunto, em uma verdadeira "segunda 1ª instância").

A ZPO também observa a proibição da **reformatio in pejus** e prevê o recurso adesivo nas queixas, apelações e revisões.

2 — A reclamação (der Einspruch)

Como já mencionado, tecnicamente, o **Einspruch** não é recurso, como não o são o **Widerspruch gegen den Mahnbescheid** (§ 694, ZPO — impugnação à interpelação); **Widerspruch gegen Arrest und einstweilige Verfügung** (§§ 924 e 936 ZPO — impugnação ao arresto e à medida cautelar); **Widerspruch gegen die Vollstreckbarerklärung von Schiedspruch und Schiedsvergleich** (§§ 1.042, c, II; 1.044, I; 1.044, a, III ZPO — impugnação à declaração que dá força executória à decisão arbitral e ao acordo alcançado por meio do Juízo arbitral).

O **Einspruch** é o remédio colocado à disposição da parte, que teve contra si prolatada sentença à revelia (**Versäumnisurteil**) ou que se considere agravada com a ordem de execução (**Vollstreckungsbescheid**), proferida no procedimento monitório (**Mahnverfahren**), tudo conforme se vê dos §§ 338 e 700 ZPO.

Note-se que, por meio do **Einspruch**, procura-se a reforma da decisão ou sentença desfavoráveis — observadas as hipóteses antes enunciadas — perante o próprio Juízo onde foram prolatadas. Excepcionalmente, a admissibilidade, o processamento e a apreciação serão feitos por outro Juízo. Tal ocorre, unicamente, na hipótese de o **Vollstreckungsbescheid** partir de Juízo que, embora seja competente para o **Mahnverfahren**,

(103) O efeito suspensivo impede a coisa julgada (**Rechtskraft**), mas não suspende a execução (**Vollstreckbarkeit**).

não o é para o processo principal, o que ensejará a este o conhecimento da matéria controvertida, observadas as regras gerais dos §§ 338 e seguintes e as especiais dos §§ 700 III, 2, e 697, I, a, IV, ZPO (104).

O **Einspruch**, como os recursos, pode ser parcial ou total. O prazo para sua interposição é de duas semanas, contado da cientificação do julgamento à revelia.

Embora deva o **Einspruch** ser fundamentado, a falta de fundamentação não determina a rejeição, como ocorre com a apelação ou a revisão não arrazoadas pela parte recorrente.

Na hipótese de o interessado rotular o **Einspruch**, equivocadamente, como **Berufung**, tal não impedirá seu conhecimento e apreciação (vige, neste particular, a fungibilidade recursal).

O Juízo de admissibilidade pode ser proferido sem audiência oral (através de decisão: **Beschluss**) ou, cumprida a audiência, sob a forma de sentença ou acórdão: **Urteil** (105).

No processo de **Einspruch** é respeitado o contraditório e, em regra, realiza-se a audiência oral.

Contra o **Beschluss** proferido no processamento do **Einspruch**, cabe a **Beschwerde** e contra o **Urteil**, a **Berufung**, valendo observar, porém, que, no caso de ocorrer uma rejeição, pelo Tribunal Estadual (Landgericht), em 2ª instância, não caberá qualquer recurso, ao contrário do que se dá com decisão do **Oberlandesgericht**, que concluir no mesmo sentido, a qual poderá ser recorrível através de **Beschwerde**.

Por derradeiro, frise-se que o mérito do **Einspruch** deve ser tratado em uma sentença final, onde o magistrado se referirá, obrigatoriamente, ao julgamento proferido à revelia, mantendo, ou não, a sentença impugnada.

3 — A queixa (die Beschwerde) (106)

A **Beschwerde** é o recurso de que dispõe a parte contra o **Beschluss** (decisão), em regra geral, e contra a **Verfügung** (despacho), excepcionalmente.

Repita-se, a propósito, que toda **Verfügung** recorrível por **Beschwerde** apenas veste a roupa de **Verfügung**, sendo autêntica decisão, como acontece, por exemplo, no campo da jurisdição voluntária (freiwillige Gerichtsbarkeit). A rigor, no âmbito da ZPO, não há **Verfügung** recorrível.

(104) Os comentários sobre a admissibilidade e o processamento do **Einspruch**, aqui feitos, são pertinentes à impugnação da sentença à revelia, pois esta é a hipótese que maior interesse desperta, mesmo porque não contamos, em nosso sistema processual, com o **Mahnverfahren**.

(105) Como o julgamento à revelia pode se dar na 2.ª instância, nesta também terá lugar o **Einspruch**.

(106) Neste estudo não se observa a seqüência de parágrafos de ZPO, por se apresentar importante que o leitor conheça as regras atinentes à **Beschwerde**, antes da **Berufung**. Note-se que, no CPC, o agravo é disciplinado antes da apelação.

A **Beschwerde** é o meio normal de impugnação das decisões interlocutórias, que se aproxima do nosso agravo de instrumento, no entanto, em alguns aspectos, dele muito se diferencia, como será visto mais adiante.

Certos autores, como THOMAS PUTZO⁽¹⁰⁷⁾, quando afirmam ser cabível a **Beschwerde** contra **Urteil**, estão a se referir ao **Zwischenurteil** que, como visto, é uma decisão interlocutória — autêntico **Beschluss** — apenas com a forma de sentença ou acórdão (**Urteil**).

A **Beschwerde** é expressamente prevista na lei, nas hipóteses em que é admissível, tendo cabimento, também, contra decisões — proferidas nos casos em que a audiência oral seja prescindível — que rejeitam um pedido legítimo da parte, referente ao procedimento, com possível reflexo no esclarecimento da questão controvertida, e é interposta perante o Juízo em que foi prolatada a decisão recorrida.

Geralmente, não tem qualquer influência o valor patrimonial do gravame, na admissibilidade da queixa, sendo uma exceção o preceituado no § 567, II, ZPO, que só admite o recurso em referência contra decisões atinentes a despesas processuais (custas e honorários), se o valor do objeto da queixa ultrapassar a 100 DM.

Há, no direito processual civil alemão, quatro espécies de **Beschwerde**:

- a simples (einfache);
- a urgente (sofortige);
- a primeira (erste);
- a em seqüência (weitere).

A “queixa simples” não tem prazo para interposição, mas isto não quer dizer que a parte interessada possa, indefinidamente, lançar mão do recurso, mesmo porque o processo já poderá ter sido definitivamente julgado ou — ainda que tal não tenha ocorrido — se reconhecido judicialmente o comportamento abusivo do recorrente (abuso de direito). O juiz pode reconsiderar a decisão recorrida e, caso não o faça, a questão será apreciada pelo Tribunal Superior (§ 571, ZPO).

A “queixa urgente” tem prazo de 2 semanas para interposição (§ 577, ZPO), mas em questões referentes a direito de família, dito prazo é alargado para 1 mês (§ 621). Ela só é cabível nas hipóteses em que se acha expressamente prevista na lei processual (exs.: §§ 71, II; 99, II; 319, III e 519, b). Nesta espécie de queixa, não há oportunidade para eventual reforma da decisão pelo juízo **a quo**. Na prática, se apresenta como a modalidade mais usada.

A “primeira queixa” é a proposta contra decisão da 1ª instância, que será apreciada pela 2ª. Logo, abrange as hipóteses de queixa urgente e a simples, que, como visto, poderá vir a ser apreciada pela 2ª instância, em não havendo reconsideração da decisão.

(107) *Zivilprozessordnung mit Nebengesetzen*, 10.ª ed., C. H. Beck-München, comentário ao § 567, pág. 853.

A "queixa em seqüência", que, igualmente, pode ser simples ou urgente, nada mais é do que uma nova **Beschwerde**, interposta contra a decisão de 2ª instância, que apreciou a anteriormente proposta. Só tem lugar, porém, quando a decisão antes referida partir de **Landgericht**. Como única exceção ao enunciado no § 567, III, ZPO, há a hipótese do § 568, a (decisão do **Oberlandesgericht** que apreciou uma **Beschwerde** interposta contra rejeição de **Einspruch**, ajuizado por força de julgamento à revelia).

Contra deliberações dos **Rechtspfleger** ⁽¹⁰⁸⁾ não cabe **Beschwerde**, mas, sim, em certos casos, um sucedâneo da mesma, ou seja, a **Erinnerung** (reconsideração), disciplinada pelo § 11 RPfIG ⁽¹⁰⁹⁾. Contra a decisão judicial, que apreciar a **Erinnerung**, poderá ser proposta, então, uma **Beschwerde**.

A interposição da **Beschwerde** impede o trânsito em julgado da decisão, mas não a execução, que, em regra, não é afetada, sendo exceções as hipóteses contempladas nos §§ 387, 572, I, e 900, III, ZPO. Os Juízos **a quo** e **ad quem** podem, no entanto, observado o poder de arbítrio, declarar a suspensão da execução (§ 572, II). Ao juízo **ad quem**, observado o mesmo critério, é facultado ordenar medidas cautelares, a fim de que, de futuro, não se quede frustrada a prestação jurisdicional (§ 572, III).

Na queixa, ao recorrente, para conseguir o seu intento, é permitido trazer fatos e provas até então não constantes dos autos (§ 570 ZPO). Tal, porém, não é admitido na chamada queixa de direito (**Rechtsbeschwerde**), isto é, naquela que ataca uma decisão sob o pressuposto de ter sido ferido o direito formal ou material do requerente, sem qualquer perquirição sobre matéria fática. É vedada, também, a incidência do § 570, quando o magistrado, com base em seu prudente arbítrio, entender que os novos fatos e provas somente embaraçarão a tramitação do processo. Unicamente terá incidência o § 570 — mesmo que não presentes as hipóteses restritivas antes enunciadas — se o recorrente demonstrar não ter havido negligência manifesta de sua parte, ao deixar de trazer aos autos, anteriormente, os fatos e provas que pretende ver apreciados na tramitação da queixa.

A coleta de provas, no procedimento da **Beschwerde**, segue as mesmas regras do processo comum. A audiência oral não é obrigatória, mas deve ser observado o contraditório, facultando-se ao recorrido o direito de manifestação escrita, sempre que lhe possa resultar gravame da decisão a ser proferida.

O julgamento da queixa toma a forma de decisão (**Beschluss**), mesmo que o recurso tenha sido oposto contra uma sentença (ex.: um **Zwischenurteil**) e contra dita decisão, como visto, pode caber uma **weitere Beschwerde**.

(108) Vide tópico respectivo.

(109) *Rechtspflegergesetz* (Lei do Administrador Judicial).

O número de **Beschwerde**, na Alemanha, já justificou que alguns **Landgerichte e Oberlandesgerichte** instituíssem Câmaras especiais, com competência específica para apreciá-las, em experiência que tem dado bons resultados (presenciei julgamentos de **Beschwerde** em menos de 30 dias, embora o prazo médio seja de 3 meses). Nota-se, novamente, presente a preocupação com a especialização na 2ª instância.

Impõe-se referir, ainda, um generalizado anseio no sentido de serem diminuídas as hipóteses de admissibilidade da **Beschwerde** ⁽¹¹⁰⁾, e, bem assim, de simplificação do procedimento ⁽¹¹¹⁾. A intenção de restringir os casos de cabimento de queixa se faz sentir, apesar de inúmeras decisões serem irrecorríveis, bastando, para bem exemplificar, citar que toda aquela referente à admissibilidade ou não de prova não é passível de recurso, como, também, é irrecorrível a que admite uma manifestação tardia da parte (§ 296, I, ZPO).

Deve-se dizer que, embora alguns autores procurem vislumbrar um nascedouro comum para a **Beschwerde** e para o nosso agravo, qual seja a **simplex querela** do direito comum germânico, em muito semelhante à querima do direito português ⁽¹¹²⁾, os dois recursos, na atualidade, a despeito de possuírem pontos comuns, em muito se diferenciam, principalmente, no que pertine à já comentada possibilidade de o recorrente trazer novos fatos e provas, com base no § 570, ZPO, e, de igual, porque a **Beschwerde** sobe ao tribunal competente para o julgamento nos próprios autos, enquanto que o agravo, como é sabido — ressalvada a hipótese do retido — vai à superior instância, após a formação do instrumento respectivo.

4 — A apelação (die Berufung)

A **Berufung** é o recurso cabível contra sentenças finais de 1ª instância, proferidas pelo **Amtsgericht** ou pelo **Landgericht**. Tem cabimento, também, excepcionalmente, contra alguns julgamentos à revelia e decisões interlocutórias (exs.: §§ 513, II, 566, 280, II, e 304, II, ZPO), quando a lei expressamente o determina.

A apelação, como já mencionado, na sistemática processual civil alemã, não consiste em mero meio utilizado pela parte para ver corrigida a decisão de 1ª instância, após um reexame das questões de fato e de direito apreciadas na sentença recorrida. É, ao contrário, bem mais do que isto, pois permite a integral discussão da controvérsia, como que propiciando uma “segunda 1ª instância” ⁽¹¹³⁾, de tal sorte que, às vezes, a 2ª instância reforma uma sentença, mercê das provas produzidas perante o Juízo recursal e, não, das coletadas na 1ª instância. Observe-se, porém, que isto não enseja abusos procrastinatórios e se acha limitado pelas restrições dos §§ 527 a 530, ZPO, que, em resumo e de maneira genérica, são as mesmas que impedem a incidência do § 570, na **Beschwerde**, acres-

(110) A propósito, seria de se pensar o mesmo, ante a extensão do artigo 522 do Código de Processo Civil.

(111) *Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht*, Deutscher Bundesverlag, 1977, pág. 171.

(112) ALFREDO BUZAJID, *Do Agravo de Petição*, pág. 35, nota 18, Edição Saraiva, São Paulo, 1956.

(113) BAUR, *Zivilprozessrecht*, Dritte Auflage, Alfred Metzner Verlag, pág. 181.

centando-se, mais, não ser facultada a repetição de meios de ataque e defesa já regularmente repelidos na 1ª instância.

Apelante é aquele que, quer seja parte ou não no feito, sofrerá um gravame, se persistir um julgado de 1ª instância. Note-se só caber apelação se o alegado prejuízo for patrimonial, quando este se apresentar superior a 500 DM (neste total não se incluem os acessórios). A restrição não tem lugar nos Juízos de navegação e na hipótese de um segundo julgamento à revelia (§ 513, II, 2, ZPO).

A apelação é interposta perante o Juízo **ad quem**, no prazo de um mês, a contar da intimação da sentença (§ 516), devendo ser instruída a petição de recurso com cópia autenticada ou traslado da decisão recorrida. Note-se que a fundamentação, ou seja, as razões do apelo, serão apresentadas posteriormente⁽¹¹⁴⁾. O prazo para tal é de um mês, facultando-se o aumento pelo Presidente da Câmara ou Senado, até 5 meses, bastando um pedido razoavelmente justificado, inexistindo rigor judicial na apreciação de escusa, de tal sorte que, em regra, o anseio é deferido.

O procedimento da apelação é, praticamente, o mesmo da 1ª instância, ou seja, observa-se o pré-procedimento escrito ou o oral (audiência preliminar e principal). O prazo para resposta é de 1 mês, no pré-procedimento escrito, e, em regra, de 3 a 4 semanas (nunca menos do que 2), no oral, quando o juiz o fixa, pois poderá deixar de fazê-lo, mas as alegações do apelado deverão ser apresentadas, sempre, antes da audiência. Após a resposta, terá o apelante a oportunidade de confutação (§ 520, II, 1).

Como há possibilidade de um julgamento à revelia na 2ª instância, faz-se imprescindível o contraditório, o que já não é obrigatoriamente observado na revisão, conforme se verá no tópico seguinte.

O prazo de apelação não é suspenso pelas férias forenses⁽¹¹⁵⁾ (ver §§ 222, 223, II, e 516). No entanto, a suspensão se opera no respeitante ao prazo de fundamentação (§§ 223, I, e 519, II). Se o prazo terminar em sábado, domingo ou feriado, será prorrogado para o 1º dia útil imediato (§ 222, II), como acontece no sistema processual civil patricio.

Os autos, que se achavam na 1ª instância, são avocados, em razão da interposição da apelação.

Presentes os requisitos da apelação, já ao início referidos, é a mesma processada⁽¹¹⁶⁾. Caso contrário, será liminarmente rejeitada, em regra através de um **Beschluss** (decisão) (§ 519, b), contra o qual poderá ser interposta uma **Beschwerde** (queixa), somente na hipótese de a rejeição partir de um **Oberlandesgericht** (Superior Tribunal Estadual), pois, se tal se der perante um **Landgericht** (Tribunal Estadual), não caberá idêntico remédio (§ 519, b, II). Se o Tribunal expressamente receber a apelação — e, quando o faz, tal se dá por **Beschluss**⁽¹¹⁷⁾ —, a questão não poderá ser

(114) Sistema semelhante, no Brasil, ao procedimento da apelação no âmbito do processo penal.

(115) As férias forenses vão de 15 de julho a 15 de setembro, mas tendo em conta os interesses da Justiça e do próprio magistrado, podem ser gozadas em outras oportunidades e, mesmo, fraccionadas.

(116) Note-se que os pressupostos processuais devem ser analisados de ofício.

(117) Dito pronunciamento preliminar não é obrigatório.

reapreciada, seja através de **Urteil** (sentença) ou, mesmo, por outro **Beschluss**. Registre-se que, na hipótese contrária, isto é, quando não há o expresse recebimento exordial e, através de **Urteil** — de consequência, após uma audiência oral —, acordam os integrantes do colegiado em não conhecer da apelação (sem apreciação do mérito, pois), caberá revisão.

Não rejeitada a apelação, por **Beschluss** ou **Urteil** (como antes referido), o julgamento da 2ª instância, em regra, aprecia o mérito do recurso, anulando ou reformando a decisão recorrida. Raramente se determina a baixa dos autos à 1ª instância (ver §§ 538 e 539), após anulado o julgamento desta, preferindo os Tribunais, que já estão inteirados da questão, enfrentar o mérito, evitando maior demora processual, inclusive com a possibilidade de nova apelação contra a 2ª sentença que viesse a ser proferida.

As regras que ditam os requisitos da sentença (**Urteil**) da 1ª instância também deverão ser observadas no acórdão (**Urteil**) da Câmara ou Senado.

O original do acórdão permanece na superior instância e os autos, instruídos com traslado ou cópia autêntica do mesmo, baixam ao Juízo **a quo**, na hipótese de não ter sido interposta uma revisão.

Cumprе frisar que o julgamento em 2ª instância se opera, em regra, através de uma deliberação do colegiado perante o qual foi coletada a prova. Com menor freqüência aparece o **Einzelrichter** (Juiz singular), que somente prepara o processo da apelação, inclusive coletando provas e decidindo questões referentes à tramitação procedimental, à produção de provas, incidentes relativos a custas etc. Dito juiz singular, porém — ressalvada a hipótese de ambas as partes acordarem que decida a apelação (§ 524, IV) —, não emite julgamento, que fica reservado ao colegiado ⁽¹¹⁸⁾.

No acórdão em que se apreciou o mérito da apelação deve, expressamente, o Senado ⁽¹¹⁹⁾ consignar se é cabível uma revisão, mas unicamente isto se opera quando o valor do prejuízo não é superior a 40.000 DM e naqueles casos de valor inestimável.

5 — A revisão (*die Revision*) ⁽¹²⁰⁾

É o remédio de que se socorre a parte agravada por um julgamento da 2ª instância. Abre-se, com a revisão, uma autêntica 3ª instância que trata tão-só de questões de direito, pois a matéria fática já foi estabelecida na instância de apelação, pelo **Oberlandesgericht** (Superior Tribunal Estadual). Em verdade, por vezes, a questão de direito tem reflexos sobre a parte fática, daí por que, em regra, quando o **Bundesgerichtshof** (Supremo Tribunal Federal) constata um erro de direito no julgamento de 2ª instância, anula-o e lhe devolve os autos para nova apreciação — normalmente com outra instrução — e julgamento, o qual, corrigido o erro de direito, poderá

(118) Na 1.ª instância, perante o Landgericht, ao contrário, o Einzelrichter não tem somente a função de preparador, em regra julgando o feito.

(119) Tal somente tem lugar no Oberlandesgericht.

(120) Os apontamentos sobre revisão já levam em conta as alterações dadas pela lei de 8-7-75, chamada Revisionsnovelle, em vigor desde 15-9-75.

favorecer ao requerente da revisão, mas isto não acontece, é óbvio, em todos os casos ⁽¹²¹⁾.

A revisão serve ao interesse das partes e ao interesse público. Serve ao interesse das partes, na medida em que o recorrente persegue uma reforma da decisão recorrida, a seu favor, e, ao interesse público, na medida em que também se presta ao estabelecimento da unidade do direito e ao respectivo aperfeiçoamento.

Saliente-se que o **Bundesgerichtshof** só conhece da revisão, se o julgado do **Oberlandesgericht** violou a lei (§ 549) ⁽¹²²⁾.

Diversas são as espécies de revisão:

1) revisão tendo em conta o valor (*Streitwertrevision*): em questões patrimoniais, a revisão somente é cabível quando o valor do gravame for superior a 40.000 DM. Note-se que somente a circunstância de o alegado prejuízo ser superior à cifra antes citada não é bastante, pois o **Bundesgerichtshof** pode rejeitar o recurso — através de **Beschluss** — se a alegada questão de direito não contar com importância fundamental;

2) revisão admitida (*Zulassungsrevision*): nas hipóteses já referidas, quando se tratou da apelação, em que o **Oberlandesgericht**, no acórdão que aprecia o mérito, já se diz contra referido julgado cabe o recurso em análise; ⁽¹²³⁾.

3) revisão por rejeição de apelação (*Revision wegen der Verneinung der Zulässigkeit der Berufung*): nos casos de rejeição da apelação (sem análise do mérito) pelo **Oberlandesgericht**.

A revisão é um recurso ordinário e, como a apelação, é interposta perante o Juízo **ad quem** — que, **in casu** é o **Bundesgerichtshof** no prazo de um mês, contado da intimação do acórdão do **Oberlandesgericht** (§ 552), devendo, também, ser instruída com traslado ou cópia autêntica da decisão recorrida. Já no respeitante às razões de recurso (fundamentação), o prazo é, igualmente, de um mês, mas, tal como ocorre na apelação, pode ser prorrogado ⁽¹²⁴⁾.

Interposta a revisão, através de um dos advogados habilitados perante o **Bundesgerichtshof**, são avocados os autos.

Inexiste prazo para a resposta, o que não causa gravame ao recorrido, em primeiro lugar, porque, querendo, poderá responder à revisão enquanto tal pronunciamento puder produzir efeitos, e, em segundo lugar, em razão de inexistir revelia no âmbito revisional, em que se examinam, como já visto, questões de direito.

(121) Mais de 60% dos casos de revisão, no cível, contém alegação de erro de direito, com reflexos fáticos.

(122) Entenda-se como lei toda norma de direito, ou seja, não só lei no sentido formal, como também, por ex., as normas consuetudinárias. Faz-se mister, porém, para o cabimento da revisão, o âmbito federal da norma ou, pelo menos, que se espalhe além da circunscrição de um **Oberlandesgericht**.

(123) Questões de valor patrimonial até 40.000 DM e de valor inestimável, em que se reconhece, em razão da relevância da questão de direito decidida e/ou para o estabelecimento da unidade de direito, a admissibilidade da revisão. Quando tal se dá, o **Bundesgerichtshof** não analisa o cabimento da revisão, ficando, neste particular, jungido ao pronunciamento da 2.^a instância.

(124) Conforme fui inteirado, em visita que fiz ao **Bundesgerichtshof** em Karlsruhe, a prorrogação de prazo para fundamentação é a regra, podendo-se estimar a média em 4 meses.

Afora a hipótese da **Zulassungsrevision**, quando o **Bundesgerichtshof** não mais examina a admissibilidade ou não da revisão, o recorrido, em regra, aguarda o pronunciamento preambular sobre o acolhimento do recurso, para responder só naqueles casos em que o mesmo for recebido.

O procedimento da revisão segue, de maneira genérica, as mesmas normas atinentes ao procedimento de 1ª instância no **Landgericht**, com uma audiência principal, respeitadas as exceções dos §§ 545 e seguintes da ZPO, sendo de se salientar, como consequência dos lindes revisionais, não poderem, normalmente, ser levantados fatos novos (125) e, de igual, ser vedada a produção probatória.

Não há a figura do **Einzelrichter**, quer como preparador, quer como juiz singular.

Embora o Juízo revisional, como o da apelação, fique adstrito ao pedido, podendo este, também, ser alterado nas hipóteses e até nas oportunidades em que tal é consentido, há questões que devem ser analisadas de ofício (von Amts wegen), como se dá, por exemplo, no respeitante aos pressupostos processuais.

O **Bundesgerichtshof**, nos casos em que o **Oberlandesgericht** não se manifestou sobre o cabimento da revisão, como já visto, deverá, preliminarmente, verificar se o recurso é admissível. Poderá, então, rejeitá-lo (através de **Beschluss**, se a rejeição for preliminar, e de **Urteil**, se tiver sido realizada audiência). Tal não ocorrendo, o passo seguinte a verificar é se a revisão se acha adequadamente fundamentada. Isto não acontecendo, também se dará a rejeição, só que através de sentença final (**Endurteil**). Desde que fundamentada com propriedade, a revisão será julgada procedente.

Nesta hipótese, o **Bundesgerichtshof** pode reformar o julgamento recorrido, outro proferindo em seu lugar. Em regra, porém, resulta anulada a decisão atacada, devolvendo-se os autos ao juízo de 2º grau, para que este reaprecie a questão. Isto se faz porque, na maioria das vezes, é de mister a coleta de provas, bem como a apreciação de matéria fática, o que escapa aos lindes revisionais.

Cumpra mencionar ainda, embora sinteticamente, o conceito de "importância fundamental da causa", ante as consequências que este tem no campo da revisão.

Em princípio, para um melhor entendimento, diga-se que o conceito de "importância fundamental da causa" lembra, em muito, o de relevância (Constituição Federal, art. 119, e Regimento do Supremo Tribunal Federal, art. 308) (126).

(125) Permite-se, porém, serem carreados ao âmbito revisional, excepcionalmente, fatos novos que servem como respaldo a uma alegação de direito e quando estes passaram a ter importância fundamental com o advento de lei nova.

(126) A semelhança acima noticiada é registrada por ARRUDA ALVIM, na nota n.º 4 ao artigo "Admissibilidade do Recurso aos Tribunais Alemães Superiores", de autoria de HANS PRÜTTING, publicado na *Revista de Processo*, n.º 9, págs. 153 a 160. A propósito, ao referido artigo remeto o leitor, pois o autor — que é professor assistente na Cátedra do Prof. Dr. SCHWAB, com quem estagiei em Erlangen — trata com muita propriedade da questão.

A importância fundamental deve dizer respeito a uma questão de direito, a ser conhecida pelo **Bundesgerichtshof** ⁽¹²⁷⁾, matéria esta de relevância, por ensejar dúvidas sérias a serem aclaradas, não só no interesse das partes, como também no interesse público, estabelecendo-se a unidade do direito. A conceituação, porém, embora à primeira vista pareça não ensejar maiores dificuldades, às vezes se apresenta extremamente complexa, na análise de cada caso. A propósito, HANS PRÜTTING ⁽¹²⁸⁾ chega a enumerar indicadores positivos e negativos para o reconhecimento, ou não, da importância fundamental, tal a dificuldade de percepção.

Impõe-se referir, outrossim, que, pela revisão, se alcança, também, a uniformização da jurisprudência, de sorte a evitar decisões divergentes pelos **Senados**, em matéria de interpretação de questões de direito. Neste particular, desempenham papel relevante o Grande Senado para Questões Cíveis (*Grosser Senat für Zivilsachen*) ⁽¹²⁹⁾ e os Grandes Senados Reunidos (*Vereinigte Grosse Senate*) ⁽¹³⁰⁾.

XVI — Despesas processuais

As despesas processuais, na Alemanha, como já mencionado, são muito superiores ao que se dispense, em média, com um processo cível, no Brasil. Refiro-me à média, não só levando em conta o que normalmente ocorre no curso dos processos, como tendo em vista a disparidade, no que refere às custas propriamente ditas e taxas judiciárias, em cada Estado de nossa Federação, enquanto não chega a anunciada e esperada unificação, a ser tratada em lei federal.

Apenas para exemplificar, serão citadas duas hipóteses, para se verificar o caráter progressivo das custas e dos honorários advocatícios, o que tem sido, inclusive, fator de redução do número de ações propostas, principalmente de pequeno valor pecuniário, ressalvada a hipótese de o interessado se achar coberto por seguro específico (*Rechtsschutzversicherung*), que passa a tomar corpo na Alemanha e já foi objeto de referência neste estudo, quando se tratou da conciliação.

Vamos aos exemplos:

1 — ação no valor de 501DM (aproximadamente Cr\$ 32.000,00 — em causas com interesse pecuniário de valor não superior a 500DM não há apelação, como se viu):

a) honorários advocatícios:

50DM — quando da contratação e antes da propositura da demanda (seria como que o preço da consulta);

(127) Confira-se a nota n.º 122, referente ao vilipêndio à lei, como requisito para a revisão.

(128) Trabalho citado.

(129) Há, também, um Grande Senado para Questões Criminais (*Grosser Senat für Strafsachen*).

(130) A uniformização jurisprudencial, no que pertine à interpretação de questões de direito pelos demais Supremos Tribunais Federais (*Obersten Gerichtshöfe des Bundes*), tais como *Bundesarbeitsgericht*, *Bundesverwaltungsgericht*, *Bundessozialgericht* e o *Bundesfinanzhof*, é alcançada através do Senado Conjunto dos Supremos Tribunais Federais (*Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes*), observado o preceituado na Lei de Controle da Unidade da Jurisprudência dos Supremos Tribunais Federais, de 19-6-68.

50DM — pelo comparecimento à audiência preliminar, sem coleta de provas (ex.: só esclarecimentos ou só debates);

50DM — pelo comparecimento à audiência em que se coletem provas (Beweisaufnahme): esclarecimento de peritos, depoimentos pessoais, inquirição de testemunhas etc.;

50DM — se houver acordo (Vergleich), sendo de observar que alcançada a avença só no final, a verba respectiva será devida e somada às anteriores.

Em havendo apelação, os honorários advocatícios, para o procedimento recursal, serão iguais ao total dos honorários devidos na 1ª instância, mais 3/10 (três décimos), ou seja, no exemplo retro:

50 + 50 + 50 (exclui-se a verba relativa ao acordo, pois se este foi alcançado, não há, em princípio, interesse recursal) = 150 + 45 (= 3/10 de 150) = 195DM (os honorários são devidos ao advogado que funcionar na apelação, o qual, no cível, nem sempre é o mesmo que patrocinou o interesse da parte em 1ª instância, inclusive por impedimento legal, como visto).

Na hipótese de revisão, o advogado (não será o mesmo, pois no **Bundesgerichtshof**, como mencionado, militam, apenas, profissionais perante ele habilitados e que não peticionam em outros Tribunais) perceberá honorários iguais aos devidos pela apelação, ou seja, 195DM.

Acrescente-se que ainda são devidas as despesas pelos deslocamentos do profissional, a fim de acompanhar atos processuais à razão de 40 **Pfennige** por quilômetro, e custo de pernoites, bem como 10% sobre os honorários devidos, observado o teto de 30DM, para cartas expedidas, telefonemas, telex etc., tenha ou não feito tais gastos, 6,5% de **Mehrwertsteuer** (imposto pela prestação de serviço e que as partes pagam ao advogado. É contado sobre os honorários deste no processo).

b) custas judiciais e outras despesas:

23DM — depósito inicial;

23DM — quando da instrução (se houver);

23DM — por ocasião da sentença.

Se houver acordo, não serão cobradas as custas da instrução (Beweisgebühr).

Em sendo necessária a produção de prova testemunhal, a parte deverá depositar, com antecedência, o valor das despesas que a testemunha terá com condução e o equivalente às horas de trabalho perdidas, computando-se para tal, não só o tempo do depoimento, como, de igual, o do deslocamento ⁽¹³¹⁾.

Sendo a testemunha funcionária do poder público só terá direito às despesas com condução, mas estas não são pequenas, chegando, facil-

(131) Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (Lei de indenização a testemunhas e peritos).

mente, a 30DM. As horas são pagas à razão de 2DM a 12DM (Cr\$ 130,00 a Cr\$ 780,00), até o máximo de 10 horas diárias, e leva-se em conta o rendimento bruto do testigo, fixando, porém, a lei, quantias precisas para situações especiais. Ex.: uma dona-de-casa recebe 6DM por hora, fora a condução.

Há que se acrescentar, ainda, as despesas com intérpretes e peritos (de 20DM a 50DM a hora de trabalho, de acordo com a capacidade técnica e, no respeitante aos peritos, a maior ou menor dificuldade do exame).

Os peritos recebem o que lhes é devido, tão logo ultimada a pericia, e os intérpretes e testemunhas, imediatamente após encerradas as respectivas participações na audiência (o próprio magistrado preenche, no ato, uma guia e a entrega ao interessado, o qual se dirige à seção apropriada, onde é prontamente reembolsado).

Em havendo apelação, mais 3/10 ($23 + 23 + 23 = 69 + 20,70 = 89,70$). Na hipótese de revisão, as custas serão iguais às da apelação.

2 — ação no valor de 50.000DM (aproximadamente Cr\$ 3.250.000,00):

a) honorários advocatícios:

1.235DM — quando da contratação (aproximadamente Cr\$ 80.000,00);

1.235DM — pelo comparecimento à audiência;

1.235DM — pelo comparecimento à audiência em que se coletam provas;

1.235DM — se houver acordo.

Em havendo apelação:

$1.235 + 1.235 + 1.235 = 3.705\text{DM}$

$3.705 + 3/10 = 4.816,50\text{DM}$ (cerca de Cr\$ 310.000,00).

Na hipótese de revisão, quando admitida, conforme se viu, os honorários advocatícios serão iguais aos devidos pela apelação. No caso em exame, 4.816,50 DM.

b) custas processuais:

462 DM — depósito inicial (cerca de Cr\$ 30.000,00);

462 DM — quando da instrução;

462 DM — por ocasião da sentença.

Na hipótese de apelação:

$462 + 462 + 462 = 1.386\text{ DM}$

$1.386 + 3/10 = 1.801,80\text{ DM}$ (aproximadamente Cr\$ 117.000,00).

No caso de revisão, são devidas as mesmas custas da apelação ⁽¹³²⁾.

(132) Valem as mesmas observações referentes à produção de prova testemunhal, pericial e emprego de intérprete, lançadas no exemplo anterior, sendo de aditar que, mesmo em 2.ª instância, por ocasião do procedimento recursal da apelação, com certa frequência, há coleta probatória.

Analisados os dois exemplos, chega-se à seguinte conclusão:

a) na primeira hipótese, a parte que perdesse a demanda e se tivesse utilizado somente da apelação teria que dispende a importância de 848,70 DM (mais ou menos Cr\$ 55.000,00), correspondente aos honorários advocatícios de seu patrono e do da parte contrária, mais as custas judiciais, isto sem se falar em despesas com testemunhas, intérpretes, peritos e imposto;

b) no segundo exemplo, utilizada, também, a revisão, e, de igual, sem qualquer produção de provas, o vencido deverá desembolsar a quantia de 31.665,60 DM (cerca de Cr\$ 205.000,00).

Nas quantias supramencionadas não está incluída qualquer condenação referente ao principal.

Evidentemente, com despesas processuais do vulto das referidas, não se recorre ao Judiciário e deixam de se interpor apelações e revisões sem uma boa probabilidade de vitória. Tal tem sido, como já comentado, freio inibidor ao ajuizamento de demandas e à interposição de recursos, fazendo coro magistrados, advogados e processualistas, no respeitante ao acerto do posicionamento alemão. Poderia restar, no entanto, uma dúvida, qual seja: não se estaria como que impedindo o cidadão de recorrer ao Judiciário? A resposta é negativa. De um lado, porque a maioria do povo alemão está coberta por toda sorte de seguros e, de pouco tempo para cá, por um específico, ou seja, destinado a fazer frente a toda a despesa processual que venha a ter o segurado, e de outro, porque a assistência judiciária é uma realidade (reflexo da profunda preocupação do governo por uma justiça social efetiva, que, diga-se de passagem, se constata a todo momento e em todos os âmbitos).

Acrescente-se serem as custas processuais recolhidas ao Estado, pois os auxiliares da Justiça são todos remunerados pelos cofres públicos.

Os notários, na Alemanha, têm situação funcional e estipendial que varia de Estado para Estado. Assim, alguns são autênticos profissionais liberais — advogados notários —, outros são funcionários públicos, recebendo, unicamente, vencimentos ou percebendo estes, em quantia inferior, e custas, de acordo com a produção.

XVII — Assistência judiciária

Até dezembro de 1980, com base nos §§ 114 a 127 da ZPO alemã, vigia o chamado **Armenrecht** (direito dos pobres), e, em função deste, a parte deveria, preliminarmente, provar o seu estado de pobreza ou miserabilidade, para merecer a assistência judiciária gratuita. A situação evoluiu e, em 1º-1-81, entrou em vigor a **Gesetz über die Prozesskostenhilfe**, de 13-6-80, alterando os dispositivos antes citados, com o fundamento de que constituía procedimento discriminatório exigir-se de alguém prova de ser pobre. Passou-se, desde então, a falar em “ajuda de custas” e não mais em “direito dos pobres”, utilizando-se, inclusive, tabelas para se aferir a necessidade de cada um.

A parte (inclusive pessoa jurídica) que não puder arcar, total ou parcialmente, com as despesas do processo, requer o auxílio, explicitando os seus encargos de família, suas posses, seus rendimentos e dívidas, expondo sucintamente a ação a propor ou a responder, dando suas razões e indicando as provas (§ 117, ZPO). Havendo indícios de viabilidade da pretensão — o que o juiz verificará de plano, após ouvida a parte contrária, numa análise superficial e sem qualquer prejulgamento —, o interessado obterá o auxílio, que cobrirá (no todo ou em parte) não só as custas judiciais, como os honorários advocatícios do profissional por ele indicado ou simplesmente nomeado.

As únicas restrições que ouso fazer ao procedimento preparatório a ser observado para obtenção da **Prozesskostenhilfe** consistem em um temor, no pertinente à referida análise superficial do alegado direito do pretendente ao benefício, pois, se o magistrado não tiver cuidado, poderá estar prejulgando, e, de igual, num abuso das partes que ao invés de consultarem um advogado, previamente, de plano recorrerão à Justiça, asseverando-a, para obterem uma espécie de diagnóstico preliminar sobre a pretensão, valendo frisar que, mesmo não alcançando o colimado auxílio, nenhum prejuízo sofrerão, pois não há custas no procedimento da assistência judiciária.

Urge, a propósito de assistência judiciária, lembrar que, em nosso País, ela deveria ser mais efetiva e, para tal, carecemos não só de diploma legal atualizado, observado o nosso padrão de vida, mas, acima de tudo, que os advogados sejam efetivamente remunerados pelo seu trabalho, pois a situação hoje vigente é injusta para com o profissional liberal e, às vezes — poucas, diga-se de passagem — para com a própria parte, que acaba não tendo o seu direito defendido de maneira apropriada.

O advogado do beneficiário perceberá o que, normalmente, perceberia na representação de um cliente não assistido. Julgada a causa, o nomeado, se aquele a quem assiste perder a demanda, receberá o que lhe é devido da tesouraria do Juízo ou Tribunal, e, na eventualidade de sair o beneficiário vencedor, cobrará da parte contrária. Poderá, também, na hipótese de vitória, receber seus honorários do Estado, voltando-se este contra o vencido, para o ressarcimento. Já no caso de derrota do beneficiado, os honorários do advogado do vencedor não são pagos pelo Estado, o que configura, a meu ver, tratamento injusto, por desigual.

Por derradeiro, mencione-se que, se houver alteração na situação financeira do assistido (enriquecimento, herança etc.), mesmo após findo o processo, o Estado tem o direito de cobrar o que com o mesmo dispendeu.

XVIII — Conclusão

A finalidade deste estudo, como já referido em seu preâmbulo, consiste em fornecer uma idéia sobre a organização judiciária alemã, bem como a respeito do funcionamento da Justiça, no âmbito do direito privado.

Os temas tratados foram escolhidos, não apenas colimando propiciar um quadro geral, mas, também, destacadas certas peculiaridades, buscando soluções e idéias novas a auxiliarem a resolver alguns de nossos problemas, em especial, a morosidade na prestação jurisdicional. Sempre se teve presente, porém, que a pura importação de soluções alienígenas não satisfaz, sabido que um diploma legal se destina a determinado povo e, embora excelente para este, pode não ser apropriado, em seu todo ou parcialmente, para outro, mercê das divergências de costume e de comportamento.

Foi-me grato, na experiência, testemunhar, no curso de reuniões em que se procurou estabelecer um paralelo entre o nosso processo civil e o alemão, os comentários elogiosos à lei patrícia, seguidos, porém, de indagações revestidas de certa perplexidade, pois não se conseguia compreender como, a despeito de um bom diploma legal, os resultados se apresentam, em regra, negativos. Tal perplexidade, no entanto, bem demonstra que o mal maior a afligir o Poder Judiciário brasileiro reside, a par da burocracia, na deficiente infra-estrutura material e pessoal, em especial na 1ª instância. A propósito, pode-se dizer, quando, novamente se trata da agilização da nossa Justiça, urgir a **reforma da reforma**, dispensando-se a atenção necessária à 1ª instância, que, acercando-se do ano 2.000, vive com instrumentos do passado.

O estágio possibilitou, de maneira insofismável, verificar como é capaz de se apresentar célere a prestação jurisdicional, quando se propiciam condições a tal.

Cabe-me, por derradeiro, como fruto do observado em Juízos e Tribunais alemães, do discutido e, de outro lado, do constatado em anos de judicatura e de magistério superior — apesar de se pretender deixar as ilações àqueles que se interessarem por este estudo — sugerir para um aceleramento na prestação jurisdicional brasileira:

1 — Dotar o Judiciário, em especial a 1ª instância, de adequada infra-estrutura pessoal e material, fazendo-se mister uma conscientização nacional da grave situação atual, obtendo-se prontas soluções. É imprescindível, no particular, a compreensão, sem parcimônia, dos Poderes Executivo e Legislativo da União e dos Estados no atendimento aos reclamos do Judiciário, inclusive destinando a este, no orçamento, um percentual mínimo (na Alemanha, a porcentagem oscila entre 3 a 4% do orçamento do Estado). Melhor seria que o **quantum** fosse estabelecido constitucionalmente, garantindo-se plena independência ao Poder Judiciário.

2 — Determinarem a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e as Organizações Judiciárias dos Estados critérios estatísticos, de tal sorte a serem imediatamente providos cargos de magistrados e correlatos, antecipadamente criados, tão logo atingidos os índices de feitos pré-fixados como máximos para um julgador.

3 — Levar a efeito a oficialização dos cartórios (podendo-se abrir exceção com os tabelionatos, se disciplinado convenientemente o notariado), de maneira racional, que possibilite aos serventuários e auxiliares re-

muneração compatível, e, ao Estado, arrecadação a ser destinada, como reforço, ao aparelhamento adequado do Judiciário.

4 — Unificar a taxa judiciária e as custas processuais, bem como alterar a Lei de Assistência Judiciária, tornando-se efetiva e assumindo o Estado o papel que lhe compete.

5 — Criar Tribunais para julgamentos de pequenas causas, nas Capitais de Estado e Comarcas de maior expressão.

6 — Aumentar o número de Tribunais de Alçada e de Tribunais de Justiça, nos Estados de expressivo movimento forense, sediando-os em Comarcas do interior.

7 — Primar pela especialização, máxime na 2ª instância, estabelecendo-se a competência das Câmaras pela natureza da causa.

8 — Criar Câmaras para trato de questões comerciais e imobiliárias, nelas tendo assento juízes honorários.

9 — Criar cargo semelhante ao do “administrador judicial” (Rechtspfleger) alemão, retirando do magistrado tarefas que podem ser delegadas.

10 — Dar maior atenção à formação do bacharel em direito, apurando-se, em especial, o estágio profissional em Juízos e Tribunais, se possível, com a real supervisão de magistrados e remuneração ao estagiário.

11 — Tornar efetivos os cursos de preparação e aperfeiçoamento a magistrados.

12 — Corrigir os defeitos do procedimento sumaríssimo, principalmente as causas que determinam o adiamento das audiências, com estabelecimento de um pré-procedimento.

13 — Criar procedimento semelhante ao monitorio.

14 — Utilizar, para citações, notificações e intimações, o Correio, evitando-se, porém, manobras procrastinatórias, estabelecendo-se, em princípio, a validade do ato, se recebida a correspondência por pessoa da família ou preposto do destinatário.

15 — Abolir os embargos infringentes, na 2ª instância.

16 — Reduzir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

17 — Condicionar a apelação — em matéria de direito disponível — à alegação de gravame superior a determinado valor patrimonial, admitindo-se, para sentenças não apeláveis, o reexame na 1ª instância, quer por juiz singular, quer por um colegiado formado por Magistrados da mesma Comarca ou Secção Judiciária.

18 — Adotar, nas audiências e sessões, sistema de gravação ou de taquigrafia.

19 — Utilizar impressos nas comunicações dos atos processuais e, bem assim, em despachos, decisões e sentenças que tal possibilitem.

20 — Conscientizar os jurisdicionados, em especial a indústria e o comércio, das vantagens do recurso à arbitragem.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda — tradução e notas ao artigo "Admissibilidade do Recurso aos Tribunais Alemães Superiores", de HANS PRÜTTING, in **Revista de Processo** nº 9.

BAUMANN, Jürgen — **Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozessrechts**, 2. Auflage, Kohlhammer.

BAUMBACH/LAUTERBACH, ALBERS/HARTMANN — **Zivilprozessordnung**, 38. Auflage, 1980, Verlag C. H. Beck München.

BAUR, Fritz — **Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland**, 2. Auflage, 1978, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

BAUR, Fritz — **Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess**, publicação Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966.

BAUR, Fritz — Weitere Anregungen zur Beschleunigung der Zivilrechtspflege, **Juristenzeitung** 69.

BENDER, R. — Die Hauptverhandlung in Zivilsachen, **Deutsche Richterzeitung** 68.

BENDER, R. — Die Hauptverhandlung in Zivilsachen — ein Schritt zur Justizreform, **Juristische Arbeitsblätter** 71.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ — Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, Deutscher Bundes-Verlag GmbH, 1977.

BUZUID, Alfredo — **Do Agravo de Petição**, Edição Saraiva, São Paulo, 1956.

FRANZKI, Hara'd — Die Vereinfachungsnovelle und ihre bisherige Bewährung in der Verfahrenswirklichkeit, **Neue Juristische Wochenschrift** 12, 1979.

HARTMANN, Peter — Ein Jahr Vereinfachungsnovelle, **Neue Juristische Wochenschrift** 30, 1978.

HENCKEL, Wolfram — Gedanken zur Entstehung und Geschichte der Zivilprozessordnung, in **Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns**, Verlag Vahlen, München, 1980.

HUMANE JUSTIZ — Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongress für Zivilprozessrecht in Gent 1977 Athenäum Verlag, 1977.

JAUERNIG, Othmar — **Zivilprozessrecht**, 19. Auflage, 1981, Verlag C. H. Beck München.

KERN, Eduard — **Gerichtsverfassungsrecht**, 5. Auflage, 1975, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München (neubearbeitet von Manfred Wolf).

KOTTHAUS, Wolfgang — Stuttgarter Modell beim Amtsgericht — Erfahrungsbericht über eine Erprobung, **Deutsche Richterzeitung** 72.

KRAMER, Barbara — Schreckgespenst Prozessverschleppung, **Betriebs-Berater** 71.

PETSCHKE-STAGEL — **Der österreichische Zivilprozess**, Wien, 1963.

PRÜTTING, Hans — Admissibilidade do Recurso aos Tribunais Alemães Superiores, in **Revista de Processo** nº 9.

PUTZO — Die Vereinfachungsnovelle — Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren, **Neue Juristische Wochenschrift** 12, 1977.

ROSENBERG/SCHWAB — **Zivilprozessrecht**, 13. Auflage, 1981, Verlag C. H. Beck München.

SCHNEIDER, Egon — Die Vereinfachungsnovelle zur Zivilprozessordnung 1977 (Teil I), **Monatsschrift für deutsches Recht**, Heft 1/1977.

SCHNEIDER, Hans — Richter und Gerichte in der Bundesrepublik, Angelsachsen, Verlag Bremen, 1966.

STATISTISCHES BUNDESAMT — Statistisches Jahrbuch 1980 für die Bundesrepublik Deutschland, Verlag W. Kohlhammer GmbH/Stuttgart und Mainz.

THOMAS/PUTZO — **Zivilprozessordnung**, 10. Auflage, 1978, Verlag C. H. Beck München.

WACH, Adolph — Enquete, **Zeitschrift für Deutschen Civilprozess**, Band XI, 1887.

Realidade jurídica atual da empresa pública brasileira

VERA GALVÃO

Professora da Faculdade Cândido Mendes

SUMÁRIO

- 1 — *Órgãos da Administração Indireta*
- 2 — *Conceituação legal*
- 3 — *Análise dos conceitos legais*
- 4 — *Empresas públicas representativas*
- 5 — *Proposta de classificação atual das empresas públicas*
- 6 — *Ubiquação da empresa pública no sistema jurídico*
- 7 — *Empresa pública: entidade regida pelo direito civil ou comercial?*
- 8 — *A Lei das Sociedades Anônimas e a empresa pública*
- 9 — *Derrogação da Lei das S/A no regime da empresa pública*
- 10 — *Outras restrições à autonomia administrativa das empresas públicas*
- 11 — *A solução de direito comparado: necessidade de um estatuto para a empresa pública*

1 — *Órgãos da Administração Indireta*

O mesmo que a diretoria representa para as sociedades comerciais e também para as não comerciais de fins lucrativos ou não, o "Governo" representa para o "Estado". O Governo, pois, administra o Estado, e, no âmbito desse trabalho de administração, exerce atividades as mais diferentes, as quais nem sempre lhe são próprias, chegando até mesmo a criar, em certos casos, a figura do "Estado comerciante".

Muitas vezes, exerce essas atividades de forma direta através de suas próprias repartições. De outras, o exercício é feito de forma indireta, isto é, através de entes ideais ligados ao Governo, mas dotados de personalidade jurídica própria, de direito público ou privado.

No âmbito federal, o Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 900, de 29-9-69, disciplinou a matéria, enumerando e até mesmo conceituando os entes ideais que compõem a administração indireta.

O art. 4º dispõe o seguinte:

“A Administração Federal compreende:

I — a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) autarquias;
- b) empresas públicas;
- c) sociedades de economia mista.

§ 1º — As entidades compreendidas na Administração Indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

§ 2º — Equiparam-se às empresas públicas, para os efeitos desta Lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades.”

Note-se: o § 2º, acima, foi indiretamente revogado pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 900, que dispõe:

“Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67.”

2 — *Conceituação legal*

Quanto à conceituação, temos o art. 5º do Decreto-Lei nº 200, com as alterações do Decreto-Lei nº 900, que estabelece:

“Para os fins deste Decreto-Lei, considera-se:

I — *autarquia*: o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada;

II — *empresa pública*: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital

exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito;

III — *sociedade de economia mista*: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

O Decreto-Lei nº 900, em seu art. 5º, estabelece mais o seguinte:

“Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública (art. 5º, inc. II, do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.”

3 — *Análise dos conceitos legais*

Analisaremos, brevemente, os três conceitos que os Decretos-Leis números 200 e 900 nos deram, com referência às entidades que compõem a Administração Indireta, a saber: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A sociedade de economia mista é a mais fácil de ser compreendida. Trata-se, substancialmente, de comum sociedade anônima que, como qualquer outra, está sujeita às normas e aos princípios que regem a espécie. Portanto: a denominação deve conter as palavras “sociedade anônima” ou “companhia”; o capital deve ser dividido em ações; os acionistas devem ser dois ou mais; deve ter diretoria e conselho fiscal; deve realizar assembléias ordinárias e extraordinárias; deve arquivar no Registro do Comércio seus atos constitutivos e as atas de suas assembléias; deve ter os livros regulamentares; e assim por diante. A única diferença, com relação às demais sociedades anônimas, é a de que na sociedade de economia mista ocorre a conjugação de recursos públicos e privados, uma vez que são admitidas, também na qualidade de acionistas, pessoas físicas e jurídicas de direito privado, estas últimas, porém, com participação minoritária, a fim de que a sociedade possa ser enquadrada no Decreto-Lei nº 200. Exemplos: “Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS”; “Banco do Brasil S/A”, no âmbito federal; “CESP — Centrais Elétricas de São Paulo S/A”, no Estado de São Paulo.

A autarquia também tem conceituação fácil de ser compreendida. Trata-se, fundamentalmente, de “repartição” pública autônoma, isto é, que se governa sozinha, não deixando, porém, de pertencer inteiramente ao Governo que a constituiu. Tanto assim que a personalidade própria, de que ela é dotada, é de direito público.

Note-se que estamos usando a palavra “repartição” em seu sentido mais amplo, como parte, grande ou pequena, do sistema administrativo

do Estado. A título de exemplo, podemos mencionar as próprias Juntas Comerciais, as quais, na qualidade de prestadoras de determinado serviço público — o registro do comércio —, nasceram como repartições comuns e que, cada vez mais, estão sendo agora transformadas em autarquias. Como autarquia, a Junta Comercial continuará sendo, na prática, uma repartição pública. Poderá, porém, resolver sozinha seus problemas internos, sem interferências, uma vez que, em tais casos, o Governo respectivo se limita, em linha geral, a nomear os ocupantes dos cargos de direção.

Chegamos agora ao ponto crucial da questão: a exata compreensão do conceito que o legislador nos deu da entidade administrativa indireta que, de caso pensado, deixamos por último. Afinal, o que é realmente uma “empresa pública”? Como distingui-la de outras entidades? Onde enquadrá-la? Como classificá-la?

Antes de intentarmos respostas às cruciais indagações acima, cumpre, em rápida pesquisa, inventariar as opções assumidas pelo legislador para a regência de algumas das mais interessantes empresas públicas, sob o ponto de vista jurídico.

4 — *Empresas públicas representativas*

Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)

No Decreto-Lei nº 509, de 20-3-69 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 538, de 17-4-69), encontramos os seguintes dispositivos:

“Art. 4º — Os Estatutos da ECT, que serão expedidos por decreto, estabelecerão a organização, atribuições e funcionamento dos órgãos que compõem sua estrutura básica.”

“Art. 6º — O capital inicial da ECT será constituído integralmente pela União, na forma deste Decreto-Lei (...)

§ 4º — Poderão vir a participar dos futuros aumentos do capital outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como entidades integrantes da administração federal indireta.”

“Art. 11 — O regime jurídico do pessoal da ECT será o da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º-5-1943.”

Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) ()*

Na Lei nº 5.662, de 21-6-71, encontramos os seguintes dispositivos:

“Art. 1º — O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), autarquia federal criada pela Lei nº 1.628, de

(*) NR — O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) passa a denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ficando vinculado administrativamente à SEPLAN (Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 — art. 5º). O BNDE fora vinculado ao Ministério da Indústria e do Comércio, por força do Decreto nº 83.324, de 11-4-79.

20-6-52, fica enquadrado, nos termos e para os fins do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, na categoria de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, com a denominação de Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) e vinculação ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, nos termos do art. 189 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67.

Parágrafo único — O capital inicial da empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), dividido em ações do valor, cada uma de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), pertence na sua totalidade à União Federal e é constituído pelo valor, na data desta Lei, do ativo líquido na autarquia extinta, podendo ser aumentado através da reinversão de lucros e de outros recursos que, na forma da legislação em vigor, a União destinar a esse fim.

Art. 2º — Os dispositivos legais vigentes ou parcialmente modificados da Lei nº 1.628, de 20-6-52, e da Lei nº 2.973, de 26-11-56, constituem, no seu conjunto, o Estatuto pelo qual se rege a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), regulando os fins da empresa e a sua estrutura administrativa, bem como os seus órgãos de direção e de controle.

Parágrafo único — As alterações do Estatuto referido neste artigo, necessárias ao funcionamento da empresa, serão feitas, posteriormente à data desta Lei, através de decreto do Presidente da República, que será arquivado no Registro do Comércio competente.”

“Art. 10 — A Agência Especial de Financiamento Industrial — FINAME, autarquia federal criada pelo Decreto-Lei nº 45, de 18-11-66, em cujo texto ficaram incorporadas, como parte integrante, as disposições do Decreto nº 59.170, de 2-9-66, é também enquadrada, nos termos e para fins do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, na categoria de empresa pública, mantida a mesma denominação atual, com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e vinculação, através do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, nos termos do art. 189 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67.

§ 1º — O Estatuto da empresa pública de que trata este artigo é o conjunto dos dispositivos, que forem aplicáveis, do Decreto nº 59.170, de 2-9-66, e do Decreto-Lei nº 45, de 18-11-66, os quais regularão os fins da empresa e a sua estrutura administrativa, bem como os seus órgãos de direção e de controle, podendo as alterações subseqüentes ser feitas por decreto do Presidente da República, arquivadas no Registro do Comércio competente.

§ 2º — O capital inicial da empresa pública criada por este artigo, para suceder à Agência Especial de Financiamento Industrial — FINAME, é constituído pelo valor do ativo líquido da autarquia extinta, apurado na data desta Lei, pertencente, esse capital, na sua totalidade, à empresa pública, de propriedade exclusiva da União, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), sendo dividido em ações nominativas do valor, cada uma, de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros).

§ 3º — As ações da empresa pública Agência Especial de Financiamento Industrial — FINAME, só poderão pertencer à União ou a entidade da Administração Indireta.

§ 4º — O regime jurídico do pessoal a serviço da empresa pública de que trata este artigo é o do empregado sujeito à legislação vigente para as relações de emprego privado.”

Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA)

Na Lei nº 3.115, de 16-3-1957, encontramos os seguintes dispositivos:

“Art. 1º — Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, nos termos da presente Lei, uma sociedade por ações sob a denominação de Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA), a qual serão incorporadas as estradas de ferro de propriedade da União e por ela administradas, assim como as que venham a ser transferidas ao domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento sejam encampados ou rescindidos.”

“Art. 4º — A União subscreverá a totalidade das ações que constituirão o capital inicial da RFFSA (...)

§ 2º — O Governo poderá desfazer-se das ações de sua propriedade que excederem 51% (cinquenta e um por cento) do capital da RFFSA, vendendo-as, por valor não inferior ao nominal, às pessoas jurídicas de direito público interno, às sociedades de economia mista constantes do art. 6º, n.ºs I e II, e às pessoas físicas e jurídicas de direito privado, brasileiras, neste caso até o máximo de 20% (vinte por cento) do capital social.”

Empresa Brasileira de Radiodifusão (RADIOBRAS)

Enfim, na Lei nº 6.301, de 15 de dezembro de 1975, o art. 1º autoriza:

“Art. 1º — Fica a União autorizada a constituir, na forma desta Lei e do disposto no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, uma empresa pública que se

denominará Empresa Brasileira de Radiodifusão e usará a sigla ou abreviatura de RADIOBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com o seguinte objetivo:

.....”

“Art. 3º — A RADIOBRÁS será organizada sob a forma de sociedade por ações e terá seu capital representado por ações nominativas até pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do seu valor pela União.

§ 1º — Será admitida no restante do capital da RADIOBRÁS a participação dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

.....”

“Art. 5º — O Ministro das Comunicações designará o representante da União nos atos constitutivos da sociedade.”

“Art. 7º — Observadas as ressalvas desta Lei e da legislação de telecomunicações, a RADIOBRÁS será regida pela legislação referente às sociedades por ações, não se lhe aplicando os requisitos do § 5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967.”

5 — *Proposta de classificação atual das empresas públicas*

Pelo que se depreende do Decreto-Lei nº 200 e demais textos legislativos citados até aqui, as empresas públicas brasileiras, apesar de oferecerem à consideração dos estudiosos alguns elementos característicos constantes, não se apresentam dotadas de forma jurídica única, rígida, com contornos bem definidos. Por isso é que devemos distinguir, entre elas, as seguintes espécies e subespécies:

1) *empresa pública típica* que se apresenta como sociedade anônima regular (sociedade pluripessoal), tendo, porém, como acionistas apenas pessoas jurídicas de direito público interno, as quais podem ser da mesma esfera, como, por exemplo, o Estado mais autarquias estaduais — foi o modelo seguido pela Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A — CEESP, ou de esferas diferentes, como, por exemplo, a União, mais Estados, mais Municípios, mais autarquias etc.

2) *empresa pública atípica* que ostenta a forma de sociedade anônima, tendo, porém, apenas um acionista (sociedade unipessoal), como é o caso, por exemplo, da Empresa Brasileira de Radiodifusão — RADIOBRÁS, e da Rede Ferroviária Federal S/A, cujo capital pertence inteiramente à União, até agora, sua única acionista.

3) *empresa pública extravagante*, que, fugindo à letra do Decreto-Lei nº 200, não assume “qualquer das formas (de sociedade) admitidas em direito”, como é o caso, por exemplo, da ECT, em que o legislador, desprezando a Reforma Administrativa, criou a empresa sem subordiná-la a modelo preexistente — restrita que está, sua regência, à própria lei de criação da pessoa jurídica.

6 — Ubiquação da empresa pública no sistema jurídico

Como fazer o enquadramento jurídico da empresa pública? Em primeiro lugar, devemos descobrir a qual dos grandes ramos do direito ela pertence. O Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, nos diz claramente que é o do direito privado (art. 5º, nº II: “*empresa pública*: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado...”). Tanto assim que os empregados estão sujeitos às leis trabalhistas comuns (Decreto-Lei número 509, de 20-3-69, art. 11: “O regime jurídico do pessoal da ECT será o da Consolidação das Leis do Trabalho...”). Lei nº 5.662, de 21-6-71, art. 10, § 4º: “O regime jurídico do pessoal a serviço da empresa pública de que trata este artigo é o do empregado sujeito à legislação vigente para as relações de emprego privado”).

PAULINO JACQUES, em trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa* nº 28, de 1970 — “A Administração Indireta no Estado Brasileiro (Crítica Científica)”, já àquela época demonstrava ser intransigente defensor da publicização, hoje admitida por todos os administrativistas brasileiros, descaracterizando a personalidade jurídica de *direito privado* das empresas públicas, e aconselhando, inclusive, para dar cobro a antinomia existente, a conveniência de um estatuto da empresa pública: “a verdade é que o fato de deverem as “empresas públicas” ser criadas por lei, com o capital exclusivo da União ou de suas entidades de Administração Indireta, e ficarem adstritas à “supervisão ministerial” ampla e profunda, que vai desde a “indicação ou nomeação pelo Ministro de Estado dos dirigentes da entidade” até a “intervenção por motivo de interesse público” (art. 26, parágrafo único, alíneas *a usque i*, Decreto-Lei nº 200, citado) — só por ficção, ou excessivo pragmatismo, será *privada* a sua personalidade jurídica. Realmente, a sua origem e o patrimônio estatais, bem assim a vigilância e a quase tutela que o Estado exerce sobre essas empresas, levam a dotá-las de personalidade *pública*, segundo as doutrinas examinadas nos caps. III (a “origem da instituição”) e VIII (a “vigilância e a tutela”). O pragmatismo na Administração Pública, fruto de exagerado tecnologismo, está afastando os serviços públicos, cada vez mais, de sua verdadeira fonte de legitimidade, que é a eidética jurídica”.

Sublinhou, também, as modificações que o Decreto-Lei nº 900, de 1969, trouxe ao texto do Decreto-Lei nº 200, de 1967, nelas entrevendo a tendência de publicização: “as alterações feitas, embora não tenham modificado a orientação pragmática, vieram reforçar a nossa tese da personalidade pública dessas entidades, porque o seu capital é “exclusivo da União”, e jamais “de suas entidades de Administração Indireta”, como admitia o Decreto-Lei nº 200 citado, e a exploração de “atividade econômica”, tão-somente, e nunca de “natureza empresarial”, antes facultada”.

Para dar maior relevo a sua posição, PAULINO JACQUES, depois de citar alguns exemplos de empresas públicas, inclusive com personalidade jurídica de *direito público*, como a EMBRATUR — Empresa Brasileira de Turismo (Decreto-Lei nº 55, de 18-11-66), faz referência es-

pecial à Caixa Econômica Federal (CEF), concluindo: “sendo tudo estatal nessa entidade — origem, fim, organização e função, inclusive a vigilância e a tutela, com capital pertencente à União —, já agora, não por simples ficção ou excessivo pragmatismo, pode ser considerada “pessoa privada”, porém, por gritante *aberratio juris*, senão verdadeira heresia jurídica”.

WALDEMAR FERREIRA, em mordaz observação, declara que “a sociedade de economia mista, o que vale dizer, também, a empresa pública, de pessoa de direito privado, só tem o gesto e o peito. No mais e por tudo tem o ânimo e a alma, se é que tem isso, de pessoas jurídicas de direito público interno”.

Acentuou A. B. CORRIM NETO, ilustre Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em diversas oportunidades, nas aulas que ministrou no curso de pós-graduação, a natureza pública das empresas públicas, chamando a atenção para o § 2º do art. 170 da Constituição Federal, que declara:

“§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista *reger-se-ão* pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (grifos nossos).

Na realidade, a empresa pública tão-somente rege-se pelas normas de direito privado, o que *não lhe tira* o caráter público.

7 — *Empresa pública: entidade regida pelo direito civil ou comercial?*

No âmbito do direito privado, devemos distinguir o direito civil do comercial. *De lege ferenda*, a empresa pública poderia ser regida por dispositivos da lei civil? Vejamos. Não por uma “associação”, uma vez que é criada (diz o Decreto-Lei nº 200) “para a exploração de atividade econômica”. “Sociedade civil” de fins lucrativos também não, devido ao fato de a empresa pública jamais ter como objeto um fim meramente civil. Por outro lado, não por uma “fundação”, uma vez que esta, ao menos aparentemente, não tem proprietário, ao passo que a empresa pública o tem. Tampouco uma “cooperativa”, pelo simples fato de que esta é um tipo especial de sociedade de pessoas, sem fins lucrativos.

Temos, portanto, a desejada conclusão: a empresa pública não pode ser regida por nenhum dos esquemas legais vigentes no âmbito do direito civil.

A empresa pública é sem dúvida uma entidade comercial, uma vez que exerce atividade de intermediação habitual, com fito econômico.

Há, porém, um problema: em qual dos esquemas legais vigentes no âmbito do direito comercial pode ser enquadrada?

“Firma individual” não, uma vez que mesmo quando aparece como pertencendo a uma só pessoa, essa pessoa é sempre jurídica, ao passo

que a firma individual, de acordo com os atuais princípios da legislação brasileira, só pode ter pessoa física como titular.

Devemos excluir, também, as antigas sociedades de pessoas, de que ainda trata o Código Comercial Brasileiro de 1850. É que na empresa pública não se pode falar em *affectio societatis intuitu personae*.

A própria sociedade por quotas de responsabilidade limitada deve ser excluída, uma vez que a empresa pública, para que pudesse por ela ser disciplinada, deveria ser constituída de acordo com as normas constantes do Decreto nº 3.708, de 10-1-1919; ademais, cremos, na limitada prevalecem as pessoas.

Embora o Decreto-Lei nº 200 tenha aberto o leque para qualquer das formas em direito admitidas, na realidade o legislador ou não optou por nenhuma delas (vide acima empresa pública extravagante) ou se fixou, sempre, na sociedade anônima. Assim é que as empresas públicas, de regra, apresentam capital dividido em ações de igual valor, com a expressão "sociedade anônima" ou "companhia", completando sua denominação com outros detalhes igualmente significativos. Não é raro, inclusive, ostentar legitimamente a forma de sociedade anônima, por ter, além das demais características, também dois ou mais acionistas. Aliás, enquanto a legislação brasileira não sofrer modificações substanciais, este último é o modelo que mais ou menos se aproxima do adequado para a constituição de empresas públicas, inclusive na esfera federal.

8 — A Lei das Sociedades Anônimas e a empresa pública

A esta altura, coloca-se outra indagação da maior importância. Ao escolher a forma de sociedade anônima, tem o legislador respeitado as características formais deste tipo societário?

A sociedade se forma pela manifestação da vontade de duas ou mais pessoas que se propõem unir os seus esforços e cabedais para a consecução de um fim comum. Os juristas franceses deixam entrever o duplo significado da palavra sociedade, pois tanto pode referir-se ao ato constitutivo que lhe dá substância, como à pessoa jurídica, que lhe dá condição de sujeito de direito. A princípio, como observa ESCARRA, predominava o aspecto contratual do ato constitutivo, ao passo que hoje prevalece o da pessoa jurídica que dele surge.

Hoje convém acentuar que não é mais incontroverso o princípio de que a sociedade deve constituir-se necessariamente no mínimo de duas pessoas. Teorias modernas, que se refletem em legislações positivas, como a do Principado de Liechtenstein, ou de legislações de vários Estados norte-americanos, introduzidas em outras legislações, começam a admitir a possibilidade de sociedades empresariais, isto é, sociedades constituídas de um sócio apenas. No Brasil, por exemplo, leis especiais têm criado sociedades desse tipo, como a NOVACAP S/A, o BNH, e outras já citadas no princípio deste trabalho, aspecto tão mais curioso quando o fazem sob a forma de sociedades por ações.

O Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40, em seu art. 38, estabelecia clara e expressamente o seguinte: “Nenhuma sociedade anônima poderá constituir-se sem que se verifiquem, preliminarmente, os seguintes requisitos: 1º) a subscrição, pelo menos por sete pessoas, de todo o capital social”; e no art. 137: “A sociedade anônima ou companhia entra em liquidação: (...) d) pela redução do número de acionistas a menos de sete, verificada em assembléia geral ordinária, e caso esse mínimo não seja preenchido até a seguinte assembléia geral ordinária”.

A Lei nº 6.404, de 15-12-76, modificou a regra, ao estabelecer, em seu art. 80, o seguinte: “A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I — subscrição, pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto.” E no art. 206: “Dissolve-se a companhia: I — de pleno direito: (...) d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte (...).”

De qualquer forma, sete ou dois que seja o número mínimo de integrantes de sociedade anônima, é certo porém que esse número deverá necessariamente ser superior a um.

A empresa pública, no entanto, só pode ser constituída com capital exclusivo da União, de acordo com os precisos termos do Decreto-Lei nº 200, art. 5º, inciso II (redação do Decreto-Lei nº 900). Posteriormente, de acordo com o art. 5º do Decreto-Lei nº 900, a União pode, desde que não perca a sua posição de participante majoritária, admitir outros participantes, no âmbito do direito público interno.

Ora, na vigência do Decreto-Lei nº 2.627/40, se a empresa pública tivesse menos que sete participantes, não poderia ser admitida como sociedade anônima, ainda que ostentasse, em sua denominação, a expressão “sociedade anônima” ou “companhia”.

O sistema societário brasileiro sofreu, entretanto, nesse particular, uma brusca alteração, ao se consentir, na Lei nº 6.404/76, a constituição de sociedade anônima de um sócio *apenas*. A nova Lei de Sociedades Anônimas admitiu e regulou a chamada subsidiária integral, constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (art. 251).

A incompreensão que comumente se manifesta a respeito das sociedades unipessoais provém da idéia arraigada pela tradição de que a sociedade se forma pelo contrato, sendo somente possível sua criação entre duas ou mais pessoas. Mas, desde que se passe a sustentar que a sociedade, como pessoa jurídica, se constitui por um ato que não seja necessariamente um contrato, o absurdo aparente se ameniza. O direito brasileiro, todavia, não concebe, nem admite tal solução, pois o Código Comercial considera sempre a sociedade formada pelo contrato. E as sociedades estatais constituídas somente pelo Estado são sempre criadas por leis especiais, ocasionando uma anomalia jurídica ditada pela conveniência do poder público de escapar dos padrões burocráticos.

O referido Decreto-Lei nº 2.627/40, em seu art. 3º, estabelecia o seguinte: "A sociedade anônima será designada por denominação que indique os seus fins, acrescida das palavras "sociedade anônima" ou "companhia", por extenso ou abreviadamente". Parece que a Lei número 6.404/76 não mais exige, necessariamente, a indicação dos fins, pois, em seu art. 3º, dispõe que "a sociedade será designada por denominação acompanhada das expressões "companhia" ou "sociedade anônima", expressas por extenso ou abreviadamente, mas vedada a utilização da primeira ao final".

Não cremos que essa dispensa da indicação dos fins sociais funcione na prática. É que as sociedades comerciais costumam incluir, em suas denominações, expressões registradas como marcas de indústria, comércio ou serviços; e ocorre que o registro de marca só é admissível com relação a uma única atividade. Registrada uma marca em determinada classe, outra sociedade pode registrar a mesma marca em classe diferente. Ora, se duas sociedades usarem, em suas denominações, palavra idêntica, por ser marca registrada de cada uma, deverão, para fins de diferenciação, acrescentar expressão que indique os respectivos fins sociais.

Temos, portanto, os seguintes três elementos, na prática obrigatórios na composição das denominações: 1º) expressão diferenciadora — nome de pessoa, sigla, expressão de fantasia etc. — indispensável em qualquer nome comercial; 2º) expressão ou expressões alusivas aos fins sociais, genéricas ou específicas, de acordo com a amplitude dos objetivos da sociedade; 3º) expressão indicadora do tipo de sociedade — "sociedade anônima" ou "companhia".

Vejamos, agora, algumas denominações de empresas públicas: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), Caixa Econômica Federal (CEF), Casa da Moeda do Brasil (CMB), Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), Empresa Brasileira de Turismo (EMBRATUR), Banco Nacional da Habitação (BNH), Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), Empresa Brasileira de Radio-difusão — RADIOBRÁS (RDB).

Em todas essas denominações encontramos, com maior ou menor facilidade, os dois primeiros elementos, uma vez que, no caso, as palavras "brasileira", "federal", "Brasil" e "nacional" podem ser tomadas como expressões diferenciadoras. Em nenhuma, entretanto, encontramos o terceiro elemento.

Outro aspecto a considerar é que a Lei das Sociedades por Ações, em seu artigo 132, inciso III, determina que a nomeação dos diretores será feita através de assembléia geral; entretanto, o que se observa nos dias que correm é que empresas públicas que são regidas pela Lei das S/A têm as nomeações de seus dirigentes feitas por ato do Poder Executivo.

O Decreto nº 84.128, de 29-10-79 (art. 4º, inciso II), determinou, outrossim, que os aumentos de capital das empresas públicas sejam previamente autorizados pelo Presidente da República, ouvida previamente a SEST; a hipótese revela um conflito com a Lei das S/A que determina que os aumentos de capital sejam realizados através de assembléia geral (art. 166, I e II).

9 — Derrogação da Lei das S/A no regime da empresa pública

Qual a razão por que se observa o fenômeno de interferência, cada vez maior, do Estado nas decisões que seriam, por força da lei que as rege (no caso a das S/A), da exclusiva competência dos órgãos deliberativos das empresas públicas?

O fenômeno da concentração de poder nas mãos do Estado quando se trata de países em desenvolvimento, deve ser examinado atentamente. Na maior parte dos casos, uma concentração de poder é inevitável, e mesmo desejável, a fim de assegurar o desenvolvimento da economia. É provável e quase certo que julgamentos corretos precedam, freqüentemente, erros. Deve ter-se, apenas, consciência de seu duplo papel.

Os objetivos e os fins de uma empresa pública estão estreitamente vinculados. A forma jurídica de uma empresa pública depende, muito freqüentemente, dos objetivos que lhe são atribuídos, e certas formas convêm à realização de objetivos determinados. As empresas que visam a fins lucrativos são criadas e organizadas na base do direito público, observando, contudo, disposições de direito privado no que concerne a sua gestão.

Os principais objetivos diretos das empresas públicas podem ser assim classificados: a) sociais; b) econômicos; c) políticos.

Não têm eles a mesma importância, de país para país. Isto depende: 1) do regime econômico e social de cada um deles; e 2) de se saber se o país atingiu um estágio avançado de desenvolvimento econômico, ou é um país em desenvolvimento.

Os objetivos sociais revestem formas diversas. Podem ser criadas empresas públicas para manter certos serviços, ou melhoramentos, exercer atividades econômicas não lucrativas e que visem a promover o progresso social ou a servir ao interesse da coletividade, para eliminar o desemprego, elevar o nível de vida de segmentos da população, para direcionar os esforços em determinadas áreas etc.

Numerosos são os países onde se perseguem objetivos econômicos que variam segundo as necessidades: desenvolvimento da economia nacional ou de um ramo determinado desta, organização de um setor nacionalizado da economia, desejo de estimular o setor privado, falta de capitais privados para a realização de projetos importantes, atrativos mínimos para a iniciativa privada para certos investimentos, riscos que os capitalistas privados não podem assumir, passividade desse ou

daquele setor privado, avocados pelas empresas públicas, em razão de sua importância e de seu caráter indispensável para a economia etc.

Os objetivos políticos são revestidos de importância particular nos países socialistas em face dos conceitos ideológicos e filosóficos relativos à organização econômica e social.

Nos países em desenvolvimento, os objetivos políticos são considerados fundamentais, quando a criação de empresas tem por fim assegurar a independência econômica do país, eliminar o capital estrangeiro de certos ramos da economia, nacionalizar, completa ou parcialmente, um setor econômico determinado — ainda que, neste último caso, os objetivos acima citados revistam um caráter essencial, muito mais no plano dos princípios do que no das realidades —, realizar objetivos que interessam à defesa nacional etc.

Na realidade, no caso brasileiro, com a empresa pública o Estado respira o ar da atmosfera do direito privado, entretanto não abre mão de sua maneira burocrática de administrar.

ROGER PINTO, Professor da Faculdade de Direito de Paris, em seu trabalho publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 87, sob o título "A Empresa Pública Autônoma de Caráter Econômico, em Direito Comparado", declara:

"A empresa pública autônoma é uma criação do Estado. Submete-se, portanto, a estatuto definido pelo Estado. Sua existência depende do Estado, que a instituiu. Precisamente, porém, em virtude dessa instituição, o Estado introduz, no setor de economia pública, uma estrutura descentralizada. A conservação dessa descentralização supõe o respeito da autonomia da empresa pública. Exige que não seja colocada sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado (ministros, por exemplo).

.....

De um modo geral, o equilíbrio entre a liberdade de ação da empresa e os contrapesos necessários da intervenção do Estado, não é fácil de ser alcançado. As leis em vigor não definem suficientemente. O exame da prática é indispensável. Constatada-se uma verdadeira luta disfarçada entre a empresa e o Estado. Aquela se esforça por neutralizar as intervenções estatais que julga excessivas, o Estado por sua vez multiplica obstáculos aos desregramentos da liberdade."

10 — *Outras restrições à autonomia administrativa das empresas públicas*

A análise perfunctória feita linhas atrás nos permite tecer algumas considerações sobre o que ocorre no Brasil de hoje.

O Brasil apresenta uma tripartição. Até há pouco, em suas mais claras e definidas posições encontravam-se as empresas privadas de

um lado e de outro a atividade estatal, burocrática, por seus órgãos de administração direta. As primeiras regidas pelo direito privado, a última pelo direito público. Há, agora, um terceiro grupo intermediário, *estado crepuscular*, onde se situam as empresas governamentais. Elas têm um *status* de empresas regidas pelo direito privado mas visam a, primordialmente, atender aos desígnios do poder público.

A conseqüência dessa natureza bifronte é que, em períodos de crise econômico-financeira como a atual, a liberdade de que desfrutam as empresas estatais acarreta um desequilíbrio porque elas têm mitigado o controle do Estado por gozarem de autonomia, como as empresas particulares, e desfrutam de privilégios junto à Administração Central.

No momento atual, comprovando a nossa assertiva, foi criada a Secretaria de Controle das Empresas Estatais (SEST), pela edição do Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979. A SEST, integrante da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, é órgão central do subsistema de controle de recursos e dispêndios das empresas estatais, do sistema de planejamento federal.

O Decreto nº 84.128/79 conferiu amplos poderes, na matéria, ao Ministro do Planejamento, e o art. 4º autoriza a SEST a coordenar as atividades das empresas estatais, a acompanhar-lhes a gestão, a participar da fixação de preços e tarifas, a propor critérios de reajustamento de remuneração de dirigentes, a manifestar-se sobre aumento de capital etc.

Com tal instrumento o Governo vem tentando, com relativo êxito, impedir que a Administração Indireta cause rombos no orçamento da União, por sua liberdade de ação. Com isto, se fere fundo a Administração Indireta, pois, na realidade, ela passa a depender de um único fundo de caixa. O Tesouro Nacional mantém uma única via de fornecimento de numerário ou crédito. Esse controle talvez seja o primeiro passo para desmistificar a imagem da Administração Indireta, recolocando o Estado em sua tradição primeva.

É de lembrar-se, ainda, o disposto no art. 205 da Constituição Federal — norma constitucional em branco — que exclui da apreciação jurisdicional as questões entre as empresas estatais e a respectiva Administração Direta. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido contrariamente, o art. 205 é mais um elemento de submissão das empresas estatais a um controle enfeixado nas mãos do Executivo.

11 — *Necessidade de um estatuto para a empresa pública: solução de direito comparado*

Quem se propõe a realizar um estudo comparativo das leis autorizativas da constituição das inúmeras empresas públicas em plena atividade em nosso País, conclui com decepção que estamos à beira de um caos, tal a antinomia que existe entre os seus princípios essenciais, não se orientando a sua criação por um sistema legal, que assegure uniformidade ou, quando menos, coerência de princípios.

Válida a tentativa do disciplinamento legal da empresa pública realizada através do Decreto-Lei nº 200 e, posteriormente, pelas modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 900. Porém, não é menos certo que o texto legal editado se ressentia de imprecisões, carências técnicas e até de contradições.

O Decreto-Lei nº 200 dispõe que a empresa pública poderá “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Em nossa opinião, isto determina que, apesar de ter liberdade de escolha, o legislador deveria escolher uma das formas preexistentes, admitidas em direito. Afinal, ter um ordenamento jurídico significa, justamente, que todos, inclusive o próprio Estado, devem adequar-se, em seus atos, aos esquemas legais vigentes, até que sejam modificados.

Tal coisa parece não acontecer com as empresas públicas. Como exemplo, de passagem, para não adentrarmos no estudo do Decreto-Lei nº 200, afastando-nos do nosso objetivo, basta observar que o item II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200 erigiu a entidade unipessoal como a modalidade única da empresa pública, não guardando compatibilidade com o estabelecimento daquela modalidade ÚNICA a preceituação *in fine* do novo texto legal editado, na parte que dispõe que a empresa pública *unipessoal* poderá revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito, entre as quais, é sabido, inexistia formalização da empresa unipessoal.

A consequência inevitável e exigível que a prazo médio podemos vislumbrar é a edição de um estatuto para as empresas públicas, que será a solução adequada e impositiva para sistematizar a institucionalização desta entidade, pondo fim ao quadro legislativo caótico que se instalou e continua prosperando. E os exemplos são flagrantes, não obstante os esforços de aperfeiçoamento que se já fazem sentir em algumas leis autorizativas da constituição de empresas públicas.

J. CRETELA JUNIOR, em sua obra *Empresa Pública*, ao abordar os “problemas suscitados pela empresa pública brasileira”, destaca especialmente a “ausência de estatuto da empresa pública”, referenciando, inclusive *no direito comparado*, a França, onde “todos os autores fazem referência à falta de estatuto geral da empresa pública”; e lembra OSCAR BARRETO FILHO que em sua obra observa que “*todos os autores estrangeiros e nacionais afirmam, unanimemente, a necessidade da elaboração de um estatuto geral das empresas públicas*, no qual seriam atendidas as peculiaridades do regime jurídico dessas empresas, no tocante à constituição, funcionamento, contabilidade, controle, finalidades, órgãos de gestão, assembléias gerais. Esta necessidade prende-se à circunstância notória de que as normas que regem as sociedades mercantis são de manifesta insuficiência para atender estes pontos”.

A unificação de todos os órgãos do Estado resulta, em última análise, no próprio Estado. Munindo-se o Estado de inúmeros órgãos para a consecução de seus objetivos e fins, e sendo a lei a expressão da vontade estatal, o que se deve concluir é que o meio mais adequado para a

atuação eficaz de vários órgãos semelhantes será, respeitadas as características de cada um, a edição de diploma legal que os venha reger de modo unitário, de sorte que, embora diversificados, possam ser unificados pelo menos para o fim de abrangência da lei.

Ante a carência de um sistema legal adequado, a eclosão das empresas públicas no Brasil, estimulada pela euforia da descentralização administrativa, acabou por gerar uma problemática crucial — a necessidade de se assegurarem os meios operantes para superintender o seu tentacular gigantismo, com o objetivo de mantê-lo rigidamente subordinado aos fins de interesse público.

PAULINO JACQUES, emprestando o brilho de sua cultura e autoridade no assunto que nos interessa mais de perto neste trabalho, alerta quanto aos perigos a que está sujeita a economia nacional com a privatização dos entes de serviços públicos, defendendo, com rara inteligência, nas conclusões finais de sua tese, certamente em face das incontornáveis contradições, de forma e essência de nossa legislação, “a necessidade premente de ser elaborado um estatuto para as entidades de Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), que venha disciplinar esses entes à luz da boa doutrina, expurgando-os do excessivo pragmatismo que os desnatura e afeta a própria economia nacional”. E sugere, de imediato, a revogação do art. 5º e seus itens do Decreto-Lei nº 200, dos arts. 2º, 3º e 5º do Decreto-Lei nº 900, e do Decreto-Lei nº 991, de 21 de outubro de 1969, que, no seu entender, “subverteram por completo as noções fundamentais de pessoa pública e privada, com suas implicações, no afã de modernizar a administração pública no País”.

A verdade é que a inclusão da empresa pública entre as entidades de direito privado é bastante forçada, artificial. Tanto assim que, muitas vezes, em nada se distingue uma empresa pública de uma autarquia, o que, não raro, permite a passagem direta de um tipo para outro sem qualquer mudança fundamental, como é o caso, por exemplo, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o qual, de autarquia que era, passou diretamente a empresa pública (Lei nº 5.662, de 21-6-71), sem qualquer mudança na estrutura da entidade, continuando com a mesma denominação, o mesmo proprietário, as mesmas normas estatutárias e o mesmo objetivo.

Não se pense, a esta altura, que somos contra a criação de empresas públicas. Pelo contrário, as encaramos com muita simpatia, e o fazemos por um motivo muito simples: os governos, em seu trabalho de administração, encontram problemas os mais diferentes e é muito justo que esses mesmos governos disponham de meios cada vez mais adequados, acompanhando a evolução dos tempos, a fim de que possam resolvê-los da melhor forma possível.

O que está errado, a nosso ver, é que o Estado começou a criar empresas públicas sem antes ter cuidado de incluir, no ordenamento jurídico nacional, o tipo ou figura da “empresa pública”, com suas ca-

racterísticas essenciais. Isto porque, conforme já vimos, a empresa pública não pode ser enquadrada em nenhum dos esquemas jurídicos já previstos pela legislação em vigor, no âmbito do direito privado. Só poderia ser enquadrada num esquema novo, que o direito positivo brasileiro ainda não aceitou.

O princípio da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público interno controladora da empresa pública já editado na Lei das Sociedades por Ações, em seu capítulo XIX, que trata das sociedades de economia mista, já seria o começo da justificação.

Assim o estatuto da empresa estatal guardaria compatibilidade com a sistemática da sociedade anônima atual, que a empresa pública pluripessoal poderá adotar.

É relevante observar que a Lei de S/A dispõe, em seu art. 235, que as sociedades de economia mista estão sujeitas à sua disciplina institucional, *in verbis* — “sem prejuízo das disposições especiais da lei federal”, o que viabiliza o atendimento de suas peculiaridades, sem limitações ou conflitos.

BIBLIOGRAFIA

- BARRETO FILHO, Oscar — Apud CAIO TÁCITO — obra citada.
- CAETANO, Marcello — *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra Editora Limitada, 1951, 3ª edição.
- CAVALCANTI, Themístocles — *Curso de Direito Administrativo*. Livraria Freitas Bastos, 5ª edição.
- COTRIM NETO, A. B. — *Direito Administrativo da Autarquia (Um estudo sobre expedientes de administração indireta no Estado contemporâneo)*. Livraria Freitas Bastos, 1966.
- FERREIRA, Sérgio de Andrea — “O Direito Administrativo das Empresas Governamentais Brasileiras”, in *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, vol. 136.
- JACQUES, Paulino — “A Administração Indireta no Estado Brasileiro” (Crítica Científica) — *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 28.
- MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição atualizada.
- OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de — “Regime Jurídico das Empresas Públicas no Brasil”, in *Revista de Direito Público*. Ed. Revista dos Tribunais, vol. 3, nº 12, pp. 14 a 39, abril/junho 1970.
- PINTO, Bilac — “O Declínio das Sociedades de Economia Mista, o Advento das Modernas Empresas Públicas”, in *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, vol. 32.
- REQUIÃO, Rubens — *Curso de Direito Comercial*. Saraiva S/A Livreros Editores, 8ª edição.
- TÁCITO, Caio — “Controle das Empresas do Estado” (Públicas e Mistas), in *Revista Forense*, vol. 248.
- — “As Empresas Públicas no Brasil”, in *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, vol. 84.

Os efeitos da falência sobre a alienação fiduciária

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em
Brasília. Professor Catedrático da Fa-
culdade de Direito da Universidade do
Rio de Janeiro

1. O Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-1969, equiparou o devedor ou alienante fiduciário ao depositário para o fim exclusivo de admitir, no seu artigo 4º, a conversão da busca e apreensão em ação de depósito. Trata-se de uma norma excepcional que amplia a responsabilidade do devedor que, para este fim, passa a ser considerado depositário. Após algumas hesitações, os tribunais reconheceram a constitucionalidade dessa norma, sempre frisando, todavia, que a sua interpretação devia ser declaratória ou restritiva, por ser a prisão do depositário uma exceção ao princípio geral constitucional, que não admite a prisão por dívida (art. 153, § 17), inspirando-se de uma tradição do direito romano que vem da Lei Petélia.

2. Determina o art. 4º do Decreto-Lei que:

“Art. 4º — Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil” (*).

3. Na realidade, a norma somente é aplicável no caso de caber a busca e apreensão, que a legislação não admite no caso de falência, regulamentado de modo específico no art. 7º do mesmo diploma, de acordo com o qual:

“Art. 7º — Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.”

(*) N.R.: Redação dada pela Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao Código de Processo Civil as leis que menciona” (art. 4º).

4. Há, assim, evidentemente, dois regimes distintos para a execução da alienação fiduciária, que são os seguintes:

a) não havendo falência, cabe a busca e apreensão, que pode ser convertida em ação de depósito;

b) ocorrendo a falência do devedor, deve ser pedida a restituição, que não admite a sua conversão em ação de depósito, pois a lei não consagrou essa possibilidade que exigiria a formulação de texto legal expresso.

5. Aliás, a própria Exposição de Motivos do Decreto-Lei trata das duas situações como sendo distintas e merecendo soluções próprias. Assim, o eminente Ministro Delfim Netto, ao apresentar o Decreto-Lei nº 911, teceu as seguintes considerações, que comprovam qual deve ser a interpretação autêntica do texto legal:

“O projeto admite que, não sendo encontrado o bem dado em garantia, possa ser intentada a ação de depósito. O credor preferindo, também poderá renunciar à garantia e executar os bens do devedor, nos termos do contrato. Na hipótese de concordata ou falência, o adquirente fiduciário — dada a sua condição de credor privilegiado — terá direito à restituição do bem, podendo, em seguida, proceder à venda do mesmo.”

6. A exposição ministerial reserva explicitamente a hipótese de ser admissível a ação de depósito ao caso da busca e apreensão, que presume a inexistência de concordata ou falência. **A contrario sensu**, se impetrada a concordata ou decretada a falência, a hipótese é de restituição que se resolve, nos termos da lei falimentar, **in natura**, pela efetiva devolução, ou **em dinheiro**, pelo pagamento do equivalente. O legislador não previu que, tendo ocorrido a falência, fosse possível propor a ação de depósito que, em tese, somente caberia contra o administrador da massa falida, ou seja, o síndico, mas jamais poderia ser proposta contra os antigos administradores que perderam o poder de dispor dos bens sociais, em virtude da arrecadação dos mesmos nos termos da Lei de Falências.

7. Na realidade, a posição do legislador foi lógica e coerente, pois a lei falimentar dá ao síndico os poderes necessários para arrecadar todos os bens sociais, sejam eles onerados ou não com gravames em favor de terceiros. Entre esses bens, se incluem os alienados fiduciariamente que, após a arrecadação, poderão ser objeto de restituição.

8. Aliás, a própria restituição pressupõe a arrecadação, só se podendo pedir a devolução daquilo que efetivamente foi arrecadado pelo síndico em favor da massa. Se os bens não foram arrecadados, os terceiros interessados poderão intentar contra o síndico as ações cabíveis para obrigá-lo a proceder à arrecadação ou responsabilizá-lo pelas suas omissões. O que não é possível é pretender constranger, pela ação de depósito, os antigos administradores, que não mais podem intervir na gestão da massa falida e, conseqüentemente, não têm legitimidade para reaver de terceiros os bens sociais restituendos.

9. Toda a sistemática processual vincula, aliás, a prisão do depositário à busca e apreensão, como também se verifica pelo art. 905 do Código de Processo Civil que considera ambas as medidas como complementares, ao determinar que:

“Art. 905 — Sem prejuízo do depósito ou da prisão do réu, é lícito ao autor promover a busca e apreensão da coisa. Se esta for encontrada ou entregue voluntariamente pelo réu, cessará a prisão e será devolvido o equivalente em dinheiro.”

10. Ao contrário, na falência, não cabendo mais a busca e apreensão, a prisão não pode ser pedida nem contra o síndico, que deve arrecadar os bens da empresa, nem contra os antigos administradores, que perderam a legitimidade para praticarem qualquer ato em relação aos mesmos bens.

11. Comentando o Decreto-Lei nº 911, na sua monografia sobre a garantia fiduciária, esclarece o magistrado PAULO RESTIFFE NETO que, após a decretação da falência, deixa de ter aplicação o art. 4º do mencionado diploma, não mais se admitindo nem a busca e apreensão, nem a ação de depósito. Escreve a este respeito o juiz paulista que:

“Na falência do devedor não se admite a ação de busca e apreensão, uma vez que o art. 7º do decreto-lei assegura o pedido de restituição, na forma da Lei de Falências, como já decidiu com descortino o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da 1ª Câmara Civil, assentando: “Vindo a falir o devedor de bem alienado fiduciariamente, o direito do credor é o de pedir a restituição com base no art. 76 da lei falimentar, acrescentando: “Em razão da diversidade de ritos processuais, impraticável a conversão do pedido de busca e apreensão em restituição” (RT 427/136).”

12. E acrescenta:

“O legislador demonstrou sábia coerência ao dar a solução da restituição em caso de falência. Remédio efficacíssimo, traz a vantagem de retirar a autonomia das medidas reservadas normalmente ao credor e proprietário fiduciário, conferindo ao pedido a conotação de **incidente da falência**, subordinado à competência do foro falimentar. Ao arredar, de outra parte, a ação de busca e apreensão, teve em vista a **absoluta incompatibilidade da ação de depósito, que lhe sucede quando negativa aquela, com o regime falimentar, em face das disposições dos artigos 40 e 59 da Lei de Falências.**

Com efeito, desde o momento da abertura da falência, perde o devedor o direito de administrar os seus bens ou deles dispor (art. 40), passando a administração da falência a ser exercida pelo síndico, sob a imediata direção e superintendência do juiz. Não se compreenderia como pudesse quem já não dirige os negócios e não tem a disponibilidade dos bens ser compelido, sob pena de prisão, a praticar atos que por lei está proibido, como restituir os bens da massa ou o seu equivalente em dinheiro (art. 1.287 do Código Civil e art. 902 do novo Código de Processo Civil).

Admitir-se a ação de depósito do art. 4º do **Decreto-Lei nº 911 contra o devedor fiduciante em regime de falência seria aceitar que o comando legal envolva uma impossibilidade jurídica que conduz ao absurdo**. Sem se falar que não passaria pela cabeça de ninguém que, estando a administração dos bens da massa a cargo do síndico, sob imediata direção e superintendência do juiz, pudesse a dita ação ser intentada contra os titulares legais da administração da falência.

É o que foi por nós mostrado em decisão proferida na 9ª Vara Cível em princípio de 1972, que alcançou grande repercussão (**Diário do Comércio & Indústria**, de 5-4-1972, pág. 4; **O Estado de S. Paulo**, de 9-4-72, pág. 166), porque mais radical ainda nosso entendimento, uma vez que a ação de busca e apreensão fora ajuizada antes da declaração da falência e mesmo a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito se dera momentos antes da quebra.

Enfeixamos o decisório na seguinte sùmula: **“Alienação fiduciária — Ação de depósito contra diretor de firma falida — Incabível quando sobrevenha a falência porque perde o devedor, desde o momento da decretação da quebra, a administração e disponibilidade dos seus bens, que passam a ser exercidos pelo síndico, sob imediata direção e superintendência do juiz (arts. 40 e 59 da Lei de Falências). Ao credor cabe o direito de pedir a restituição dos bens alienados fiduciariamente em garantia, na forma do art. 7º do Decreto-Lei nº 911, combinado com o art. 76 da Lei de Falências, e não mais a prisão do devedor como depositário infiel, por não aplicação, ao caso, do art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1969. A única possibilidade de decretação de prisão do falido é por um dos motivos relacionados à falta de cumprimento de deveres impostos pela Lei de Falências, nos termos do art. 35, entre os quais não se enquadra, evidentemente, a prisão por infidelidade depositária, pelo simples fato de já não ter o falido a guarda ou disponibilidade dos seus bens ou direitos. A falência prejudica o andamento das ações de busca e apreensão e de depósito. E, exatamente, para resguardo do superprivilégio inerente aos créditos garantidos por alienação fiduciária, é que a lei assegura ao credor ou proprietário fiduciário, na falência do devedor, o direito de pedir restituição, na forma da Lei de Falências, com preferência sobre todos os créditos, por mais privilegiados que sejam.”**

Essa orientação foi fixada em outro caso pela 1ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 26-2-1973, no Agravo de Instrumento nº 2.836, cujo acórdão vem relatado pelo Juiz Nóbrega de Salles.

Mesmo declinando da competência daquele Tribunal em favor do Tribunal de Justiça, em face da competência privativa deste, por força da Lei de Organização Judiciária do Estado para apre-

ciação dos recursos que envolvam interesse de massa falida, não deixou passar a oportunidade de manifestar-se contra o andamento e solução dados à ação de depósito em primeira instância.

É a seguinte a íntegra do julgado:

“Acordam, em 1ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso e ordenar remessa dos autos ao Tribunal de Justiça, que é o competente para apreciação do recurso, desde que se trata de massa falida.”

“Rebela-se a recorrente contra despacho que decretou a prisão de seus representantes legais, em **ação de depósito** que lhe move a firma **omissis**.”

“Vê-se da certidão que o Juízo da 6ª Vara Cível desta Capital decretou a falência da agravante, ante impossibilidade de cumprimento da concordata, nomeado síndico, aguardando-se diligência de arrecadação de bens, dentre os quais, provavelmente, se encontram aqueles objetos da ação de depósito.”

“Assim, como salienta a Procuradoria da Justiça, a referida ação não poderia ter continuado, desde que importa em verdadeira execução individual, cabendo à agravada ingressar na falência com pedido concernente” (PAULO RESTIFFE NETO, **Garantia Fiduciária**, 1975, pág. 220).

13. Uma vez decretada a falência, entendeu a Egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que devia ser ordenada “a suspensão do processo de depósito, revogando-se a prisão dos sócios da falida”, conforme decisão unânime da qual foi relator o atual Presidente daquela Corte, o eminente e culto Desembargador Young da Costa Manso (**Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, vol. 25, pág. 220).

14. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Egrégia Segunda Turma, teve o ensejo de decidir que, decretada a falência, não mais pode prosperar a ação de depósito, só podendo o credor requerer a restituição. Efetivamente, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 79.384, em 12-11-74, a Egrégia Turma acompanhando o eminente e culto relator, o Ministro Leitão de Abreu, não conheceu do recurso contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo cuja ementa era a seguinte:

“Falência. Proferida a sentença declaratória, suspende-se ação de depósito movida contra sócios da falida, revogando-se a prisão decretada nos autos da execução individual. O credor interessado deverá pedir a restituição dos bens ou de seu equivalente em dinheiro, no processo da falência. Agravo de instrumento a que se dá provimento” (fl. 74).

15. O acórdão confirmado tinha salientado que:

“Trata-se de recurso interposto contra a decisão que, numa ação de depósito, ordenou a prisão dos representantes legais da sociedade falida. Alega a agravante, com esse objetivo, que os bens estão sob a tutela e administração do síndico, não podendo exigir-se que a falida, pelos seus antigos gerentes, entregue a coisa depositada, sob pena de prisão.

Os bens, doutro lado, estavam sob garantia fiduciária, cabendo, pois, simplesmente, o pedido de sua restituição, na falência, conforme o disposto no art. 7º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-69” (fl. 74).

A falida tem interesse em que se declare suspensa a ação de depósito, em virtude da falência, cassando-se, por via de consequência, o mandado de prisão dos sócios, tidos como depositários infiéis.

E, realmente, decretada a falência, no curso da ação de depósito, esta não deveria prosseguir.

Caberia à agravada pedir, na falência, a restituição dos bens ou de seu equivalente em dinheiro.

O que não se concebe é que, aberta a falência, ainda se prosiga numa execução individual coercitiva, dirigida contra os sócios da falida.

Pelo exposto, sem divergência, o Tribunal de Justiça, em Terceira Câmara Civil, provê ao agravo, para ordenar a suspensão do processo do depósito, revogando-se a prisão dos sócios da falida” (fl. 75).

16. O parecer da Procuradoria-Geral da República, da autoria do Procurador Walter José de Medeiros, com aprovação do Procurador-Geral, substituto, Oscar Corrêa Pina, está assim concebido:

“Cuida-se de saber se, sobrevindo a declaração de falência quando em curso ação de depósito contra o devedor de bem alienado fiduciariamente, deve esta última demanda ser sustada, ou não, assegurado ao credor fiduciário o direito de pedir a restituição do bem em cuja posse se achava o falido.

Sustenta a recorrente, contrariamente ao entendimento esposado pela r. decisão recorrida, que a ação de depósito deve prosseguir com o síndico, pois, como credor de título não sujeito a rateio, à demanda deu início antes do decreto de quebra do devedor.

Com arrimo na letra a da norma constitucional permissiva, acoima de vulnerado o art. 24, § 2º, da lei falimentar.

Não lhe socorre, porém, razão.

Sobre razoável, a interpretação dada pela decisão atacada ao art. 7º do Decreto-Lei nº 911/69 parece a mais acertada, tendo em vista a nova regulamentação legal sobre a alienação fiduciária, que, no particular, sofreu flagrante modificação em face da vetusta lei falimentar.

Com efeito, dispõe o Decreto-Lei nº 911/69 em seu art. 7º:

“Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.”

Ora, tudo quanto se assegura ao credor fiduciário é o direito de pedir a restituição do bem alienado. E isto foi o que decidiu o v. acórdão combatido.

Não há, assim, lugar para a invocação ao art. 24, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, genericamente citado pela recorrente, que não especifica sequer a natureza de seu crédito para enquadrá-lo em qualquer das várias hipóteses ali previstas.

Ademais, a orientação embalada pela decisão recorrida tem a respaldá-la o magistério de ORLANDO GOMES, quando sobre a matéria assim preleciona:

“Produzindo a falência o vencimento antecipado do contrato de financiamento, cumpre à financeira pedir a restituição do bem em cuja posse se achava o falido” (**Alienação Fiduciária em Garantia**, pág. 133).

Trata-se, como se vê, de interpretação razoável que tem a confortá-la a opinião da doutrina, não merecendo por isto, o v. acórdão recorrido, a censura que se lhe quer impor.

Com o apoio na Súmula 400, opina-se, pelo não conhecimento do apelo último ou, eventualmente, pelo seu improvimento” (fls. 115-17).

17. Finalmente, o voto do relator acompanhado por unanimidade pela Turma foi do seguinte teor:

“Razoável também se me afigura a exegese emprestada pela decisão recorrida ao art. 7º do Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-69. Na Lei de Falências, art. 24, § 2º, se prescreve, por certo, não ficarem suspensas, prosseguindo com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado os credores por títulos não sujeitos a rateio.

O Decreto-Lei nº 911, que alterou a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14-7-65, dispositivo no qual se disciplinou a alienação fiduciária em garantia, estabeleceu, no art. 7º, em caso de

falência do devedor alienante, regra na qual não se faz a distinção estabelecida pela Lei de Falências. Ao proceder dessa maneira, assegurou, entretanto, plenamente, o direito do credor fiduciário, que é o de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente. Essa regra se aplica ainda que tenha sido movida contra o devedor, antes da falência, ação de depósito. Responde o alienante, porém, no juízo criminal, como é evidente, pelos ilícitos penais de caráter falimentar, em que houver incorrido, não havendo falar-se, por conseguinte, em vantagem que possa ele tirar da própria quebra.

Por estes fundamentos, não conheço do recurso” (*Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 72, págs. 274 a 277).

18. Se no caso de ação de depósito já julgada procedente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prisão devia ser revogada e que a única alternativa, para o credor, consistia em pedir a restituição, *a fortiori* a tese se aplica, no caso em que, julgada a restituição, pretendeu, posteriormente, o credor obter a prisão civil dos antigos administradores da devedora.

19. Acresce que os poderes dos sócios gerentes sobre os bens sociais desaparecem com a decretação da falência, sendo evidente que os sócios não os podem arrecadar para entregá-los ao banco credor, pois somente o síndico poderá fazê-lo.

20. É preciso atender, no particular, ao que dispõe o art. 40 da lei falimentar de acordo com o qual:

“Art. 40 — Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor.

§ 1º — Não pode o devedor, desde aquele momento, praticar qualquer ato que se refira, direta ou indiretamente, aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência, sob pena de nulidade, que o juiz pronunciará de ofício, independentemente de prova de prejuízo.”

21. Assim sendo, a atuação dos sócios gerentes para apreender os bens dados em garantia importaria em violação da lei e responsabilidade pessoal. A violação da lei consistiria, no caso, no comportamento do gerente que, após a decretação da falência, fosse buscar em mãos de terceiros os bens alienados fiduciariamente, numa atuação que, nos termos da lei falimentar, é da competência exclusiva do síndico a quem cabe, entre outros deveres, o de “arrecadar os bens e livros do falido, e tê-los sob a sua guarda, conforme se dispõe no título IV, fazendo as necessárias averiguações, inclusive quanto aos contratos de locação do falido . . .” (art. 63, inciso III, do Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-1945).

22. Não há, pois, qualquer dúvida quanto à impossibilidade jurídica absoluta que têm os sócios gerentes de proceder à arrecadação dos bens da falida para, em seguida, entregá-los ao credor garantido pela alienação fiduciária.

23. Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem que não existe qualquer dúvida razoável que possa ser suscitada na interpretação do art. 40 da lei falimentar acima transcrito.

24. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, autor do projeto que veio a transformar-se na Lei de Falências, escreve a este respeito que:

“Tirando-se ao falido o direito de administrar seus bens e deles dispor, perde ele a posse direta de tais bens, que passa para o síndico, e cuja tomada se faz pela arrecadação, que equivale, assim, à penhora das execuções singulares. O síndico, como o inventariante no espólio, é que fica com a posse corporal e a administração dos bens, competindo-lhe dispor do ativo do patrimônio do falido, pelo modo e forma determinados na lei” (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências*, Rio, Forense, 1948, vol. I, pág. 230, nº 248).

25. Por sua vez, WALDEMAR FERREIRA esclarece que o desapossamento dos bens do falido não depende de entrega dos mesmos ao síndico “porque opera desde logo, *ex vi legis*, da data daquela sentença (declaração da falência)... Este desapossamento tem caráter imperativo. É de ordem pública. Reveste-se, por isso mesmo, do caráter de generalidade” (*Tratado de Direito Comercial*, S. Paulo, Saraiva, 1965, vol. 14, pág. 494, nº 3.709).

26. O Tribunal de Justiça de São Paulo pela sua Egrégia Quinta Câmara Cível já teve o ensejo de decidir, interpretando o art. 40 da lei falimentar, que “desde que o falido perde a administração e disposição dos seus bens, não pode dar execução a contrato de crédito pela ação de depósito” (acórdão unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Petição nº 166.526, do qual foi relator o eminente Desembargador Toledo Piza, in *Revista dos Tribunais*, vol. 394, pág. 184).

27. Na realidade, em todas as restituições e nas ações que contra ela são propostas, a massa falida é sempre representada pelo seu síndico e não pelos seus antigos administradores. Contra eles não pode ser intentada a ação de depósito após a decretação da falência. A opção que a lei atribui ao devedor, nos casos de alienação fiduciária, entre pagar o valor devido (art. 3º e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 911) e entregar os bens dados em garantia, deve ser sempre exercida pelo síndico, como bem salienta parte da doutrina que admite essa alternativa (RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, São Paulo, 1975, 1º volume, pág. 244, nº 226).

28. A totalidade da doutrina reconhece, outrossim, que o bem dado em alienação fiduciária deve ser arrecadado pelo síndico, embora possa não integrar a massa falida, pois tratar-se-ia de posse exercida em nome alheio (nomine alieno), conforme salientam ORLANDO GOMES (*Alienação*

Fiduciária em Garantia, 4ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 144, nº 103) e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (*Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 1ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1975, pág. 167).

29. Acresce que, nos termos do art. 36 da lei falimentar, o falido pode intervir nas ações contra a massa na qualidade de assistente. **A contrario sensu**, não pode ser, no caso, nem réu, nem autor. Conseqüentemente, não é admissível que a ação de depósito possa ser intentada contra os antigos sócios gerentes da empresa falida e **a fortiori** que contra eles seja julgada procedente.

30. Verificamos, assim, que, de acordo com a letra, o espírito e a sistemática da lei:

a) não pode ser intentada ação de depósito contra a massa falida, só cabendo no caso a restituição legalmente prevista;

b) se, em tese e **ad argumentandum**, a ação de depósito pudesse ser intentada, somente poderia sê-lo contra a massa falida representada pelo síndico e nunca contra os antigos administradores (*Revista dos Tribunais*, vol. nº 394, pág. 184, e 427, pág. 136, e *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, vol. 25, pág. 220).

31. A prisão do depositário infiel prevista pelos artigos 1.287 do Código Civil e 904 do Código de Processo Civil, que não se confunde com as sanções penais, nem com a prisão administrativa, constitui uma **medida coercitiva** para obrigar o devedor a cumprir as suas obrigações, nos casos excepcionais de depositário infiel ou de alimentando.

32. O Repertório Enciclopédico esclarece neste sentido que:

“A prisão civil não objetiva, desta maneira, a imputação de uma penalidade ou castigo, mas a compelir o faltoso ou inadimplente a realizar determinada obrigação não observada, seja prestar alimentos devidos, devolver o depósito, ou pagar a dívida rural. Em síntese, se impõe para coagir o faltoso ou omissor a fazer o que é de sua obrigação ou dever, não importando, pois, em condenação criminal, uma vez que é tão-somente meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever. Não é uma pena” (CARVALHO SANTOS e outros, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio, Borsoi, vol. XXXIX, pág. 216).

33. Por sua vez, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ao analisar a prisão do depositário infiel, ensina que:

“Para a decretação da prisão, que não é propriamente uma pena, **mas medida compulsória de natureza civil ou administrativa**, não importa que o depositário tenha agido com culpa ou dolo. Só pode ser decretada, porém, no curso da ação de depósito, em que se assegure plena defesa ao devedor, desde que existam seguros elementos comprobatórios da infidelidade.”

.....

“O processo de **habeas corpus** não comporta apreciação da legitimidade da referida sanção. Ainda que haja responsáveis solidários, só o verdadeiro depositário deve sofrer as conseqüências da relapsia” (**Curso de Direito Civil, Direitos das Obrigações**, 2ª parte, 10ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1975, págs. 236 e 237).

34. Do nosso lado, já tivemos o ensejo de escrever a este respeito que:

“Protegendo de modo particular a confiança que é o fundamento do contrato de depósito, a lei civil admite a prisão do depositário infiel, como medida coercitiva a fim de obrigá-lo a devolver a coisa depositada.

A medida é cabível tanto no depósito voluntário, como no depósito necessário, sendo prevista pelo art. 1.287 do CC, que fixa um prazo máximo de um ano para a prisão administrativa. Embora a Constituição Federal proíba a prisão por dívida, reconhece de modo expresso a possibilidade de prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos (art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Entende-se que a palavra depositário empregada pela lei civil não deve sofrer interpretação extensiva, diante da severidade da sanção estabelecida. Assim, a jurisprudência não tem equiparado o inventariante ao depositário e tem havido oscilação no tocante à situação do comprador com reserva de domínio, especialmente quando o contrato não o considera explicitamente como depositário da coisa até o pagamento da totalidade do débito. Leis especiais equiparam ao depositário o leiloeiro, em relação ao preço por ele recebido na venda em hasta pública e o alienante fiduciário, no tocante ao bem alienado fiduciariamente (art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-1969)” (ARNOLDO WALD, **Obrigações e Contratos**, 5ª edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, págs. 324 e 325, nº 156).

35. CLÓVIS BEVILAQUA esclarece que a prisão do depositário infiel tem as suas origens nas Ordenações Filipinas (Livro 4, 76, § 5º) e no art. 284 do Código Comercial que determina:

“Não entregando o depositário a coisa depositada no prazo de quarenta e oito horas da intimação judicial, será preso até que se efetue a entrega do depósito ou do seu valor equivalente.”

36. Acrescenta o autor do projeto do Código Civil que o art. 1.287 também encontra as suas raízes nos artigos 2.060 do Código de Napoleão e 2.094 do **Codice Civile** italiano de 1865 que, ambos, admitem a prisão como **medida coercitiva** para obrigar o depositário infiel a devolver o bem no caso de ter ocorrido depósito necessário.

37. Conclui CLÓVIS BEVILAQUA que:

“A prisão de que tratava este artigo (1.278), era **meio coercitivo** para obter-se a restituição do depósito. Terminava, logo que

esta se dava" (**Código Civil Comentado**, 6ª edição, Rio, Edição da Livraria Francisco Alves, 1947, vol. V, pág. 27).

38. É, assim, evidente que, tratando-se de medida coercitiva ou compulsiva destinada a alcançar um fim determinado, a prisão civil não pode ser aplicada a quem evidentemente não tem condições jurídicas e fáticas de devolver o objeto do depósito, por estar o mesmo comprovadamente em mãos de terceiros, importando a decretação da falência em retirar dos sócios gerentes da empresa qualquer legitimidade para reaver aquilo que, nas suas mãos, foi depositado, mas que, pela sua própria natureza, se destinava a ser utilizado e repassado para terceiros dos quais somente o síndico pode obter a sua devolução.

39. Não constituindo a prisão civil uma pena, mas uma medida que se destina a obrigar o depositário a restituir o que lhe foi entregue, é evidente que somente se concebe a sua aplicação quando o depositário ou quem a ele legalmente foi equiparado tem condições de devolver, pois, **ad impossibilia nemo tenetur**.

40. O nosso direito não admite que o depositário possa reaver de terceiros os bens depositados, após a decretação da falência, quando a representação da massa passou a pertencer exclusivamente ao síndico. Outras soluções existem em legislações que permitem, em todas as oportunidades, ao depositário reaver os bens de terceiros, como ocorre na jurisprudência francesa que cuida das relações entre depositário e "subdepositário" (HENRI, LÉON ET JEAN MAZEAUD, **Leçons de Droit Civil**, 4ª edição, Paris, Éditions Montchrestien, 1974, Tomo III, vol. 2, pág. 749, nº 1.501).

41. Assim sendo, não tendo o depositário condições legais de reaver de terceiros os bens depositados, a medida coercitiva não lhe pode ser aplicada por completa impossibilidade de ser alcançado o objeto que a medida legal visa a alcançar.

42. Pelo exposto concluímos que:

a) uma vez decretada a falência, a lei determina que não mais pode ser intentada a ação de depósito, só admitindo a restituição, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das demais Cortes do País;

b) se a ação de depósito pudesse ser intentada, deveria sê-lo contra a massa falida representada pelo síndico e jamais contra os antigos administradores da empresa, de acordo com o que dispõe o art. 40 da lei falimentar e demais disposições do mesmo diploma legal;

c) a prisão civil é medida coercitiva ou compulsiva, não constituindo uma pena, e destina-se a obrigar o depositário a devolver o bem depositado. Assim sendo, se aquele que a lei ou o contrato equipara ao depositário não tem condições jurídicas de reaver os bens dos terceiros, nas mãos dos quais se encontram, para devolvê-los ao depositante, é evidente que desca-be a prisão civil nos termos em que foi definida pela Constituição e pelo Código Civil.

Publicação, reprodução, execução: direitos autorais

ANTÔNIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de SP. Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDIA). Vice-Presidente do Conselho Nacional do Direito de Autor (CNDA)

SUMÁRIO

1. *A criação literária, artística ou científica é essencialmente comunicativa*
 2. *A comunicação pode ser direta ou indireta*
 - 2.1 *Publicação, reprodução, execução*
 - 2.2 *A execução por meio de instrumentos mecânicos*
 - 2.3 *Os elementos subjetivo e objetivo do ato da publicação*
 - 2.4 *Evolutu multo o concetto de reprodução*
 3. *A primeira das três esferas de direitos oriundas da publicação: a do autor e do artista-intérprete*
 - 3.1 *A segunda é a do adquirente do exemplar; a terceira, do público globalmente considerado*
1. *A criação literária, artística ou científica é essencialmente comunicativa*

O que é comunicação?

Num sentido amplo, tudol

Basta volvermos o olhar ao redor de nós para verificarmos que vivemos mergulhados num mar de comunicação. Expressamos mais do que respiramos, pois começa a transmitir a criatura, poucos meses depois de concebida, ainda no ventre materno naquela inefável ligação que só as mães entendem; prorrompe num extravazamento de protesto, com o seu choro, tão logo inicia seu primeiro instante de vida, e não deixa mais de participar em momento algum, com seus gestos, seu comportamento, seu olhar, nem mesmo após exalar o último suspiro, com seu exemplo, sua lembrança, suas obras.

É comunicação o sorriso da criança, a saudação do estranho, o burburinho das ruas, a exposição das vitrinas, as linhas arquitetônicas, a mão estendida do mendigo, os pregões, os cartazes, a carta que recebemos, a profissão que exercemos, sem falar no jornal, no livro, na revista, no telefone, na radiodifusão, na televisão. Comunica a natureza: que mensagens mais lindas pode haver do que o nascer ou o pôr-do-sol, o arco-íris, as plantas, e as flores com o seu perfume, os pássaros com sua garrulice e seu colorido, o cão com os seus latidos!

Tinha, pois, razão CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, ao eleger a comunicação em divindade exótica dos nossos tempos: o Deus Kom Unik Assão, cuja adoração implica na deglutição das notícias, prostrando-se a massa diante do Deus Imbecilizante:

“Eis-me prostrado a vossos peses
que sendo tantos todo plural é pouco...
Genucircunflexado vos adouro
vos amouro, a vós sonouro...
Vossa pá lavra o chão de minha carne
e planta beterrabos balouçantes
de intenso carneiral belibalentes” (*As Impurezas do Branco*,
Rio, José Olympio — MEC, 1973).

Existe, todavia, um setor da atividade humana em que a participação assume um papel mais significativo e mais duradouro do que a própria transitória peregrinação pela terra. É setor dos mais nobres: o da obra e do pensamento dos grandes poetas, dos escritores, dos artistas, dos cientistas, que mais e mais se comunicam à medida que o tempo vai passando, mais e mais, mesmo depois que sua voz material silenciou. ARISTÓTELES, PLATÃO, DANTE, SHAKESPEARE, CAMÕES, MACHADO DE ASSIS, EUCLIDES DA CUNHA, nunca se comunicaram tanto como hoje, e muito mais irão fazê-lo pelos séculos sem fim.

A criação artística, literária e científica é, na verdade, essencialmente comunicativa, no sentido que nenhum escritor, nenhum artista, nenhum sábio dedica-se anos a fio à sua atividade para seu uso exclusivo, sim com a finalidade de transmitir a outrem, através da sua divulgação, o resultado de seus esforços.

Mas esse anseio de levar as realizações e as conquistas do espírito ao conhecimento dos nossos semelhantes reveste-se, nos dias de hoje, de grande complexidade, graças ao reconhecimento da importância fundamental do direito de autor a preservação desses conseguintes.

Em primeiro lugar pelos aspectos imateriais que o caracterizam: direito de inédito, direito de reivindicar a paternidade da obra, direito a não vê-la alterada na sua integridade, direito de arrependimento, de modificar a obra, de acabá-la, de considerá-la acabada, de opor-se a que outrem a acabe etc., isto é, o denominado *direito moral*.

Em segundo lugar, pelos proventos ou vantagens que possa proporcionar, e que devem ser amplamente protegidos contra ambições injustificadas ou desonestas de terceiros: *direito pecuniário*.

A Lei argentina nº 11.723, no art. 2º, enumera as seguintes faculdades patrimoniais: “O direito de propriedade de uma obra científica, literária ou artística compreende para seu autor a faculdade de dispor dela, de publicá-la, de executá-la, de representá-la e expô-la em público, de aliená-la, de traduzi-la, de adaptá-la, ou de autorizar sua tradução e de reproduzi-la em qualquer forma”.

Esses “publicá-la”, “executá-la” e “representá-la” formam a tríade fundamental, os três meios mais importantes de que dispõe o autor de comunicar suas obras, na conformidade da natureza de cada uma: obras literárias e científicas; obras musicais; comédias e dramas.

2. *A comunicação pode ser direta ou indireta*

As leis mais modernas, como a lei alemã, estabelecem distinção entre duas modalidades diferentes de utilização da obra: sob forma incorpórea — recitação, execução, representação e exposição pública; sob forma corpórea — reprodução, marcando ainda separação entre transmissão direta da obra intelectual, quando a criação é transmitida pessoalmente a um público presente no local: discursos, orações, sermões, conferências, recitais, representações musicais, exposições de quadros ou de esculturas etc.

É indireta (embora nem sempre a separação seja muito nítida) quando exige a intermediação de um instrumento material qualquer: um livro, um disco, um aparelho de rádio, de televisão, de projeção cinematográfica etc., incluindo-se, nesse conceito, todas as possibilidades técnicas que realizam o objetivo, tanto pelo sentido da vista, como pelo do ouvido, separada ou conjuntamente.

A comunicação ótica verifica-se por meio das edições gráficas, da projeção de filmes, da fotografia, dos decalques e das cópias das obras de arte figurativa, das exposições das obras de arte. A acústica, pela leitura em público de obras literárias, pelas recitações, pelas execuções, pelas representações, pelas radiodifusões das obras musicais, pelas execuções de obras gravadas em discos. A comunicação pelos dois sentidos combinados, pelos filmes sonoros e pela televisão.

A comunicação que se verifica por meio de representação e de execução, como as demais modalidades, encontra-se amplamente protegida pela nossa lei, à vista dos termos genéricos do art. 153, § 25, da Constituição vigente, do art. 649 do Código Civil e do art. 29 da Lei nº 5.988, que asseguram ao autor de obra literária, artística ou científica o direito de utilizá-la, fruí-la e dela dispor, bem como de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte.

Bem se percebe que no conceito da comunicação já se insere outro: o da reprodução, isto é, o da multiplicação da obra em tantos exemplares quantos seja possível ou, pelo menos, provável colocar utilmente à disposição do público.

Esta reprodução tanto pode verificar-se diretamente de um manuscrito original (edição gráfica), como indiretamente através de uma cópia obtida do original (edição gramofônica).

2.1 *Publicação, reprodução, execução*

Tanto a Convenção de Berna, art. 3º, al. 3ª, 1ª parte, como a de Washington, art. II, a exemplo da nossa antiga Lei nº 496, art. II, letra *a*, assimilam a palavra publicação à edição.

O invento de Gutemberg fez da imprensa a maneira mais importante de tornar conhecida uma obra literária ou científica.

Mas a recitação de uma obra diante de um grupo de pessoas, sua transmissão pelo rádio, pelo cinema, pela televisão, uma representação teatral, também não tornam divulgada a respectiva obra?

Certamente que sim. É a razão por que o conceito teve que ser melhor delimitado de maneira a distinguir-se "publicação-edição" das demais "publicações" de uma obra intelectual.

Assim o art. 8º da lei austríaca de 1936 já considerava a obra como publicada quando ela se põe à disposição do público com o consentimento do titular do direito; a lei italiana de 22-4-1941, no art. 12, última parte, tem como primeira publicação a primeira forma do exercício do direito de utilização, e para a Lei pátria nº 5.988, da 14-12-1973, que "regula os direitos autorais, e dá outras providências", nosso diploma fundamental na matéria, art. 4º, I, *publicação* é "a comunicação da obra ao público, por qualquer forma ou processo".

Percebe-se, assim, que a palavra *publicação* deixou de ter a precisão de que se revestia quando a única difusão de uma obra era pela imprensa; já não tem, hoje em dia, o mesmo sentido tradicional e restrito de impressão, mas o de *divulgação* por qualquer meio ao alcance do homem, seja por via indireta, seja por via direta.

Já é tempo, no entanto, de distinguir nitidamente o momento importantíssimo que assinala o surto de uma obra nova, marco a partir do qual estabelece o autor a intenção de levá-la ao conhecimento do público, com o conceito da própria comunicação, que é diferente, pois ocorre com mais freqüência com obras antigas do que com obras novas. Sendo embora de relevo o consentimento do autor para a utilização da mesma, não se compara com o que tem aquele primeiro ato do lançamento para o mundo exterior, expressivamente comparado ao nascimento de uma criatura.

Bem por isso o projeto BARBOSA-CHAVES, em que se inspirou largamente a Lei nº 5.988, estabeleceu distinção, consignando:

"Art. 7º — *Publicação e divulgação*. Entende-se, para efeitos desta lei, publicada a obra que, com o consentimento do titular de direito, é tornada acessível ao público por qualquer meio que permita sua utilização.

Parágrafo único — Entende-se divulgada a obra, publicada ou não, quando for amplamente conhecida."

Até por uma questão de coerência com lei internacional à qual se submeteu o nosso País, devia a Lei nº 5.988 ter-se atido ao conceito do art. 4º, alínea 4ª, da Convenção de Berna, que revisão de Paris manda entender por "obras publicadas"

"as obras editadas, seja qual for o modo de fabricação dos exemplares, os quais devem ser postos em quantidade suficiente à disposição do público",

e complementando exatamente em sentido oposto ao consignado pela lei pátria:

"Não constituem publicação: a representação de obras dramáticas, dramático-musicais ou cinematográficas; a execução de obras musicais; a recitação pública de obras literárias; a transmissão ou a radio-

difusão de obras literárias ou artísticas; a exposição de obras de arte e a construção de obras de arquitetura.”

O conceito do próprio texto constitucional, ao substituir a expressão *reproduzi-la*, constante da Carta Magna anterior, por *utilizá-la*, muito mais ampla e abrangente, art. 153:

“§ 25 — Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar”,

demonstrou maior sensibilidade do que a lei específica.

A impressão de um livro ou a gravação de um disco não esgotam, por si mesmas, a sua finalidade. O livro não é impresso, o disco não é gravado porque existe a imprensa, e sim para que a obra seja multiplicada justamente para o fim de ser divulgada entre um público que é tão indeterminado no tempo e no espaço que poderá mesmo existir ou não.

Não é, com efeito, suficiente o simples fato de o livro ser editado, ou de a canção popular ser gravada em disco ou cassete, para que a obra deixe de ser inédita, isto é, embora materialmente impressa, ou gravada, não ainda *publicada*, nunca vista — passando a ser “publicada”, manifesta, notória, só depois de tornada conhecida do público em geral.

Pode, na verdade, um autor multiplicar sua produção intelectual e armazená-la em algum porão, sem divulgá-la, ou à espera de uma oportunidade melhor para fazê-lo, como ocorre com as teses de concurso, cuja propagação, até à data de realização do mesmo, é severamente proibida sob pena de anulação do certame.

Também tem sido considerado não existir publicação quando o autor tenha mandado imprimir somente poucas cópias da obra, destinadas a servir a algumas pessoas por ele indicadas, o que acontece com a assim chamada edição fora de comércio, reservada para o autor e para seus amigos.

São os casos das apostilas, datilografadas, mimeografadas ou multiplicadas por sistema análogo, muitas vezes mera cópia ou compilação de trechos de trabalhos alheios, que certos estabelecimentos de ensino distribuem ou admitem sejam distribuídas aos seus alunos, no recinto escolar, e, ainda, a impressão de poucas cópias de uma comédia ou drama, para uso teatral, isto é, para poder comunicá-los a um diretor de companhia para serem distribuídas aos atores. O público não tem nenhum acesso ao texto, cujos poucos exemplares são considerados reprodução manuscrita.

Mas não é isso o que ocorre na generalidade dos casos, em que a multiplicação, por si só, exprime a intenção da sua efetiva divulgação.

Do exercício, pelo autor, do seu direito exclusivo de divulgar sua obra, surge, então, em virtude da lei positiva, um direito diferente: o de impedir publicações feitas por outrem, que o defraudariam da justa retribuição do seu trabalho. Este direito tem natureza eminentemente patrimonial, cuja idéia fundamental pode ser simplificada para a de um monopólio econômico.

Considera a lei publicação reservada ao autor da obra:

1º) o impresso ou outro semelhante modo de publicação dos improvisos, das leituras e dos ensinamentos orais desde que feitos em público e transcritos por meio da taquigrafia, gravação ou algum outro modo;

2º) o impresso ou outro semelhante modo de publicação das obras ou composições próprias ou espetáculo público de uma ação coreográfica e de qualquer composição musical tanto inédita como publicada;

3º) a execução de obras de arte feita sobre esboço do autor.

Como se inserem nesse contexto os conceitos de representação ou de execução?

Não os define a nossa lei. Mas, do art. 73, *caput*, e seu § 1º, deduz-se que, assimilando as duas idéias, considera como tais os espetáculos públicos e audições públicas: drama, tragédia, comédia, composição musical com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado, “em locais ou estabelecimentos, como teatros, cinemas, salões de baile ou concerto, boates, bares, clubes de qualquer natureza, lojas comerciais e industriais, estádios, circos, restaurantes, hotéis, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, recitem, interpretem ou transmitam obras intelectuais com a participação de artistas remunerados, ou mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais”.

Deixa bem patente, assim, a importância que liga ao conteúdo econômico do contrato. E, com efeito, pouco interesse apresentam para o direito de autor as execuções ou representações que não visem lucro direto ou indireto.

“O aproveitamento de uma obra dramática e, até um certo ponto, também o de uma obra musical” — assinala J. HEFFETZ — verifica-se com a sua pública execução. Essas obras exercem suas influências culturais sobre grandes massas de povo, não pela leitura, que se pode fazer delas, mas através de sua representação cênica, e o proveito, portanto, que delas possam obter os respectivos autores decorre não da difusão das obras, mas do seu sucesso teatral. Do ponto de vista literário podem, assim, estas obras não ter um grande valor, embora sejam capazes, ao mesmo tempo, de constituir objeto do contrato de edição. Uma outra série de obras, como pantomimas, coreografias etc., pode, porém, constituir somente objeto do contrato de representação: o texto eventual não terá nenhuma difusão pela imprensa, nem valor algum cultural.

O direito de execução é reconhecido pela legislação de todos os países. Nem mesmo a legislação soviética eximiu-se de fixá-lo:

“Ao autor de uma obra inédita dramática, musical-dramática, pantomímica, coreográfica e cinematográfica, cabe o direito exclusivo da pública execução da mesma” (art. 8, p. I, lei fundamental de 1928).

O conceito de publicidade acompanha, portanto, os da edição e da gravação.

Manifesta-se, no entanto, de maneira diferente de acordo com a composição intelectual. O romance, a poesia, o conto, as aventuras policiais passam, em geral, por um só processo para entrar em contacto com o público: a edição.

A composição teatral ou radiofônica atravessa duas fases, embora nem sempre: a edição e a execução em teatros, cassinos, estádios e outros locais públicos, ou a tomada de sons, de imagens, ou de ambos, através de aparelhos apropriados.

Nas obras dramáticas e musicais, anota LAUDO FERREIRA DE CAMARGO, em decisão de 14-9-1929 (*Rev. dos Tribunais*, vol. 74/388), acompanhando a lição de CLÓVIS BEVILAQUA, cumpre distinguir o direito de publicar e o de executar.

Sem autorização, não se publicam. Publicadas, mediante consentimento, quem as adquire pode usá-las, salvo execução por dinheiro.

O direito de reprodução — que pode ser definida como todo processo que, retirando a obra da esfera de influência pessoal do seu criador, leva-a ao conhecimento do público, que adquire assim o direito de conhecê-la — não é, portanto, único, indivisível, mas acompanha a produção em todas as fases pelas quais chega em contacto com o público pagador.

Enquanto a obra não for publicada, ninguém, além do autor, tem direito sobre ela, reconhecendo-se àquele até mesmo a possibilidade de, embora com ato de última vontade, impedir a sua divulgação.

2.2 *A execução por meio de instrumentos mecânicos*

Constitui um dos problemas mais sérios e mais importantes dos direitos de autor e do artista-intérprete e executante saber se a reprodução de uma determinada obra por meios mecânicos deva ser considerada como edição ou como representação (ou execução).

A dúvida deve-se principalmente à facilidade com que um toca-discos ou um radioreceptor, por exemplo, permitem obter a reprodução de obras musicais ou literárias.

Apesar das vacilações iniciais tanto da doutrina como da jurisprudência internacionais, de há tempo chegou-se à conclusão de que a reprodução por essa forma também é execução, salientando-se ser somente necessário que para o meio mecânico haja um ato de vontade e uma ação, por mais simples que seja, que dê àquele meio a possibilidade de entrar em funcionamento.

E como para o toca-discos é exigida, para que se efetue a execução, uma ação material que o ponha em funcionamento, incumbindo-se ele de reproduzir os sons obtidos pela gravação, assim o radioreceptor necessita, para funcionar, de um conjunto de atos materiais que, por limitados e modestos, são essenciais para que as ondas sejam captadas e, portanto, se verifique a reprodução dos sons.

“A melodia que o artista em contacto com o público sabe conseguir das cordas do seu violino com o qual confundiu a alma” — salienta G. CARRELLI — “é execução da mesma maneira que uma reprodução mecânica obtida com o disco por meio de uma máquina fonográfica. É que a lei considera o fato, não o meio que daquele fato é a causa, o resultado, e não o modo.”

Indaga MARCEL BOUTET, comentando (na revista *Le Droit d'Auteur*, 1931, págs. 88 e segs.) a jurisprudência francesa relativa à reprodução por meio de discos gramofônicos, qual seria o elemento constitutivo do caráter público de uma execução. A finalidade, conforme sejam ou não visados lucros? O lugar em que a execução se efetue?

Uma execução dá margem à percepção dos direitos de autor mesmo quando tenha caráter gratuito, desde que se verifique em local público, porquanto é justamente a noção de local público que constitui, nessa matéria, o elemento relevante do ponto de vista jurídico.

Não entra, portanto, na análise do conceito do público o número das pessoas que assistem ao espetáculo, o local em que se encontram, ou a finalidade da reunião. Tanto é verdade que a execução musical efetuada numa lancho-nete tem caráter público mesmo quando não assume a importância de um verdadeiro entretenimento, como é pública a execução que se verifica na rua, numa igreja, num enterro.

O fato de essa execução ter sido gravada num disco não altera a situação: para que possa ser apresentada ao público, terá que haver o prévio assentimento do autor, do artista, da empresa gravadora de discos, o que deixa bem patente que a execução sonora fixada é, sem dúvida alguma, um bem material, na sua corporificação, e imaterial no seu conteúdo, ambos juridicamente protegidos.

Dá a conclusão de que cometerá execução abusiva quem quer que, sem autorização do autor, ou do artista, de seus sucessores ou cessionários, execute em público uma obra sua.

É preciso, pois, estabelecer com toda clareza a distinção entre o conceito de execução pública e o da reprodução de uma obra musical ou literária.

Por reprodução entende-se a faculdade que cabe ao autor de multiplicar materialmente, sobre discos, fios, fitas, rolos etc., a obra musical ou oral. Execução pública será a que se efetue diretamente ou a obtenção da reprodução acústica, por meio do aparelhamento próprio, dos sons gravados nessas matrizes, que se verifique em local de acesso público.

A reprodução já está efetuada no disco: quando ele é posto no prato giratório, não se verifica mais nenhuma reprodução, mas simplesmente uma execução mecânica, que também deve ser amparada pelo direito de autor, independentemente do meio empregado para executar uma composição, ou do fato de ser pessoal ou mecânica.

2.3 Os elementos subjetivo e objetivo do ato da publicação

A importância do conceito de publicação consiste em que é, ao mesmo tempo, meio de comunicação da obra à coletividade e ponto de partida para o exercício das demais prerrogativas que competem ao autor.

A obra, que até então ficava ao seu arbítrio exclusivo, não só de divulgá-la ou não, mas até mesmo de destruí-la, passa a proporcionar-lhe eventuais benefícios patrimoniais, mas, ao mesmo tempo, sofre todas as limitações inerentes ao aproveitamento da mesma por parte dos usuários.

É nesse sentido que observa PIOLA CASELLI (*Nuovo Digesto Italiano*) que a obra intelectual, com a publicação, entra no campo jurídico patrimonial; atenua-se o senhorio pessoal e assume particulares modalidades de exercício que se entrelaçam com as formas das novas faculdades patrimoniais. Os requisitos do ato de *publicação* e a verificação do momento em que ele existe juridicamente assumem, por isso, a maior importância.

Distingue no ato de publicação dois elementos diferentes: um *subjetivo*, outro *objetivo*.

“Subjetivamente, este ato representa uma determinação de vontade, justificada pelo absoluto senhorio jurídico sobre a obra e que se destina a retirar a própria obra da esfera particular da pessoa para levá-la, num modo particular, ao conhecimento e ao gozo da coletividade. Esta determinação de vontade compete exclusivamente à pessoa do autor, de modo que uma publicação feita por quem não seja o autor, ou por quem não represente a pessoa do autor por contrato, ou por ato de última vontade, é juridicamente destituída de valor. Além disso, tal determinação de vontade cumpre revista-se dos caracteres gerais de qualquer ato de vontade juridicamente válido, não devendo, portanto, ser afetada por erro, violência ou dolo.

Finalmente, a natureza pessoal do direito que se exerce torna revogável este ato de vontade até que a publicação não tenha ocorrido efetivamente. Por isso o ato de vontade não tem valor em si, mas em união ao fato da publicação e ressalvados os casos nos quais a lei atribui efeitos jurídicos ao ato preliminar da destinação à publicidade.”

Quanto ao elemento objetivo, o aproveitamento econômico realiza-se através das duas modalidades principais já aludidas:

a *reprodução*, que se manifesta através da multiplicação da obra em exemplares de papel, telas, plásticos ou metais (fitas, fios, rolos, discos) etc.;

a *representação*, ou execução: apresentação da obra através das modalidades pelas quais pode ser oferecida ao público, visualmente, auditivamente, ou audiovisualmente, ao vivo ou mediante gravações: leituras, conferências, discursos, sermões públicos, execuções, representações, projeções, exposições públicas etc.

2.4 *Evoluiu muito o conceito de reprodução*

O conceito de *reprodução* evoluiu muito nos últimos anos, em consequência dos novos aparelhos que a tecnologia coloca à disposição do público.

Ocorre *reprodução*, no quadro do direito de autor, toda vez que uma obra do espírito preexistente for fixada num suporte material. Mas a reprodução que no caso interessa não é, pelo menos, em geral, a de um único exemplar, obtida pelo próprio interessado, para uso pessoal, mas a de muitos, que, não sendo autorizada, possa ocasionar dano. Inaceitável, por isso, devido à sua ambigüidade, a definição do art. 4º, IV, da Lei nº 5.988: “cópia de obra literária, científica ou artística, bem como de fonograma”.

A condição de preexistência exclui do conceito de reprodução a primeira fixação por ocasião da criação da obra, por exemplo, a redação escrita de um texto, a composição de um quadro, a realização de uma obra cinematográfica.

“Sob esta reserva,” — assinala GEORGES KOUMANTOS — “dir-se-á que toda fixação pode-se fazer, seja a partir de um suporte já existente (manuscrito ou texto impresso, banda magnética, disco), seja a partir de uma apresentação da obra sem suporte material (p. ex. emissão radiofônica ou televisual).

Ocorre igualmente reprodução quando um texto é memorizado (integralmente ou em resumo, mas sem formulação autônoma) num computador, bem como quando este texto é, em seguida, recuperado num suporte material, por exemplo, sobre filme ou ficha ou papel impresso.

Em contraposição, a recuperação visual fugidia sobre écran não constitui uma reprodução da obra, mas antes uma representação desta, representação que, normalmente, deveria ser considerada como pública.”

Insiste:

“O direito de reprodução é reservado ao autor da obra ou ao seu sucessor ou cessionário. Este princípio foi reconhecido pela Convenção de Berna, por ocasião de sua penúltima revisão em Estocolmo (1967), e pela Convenção Universal, por ocasião de sua última revisão em Paris (1971).”

Aludindo aos modernos meios de reprografia, aos quais se acrescentam os filmes e as fichas, especialmente sob forma de microfilmes e microfichas, fitas magnéticas, cassetes, videocassetes e outros suportes audiovisuais, bem como ao armazenamento de textos e esquemas gráficos na memória dos computadores, podendo ser reproduzidos em papel impresso a pedido de qualquer interessado, observa o Professor da Universidade de Atenas:

“Assim, milhares e milhares de páginas, milhares de seqüências musicais e um grande número de obras cinematográficas ou videográficas são subtraídos diariamente ao direito de reprodução atribuído aos autores, reduzindo o proveito que eles poderiam obter de sua obra.

Mas os autores não são os únicos a sofrerem dessa situação; quando seu direito de reprodução foi transferido a um editor, é o editor que passa a ser a vítima principal desta evolução técnica.

Diante dos autores e dos editores, encontram-se os utilizadores dos novos processos, os pesquisadores privados, as bibliotecas ou centros de documentação, as empresas, as administrações, os estabelecimentos de ensino — ou simplesmente usuários que utilizam as novas possibilidades.”

É o problema da *reprografia*, de interesse fundamental em nossa época, em que as máquinas multiplicadoras com tanta rapidez e a baixo custo permi-

tem obter cópias das passagens fundamentais dos livros, causando grande prejuízo aos autores e aos editores, o mesmo ocorrendo com as gravações sonoras "piratas", com tanta facilidade obtidas e comercializadas ilegalmente aos milhões de cópias no mundo inteiro.

Esse problema somente agora começa a ser solucionado entre nós, graças à Lei nº 6.895, de 17-12-1980, que substituiu as expressões por demais vagas e amplas do art. 184 do Código Penal: "Violar direito de autor de obra literária, científica ou artística", por uma indicação bem mais precisa:

"Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente..."

Estabeleceu, em lugar das penalidades de simples detenção e de uma multa irrisória, as de reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

3. *A primeira das três esferas de direitos oriundas da publicação: a do autor e do artista-intérprete*

Nunca se insistirá suficientemente na importância do fato de que o interesse do escritor e do artista, ao criar a obra, é essencialmente o da comunicação ao público, condição primordial para que eles possam obter a remuneração a que fazem jus. Enquanto uma obra não for, de alguma maneira, divulgada, ela praticamente não existe. É, portanto, com a publicação que a obra é retirada do âmbito pessoal do seu criador para ser levada ao conhecimento da coletividade mais ou menos extensa.

Bem se percebe o relevo da determinação da forma e do momento da divulgação, que desencadeia, então, uma tríplice esfera de direitos e de obrigações.

A primeira, mais ampla de todas, é a do próprio autor, de divulgar a criação a que deu a luz, pela caneta, pela máquina de escrever, pelo pincel, buril, cinzel, voz, instrumento musical, máquinas foto ou cinematográficas etc., obtendo, por essa forma, os proventos econômicos e outros que sua obra possa proporcionar.

Em seguida, as mais restritas: a de cada adquirente do exemplar em comércio, e, finalmente, a do público, globalmente considerado.

O autor é o árbitro absoluto da conveniência, da ocasião, do modo e do lugar da divulgação da obra.

Enquanto isto não ocorrer, ninguém, a não ser ele, tem qualquer direito sobre a mesma, reconhecendo-se-lhe até mesmo a possibilidade, embora por ato de última vontade, de impedir a sua divulgação.

Aponta ALAIN LE TARNEC, em primeiro lugar, o caráter absoluto e exclusivo desse direito, o que significa que o escritor, o compositor, o artista, têm

discricionariedade no que diz respeito à autorização ou recusa da reprodução de suas obras, seja qual for o processo técnico dessa reprodução, seja qual for sua forma.

Encontra, no entanto, uma limitação, por exemplo, no exercício do direito de citação de trechos de sua obra, a todos reconhecido dentro de limites razoáveis, isto é, em proporção que não venha a estabelecer concorrência com a obra original.

Tem ainda um *caráter geral*. Se, a princípio, o direito de reprodução dizia respeito apenas às obras escritas, às musicais e às de arte figurativa, hoje em dia tomou uma extensão notável, aplicando-se também às gravações fonográficas, às obras cinematográficas e de televisão, às traduções e às adaptações.

É, ainda, *alienável*, característica que o distingue, nitidamente, do direito moral.

“Quando o autor exerce essa faculdade, limita para o futuro a sua liberdade de ação. Ele pode, não obstante, aproveitar ainda a mesma idéia que forma a base da obra alienada, e até, a rigor, cuidar do mesmo tema, mas sob condição de que confusão alguma seja suscetível de se produzir com a primeira obra, cujo direito de reprodução foi, por hipótese, cedido. Em outros termos, é claro que ele não se pode entregar a uma reprodução servil dessa obra.”

Demonstra o professor da Faculdade Livre de Direito e das Ciências Econômicas de Paris que a alienação do direito de reprodução, como, de resto, a do direito de representação, é medida de uma certa gravidade, em razão das conseqüências que daí decorrem, particularmente, da limitação que acarreta à liberdade do autor.

No que consiste a edição, todo mundo sabe: na multiplicação de exemplares materiais, em impressos, desenhos, discos, fitas, fios, filmes etc., que representam o seu suporte físico, o *corpus mechanicum*, em contraposição ao espírito, à alma da obra, o *corpus mysticum*, sobre o qual ninguém, a não ser o autor, ou excepcionalmente alguém por ele indicado, tem qualquer acesso.

Mas essa multiplicação em exemplares não é suficiente ainda: deve ser complementada pela distribuição dos exemplares, para a sua difusão junto ao público.

Distinguem-se, pois, na edição (ou na gravação) dois atos diferentes: a multiplicação dos exemplares e a sua difusão.

Além da divulgação das obras impressas, existem outras, cuja natureza diferente exige a exteriorização por meio de som da voz do autor ou do artista, ou por meio de instrumentos, como ocorre nas obras orais, nas dramáticas, melodramáticas, coreográficas, mímicas, cinematográficas.

“Todas estas formas e modos de publicação da obra devem” — acentua PIOLA CASELLI —, “para constituir publicação, ser acompanhadas pelo elemento da publicidade, vale dizer, é necessário que a comunicação seja feita em favor de um determinado número de pessoas, as quais possam, gratuitamente ou mediante pagamento, intervir lá onde se cumpre, se realiza a execução, representação, leitura etc.

A intervenção de artifícios químicos, físicos ou mecânicos pode dar publicidade a um modo de exteriorização de que, originariamente, estava privado, ou combinar, de várias formas, ou transformar estes modos de publicação. Assim, o fonógrafo, o cinema e a radiodifusão podem tornar pública uma representação privada e dar lugar, mesmo em seguida, a formas especiais de edição da obra.

A exposição é, em geral, uma forma particular de publicação das obras da arte figurativa. Com relação à arquitetura, ela resulta da construção levada a efeito da obra em lugar que a ponha à vista do público. Para as outras obras da arte figurativa, é duvidoso que baste a exposição e mostras provisórias, nas quais a intenção é de submeter a obra ao juízo preventivo do público, e dos críticos de modo particular, antes do que entregar a obra de modo definitivo ao conhecimento público."

Conclui não restar dúvida, por outro lado, que constitui publicação a exposição permanente ou definitiva, por exemplo, nas salas de um museu ou de uma academia. Aponta, para estas obras, uma outra forma de publicação: a constituída pela entrega das mesmas ao adquirente, dando lugar à possibilidade de um conhecimento indefinido por parte do público, que o autor não poderia mais impedir ou regular.

Vigora, em matéria de publicação, a independência das formas de publicação, no sentido que o autor, que tenha escolhido um determinado meio, não perde o direito exclusivo a uma publicação diferente, e este postulado, de que se podia duvidar antigamente, está amplamente confirmado pela declaração do art. 19 da lei italiana de 22-4-1941.

Da exclusividade do direito do autor de divulgar sua obra, deduz a doutrina dois princípios: 1º) o autor é livre de qualquer liame jurídico; 2º) o autor fica vinculado a certas obrigações.

Na primeira hipótese, o autor ou artista decide soberanamente: ninguém pode fazer da obra uso algum sem que haja seu consentimento expresso. É o que encarece ROBERT PLAISANT, transcrevendo diversos casos jurisprudenciais.

O pintor CAMOIN tinha rasgado uma tela e atirado fora os pedaços. O quadro foi reconstituído e adquirido pelo escritor CARCO, que foi obrigado a devolvê-lo ao seu autor.

De acordo com outro acórdão francês, a reconstituição de um filme a partir de restos que foram jogados e sua utilização constitui uma contrafação.

Mesmo a venda ou doação manual do *corpus mechanicum* de uma obra não comporta qualquer cessão de direito de autor.

Cabe, ainda, ao autor o direito de *elaboração*, isto é, de modificar a forma interna e exterior da obra, de maneira a fazer com que dela resulte uma obra nova, embora decorrente da anterior. A esta categoria pertencem a tradução, a redução em drama, a redução em filme de uma obra, a dramatização, a adaptação radiofônica etc.

3.1 A segunda é a do adquirente do exemplar; a terceira, do público, globalmente considerado

Vêm, em seguida, os direitos, muito limitados, de cada adquirente do exemplar em comércio, de um livro, de uma gravação musical: poderão fazer uso individual de caráter restrito e particular.

Quando muito, como concedem algumas legislações, dentro do círculo ordinário de uma família, de uma escola, de um internato, usos esses que, por extensão, ainda se consideram privados e subtraídos à exclusividade do autor, que só se manifesta sobre os qualificados como públicos.

Não poderá, no entanto, cada adquirente servir-se desse exemplar para organizar execuções com caráter público, sem que para tal consiga especial licença do autor.

É isso porque trata-se, como vimos, de faculdade distinta, proporcionando a edição um gozo meramente individual, isolado, ao passo que a execução e a representação possibilitam uma forma de aproveitamento público e contemporâneo, cuja exploração também deve ser autorizada pelo autor.

A diferença característica entre a edição e a execução consiste em que a obra editada, uma vez posta em circulação, não está sujeita a qualquer verificação, pois seus adquirentes — em localidades e em momentos diferentes — se reúnem numa idealidade orgânica, concorrendo a formar aquele público ao qual justamente se dirigia.

“A execução, ao invés” — é G. CARRELLI quem estabelece a distinção —, “não é mercadoria que circula: somente quem a ela assiste pode gozá-la. Ele não vive senão a hora fugitiva da sua atuação: o seu público deve ser imediato, não existem, pois, dificuldades de tempos ou de espaços para distingui-lo. Está lá, recolhido para aquele determinado escopo e naquele determinado lugar, e deve estar aí naquele instante ou nunca mais.”

Segue-se, finalmente, o aproveitamento da obra por parte da comunidade, também sujeito a um balanceamento de pesos jurídicos que delimitam entre o autor e o público os direitos e os deveres, a bem de uma complementação necessária de interesses tanto na ordem individual como na coletiva.

BIBLIOGRAFIA

CARRELLI, Gustavo — “L'esecuzione pubblica di opere radiodiffuse”, *Il Diritto di Autore*, 1934, págs. 494 e segs.

CHAVES, Antônio — *Direito Autoral de Radiodifusão*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, 661 págs.

KOUMANTOS, Georges — “Le droit de reproduction et l'évolution de la technique”, *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, vol. 98, outubro de 1979, págs. 3-35.

PLAISANT, Robert — “Le Droit Pécuniaire — Règles Générales”, *Juris-Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Ed. Techniques, Fasc. 9, 1961, 30 págs.

LE TARNEC, Alain — *Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 2.^o ed., 1966, págs. 107-136.

PIOLA CASELLI, Eduardo — “Diritto di Autore”, *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, Turim, vol. IV, n^o 3, 1938, págs. 944-1.036.

Os processos modernos de comunicação e o Direito de Autor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Membro Efetivo do Conselho Nacional de Direito Autoral.

SUMÁRIO

- I — O DIREITO DE AUTOR NAS COMUNICAÇÕES
 - 1) **Delimitação e importância do tema**
 - 2) **O Direito de Autor: conceito, sujeito e objeto**
 - 3) **Alcance: direitos de autor e direitos conexos**
 - 4) **Extensão: direitos morais e direitos patrimoniais**
 - 5) **Níveis de incidência nas comunicações, na criação, na reprodução e na representação de obras intelectuais**
- II — OS PROCESSOS MODERNOS DE COMUNICAÇÃO E O DIREITO DE AUTOR
 - 6) **Os processos modernos de comunicação e a postura do Direito de Autor: posição inicial e evolução**
 - 7) **As novas técnicas de expressão e de comunicação e os problemas suscitados: na criação (a publicidade); na representação (o cinema, a televisão, o satélite de comunicação); e na reprodução (a fotocópia, a xerocópia, a microfilmagem, a computação, os cassetes e os videocassetes)**
 - 8) **A inadequação das normas e dos sistemas e demais fatores que dificultam a concretização dos direitos de autor e conexos em certos campos**
- III — NOSSAS PROPOSTAS E SUGESTÕES PARA O EQUACIONAMENTO DOS PROBLEMAS EXISTENTES
 - 9) **Propostas com relação à criação (a solução para a publicidade)**
 - 10) **Propostas com relação à representação (as questões do cinema, da televisão e dos satélites)**
 - 11) **Propostas com relação à reprodução (respostas à reprografia e à denominada "pirataria" de fonogramas e de videofonogramas)**
 - 12) **Conclusão**

Tese ao X Congresso Mundial de Direito, São Paulo, agosto de 1981.

I — O DIREITO DE AUTOR NAS COMUNICAÇÕES

1) Delimitação e importância do tema

O século presente caracteriza-se, sobremaneira, pelo extraordinário avanço das técnicas, que têm introduzido, na fenomenologia das comunicações, novos e sofisticados aparelhos e máquinas de reprodução e de representação de escritos, imagens e sons, suscitando uma extensa gama de problemas no campo dos direitos da personalidade e, em especial, do Direito de Autor, um dos direitos fundamentais do homem, reconhecido em órbita internacional (v., a respeito, o nosso artigo "Os direitos da personalidade e o Projeto de Código Civil brasileiro", in **Revista de Informação Legislativa**, n. 60, p. 105).

Da fotografia ao cinema, do rádio à televisão e ora aos satélites, das impressoras manuais às máquinas de reprodução xerográfica e à microfilmagem, o homem moderno tem assistido a uma notável expansão dos meios de comunicação, que lhe invadem a privacidade, mudam-lhe conceitos e impõem-lhe novos hábitos, influenciando, pois, de modo indelével, a sua vida e o seu modo de ser.

Ora, na base desse progresso está o próprio engenho humano, em sua mais alta expressão, que é a criação intelectual, que faz nascer os aparatos necessários à comunicação e, depois, alimenta-os com suas manifestações, por meio de uma plêiade de escritores, artistas, poetas, compositores e outros intelectuais, possibilitando, não só a sua existência, como também o seu próprio desenvolvimento.

Mas o inarredável conflito entre as forças criativas e o capital que as movimenta ou dirige e, mesmo, o choque entre os interesses individuais e os coletivos vêm introduzindo, continuamente, inúmeras e diferentes questões no campo do Direito e em especial do Direito de Autor, em cujo âmbito se protegem as criações intelectuais dos domínios literário, artístico e científico, como universalmente se reconhece.

Daí por que nos voltamos para essa problemática — em que temos desenvolvido estudos e pesquisas, ferindo vários de seus aspectos, em sucessivos estudos —, procurando ora mostrar, à luz da realidade atual, a posição dos direitos autorais frente às técnicas de comunicação, culminando por oferecer propostas e sugestões que temos ideado para o equacionamento dos pontos de conflito existentes e a efetiva concretização prática desses direitos, de suma importância no mundo jurídico, porque respeitem ao próprio homem em sua essência criadora.

Para tanto, partiremos da enunciação de certas noções fundamentais sobre o Direito de Autor, para a exata compreensão de sua dimensão e, em seguida, descerraremos a temática proposta, em suas mais significativas nuances, enfatizando, nesse contexto, a já expressiva experiência brasileira na matéria.

2) O Direito de Autor: conceito, sujeito e objeto

Conforme salientamos em nosso livro-tese **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda** (publicado em São Paulo, pela Editora Revista dos Tribunais, p. 1), o Direito de Autor é o ramo da ciência jurídica que protege, sob os aspectos moral e patrimonial, o criador de obra intelectual, literária, artística ou científica (v., também, o verbete "Direito Autoral", de nossa autoria, in **Enciclopédia Saraiva de Direito**, vol. 25, p. 363, e extensa bibliografia ali referida).

Constitui-se de um conjunto de princípios e de normas, estratificados quase sempre em leis especiais, destacadas das codificações, em que se objetiva cercar de amparo jurídico os autores de obras de espírito.

São esses, pois, os titulares dos direitos em questão, podendo, no entanto, obedecidos os pressupostos necessários — erigidos em sua defesa —, negociá-los com terceiros para sua utilização, por meio das diferentes figuras contratuais existentes nesse campo. E isso ocorre com frequência na prática, mediante, principalmente, contratos de cessão de direitos e de encomenda de obras intelectuais, que permitem aos empresários do setor colocar a obra à disposição do público, pelos meios possíveis, como edição, gravação, execução, exposição e demais processos existentes (v., a respeito, nosso livro citado, pp. 27 e seguintes).

As obras protegidas por esse direito são as criações intelectuais de feição estética, dos domínios literário, artístico e científico (MÁRIO ARE: **L'Objetto del Diritto di Autore**, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 29 e seguintes; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE: **I Diritti sulle Opere dell'Ingegno**, Torino, Torinese, 1974, p. 36; TULLIO ASCARELLI: **Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**, trad., Barcelona, Bosch, 1970, pp. 634 e seguintes, dentre outros escritores. Em nosso direito positivo e a exemplo de outros, existe enumeração legal exemplificativa de obras protegidas: Lei nº 5.988, de 14-12-1973, artigo 6º).

Ampara esse Direito a forma original criada pelo autor, desde que o substrato ideológico é comum a todos (v. dentre outros autores: EDUARDO PIOLA CASELLI: **Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione**, Torino, Torinese, 1927, pp. 205 e segs.; VALÉRIO DE SANCTIS: **Contratto di Edizione — Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione**, Milano, Giuffrè, 1965, p. 7; RENEE PIERRE LEPAULE; "Le Droit d'Auteur sur son Oeuvre", Paris, Dalloz, 1927, p. 21; ALAIN LE TARNEC: **Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique**, Paris, Dalloz, 1966, p. 177; ANDRÉ FRANÇON: **La Propriété Littéraire et Artistique**, Paris, PUF., 1970, p. 9; HENRI DESBOIS: **Le Droit d'Auteur en France**, Paris, Dalloz, 1966, pp. 20 e segs.; CLÓVIS BEVILAQUA: **Código Civil Comentado**, Rio, Editora Rio, 1978, v. I, p. 1.115; e PEDRO VICENTE BOBBIO: **O Direito de Autor na Criação Musical**, S. Paulo, Lex, 1951, pp. 13 e segs.), protegendo-se as obras independentemente do mérito ou da destinação (PIOLA CASELLI, *op. cit.*, pp. 62 e segs.; MÁRIO ARE: *op. cit.*, pp. 163 e segs., dentre outros escritores).

3) Alcance: direitos de autor e direitos conexos

Fruto do liberalismo, como os demais direitos do homem — que o descartou do editor, conferindo-lhe foros de direito positivo —, apresenta o Direito de Autor uma **ratio** especial: a da proteção do criador intelectual. Volta-se, pois, essencialmente, para o amparo ao autor de obra de engenho (v. o nosso artigo “O Direito de Autor do plano das liberdades públicas”, na Revista **Justitia**, nº 98, pp. 165 e segs., em que analisamos, em profundidade, a essência e a evolução do Direito de Autor; v., também, ÉDOUARD SILZ: “La notion juridique de droit moral de l’auteur”, in **Rev. Trim. de Droit Civil**, XXXII, p. 394; GEORGE MICHAÉLIDES NOUARIOS: **Le Droit Moral de l’Auteur**, Paris, Arthur Rousseau, 1935, p. 50; ISIDRO SATANOWSKY: **Derecho Intelectual**, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1955, pp. 14 e segs.; HERMANO DUVAL: **Direitos Autorais nas Invenções Modernas**, Rio, Andes, 1956, pp. 11 e 12).

Mas, por assemelhação e em função da estreita relação existente com os direitos de autor, são reconhecidos, ainda, no contexto desse direito, os denominados “direitos conexos”, “análogos” ou “vizinhos”, que albergam certas categorias de criadores intelectuais, que contribuem para a difusão ou para a realização das obras de engenho.

Assim, compreendem-se em seu âmbito os direitos de autor (como os dos escritores, poetas, compositores, pintores, escultores e outros) e os que lhes são conexos (como os dos artistas, intérpretes, executantes, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão) (v. o verbete “Direitos Conexos”, de nossa autoria, in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 28, pp. 116 e segs., e a ampla bibliografia especial ali citada).

4) Extensão: direitos morais e direitos patrimoniais

O Direito de Autor lobra prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, aquelas relativas ao vínculo pessoal e perene que une o criador à sua obra, e, estas, referentes ao aproveitamento econômico da obra, mediante a participação do autor em todos os processos de utilização possíveis (v. ANTÔNIO CHAVES: **Direito Autoral de Radiodifusão**, São Paulo, Max Limonad. 1952, pp. 311 e segs. e 328 e segs.; PEDRO VICENTE BOBBIO: **op. cit.**, pp. 7 e 8, dentre outros escritores).

Defluem dessa noção vários e distintos direitos. Os direitos morais estendem-se desde o direito de inédito até os de defesa de paternidade, de correção, de modificação e outros. Os direitos patrimoniais consubstanciam-se na faculdade de o autor usar ou autorizar a utilização da obra no todo ou em parte, dispor desse direito a qualquer título, transmitir os direitos a outrem, no todo ou em parte, entre vivos ou por sucessão (fórmula da Convenção de Washington, 1946) (v. verbete “Direito Autoral”, citado, p. 366). A respeito, ainda, dentre inúmeros outros autores: VALÉRIO DE SANCTIS: “Diritto di Autore”, in **Enciclopedia del Diritto**, vol. IV, pp. 378 e segs.; GIUSEPPE PADELLARO: **Il Diritto d’Autore. La Disciplina**

na Giuridica di Strumenti di Comunicazione Sociale, Milano, Vallardi, 1972, pp. 7 e segs.; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE: *op. cit.*, pp. 103 e segs.; ANDRÉ FRANÇON, *op. cit.*, 1970, pp. 45 e segs.; STIG STROMHOLM: **Le Droit Moral de l'Auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave**, Stockholm. P.A. Norstedt & Soners, 1966, v. I, pp. 1 e segs; PONTES DE MIRANDA: **Tratado de Direito Privado**, S.P., RT, 1977, v. XIV, pp. 10 e segs.; CARVALHO SANTOS: **Código Civil Brasileiro Interpretado**, Rio, Freitas Bastos, 1963, vol. VIII, pp. 403 e segs.

Esses direitos são independentes entre si, fazendo nascer para o autor, cada qual, a remuneração correspondente, como, p. ex., os direitos de gravação e de execução pública, para as composições musicais; as edições gráficas e as representações para as obras teatrais; os direitos de adaptação ao cinema e à televisão, para as obras literárias, e assim por diante.

Realizam-se, na prática, por formas as mais diversas, dentro dos dois processos fundamentais — a representação e a reprodução —, com a extensa especificação hoje existente, em virtude do progresso das comunicações (v. a nossa tese cit., pp. 27 e segs., em que os enunciamos).

5) Níveis de incidência nas comunicações: na criação, na reprodução e na representação de obras intelectuais

Representa o Direito de Autor um complexo sistema, em que se reconhecem direitos nos criadores intelectuais, em três níveis distintos de realização e de comunicação das obras de engenho, e que se completam, a saber: **a)** na criação da obra; **b)** em sua reprodução (como, por exemplo, nas diferentes formas de edição: gráfica, fonográfica, fotográfica etc.) e **c)** em sua representação (no cinema, no rádio, na televisão, em satélite etc.).

Decorre daí um verdadeiro feixe de direitos, de cunho moral e patrimonial, desde o nascimento da obra, como, dentre inúmeros outros, os de paternidade, o de inédito, e o de perceber a remuneração ajustada para sua elaboração e para a sua utilização.

Direitos incidem depois na reprodução ou na representação da obra, e, em qualquer caso, necessária se faz a prévia e expressa autorização do autor para a sua efetivação. Ademais, em cada forma distinta de utilização deve haver a remuneração correspondente ao autor (assim, **verbi gratia**, na reprodução em fita de música gravada em disco; em sua inserção em outro disco; em sua execução no rádio, ou na televisão, e assim por diante). Em cada processo de utilização nasce o direito à remuneração autoral, em face da independência entre as diferentes formas de comunicação da obra.

Dessa maneira, a cada meio de comunicação corresponde um direito ao autor (como, p. ex., na adaptação de texto literário para o cinema; para a televisão; para o rádio, e assim por diante).

Isso se deve à estreita interligação entre o Direito de Autor e as formas pelas quais a obra se comunica ao público, e que vem desde os primórdios de sua manifestação, concretizando-se depois em convenções internacionais, as quais, exatamente por imposição do desenvolvimento das técnicas, vêm sofrendo revisões periódicas, para que cada novo processo ingresse no circuito protetor do Direito de Autor.

Já na primeira convenção internacional, de Berna, em 1886, se sentiu, a nível positivo, o impacto das técnicas nessa matéria, quando se travaram longas discussões sobre o alcance ou não da fotografia no âmbito do Direito de Autor, e que terminaram por sua inserção, bem como a do cinema e de outros processos depois integrados.

II — OS PROCESSOS MODERNOS DE COMUNICAÇÃO E O DIREITO DE AUTOR

6) Os processos modernos de comunicação e a postura do Direito de Autor: posição inicial e evolução

Com efeito, o Direito de Autor está ligado, indelévelmente, desde o seu surgimento, às formas de comunicação, cuja evolução acompanha, influenciando-as e sofrendo a sua ingerência, em um processo contínuo e inelutável de mútua independência, que, a um passo, propicia o extraordinário desenvolvimento desse direito e, paradoxalmente, cria óbices, às vezes intransponíveis, para a sua preservação e, mesmo, para a sua concretização prática.

De fato, vislumbrado, sob certo aspecto, no mundo antigo, esse direito passou, com a invenção da imprensa e a conseqüente possibilidade de reprodução de textos em série, a traduzir-se em um sistema de privilégios que se concediam aos editores para a exploração econômica de obras literárias (v., dentre outros autores, EUGÈNE POUILLET: *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Lib. Générale, 1908, pp. 1 e segs.; ÉDOUARD LABOULAYLE: *Études sur la Propriété Littéraire en France et en Angleterre*, Paris, A. Durand, 1858, pp. 8 e segs.; LUIGI DI FRANCO: *Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica*, Milano, Società Editrice Libreria, 1936, pp. 527 e segs.; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE: *op. cit.*, pp. 1 e segs.; CARLO CRISTOFARO: *Tratatto del Diritto di Autore e d'Inventore*, Torino, Bocca, 1931, pp. 8 e segs.; SAMUEL MARTINS: *Direito Autoral, seu Conceito, sua História e sua Legislação entre Nós*, Recife, Livraria Francesa, 1906, pp. 6 e 7; ODDO BUCCI: *Interesse Pubblico e Diritto d'Autore*, Padova, Cedam, 1976, pp. 13 e segs.; K. STOYANOWITCH: *Le Droit d'Auteur dans les Rapports entre la France et les Pays Socialistes*, Paris, Lib. Générale, 1959, pp. 21 e segs.).

Evoluiu depois, no entanto, para, com a Revolução francesa, vir a proteger o autor da obra, como direito ligado à criação intelectual, graças, principalmente, ao labor que, naquele país, se desenvolveu em defesa dos

direitos inerentes ao homem (v., dentre outros inúmeros autores, MARIE CLAUDE DOCK: *Étude sur le Droit d'Auteur*, Paris, Librairie Générale, 1963, pp. 150 e segs.).

Em função de sua importância e de seu dinamismo, o Direito de Autor expandiu-se de tal sorte a alcançar, em fins do século XIX, consagração universal, tendo inspirado a realização de várias convenções internacionais, desde a de Berna (citada), em que se criou a designada "União de Berna" — que hoje congrega dezenas de países —, bem como de tratados e de conclaves internacionais em nosso século.

No plano nacional, tem merecido a edição de leis especiais para a sua regulação, em que se vêm acentuando os princípios e regras que hoje lhe conferem o cunho de direito especial e que lhe realçam o caráter de poderoso instrumento de defesa das culturas locais, gerando, inclusive, a criação de organismos nacionais de regulação e de fiscalização, como entre nós, o Conselho Nacional de Direito Autoral (criado pela Lei nº 5.988/73: arts. 116 e segs.), que vem trabalhando arduamente para a implantação, em certos casos, e o aperfeiçoamento, em outros, desses direitos, desde a sua reestruturação ocorrida no início do ano passado.

Ademais, acompanhando a própria evolução experimentada nas comunicações, o Direito de Autor tem-se afirmado em concreto nos dias atuais, ganhando, dentro do Direito privado, foros de autonomia, para inserir-se, consoante a doutrina, no contexto dos denominados "direitos intelectuais", ao lado do "direito de propriedade industrial" (v. ARMINJON, NOLDE e WOLFF: *Traité de Droit Comparé*, Paris, Lib. Générale, vol. II, nº 40; JEAN ESCARRA: *Droits Intellectuels*, Paris, Lib. Delagrave, 1933, pp. 230 e segs.; CARLOS MOUCHET e SIGFRIDO RADAELLI: *Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, pp. 71 e segs.; MARIO ARE: *op. cit.*, p. 17; ISIDRO SATANOWSKY: *op. cit.* v. I, p. 113; MARCEL CRIONNET: *Les Droits Intellectuels et les Régimes Matrimoniaux en Droit Français*, Paris, Lib. Générale, 1975, p. 1; FILADELFO AZEVEDO: *Direito Moral dos Escritores*, Rio, Alba, 1930, p. 10, dentre inúmeros outros autores).

7) As novas técnicas de expressão e de comunicação e os problemas suscitados: na criação (a publicidade); na representação (o cinema, a televisão e o satélite de comunicação); e na reprodução (a fotocópia, a xerocópia, a microfilmagem, a computação, os cassetes e os videocassetes)

Mas, no século presente, em que ocorreram verdadeiras revoluções no plano das comunicações, com a eclosão de diferentes e fantásticos processos de expressão e de reprodução e de representação de obras intelectuais, inúmeros problemas vieram a povoar o campo do Direito de Autor, desafiando a argúcia dos estudiosos e dos interessados na matéria, de governantes e de legisladores, de administradores e de titulares de direitos, na busca de soluções.

Com efeito, a expansão da publicidade; a sedimentação dos processos de fotografia, em múltiplas novas utilizações; o desenvolvimento do rádio e do cinema, em novas dimensões; a explosão da televisão e, mais recentemente, dos satélites de comunicação; e a disseminação dos processos de reprodução por xerografia, por microfilmagem, por computação, por cassetes e por videocassetes, imprimiram feições novas e mais amplas ao Direito de Autor, descerrando diferentes canais de comunicação às obras intelectuais e agora de proporções infinitas.

Isso tudo abriu perspectivas amplíssimas às criações intelectuais, gerando, para os autores, novos campos de atuação e novas fontes de receitas, e permitindo uma crescente expansão do Direito de Autor a nível internacional, com revisões periódicas das convenções existentes e a celebração de inúmeros novos acordos e a realização de estudos sobre a matéria, sob a égide de duas organizações internacionais que se dedicam a essa temática, a UNESCO e a OMPI.

Conseguiu-se, com isso, a sua penetração, mesmo nos países ainda em desenvolvimento, que, embora, de pequenas proporções econômicas e situados em longínquos rincões, contam com legislação específica e com mecanismos de efetivação desses direitos.

Mas, em contraponto, vem o Direito de Autor sofrendo o influxo dessas mesmas técnicas que, a par de permitir a reprodução e a representação de obras intelectuais ao infinito, exigindo renovados esforços criativos, acabam, de outra parte, expondo a toda sorte de lesões e violações as obras protegidas, pela crescente disseminação dos respectivos aparatos por todo o universo e pelas facilidades com que se operam.

Em conseqüência, vêm sendo comprimidos e mesmo desrespeitados os direitos de autor, sob o impacto das televisões, dos satélites, dos computadores, das máquinas de microfilmagem e de xerografia e outros tantos engenhos que povoam o extraordinário mundo das comunicações.

Com efeito, dependendo de criações intelectuais para sua movimentação, esses aparatos, que são dominados por vultosos capitais, empregando os criadores ou, mesmo, obtendo a cessão de direitos sobre suas obras, difundem-nas a centenas de milhares de pessoas em toda parte, seja para sensibilização visual, seja auditiva, seja audiovisual e demais formas possíveis.

Permitem, ademais, a sua reprodução continuada e em seqüência infinita, expondo as obras a toda espécie de violação que o uso das máquinas permite, como, por exemplo, a gravação não autorizada de obras musicais em fita; a gravação em teipe de programa de televisão ou de filme; a reprodução por satélite de obras de cinema ou de televisão; a reprodução em xerocópia de livro ou outro escrito; a microfilmagem de textos, e assim por diante.

A técnica põe em risco, pois, as criações intelectuais, possibilitando utilizações não autorizadas, com vultosos prejuízos para os autores e, mesmo, editores, desviando os usuários da aquisição dessas obras e furtando aos autores a justa remuneração.

Esses problemas existem nos três níveis de relacionamento entre o Direito de Autor e os processos de comunicação. Assim, tanto na criação (principalmente na publicidade), como na reprodução e na representação (principalmente com a reprografia, a televisão e o satélite) de obras intelectuais há pontos de conflitos e inúmeros interesses em questão, a saber: dos autores, dos empresários, do setor, e dos usuários dos sistemas correspondentes.

Esses conflitos têm sido apontados pelos doutrinadores, em todos os países civilizados e, mesmo, debatidos em conclaves internacionais e internos sobre Direito de Autor — inclusive nos organismos de controle e de regulamentação da matéria —, em que se vêem refletidas as preocupações de todos os que se dedicam a esse campo, intentando-se alcançar soluções que atendam aos interesses em jogo.

De nossa parte, a par de aplicação a casos concretos no exercício profissional, temos desenvolvido, para o equacionamento dos problemas apontados, estudos e pesquisas, chegando à formulação de propostas e sugestões concretas tendentes à sua solução, que oferecemos em vários trabalhos já publicados ou em publicação, de que nos permitimos citar: **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda** (livro), São Paulo, RT, 1977; **Direito de Autor na Obra Publicitária** (livro), São Paulo, RT, 1981; "Reprografia e Direito de Autor" (tese), in **Revista de Informação Legislativa**, nº 58, pp. 181 e segs.; "O Direito de Autor no plano das liberdades públicas", in **Justitia** nº 98, pp. 165 e segs.; "Interpretação no Direito de Autor", in **RF** 266, pp. 67 e segs.; "Direito Autoral" (verbete) e "Cabovisão" (comunicação por satélite) (verbete), in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, dentre outros (nos quais apresentamos a rica bibliografia específica existente).

8) A inadequação das normas e dos sistemas e demais fatores que dificultam a concretização dos Direitos de Autor e conexos em certos campos

Mas, inobstante os esforços despendidos em todos os países e, mesmo, a edição de normas específicas, persistem ainda inúmeras pendências para a efetiva concretização prática dos *Direitos de Autor e conexos*, em vários (praticamente todos) países que os reconhecem.

Com efeito, restam ainda sem concretização vários setores do Direito de Autor, cujos titulares não conseguem, pois, haurir os proventos que *por justiça lhes pertencem*.

Fatores vários contribuem para esse estado de coisas e muitos de caráter local, insuscetíveis, pois, de elencação exaustiva.

Mas, dentre as causas não poderíamos deixar de destacar algumas que, normalmente, estão na base de qualquer debate sobre a matéria, a saber: a) inadequação das normas e dos sistemas, seja pela inexistência

ou pela ineficácia das normas, seja pela inexistência ou pela insuficiência de mecanismos de arrecadação ou de controle de direitos; b) um certo desconhecimento da matéria; c) renitência de empresários pouco responsáveis e outros.

Com isso, deixam os autores e demais titulares de receber a remuneração autoral devida; ou ocorre evasão sensível de rendas, ou simplesmente escapa a matéria à sistemática de cobrança. Inexiste, pois, implemento total ou parcial — conforme o caso — dos direitos patrimoniais de autor, que se vê privado dos rendimentos que a utilização de sua obra produz (sem falar-se — é claro — de outras violações, que existem, na área do direito moral, não inseridas, no entanto, no contexto do presente trabalho).

Com efeito, embora paradoxal, em função do grau de universalidade e especificidade alcançados, o Direito de Autor ainda não conta com legislação adequada em certos aspectos, bem como se mostra desconhecido em certos setores.

Arestas existem quanto à formulação de certas normas, que suscitam dúvidas na aplicação; certos campos se encontram ainda não regulados; e em muitos casos as normas existentes não são de molde a possibilitar pronta e eficaz concretização (assim, por exemplo, no campo da televisão, da reprografia, da publicidade, dentre outros), exigindo minuciosa regulamentação.

De outro lado, inobstante existam organismos próprios de controle e de arrecadação, mesmo de cunho estatal, ou não se fixaram mecanismos adequados para a sua cobrança (como na publicidade), ou ainda não se alcançou nível de aperfeiçoamento suscetível de abranger um número maior de integrantes no respectivo sistema de arrecadação (como na música), que, ao revés, deixa à margem grande parcela de contribuintes.

A par disso, na vacância de normas, ou na inexistência de disposições adequadas, infiltram-se as diferentes formas de reprodução de obras (especialmente, a xerografia e a gravação em fitas) e de representação (principalmente a televisão e o satélite), que acabam por apartar-se dos sistemas de cobrança existentes, ou por minar as fórmulas propostas, ou em execução, de pagamento de direitos autorais.

Para, outrossim, certo desconhecimento do Direito de Autor, mesmo no mundo da atividade empresarial e — pasmem — no mundo advocatício e judicial. Ditada por deficiências do ensino e outros fatores ligados à vida profissional e empresarial, a verdade é que, em muitos campos, não se tem conhecimento ou mesmo perfeita compreensão da existência e do sentido desse direito. Às vezes, até por comodismo e por forma de escape, tem esse desconhecimento sido invocado no terreno empresarial.

Mas ainda temos que anotar a renitência de empresários pouco responsáveis que, ávidos de lucro, e, dentre outros expedientes, sob a falsa premissa de que a remuneração paga ao autor contratado, ou mesmo

como empregado, cobre qualquer utilização de sua obra, negam-se a satisfazer os direitos autorais devidos, ou criam obstáculos jurídicos ou políticos à sua concretização, com sacrifícios para os criadores e desestímulo para o aperfeiçoamento cultural, artístico ou literário do próprio País.

Tudo isso, pois, tem obnubilado o resplandecer do Direito de Autor na prática, em certas áreas, gerando conflitos, que permanecem sem solução, inobstante muitas sejam de fácil realização, desde que haja a integração necessária dos interesses em causa. Mas, mesmo os direitos de difícil efetivação podem, no entanto, ingressar em sistemas de cobrança e de controle perfeitamente exequíveis.

Deter-nos-emos, no presente trabalho, em áreas a respeito das quais já tivemos a oportunidade de oferecer propostas concretas para a realização desses direitos.

III — NOSSAS PROPOSTAS E SUGESTÕES PARA O EQUACIONAMENTO DOS PROBLEMAS EXISTENTES

9) Propostas com relação à criação (a solução para a publicidade)

Assim, na problemática da criação, analisamos profundamente a publicidade, em que sugerimos (no livro-tese citado) a instituição de sistema de pagamento e de controle desses direitos nos próprios contratos de publicidade, nos quais se inseriam cláusulas especiais de direitos autorais, desde os contratos entre o anunciante e a agência; a agência e os criadores; e a agência e a produtora de fonogramas (ou de filmes).

Estipular-se-iam em contratos — que poderiam ser padronizados — os direitos autorais, que girariam em torno da verba publicitária, fixando-se proporcionalmente em função do custo da campanha e cobrando-se antes da respectiva veiculação (nesse sentido, elaboramos, sob encomenda da Associação Brasileira dos Anunciantes, modelos de contratos nos termos propostos, acompanhados de amplas explicações sobre os direitos autorais na publicidade, recentemente editados e distribuídos pela entidade às empresas filiadas).

Em cada renovação da campanha, incidiria a cobrança dos direitos, em razão do **quantum** definido no contrato, com a respectiva correção monetária e pelos índices legais vigentes.

O sistema abrangeria todas as criações individualizadas ou individualizáveis na publicidade, inclusive a obra publicitária final (exemplo: texto no anúncio; tela em um visual; participação de ator em filme etc.), descartando-se, é claro, as já integradas em outros sistemas (como o de execução de obras musicais).

O controle seria feito pela agência ou pela produtora, com os meios de que dispõem, valendo-se inclusive das anotações das empresas de controle de anúncios em rádio e em televisão.

Esse sistema já está sendo posto em prática em São Paulo, no relacionamento entre o Sindicato das Agências de Publicidade e o dos Artistas, que se fundam em contrato-base por nós elaborado e proposto à aprovação das referidas categorias. São previstos os direitos autorais e conexos, por ajuste entre os contratantes, com correção monetária na reexibição, a par de outras disposições específicas (v., sobre publicidade, além do livro citado, os artigos de nossa autoria: "Direito de Autor nas obras publicitárias", in **O Estado de S. Paulo**, de 5-10-78, p. 39; e "Contração de artistas para publicidade", in **Diário Legislativo IOB**, nº 784, pp. 390 e segs.).

10) Propostas com relação à representação (as questões do cinema, da televisão e dos satélites)

No terreno da representação, problemas existem, principalmente no cinema, na televisão e na comunicação por satélite (que envolve também reprodução).

O mesmo sistema de pagamento e de controle por meio de contratos poderia ser erigido para os processos em questão, afastando-se as obras já incluídas em mecanismos próprios de arrecadação (como as obras musicais, que seguem o sistema de pontuação).

A autorização autoral poderia ser obtida em contrato (ou nota contratual ou documento equivalente), dos próprios titulares, ou das associações representantes, sejam autores, diretores, atores, intérpretes e demais criadores, fixando-se a remuneração em função dos parâmetros apontados.

O contrato poderia prever inclusive a remuneração pela reexibição da obra, com a necessária correção monetária, ou instituir sistema de participação percentual nas diferentes utilizações em função da receita, por venda, locação de cópias e demais negócios jurídicos que se realizem.

Para efeito de dinamização, os titulares poderiam representar-se pelas associações existentes e o acordo perfazer-se a nível de categorias, arrecadando-se os direitos pelas associações, para distribuição pela entidade de direito (estatal ou privada, conforme o caso; no Brasil, pelo Escritório Central de Arrecadação e de Distribuição).

Nesse sentido preparamos, inclusive, protocolo de acordo que, infelizmente, por desajustes no setor, não chegou a firmar-se.

Mas a solução permanece perfeitamente adequada e exeqüível, podendo mesmo ser adotada a nível de imposição pelos organismos de regulação da matéria, se as partes se não compuserem, para que os titulares gozem de direitos expressamente assegurados em lei (v., a res-

peito, os nossos artigos "Artistas: a constitucionalidade da cessão de direitos de autor", in **O Estado de S. Paulo**, de 14-2-1980, p. 33, e "As Empresas de Comunicação e o Direito e a Imagem", in **Diário Legislativo IOB**, nº 770, pp. 197 e segs.).

11) Propostas com relação à reprodução (respostas à reprografia e à denominada "pirataria" de fonogramas e de videofonogramas)

Já com respeito à reprodução, o mais grave desafio aos direitos de autor é o da reprografia (reprodução de obras por processos mecânicos, em que inserimos todos os meios possíveis, como a xerografia, a computação — em que já se fez, por exemplo, reprodução da célebre tela, "A Mona Lisa" — a microfilmagem; a gravação em fita ou em videocassete e outros).

A esse propósito, sugerimos, em congresso internacional realizado em São Paulo, um conjunto de medidas, consubstanciadas em fixação de princípios, regras e fórmulas práticas, partindo da instituição de licença legal, dada a verdadeira e indiscriminada avalanche de reproduções que se fazem a cada passo, em todas as partes do mundo, por meio até de empresas e bancos de dados que exploram atividades de reprodução, como as de xerox, de microfilmagem, a saber: **a)** a fixação da necessidade de participação do autor ou do titular dos direitos de exploração econômica da obra (editor, concessionário e outros) na reprodução, por qualquer processo, de sua produção intelectual; **b)** a possibilidade de instituição de regime de licença legal para a reprografia (incluindo-se microfilmagem, computação, gravação), em que se conciliarão os interesses dos titulares com o da difusão da cultura; **c)** o controle das cópias extraídas mediante registro das máquinas reprodutivas e das instituições que as possuem ou locarem; fixação da remuneração do autor por folha extraída e de conformidade com os preços previamente fixados pela entidade controladora, depois de estudos específicos em cada setor (livros, fitas, discos etc.); instituição de formulário especial para anotação de pedidos de cópias, com a indicação da obra, do autor, do número de cópias reproduzidas e a remuneração devida, cobrada na fonte pela entidade extratora; recolhimento mensal através de documentos próprios ao órgão ou entidade arrecadadora (estatal ou privada, conforme o caso); atribuição de competência a uma entidade (estatal ou privada) para a arrecadação e a distribuição desses direitos a seus titulares; e destinação do produto da arrecadação a fundo especial para assistência a autores (a exemplo do Fundo de Direito Autoral existente entre nós: Lei nº 5.988/73: arts. 119 e 120) quando desconhecido ou não encontrado o autor ou titular de direitos, ou quando do domínio público a obra.

Excetuar-se-iam do pagamento, a título de incentivos à pesquisa e à cultura, as universidades e entidades congêneres, como bibliotecas, centros de informações sem fins lucrativos (definidas, por expresso, em lei), mas que deveriam cumprir as formalidades enunciadas, para efeito de

estatística e de controle geral efetivo, das reproduções, não podendo as cópias ultrapassar um número que, na legislação especial, for considerado razoável.

A par das providências acima, deverão ser estabelecidas medidas de severa repressão através de instrumentos efetivos, nos planos civil e penal, dos abusos porventura verificados (v., a respeito, os nossos trabalhos, "Reprografia e Direito de Autor, uma proposta para a regulamentação legal da matéria", in **RPGE** nº 10, pp. 457 e segs., e **RIDI** nº 1, pp. 108 e segs; e "Reprografia e Direito de Autor", in **Revista de Informação Legislativa** nº 58, pp. 181 e segs.).

As sugestões continuam plenamente adequadas e exeqüíveis, para a resolução dos problemas existentes nessa área, e a sua implantação poderia perfazer-se por meio de lei especial ou de ato do organismo regulador (conforme o caso).

A respeito do fenômeno particular da "pirataria" de fonogramas e de videofonogramas, medida que algumas legislações têm adotado é a da cobrança de um **plus**, a título de direitos autorais, na venda de fitas virgens, partindo, pois, do sistema de licença legal.

Poderia, em nosso entender, ser abraçada a orientação por outros países, desde que também nesse passo é prática de enorme e indiscriminada difusão, com prejuízos vultosos para autores e produtores.

12) Conclusão

Em razão da estreita interligação entre o Direito de Autor e as formas de comunicação de obras intelectuais, direitos decorrem para os titulares em todos os diferentes processos, cuja realização prática, no entanto, tem encontrado óbices, em certas áreas, ditados por fatores diversos, de que enunciamos os de maior realce.

Mas, soluções existem para a sua concretização, muitas dependentes apenas da conjugação dos interesses em questão — de autores, empresários e usuários das obras — em fórmulas simples e perfeitamente exeqüíveis, conforme mostramos, nos campos da publicidade, do cinema, da televisão, do satélite e da reprografia em geral, em teses e trabalhos que apresentamos para o equacionamento dos problemas existentes.

Nesse debate, indiscutível é que, para o próprio bem da cultura em geral e para um desenvolvimento mais expedito das nações em fase de expansão, devem ser envidados todos os esforços das pessoas conscientes, no sentido de uma plena satisfação prática dos direitos autorais, na sacração da mais nobre e expressiva manifestação do gênio humano, que é a criação intelectual.

Em última análise, será o próprio homem que se estará afirmando, na proteção da mais incisiva expressão de sua personalidade e em consonância com os ditames de sua própria natureza!

O problema fundiário no Distrito Federal. Enfoque histórico e jurídico

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES
Procurador-Geral da Justiça do DF

O problema fundiário no Distrito Federal pode ser dividido em três fases distintas:

PRIMEIRA FASE

A primeira fase compreende o período anterior à própria mudança da Capital federal, época em que o Governo de Goiás constituiu a "Comissão de Cooperação para Mudança da Capital Federal", inicialmente presidida pelo médico, empresário e homem de letras, Dr. Altamiro de Moura Pacheco, e, posteriormente, pelo jurista Inácio Bento de Loyola.

Nessa fase, foi efetuado o levantamento completo e o estudo metódico e altamente técnico de todos os imóveis rurais localizados na área demarcada para o atual Distrito Federal, com base nos quais foi efetivada a desapropriação de mais de cinquenta por cento desse território, possibilitando, assim, a pacífica projeção e edificação da Capital, seus primeiros núcleos satélites urbanos e rurais.

Têm seus nomes indelevelmente ligados a essa fase histórica, além dos já citados, os juristas goianos, integrantes da Comissão: Drs. Segismundo de Araújo Melo, Moacyr Ribeiro de Freitas, Marcelo Caetano da Costa, Hamilton de Barros Velasco, Luís Honório Ferreira, Arquelaу Au-

gusto Gonzaga e Domingos Juliano. Como engenheiro assistente, compunha-a o Dr. Joffre Mozart Parada.

Além do mapeamento completo da área integrante do novo Distrito Federal, da lavra do engenheiro Joffre Parada, a Comissão elaborou exaustivo exame da documentação imobiliária da região, reconstituindo as cadeias dominiais dos imóveis, a partir de seu lançamento no registro paroquial, na década de 1850, por força do que dispunha a Lei nº 601 e seu Regulamento, Decreto nº 1.318, de 1854, ou, em muitos casos, até mesmo anteriormente, de tudo elaborando completos e pacientes relatórios, hoje em poder da Procuradoria do Governo do Distrito Federal, trabalho esse de tão alta significação e relevância, que só o vejo comparável ao de Luiz Cruls, com seus relatórios sobre a escolha do local para a implantação da nova Capital. Pena que esse precioso material não tenha sido ainda divulgado por inteiro para conhecimento de quantos se interessem pelo estudo do assunto.

Do meritório trabalho dessa Comissão, as únicas referências bibliográficas que conheço são: uma, de minha autoria, no livro que publiquei em 1978, intitulado **Deste Planalto Central... O Histórico e o Pitoresco**, em que registro a importância do trabalho do Dr. Altamiro Pacheco e sua equipe de juristas; outro, do próprio Altamiro Pacheco, sob o título **Primórdios de Brasília**, ensaio histórico publicado em o nº 4 da **Revista do Instituto Histórico e Geográfico de Goiás**, 1975; e, finalmente, a referência de Adirson de Vasconcelos, em seu livro **A Mudança da Capital**, em que não mais de duas ou três páginas são dedicadas à Comissão e, mesmo assim, talvez por falta de maiores informações a seu respeito ou de acesso ao trabalho por ela realizado, sem dar-lhe o enfoque e o destaque que certamente merece.

Vale a pena reler, a respeito da "Comissão de Cooperação para Mudança da Capital Federal", esta brilhante página de seu ilustrado integrante, jurista Domingos Juliano, em relatório enviado ao seu Presidente e divulgado na íntegra no citado ensaio de Altamiro Pacheco:

"O nosso trabalho foi o de conhecer a matéria-prima, a argila bruta, que servirão de base territorial ao mármore de Brasília.

Esse grande mosaico sobre o qual, durante longo tempo, pousou angustiada a nossa vista, sequiosa de esclarecimentos, e que é o novo Distrito Federal, na parte a nós entregue, constituiu a princípio o mistério, o silêncio que se opõe ao estudioso que interroga o tempo, os papéis, os livros, os processos e a memória dos coevos, em busca da resposta: a quem pertenceu tudo isto; como circularam na ordem do tempo as frações dessa imensa área; que ficou por fazer; a quem pertence, hoje, enfim, tudo isto?

O que foram os obstáculos e as dificuldades por nós encontrados, nem é preciso repetir. Vossa Excelência os viu a quase todos e conheceu, desde o princípio, a dramática indigência documental com que todos nós lutamos, nos Municípios de Luziânia e Planaltina.

Nem sempre valeram as nossas incursões pelas fazendas, em busca de papéis, que avaramente nos foram exibidos, ou que, ordinariamente, nos foram negados.

Tantos e tão invencíveis óbices teriam que afetar a extensão e a exatidão do nosso trabalho, que, por vezes, teve de ser parcialmente interrompido, ante os vácuos abertos pela ausência de processos, principalmente de inventários, e de outros documentos.

Doze (12) dos grandes imóveis a nosso cargo, constituindo maioria, nunca foram divididos, nem demarcados judicialmente. Outros há que vieram a ser objeto de inventários de pessoas falecidas recentemente, sem que os acervos dos primitivos proprietários e de seus sucessores imediatos e mediatos fossem liquidados, através do insubstituível juízo divisório e partilha, o que fez com que se perdesse, em consequência da treva imposta pelo decurso do tempo, a verdadeira linha de sucessão hereditária.

Outros imóveis existem, ainda, sobre os quais há mais de cem (100) anos nenhum documento tornado público se assinou, nenhum inventário se realizou.

Não adiantariam tentativas de vencer, à **outrance**, as dificuldades, porque, em matéria de direito, não há terreno para experimentos, nem a imaginação pode funcionar para suprir, com criações da fantasia, aquilo que na realidade não existe, ou que está oculto.

Num serviço como este, inteiramente singular na história do Brasil, tivemos que ser autodidatas em muitas passagens, mas, invariavelmente, procuramos dar soluções e opiniões uniformes sobre problemas e dúvidas comuns, que se nos apresentaram, evitando, assim, a aplicação de pesos e medidas diferentes, para questões da mesma natureza.

Já em agosto de 1957, após alguns meses de contato com o serviço, escrevíamos ao Ex.^{mo} Sr. Governador do Estado, propondo uma lei:

“Como sabe Vossa Excelência, as terras do Município de Luziânia, até agora, na história de Goiás, passaram por dois

ciclos de valorização. Aquele primeiro veio da agitação setecentista do ouro em Goiás, até a abolição da escravatura, decorrente da exploração das ricas jazidas auríferas da região, as quais tiveram o dom de valorizar as terras locais, pelo conteúdo do subsolo. Nesse período de tempo, pelo que se pode ver da documentação existente na atualidade, cuidou-se com certo zelo, tanto quanto tinha cabimento naquela época, dos títulos de propriedade, da documentação, embora nas precárias medidas da legislação reinol, que vigorava.

A promulgação do Regulamento de 30 de janeiro de 1854, que criou o Registro Paroquial, se seguiu verdadeira corrida, em Luziânia, ao *soi-disant* Cartório eclesiástico, onde de 1857 a 1858, se fizeram registros de nada menos de **trezentas e trinta e três fazendas**, no Município!

A esse ciclo de valorização imobiliária, ou, pelo menos, de cuidados com a situação legal da propriedade imóvel, encerrado com a abolição da escravatura negra, se seguiu um período de desinteresse quase generalizado pela apuração de títulos e liquidação judicial de heranças e legados. Largo foi esse lapso, em que as terras do Planalto, de pouca fecundidade e produtividade, ficaram esquecidas. Nem mesmo o irrompimento vulcânico de Goiânia, no mapa do Estado, operou sensível modificação no cenário que vimos de descrever, linhas volvidas.

Bastou, no entanto, que fosse lançada no Planalto a semente de Brasília, para que um outro ciclo de valorização das terras rurais eclodisse, o segundo, desta vez com mais ímpeto e com verdadeiro transbordamento."

Essa foi a primeira fase, a fase áurea, construtiva, idealista, acalentada pelo sonho mudancista, podendo-se afirmar, mesmo, decisiva para a concretização da mudança da Capital, sem o desassossego de impugnações judiciárias ou de embaraçantes entraves administrativos.

SEGUNDA FASE

A segunda fase, que poderíamos cognominar de bisantina, tais as filigranas de interpretações jurídicas no recém-criado Judiciário de Brasília, eclodiu de modo imprevisto e inesperado. O recém-instalado Tribunal compunha-se de eminentes magistrados, mas todos eles arrebanhados fora do meio, ao qual não tinham ainda nenhuma vinculação. Analisando essa sin-

gular situação, na época, em modesto ensaio intitulado **O Planalto Central do Brasil no Passado, no Presente e no Futuro**, edição do Ministério Público do Distrito Federal, tive ensejo de escrever:

“No trato dos assuntos relacionados com os interesses da velha comunidade do Planalto, o Judiciário de Brasília, em regra geral, tem funcionado sem condicionamento.

A justiça e a política, por mais contraditória que possa parecer a afirmação, não podem ser exercidas sem o condicionamento e as pressões das forças de atuação social.

O fim do direito é a paz e o progresso social. Sem ouvir e sentir os anseios mudos e palpitantes do meio ambiente, as decisões judiciárias não passam de extravagantes peças de lógica, enfa-donhas e nefastas.

A falta de identificação do magistrado com o meio, ao qual não se prenda por laços de ancestralidade, nem de tradição, nem de afeto, nem de interesse econômico ligado à terra, com raízes no passado, faz com que a figura humana do pré-brasiliense não se lhe apresente na porfia judiciária senão como o espectro de uma raça extinta ou em vias de extinção.”

A gênese da grande polêmica travada em torno do domínio privado sobre as terras do Planalto, segundo se veio a saber, teve origem em despretensioso incidente político: o deputado mineiro Pedro Aleixo, adversário de Juscelino, em arroubo tribunício, acusa-o de mau emprego do erário, ao promover a desapropriação de terras, no Planalto, as quais já seriam de domínio da União, por força do disposto no art. 3º da Constituição de 1891.

O Judiciário de Brasília, onde tramitavam diversas ações de desapropriação propostas pelo Estado de Goiás, substituído processualmente pela NOVACAP, ao tomar conhecimento da impugnação do político, teve sua atenção despertada para o art. 3º da Constituição de 1891 e, em consequência, passou a trancar, por falta de objeto, as ações em curso.

A Corregedoria da Justiça, por sua vez, baixou provimento fechando as portas dos Cartórios de Registro de Imóveis para ingresso de qualquer título relacionado com imóvel rural no Distrito Federal, que não proviesse do Poder Público, proibindo até mesmo que os ofícios cartorários protocolizassem os títulos dos interessados em registros.

O homem da região, que havia mais de dois séculos transacionava com seus imóveis de modo tranqüilo e indiscutível; que portava documentação revisionada pelo crivo de uma comissão de juristas de alto nível, selecionados entre magistrados, membros do Ministério Público e catedráticos goianos,

pairava agora perplexo e atônito ante a explosiva descoberta de um político, pressurosamente acatada pelo Judiciário.

Longos anos de sáfaros debates alimentaram essa falaciosa polêmica. Jurisconsultos os mais eminentes do País tiveram que ser convocados para o seu desate. Descobriram-se pareceres específicos de Clóvis Bevilacqua e Vieira Ferreira, anteriores a 1930, apaziguando a controvérsia. Outros foram elaborados, com novos enfoques, por Orosimbo Nonato, Frederico Marques, Linhares de Lacerda, Dario Cardoso e Onofre Gontijo Mendes, todos passando em revista o direito imobiliário brasileiro desde as suas origens mais remotas, numa reciclagem de vários séculos de história. Sobre o assunto, publiquei também um trabalho, intitulado "Um Estudo sobre o Domínio das Terras do Planalto Central do Brasil", na **Revista de Informação Legislativa** do Senado, nº 35, pág. 59, republicado na **Revista da OAB/DF** nº 5 e na revista **Justitia**, órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo.

TERCEIRA FASE

Ao final, chegou-se a conclusões assaz simples e óbvias: a primeira delas é que a palavra de Pedro Aleixo não era autorizada, eis que sendo embora eminente penalista, nada o recomendava como civilista; a segunda, que sua opinião era suspeita, porque expressa em caráter político partidário; a terceira, que o regime jurídico brasileiro é uniforme, não podendo existir no Planalto um direito imobiliário diferente do que vigora no resto do País; a quarta, que a Constituição de 1891 era marcadamente liberal, não sendo razoável interpretar um de seus isolados dispositivos como confiscatório da propriedade particular em determinada região da Pátria; a quinta, que o seu art. 3º objetivava excepcionar o que dispunha o art. 64, que determinava passassem ao domínio dos Estados as terras de propriedade da União existentes nas antigas Províncias; a sexta, que os registros a serem feitos em Brasília eram secundários, meramente continuativos dos anteriormente efetuados nas antigas comarcas goianas de que o Distrito Federal se originou e, como secundários, nenhum gravame poderiam acrescentar aos que porventura já se achassem consumados; a sétima, que a demora na solução do impasse estava se tornando mais prejudicial a Brasília do que o preço ínfimo que, à época, vinha sendo pago pela desapropriação. E assim por diante.

Desse modo, a tempestade cessou, entrando-se na fase atual, em que não mais se põe em dúvida a questão. Existe apenas resistência administrativa quanto às tentativas de parcelamento do solo rural, em loteamentos inferiores ao módulo, o que é natural e salutar, para que o território de Brasília não venha a transformar-se em colcha de retalhos, o que seria altamente danoso a toda a comunidade.

Notas sobre o posicionamento social da mulher no tempo e no espaço

PAULO DE FIGUEIREDO

Consultor-Geral do Senado Federal

SUMÁRIO

I — *Preliminares*. II — *A mulher na Suméria*. III — *A mulher na Babilônia*. IV — *A mulher na Assíria*. V — *A mulher na Índia*. VI — *A mulher na China*. VII — *A mulher no Egito*. VIII — *A mulher na Grécia*. IX — *A mulher na Pérsia*. X — *A mulher na Etrúria*. XI — *A mulher em Roma*. XII — *A mulher na Gália*. XIII — *As Amazonas*. XIV — *A mulher em países e povos da África*. XV — *A mulher no Japão*. XVI — *A mulher entre os povos da Oceania*. XVII — *A mulher entre os esquimós*. XVIII — *A mulher na Sibéria*. XIX — *A mulher na Rússia*. XX — *A mulher entre os mongóis*. XXI — *A mulher entre os citas, os germanos e os "bárbaros" em geral*. XXII — *A mulher entre os vikingues*. XXIII — *A mulher na Ilha da Páscoa*. XXIV — *A mulher no mundo islâmico*. XXV — *A mulher na Armênia*. XXVI — *A mulher em Bizâncio*. XXVII — *A mulher entre os incas*. XXVIII — *A mulher entre os maias*. XXIX — *A mulher entre os astecas*. XXX — *A mulher entre os indígenas*. XXXI — *Da antiguidade à era contemporânea*. XXXII — *O eterno retorno*.

I — *Preliminares*

E Deus disse à mulher: "Eu multiplicarei os trabalhos dos teus partos. Tu parirás teus filhos em dor, e estarás debaixo do poder de teu marido, e ele te dominará" (1).

Foi essa a sentença que veio do alto. E que selou o destino da mulher.

(1) *Bíblia Sagrada* — Trad. do Pe. ANTÔNIO PEREIRA DE FIGUEIREDO — Edição Barga — 1967.

O dogma religioso balizou e distinguiu, pelos tempos afora, os caminhos do homem e da mulher. A crença em Deus ditou os rumos a seguir. Estava no Livro Sagrado o juízo supremo. A verdade. E assim, desde os começos dos tempos, o sexo foi tido como uma determinante da diferenciação social entre o homem e a mulher. Mais: consagrou o domínio do macho sobre a fêmea.

Mesmo hoje, quando se reconhece, pelo cristianismo, que a mulher é uma pessoa e, como tal, igual ao homem, feita como este à imagem e à semelhança de Deus, indica-se a ela uma posição de subalternidade:

“A mulher é, sob todos os aspectos, igual ao homem. Socialmente, está coordenada ao homem, mas em posição subordinada, como seu complemento e auxílio” (Gên. 2, 20-24 — I Cor. 11,9) ⁽²⁾.

Mas não somente no mundo católico as coisas são assim. Em outras religiões o mesmo acontece. Com o pensamento bíblico afina o do livro sagrado dos muçulmanos. Diz o Alcorão, igualmente seguido por milhões de fiéis:

“Os homens são os encarregados das mulheres, porque Deus os preferiu a elas e porque eles as sustentam de seu pecúlio” ⁽³⁾.

Observando que foram homens que disseram o que está na Bíblia e no Corão, aí vemos por que as mulheres, já entre os povos dos tempos bíblicos, pagãos ou religiosos, eram tratadas com desdém, consideradas seres inferiores e, como tal, marginalizadas da vida política e social.

Aqui e ali, certamente, gozavam de alguma consideração, mereciam um pouco mais de respeito, tinham alguma proteção. Até mesmo, em algumas culturas mais antigas, como a sumérica, a cretense e a babilônica, chegaram a uma situação de destaque na sociedade. De um modo geral, entretanto, à mulher foi designado, desde a aurora da história humana, um papel secundário no processo social:

“No imenso período de mais de cem mil anos que estende-se do precursor humano, primata terciário, à fase industrialista encetada pelo homem atual, a mulher foi uma *propriedade* do homem, um *animal doméstico*. Deve-se entender pela expressão somente, unicamente o que ela diz — um *animal doméstico*. A mulher é a primeira propriedade, o primeiro animal a serviço do homem” (TITO LÍVIO DE CASTRO) ⁽⁴⁾.

Um objeto do homem. Sim, isso tem sido a mulher. Uma coisa de que o homem se utiliza para satisfação de seus prazeres, de suas necessidades, de seus interesses. Um bem que ele usa para compra, venda, troca, empréstimo.

(2) “Dicionário Prático de Cultura Católica, Bíblica e Geral” — in *Bíblia Sagrada* — ob. cit.

(3) *Alcorão Sagrado* — versão portuguesa de SAMIR EL HAYEK — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1980.

(4) CASTRO, Tito Lívio de — *A Mulher e a Sociogenia* — Francisco Alves e Cia. — Rio, Brasil.

Do nascimento à morte, o ciclo existencial da mulher estava marcado pelo fatalismo de um destino dependente. Está no Rig-Veda dos brâmanes:

“Durante a infância uma mulher deve depender de seu pai; durante a mocidade, de seu marido; morrendo seu marido, de seus filhos; não tendo filhos, dos parentes próximos de seu marido, ou em falta destes, dos parentes de seu pai; se não tiver parentes paternos, do soberano. Uma mulher nunca deve ser livre” (5).

De novo, no misticismo religioso, um ambiente sufocante para a mulher. Mas também foram homens que redigiram o Rig-Veda.

Fora, porém, dos sistemas religiosos, mesmo entre as gentes das mais longínquas eras, e ainda antes dos tempos históricos, já os agrupamentos humanos se distinguiam socialmente em função do sexo, sendo este um elemento condicionante do posicionamento social do homem e da mulher, e valendo, também, como um critério de valor.

É indiscutível, pois os fatos o demonstram, que em todas as épocas o sexo serviu como ponto de referência para a diferenciação de tarefas e de *status*. Como uma determinante de atividades e de condutas.

Diferentes somática e fisiologicamente, homens e mulheres teriam, por isso, de ter *colocações* diferentes na sociedade.

A mulher, procriadora, fisicamente mais frágil e psicologicamente mais dócil, teria funções de caráter sedentário, doméstico, incumbindo ao homem um papel mais dinâmico, porque vinculado a uma vida mais nômade.

Esse entendimento, em regra pacífico, nem sempre corresponde à realidade. Houve, sempre, exceções. Assim, em determinados povos, as mulheres tiveram primazia sobre os homens em atividades sociais, como sucedeu com as amazonas.

Sabe-se, outrossim, que as mulheres iroquois, por exemplo, nada tinham de suaves ou generosas. As arapesh mostravam mais força do que os homens.

Seja como for, inferiorizadas, dominadas, em situação subalterna, em geral, mesmo assim, em todas as sociedades, de todas as eras e lugares, houve mulheres diferentes, que destoavam do meio e se impunham, de algum modo. Foram as feministas de todos os tipos; e mesmo mulheres bem femininas, que, por astúcias próprias do sexo, lograram posições e privilégios.

Tudo isso, no entanto, foram exceções. A constante, no tempo e no espaço, é a mulher mais sedentária, passiva, no lar, e o homem mais ativo, na sociedade. É o homem sempre privilegiado pelos códigos e pelas leis, em detrimento das mulheres. Códigos e leis sempre elaborados pelos homens. Isso, mesmo nas sociedades mais evoluídas.

(5) CASTRO, Tito Livio de — ob. cit.

Dessa maneira, direitos e deveres, posicionamento no lar e na sociedade, tipo de trabalho, funções políticas, tudo isso tem sido, invariavelmente, vinculado ao sexo. Com a permanente supremacia dos homens. RALPH LINTON (6) teceu, a propósito, esse expressivo comentário:

“Parece que a divisão de *status* relativamente ao sexo é básica em todos os sistemas sociais. Todas as sociedades prescrevem aos homens e às mulheres atitudes e atividades diferentes. A maioria delas tenta racionalizar estas prescrições em termos de diferenças fisiológicas entre os sexos, ou entre seus diferentes papéis no processo da reprodução. Mas um estudo comparativo dos *status* atribuídos às mulheres e aos homens em culturas diferentes parece mostrar que ao passo que esses fatores talvez tenham servido como ponto de partida para o desenvolvimento de uma divisão de *status*, as atribuições de fato são quase inteiramente determinadas pela cultura. Mesmo as características psicológicas atribuídas aos homens e às mulheres em diferentes sociedades variam tanto que só podem ter pequena base fisiológica. A idéia que nós mesmos fazemos das mulheres, como sendo anjos de bondade, contrasta nitidamente com o espírito inventivo das mulheres iroquois como torturadoras e com o prazer sádico que elas sentem em torturar. Mesmo em nossa sociedade, as duas últimas gerações presenciaram uma modificação nítida nos padrões psicológicos femininos. A senhora delicada, sempre pronta a desmaiar, do meado do século passado, desapareceu tão completamente quanto o *dodó*.

Ao tratar da atribuição de ocupações, que afinal é parte integrante do *status*, encontramos diferenças ainda mais pronunciadas, nas várias sociedades. As mulheres arapesh carregam regularmente pesos maiores que os homens, “porque suas cabeças são muito mais duras e fortes”. Em algumas sociedades as mulheres fazem parte do trabalho normal; em outras, como nas Ilhas Marquesas, cozinhar, tomar conta da casa e cuidar das crianças são ocupações próprias dos homens, enquanto as mulheres passam a maior parte do tempo pavoneando-se. Mesmo a regra geral, de que o *handicap* constituído pela gravidez e pela amamentação indica ocupações menos ativas como femininas e as mais ativas como masculinas, tem muitas exceções. Assim, entre os tasmanianos, a caça da foca era trabalho feminino. As mulheres nadavam até as rochas das focas, seguiam os animais e os golpeavam com a clava. Também caçavam o opossum, para o que eram obrigadas a escalar grandes árvores.

Embora a atribuição real de ocupações segundo as linhas do sexo varie muito, o padrão da divisão por sexos é constante. Muito poucas são as sociedades nas quais toda atividade im-

(6) LINTON, Ralph — *O Homem: uma Introdução à Antropologia* — Trad. de LAVÍNIA VILELA — Livraria Martins Editora — São Paulo, Brasil — 1959.

portante não é definidamente atribuída aos homens ou às mulheres. Mesmo quando ambos os sexos cooperam numa ocupação particular, o campo de cada um é geralmente delimitado de maneira clara. Assim, na cultura de arroz de Madagascar, os homens fazem as sementeiras e os terraços e preparam os campos para transplantação. As mulheres transplantam, o que é trabalho árduo e derreante. Limpam as plantações, mas os homens é que ceifam. Levam-nas para os terreiros de malhar onde os homens as malham, enquanto as mulheres as joeiram. Finalmente, as mulheres socam os grãos no almofariz e os cozinham.

Quando uma sociedade adota uma nova indústria, há freqüentemente um período de incerteza durante o qual o trabalho pode ser feito por qualquer sexo. Logo, porém, cairá no domínio de um ou de outro. Em Madagascar a cerâmica é feita em algumas tribos pelos homens, em outras pelas mulheres. A única tribo em que é feita por ambos os sexos é aquela onde esta arte foi introduzida nos últimos sessenta anos. Disseram-me que durante os quinze anos anteriores à minha visita a essa ilha, o número de ceramistas masculinos tinha decrescido de maneira muito acentuada, porque muitos homens que antigamente praticavam a arte a abandonaram. O fator de baixa de salários, usualmente apresentado como razão para homens deixarem uma das nossas ocupações, quando as mulheres nela penetram à força, certamente não agia neste caso. O campo não estava superlotado e os preços eram os mesmos para os produtos feitos por homens e mulheres. A maioria dos homens que abandonaram essa ocupação davam razões vagas, mas alguns disseram francamente que não gostavam de competir com mulheres. Parece que a penetração feminina diminuíra o prestígio da ocupação. Já não era próprio de um homem ser ceramista, embora fosse ótimo artífice.”

Vê-se, pois, que, seja considerando fatores biológicos, religiosos ou culturais, a verdade é que o sexo, distinguindo o homem da mulher, assinalou-lhes posicionamentos sociais definidos. A desigualdade sexual motivou uma desigualdade social. Não só desigualdade: também uma superioridade social, como se o fato de ser homem pudesse ser interpretado como uma razão suficiente para decretar o seu domínio sobre a mulher.

Cabe, a propósito, evocar ENGELS (7). Partindo da verificação dessa discriminação social em função dessa diferenciação sexual, interpretou o evento à feição de suas convicções marxistas, salientando o antagonismo de situações e a hierarquização social do homem:

“Num antigo manuscrito inédito, trabalho realizado por MARX e por mim, encontrei esta frase: “A primeira divisão do

(7) ENGELS, Frederico — *A Origem da Família, da Propriedade e do Estado* — Editorial Alba Ltda. — Rio, Brasil — 1934.

trabalho é a que se faz entre o homem e a mulher para a procriação de filhos." Hoje, posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia, e a primeira opressão de classe a do sexo masculino contra o feminino."

Abstração feita do aspecto de sectarismo doutrinário, que forçou ENGELS a situar homem e mulher em termos de competição e a ver no domínio do homem sobre a mulher a opressão de uma classe sobre outra, essa interpretação marxista serve ao menos para demonstrar, na espécie, o reconhecimento do problema, sem dúvida universal, da diferenciação social dos papéis do homem e da mulher, em decorrência e em função de uma discriminação de caráter sexual.

Assentou-se e aceitou-se que, pela ordem natural das coisas, o homem, tido como superior à mulher, teria de mantê-la sob seu domínio. Todo o erro do "machismo" resulta dessa incompreensão original, como — diga-se de passagem — todo o erro do "feminismo" — tão bem qualificado por BETTY FRIEDAN como (8) "machismo da fêmea" — nasceu dessa pretensão de determinadas líderes de confundir ou inverter as funções e as missões específicas do homem e da mulher, como se não fossem distintas, e, *imitando* os "machistas", procurarem substituir o homem em seu papel dominador.

A realidade histórica nos revela, de maneira quase constante, uma estruturação política, social e econômica dos agrupamentos humanos feita de acordo com essa pretensa superioridade masculina.

Por ser fisicamente mais forte, o homem teve a seu encargo tarefas mais duras: as de enfrentar os perigos da caça e da guerra, para sobrevivência sua e de sua família. Daí o seu posicionamento hierárquico no contexto grupal. De sua força física maior, do tipo de seu trabalho — mais arriscado e considerado vital para a continuidade do grupo — decorreu a sua predominância no lar e na sociedade. Donde o seu comando. Era natural que valessem mais aqueles de quem dependesse a segurança e o sustento da comunidade. É ainda RALPH LINTON (9) quem ensina:

"A superioridade física do macho humano tem tido sobre o desenvolvimento das instituições sociais efeito muito maior que o que costumamos reconhecer. Combinada aos papéis diferentes dos dois sexos na procriação e nos cuidados a dispensar aos filhos, essa superioridade física fez que se delegassem aos homens as tarefas de caça e defesa. Ambas estas tarefas são de importância capital para a sobrevivência do grupo não civilizado e assim a importância social dos indivíduos tornou-se cada vez maior. As funções de governo são exercidas pelos homens, em quase todas as sociedades. Pode acontecer que

(8) FRIEDAN, Betty — entrevista concedida a Sonia Velasco Ferreira, publicada em *O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 3 de janeiro de 1982.

(9) LINTON, Ralph — ob. cit.

oficialmente o chefe de uma sociedade seja uma mulher, mas, o exercício dos poderes correspondentes a essa posição são quase sempre delegados a um homem ou grupo de homens. De maneira semelhante, o controle da unidade familiar pelo homem é quase universal. Há certas sociedades em que as mulheres são oficialmente reconhecidas como elemento dominante na relação conjugal, mas esta circunstância não é compatível com padrões mais inclusivos do domínio masculino.”

Todos estão acordes em que, nos primórdios da história do homem, a caça era a atividade essencial, sendo a sua prática uma condição de sobrevivência.

Ora, caça é movimentação incessante, é dinamismo, é astúcia, é luta, é imprevisto, é risco, é bravura. Nômade por imposição existencial, o homem não tinha uma base física, estática, permanente e, assim, nessas populações movediças e inquietas, o homem, sendo o mais forte, teria que prevalecer, mandar, hierarquizar-se.

A mulher só começou a impor-se quando a vida dos grupos passou a ser mais sedentária e isso aconteceu quando aprenderam a tirar da terra, de modo sistemático, os meios de sobreviver. A agricultura valorizou a mulher que, nela, encontrou um começo de libertação. O arado, a plantação e colheita, que deram estabilidade ao grupo, deram, igualmente, um *status* à mulher. Prestigiou-a. Sim, ela ficou valendo pelo que produzia. Constituiu-se um fator de riqueza. Um “dado” econômico. Que, inclusive, “se comprava”. Quanto mais poderosos os homens, mais mulheres possuíam, pois delas se serviam, nelas encontravam não somente uma fonte de prazer como um instrumento de trabalho.

A estabilidade, pelas atividades agrárias, mas sem prejuízo do exercício de caça e das guerras, pelos homens, aí a gênese da divisão do trabalho: a mulher, mais estática, procriadora, fisicamente mais fraca, no lar; o homem, mais forte, mais dinâmico, na caça, na pesca, nos combates. Entrementes, ao trabalhar a terra, ao produzir alimentos, ao contribuir para o bem-estar da família e do grupo, a mulher vai-se firmando, se diferenciando, se afirmando, se valorizando:

“El individualismo del cazador no admite organización social sino como caso transitorio, y no como base general, y evidente de una vida común. En cambio, la vida agrícola es inimaginable sin tal organización. Primeramente es alcanzada por ella la mujer, cuya posición en la vida cultural es fundamentalmente distinta; su pasividad en el período de la caza se convierte en actividad y colaboración igual en el período agrícola; la mujer, de objeto se convierte en sujeto. Observaciones hechas sobre los hallazgos y conclusiones sacadas, comparando los idiomas indogermánicos, nos enseñan que esferas completas de la vida quedaban adstritas a la mujer, no solamente las ocupaciones que más tarde siguieron, estándole reservadas, como guisar, tejer, hilar, sino también la preparación de la cerámica y del suelo durante la ausencia del hombre,

ocupado, en la ganaderia y en la caza. La translación a la mujer de tan importantes actividades debió actuar sensiblemente en el cuadro total de la vida" (FRIEDRICH BEHN) ⁽¹⁰⁾.

Assumindo atribuições mais próprias e definidas, no lar e no trabalho, a mulher, fazendo-se necessária, foi aos poucos deixando de ser escrava para tornar-se companheira do homem, valorizando-se e ganhando uma posição na sociedade.

Recorde-se, contudo, que, seja nas eras pré-históricas, seja nas civilizações mais modernas, os preconceitos persistem, os prejuízos atuam, o egoísmo subsiste, a vaidade permanece, e, por isso, sendo o homem que faz as leis, ele é sempre posto em lugar mais alto do que o da mulher, como se realmente lhe fosse superior em natureza, e as concessões feitas às mulheres apresentam-se assim como um favor que elas dele recebem.

De qualquer modo o sexo atua como uma balança onde se pesam direitos, os pratos pendendo invariavelmente para o lado do macho. É o que registram RICHARD LEAKEY e ROGER LEVIN ⁽¹¹⁾:

"Voltemo-nos agora para um outro aspecto da sexualidade humana que é, do mesmo modo, uma mistura extraordinária de fatores biológicos e sociais — o quase universal domínio social e político dos homens sobre as mulheres. Esse domínio pode manifestar-se tanto na organização cultural estritamente formalizada de muitos países do Oriente, como nas normas sociais aceitas como rotina na vida suburbana ocidental. As origens do *status* diferencial dos sexos são, nos dias de hoje, o objeto de acirrada disputa, com linhas de batalha definidas em extremos opostos. Os naturalistas reivindicam uma exclusiva base biológica para a "superioridade" masculina, com hormônios sexuais característicos e propensões psicológicas que reforçam as diferenças. Já os ambientalistas insistem em que as mulheres são exploradas e oprimidas por uma conspiração masculina e que o condicionamento social é o mecanismo para perpetuar um injusto *statu quo*."

Há, evidentemente, diferenças biológicas entre o homem e a mulher. Há qualidades de homens e há qualidades de mulher. Mas não há hierarquia nessas qualidades naturais específicas do homem e da mulher. Nada justifica que o homem queira ser *mais* do que a mulher, nem que a mulher queira ser *mais* do que o homem. São *diferentes*, somente. E, por serem diferentes, têm missões próprias a cumprir no mundo. Em pé de igualdade, porém. Completando-se e complementando-se um ao outro. Porque são necessários um ao outro. Um, sem o outro, *não é*. Inclusive têm missões comuns a desempenhar, cada um dando o que sua condição, de homem ou de mulher, permite que dê.

(10) BEHN, Friedrich — "Pré-história e história primitiva" — in *História Universal* — Tomo I — "El despertar de la humanidad" — versión española de MANUEL GARCÍA MORENTE — Espasa Calpe S.A. — Madrid, España — 1975.

(11) LEAKEY, Richard e LEVIN, Roger — *Origens* — Trad. de MARIA LUIZA DA COSTA G. DE ALMEIDA — Editora Universidade de Brasília — 1980.

Verifica-se, todavia, que os homens não se conformam com facilidade em renunciar a seus privilégios, que procuram manter, como se diferenças fisiológicas pudessem valer como suporte lógico de um domínio injustificável. Porque em verdade está demonstrado pelos fatos que a eliminação de pressões sociais, de cunho religioso, político ou econômico, permite à mulher realizar suas potencialidades e posicionar-se na sociedade em igualdade com o homem.

Não se trata de competir. Competição é para adversários. Homem e mulher não podem ser postos como inimigos. São companheiros. Assim, não há por que se equacionar o problema da emancipação da mulher em termos de contenda e de rivalidade, senão de ajuste, harmonia, complementação, com seu parceiro.

Homem e mulher não nasceram para se guerrear, mas para se amarem, se fazerem um só, cumprirem um destino comum. Ninguém é mais, ninguém é menos, os dois valem o mesmo, conquanto diferentes: “embora verdadeiras diferenças entre homens e mulheres pareçam ter sido inseridas em nossos genes, mediante o processo de seleção, isso não pode ser usado como pretexto para continuar sustentando as desigualdades sociais e econômicas entranhadas em tantas tradições culturais. O que era biologicamente correto há 100 mil ou 2 milhões de anos atrás não pode servir de base para o equacionamento da justiça social em nossos dias” (LEAKEY e LEVIN) (12).

Certo, pois, é que, nas sociedades primitivas, o sexo era um fator mais forte de diferenciação social. Porque determinou uma diferenciação no trabalho. E essa divisão de trabalho valeu, por sua vez, como um fator de condicionamento psicológico que, a seu turno, refletiu-se em formas de comportamento que se projetaram na organização social dos grupos. A diferenciação de atividades estimulou uma diferenciação de faculdades. O tempo fez o resto, sedimentando situações. Valorizou-se o homem num plano, a mulher distinguiu-se noutro. Se é exato que “a função faz o órgão”, a caça deu ao homem um *status* específico, o mesmo sucedendo com a agricultura, em relação à mulher. Definiram-se os papéis de um e outro, através do labor de cada um. A economia motivou configurações psicológicas, e estas foram incidir na morfologia e na fisiologia da sociedade. Eis como LEAKEY e LEVIN (13) analisam os fatos:

“Tomando por base as sociedades de caçadores — colhedores contemporâneos — e parece não haver uma boa razão para não fazê-lo —, já sugerimos que a caça a animais de grande porte era empreendida só pelos machos, enquanto que as fêmeas colhiam plantas alimentícias. Considerando essa divisão de trabalho, não é talvez sem significado que as funções intelectuais que comandam as chamadas habilidades visuais-espaciais tenham se desenvolvido muito antes e estejam muito mais profundamente arraigadas nos meninos do que nas

(12) LEAKEY, Richard e LEVIN, Roger — ob. cit.

(13) LEAKEY, Richard e LEVIN, Roger — ob. cit.

meninas, enquanto o desenvolvimento verbal tende a ultrapassar o dos meninos.”

E mais:

“O *status* das mulheres nessas sociedades de caça é inversamente proporcional à quantidade de carne caçada e ao envolvimento delas na caça. Por exemplo, entre os hadza e os bambuti, existe algo que se aproxima da igualdade social entre homens e mulheres, com pouca preocupação relativa ao *status* geral. Os homens e as mulheres têm igual liberdade de escolher seus cônjuges, ou de ter seus amantes e de se separarem, se assim o desejarem. Entre os caçadores do tipo i kung, nos quais o prestígio adquirido pela distribuição de carne separa os homens das mulheres e cria uma consciência muito maior de *status*, o homem de maior *status* é aquele que se mostrou caçador exímio e eficiente — e é, portanto, muito bem cotado como noivo em potencial. Entre comunidades tradicionais, como a dos esquimós, as mulheres sofrem terrivelmente na escala social, sendo tratadas, sobretudo, como objetos sexuais, com pouco controle sobre o próprio destino.”

Os informes confirmam: o sexo determina a atividade e esta estabelece a distinção entre a posição do macho e da fêmea na estrutura social da tribo. O hábito do trabalho transformou-se em costume social. O sexo, que estava na base da divisão das tarefas, acabou por impor todo um posicionamento social, que a tradição consolidou e consagrou.

Naquelas sociedades primitivas, “certamente as mulheres não deviam tomar grande parte na caça, a não ser durante as grandes batidas coletivas, para assustar as renas com gritos e gestos desordenados ou para nelas jogar pedras e paus. Todavia, a mulher tinha outro papel a desempenhar na provisão de víveres: fazia a colheita de frutos selvagens e plantas alimentícias, elementos indispensáveis para quando a caça ficava difícil” (ANDRÉ SENET) (14).

Haveria, portanto, uma adequação do social ao natural, este se projetando naquele, o que explicaria e justificaria a diferente colocação social das mulheres e dos homens, estes e aquelas se dedicando a setores de trabalho compatíveis com a sua estrutura psíquica e orgânica, daí surgindo, também, vantagens e privilégios para o homem, fisicamente mais forte e que tinha missão mais importante, do ponto de vista da segurança e sobrevivência do grupo. O destino de inferioridade social da mulher seria, dessa maneira, uma fatalidade biopsicológica. Como, também, estaria inscrita nas leis divinas. A Bíblia, o Alcorão, o Rig-Veda, as religiões pagãs, a fisiologia, a anatomia, tudo isso teria conspirado contra a mulher. Mas esta, através dos séculos, não desistiu de lutar, e vai vencendo. Desmascarando conceitos. Destruindo tabus. Retificando verdades. Transformando valores. Hoje está, praticamente, em posição igual à do homem. Porque mostrou que, *como mulher*, é

(14) SENET, André — *O Homem Descobre seus Antepassados* — Trad. de PIERRE SANTOS — Livraria Itatiaia Limitada — Belo Horizonte, Brasil — 1959.

também capaz de muita grandeza. Suas conquistas desmentiram preconceitos religiosos e prejuízos científicos inventados pelos homens para mantê-la acorrentada.

O caminho palmilhado pela mulher, através dos milênios, até chegar ao estado atual, foi longo e penoso. Em cada pedaço dos quatro cantos da terra a sua luta foi heróica. Tudo foi tremendamente difícil, em todas as partes e em todos os tempos. E só um ser rico em qualidades poderia vencer, como a mulher venceu, tão formidáveis obstáculos.

A sociedade de caça já se perde na noite dos tempos. Depois dela outras sociedades vieram: a agrária, a pastoril, a industrial. Mas em todas elas, na antigüidade, na Idade Média, na Renascença e nos tempos modernos, a mulher continuou esquecida e maltratada, sempre posicionada numa condição inferior. Só agora, em pleno século XX, e mesmo assim ainda não de maneira total, conseguiu sua emancipação.

O certo é que, embora nem sempre na estrada certa, também cometendo erros, às vezes praticando abusos, não raro até mesmo se negando, soube no entanto a mulher, tropeçando aqui e ali, caindo acolá, reerguer-se, equilibrar-se, e, espanando a poeira, “dar a volta por cima” e aproximar-se da meta final.

Vejamos, agora, como, desde a pré-história, vivia a mulher nas diversas civilizações, para, depois, saber como foi a sua luta, como se afirmou, o que conseguiu.

II — A mulher na Suméria

Na Suméria, onde, cerca de três mil anos antes de Cristo, existiu uma notável civilização, o sistema familiar era patriarcal. A autoridade do chefe era absoluta. Em consequência, a mulher estava em um degrau muito baixo na escala social. Havia, no entanto, alguma consideração para com ela. Inclusive, figuras de deusas eram veneradas.

Sobre o assunto, escreve AMAR HAMDANI⁽¹⁵⁾: “o *paterfamilias* gozava, no seio da célula de base, de um *status* comparável ao do grande-sacerdote da cidade, ou do rei no país. Ele governava tudo, sem limites”.
Prossegue:

“Em uma tal sociedade era natural que a posição da mulher fosse inferior à do homem. A prova é esta lei que fixava o regulamento de alguns conflitos matrimoniais:

— Se uma mulher diz a seu marido que detesta: “Tu não és meu marido”, deve-se jogá-la no rio.

— Se um marido diz à sua mulher: “Tu não és minha mulher”, ele deve pagar meia mina de prata.

Dois pesos e duas medidas. Contudo, a mulher mesopotâmica estava longe de ser desprezada. Nunca será demasiado

(15) HAMDANI, Amar — *Suméria, a Primeira Grande Civilização* — Trad. de MARIA LUISA DE ALBUQUERQUE SILVA — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

repetir o quanto a sociedade dos homens era calcada na dos deuses. Ora, o panteão mesopotâmico transborda de deusas de todas as categorias, desde a "grande geradora" até a infeliz empregada em lágrimas. E estas deusas, pelo menos as mais importantes, eram objeto de cultos devocionais."

E não era só. Em sua condição de mãe, a mulher recebia homenagens especiais. Até, em certas circunstâncias, substituía o chefe na direção do lar. É o que divulga, também, AMAR HAMDANI (16):

"Além disso parece ter sido venerada, na mulher, acima de tudo, a sua função de mãe", acrescentando:

"Parece também que a mulher-mãe pode por vezes substituir o homem em todas as suas funções de chefe de família."

Havia mais, ainda. Ao contrário do que sucedia nas civilizações suas contemporâneas, na sumérica a mulher chegou a exercer práticas comerciais, enriquecendo, e até na política obteve algum sucesso:

"De resto" — divulga aquele escritor (17) — "a mulher mesopotâmica da época antiga era talvez mais livre do que foram algumas de suas descendentes. Cita-se muitas vezes o caso de uma famosa proprietária de cabaré chamada Kubabá: a lista real da Suméria afirma que ela conseguiu subir ao trono de Kish, por pouco tempo, é verdade. Uma outra, que era esposa do rei Lugalanda, lançou-se nos negócios e construiu uma das mais colossais fortunas do reino."

III — A mulher na Babilônia

Na época do apogeu da Babilônia, ao tempo de Hamurabi, a situação da mulher era razoável. Já não significava apenas um bem a mais do patrimônio do marido, já era uma parceira do marido. Discutia os assuntos do lar e participava de sua direção. Afora isso, administrava os seus bens particulares e cooperava com o marido na gestão dos bens comuns. ANDRÉ AYMARD e JEANNINE AUBOYER (18), em seus estudos, informam:

"É notável que o regime familiar garantia à mulher a independência de sua personalidade jurídica, particularmente para a gestão de seus bens. Aquilo que o futuro marido dá ao sogro no momento da promessa de casamento não pertence à mulher. Mas esta permanece proprietária única do dote que traz para o marido e, quanto aos presentes que normalmente deve receber dele mais tarde, não os pode alienar, embora possa usufruí-los livremente. Dispõe sozinha, com inteira liberdade, de tudo o que lhe pertence como próprio, sejam bens móveis ou imóveis. O

(16) HAMDANI, Amar — ob. cit.

(17) HAMDANI, Amar — ob. cit.

(18) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — "Civilizações imperiais do oriente" — in *História Geral das Civilizações* — 1.º volume — Trad. de PEDRO MOACYR FRANCO — Difusora Européia do Livro — São Paulo, Brasil — 1957.

contrato, sem o qual não há verdadeiramente casamento, pode proibir que os credores do marido se apoderem de sua pessoa. Esta proibição só incide, ordinariamente, em relação às dívidas contraídas antes da união, mantendo-se a solidariedade para as que surgirem depois do matrimônio. Mas o marido, então, não administra sozinho os interesses comuns, cabendo à mulher interferir, pelo menos como testemunha, por ocasião das vendas. Se, sendo soldado, o marido for mobilizado, competir-lhe-á, na ausência do filho maior, a administração dos bens do casal, tendo direito, então, a um terço das rendas.”

Uma situação, como se vê, quase invejável e da qual não desfrutam, ainda hoje, muitas mulheres.

Tinha outras prerrogativas, ainda, a mulher babilônica, enquanto em vigor o Código de Hamurabi: acontecendo o divórcio, seus direitos eram iguais aos do marido. Mas, no tocante ao adultério, a discriminação persistia, e de maneira cruel. Com a palavra, novamente, A. AYMARD e J. AUBOYER ⁽¹⁹⁾:

“Sem dúvida, a mulher pode ser repudiada pelo marido; mas é resguardada contra uma decisão arbitrária deste último, que deve recorrer aos tribunais, invocando, perante estes, motivos reconhecidos como válidos em apoio de sua decisão. Ainda mais, a má conduta do marido autoriza a mulher a intentar uma ação semelhante para voltar ao recesso de sua própria família. Em ambos os casos leva consigo tudo o que lhe pertence e freqüentemente, além disso, uma indenização fixada por lei. Resta, é verdade, o caso de flagrante delito de adultério: o do marido, ao que sabemos, não é considerado pelo Código, enquanto a esposa culpada pode ser lançada à água com o seu cúmplice, a menos que o marido a perdoe. Mas nisto consiste, ao que parece, a única desigualdade.”

A poligamia era permitida, não a poliandria: “Além da mulher ou mulheres legítimas — diz GEORGES CONTENEAU ⁽²⁰⁾ — há a concubina, tomada pelo marido quando ele não tem filho da mulher, e que tem quase os mesmos direitos que a esposa.”

Assim, ou por tradição ou por carência de mulheres, o homem podia ter o seu harém, praxe até hoje adotada na maioria dos países árabes.

Considere-se, outrossim, que, em vigor a legislação de Hamurabi — é ainda GEORGES CONTENEAU ⁽²¹⁾ quem o divulga — “quando a mulher obtém o divórcio sem falta de sua parte, ela tem o direito de tornar a casar-se. O fato dela ser vítima de uma moléstia crônica não é caso de divórcio. Com a morte do marido, a mulher pode ficar na casa do fale-

(19) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

(20) CONTENEAU, Georges — *A Civilização de Assur e Babilônia* — Otto Pierre Editores S.A. — Rio, Brasil — 1979.

(21) CONTENEAU, Georges — ob. cit.

cido e nela viver, mantida pelos filhos, ou deixar o domicílio e tornar a casar-se, isto por sua própria responsabilidade e sem recair sob a de sua família, com a condição de que seus filhos já estejam em condições de dispensá-la”.

Isso aconteceu ao tempo de Hamurabi, ou, pelo menos, enquanto vigente a sua legislação. A mulher tinha, portanto, direitos, garantias, proteção. Em outras épocas, porém, a sua situação foi bem diferente. Quando não gozava, ainda, dos benefícios do código do grande legislador, era considerada um simples objeto, que se podia, inclusive, vender. Humilhada e ofendida, era vil a sua condição. Basta considerar as terríveis privações a que as moças estavam sujeitas:

“Os pais não as faziam casar de maneira usual em outras regiões — levavam-nas ao mercado e vendiam-nas em leilão, sendo que o produto revertia a uma caixa comum. Isso tinha o seu motivo: jovens casadoiros, mas que não possuísem meios suficientes para comprar uma noiva bonita, recebiam da caixa uma compensação, caso concordassem em levar uma jovem menos atraente” (HERBERT WENDT) (22).

IV — A mulher na Assíria

Em outro país da Mesopotâmia, a Assíria, vizinho e rival de Babilônia, a mulher estava ainda em pior situação. Casada, era uma escrava do marido; solteira, do pai. Não era mais, em verdade, que simples objeto nas mãos do homem.

HERBERT WENDT (23) fala desse país:

“As esposas não tinham direitos. Se um homem raspar o cabelo da esposa, declara a lei, não incorrerá em falta... se quiser deixá-la, não terá que dar-lhe coisa alguma. As filhas eram igualmente desprotegidas, ao pai assistia o direito de as vender como escravas conforme lhe aprouvesse.”

Por seu turno, noticiam A. AYMARD e J. AUBOYER (24):

“... a mulher dispõe de uma capacidade civil mais reduzida”. . . “Pode ser repudiada sem indenização e sem intervenção dos tribunais. A morte do marido acarreta-lhe a obrigação de desposar um irmão ou um filho do primeiro leito do defunto.”

Era isso, a mulher na Assíria: uma simples “coisa”. Sem direito, sem vontade, sem dignidade.

(22) WENDT, Herbert — *Tudo começou em Babel* — Trad. de LEONID KRIPMAN — Ibasá — São Paulo, Brasil — 1962.

(23) WENDT, Herbert — ob. cit.

(24) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

V — A mulher na Índia

Na Índia antiga a mulher prossegue em sua *via crucis*. Lá, diz PANYELLA (25), as mulheres são tão desprezadas que “la mayoría de las niñas son muertas al nacer”.

A família tinha importância, mas tão-somente na medida em que servia para fortalecer o homem, fornecendo-lhe uma base de segurança, incumbindo à mulher um papel secundário, pois era tida apenas como uma máquina de fazer filhos. É o que ensina ALFRED WEBER (26):

“El brahmán estaba muy próximo al cielo y alejado de la vida cotidiana ordinaria. Para él y para las demás capas sociales superiores, cuál era el papel que desempeñaba la familia — la familia que hemos visto que era la base de la China? Pues ciertamente tenía la mayor importancia. Pero estimada desde un punto de vista masculino y aristocrático; es decir, enfocada esencialmente desde el punto de vista de que la mujer paría reglamentariamente los herederos indispensables a la grandeza de la casta”, e, desse modo, “la mujer casada es tan sólo funcionaria encargada de la propagación de la estirpe; y el sexo femenino está expuesto a todo aquello contra lo cual tuvo y tiene todavía que luchar la administración inglesa, a saber: matrimonios infantiles, supresión de las niñas, cremación de las viudas, en suma, contra todas las instituciones brutales creadas por el hombre e inspiradas por el punto de vista masculino.”

A hegemonia do homem, já nas mais remotas civilizações hindus, parece comprovada; seu poder, absoluto, só tinha por freio a sua vontade, e esta variava conforme o seu temperamento. No lar, é “o pai que exerce todas as prerrogativas, mas seu nome evoca a idéia de bondade, não de autoridade”, pondera GASTON COURTILLIER (27), e acrescenta:

“O homem é monógamo, ainda que os chefes pratiquem a poligamia. A poliandria é desconhecida.”

O regime familiar era, por conseguinte, discriminatório. Inferior, nele, a condição da mulher.

Cabe advertir, contudo, que houve diversas fases diferentes para a mulher, na Índia, variando em cada uma delas a sua situação social. Assim é que, à época da chamada “civilização védica”, as coisas lhe corriam mais favoravelmente, como se deduz desse relato de A. AYMARD e JEANNINE AUBOYER (28):

“Embora o marido seja teoricamente o senhor, o papel da esposa é de importância. Os termos védicos a ela referentes alu-

(25) PANYELLA, Augusto — *Pueblos y Razas del Mundo* — Ediciones Danae — Barcelona, España — 1972.

(26) WEBER, Alfred — *Historia de la Cultura* — versión española de LUIS RECASENS SICHES — Fondo de Cultura Económica — México, 1945.

(27) COURTILLIER, Gaston — *As Antigas Civilizações da Índia* — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

(28) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

dem, quase todos, à sua utilidade, à sua capacidade de conceber, a seu sentido maternal.”

Os dados que possuímos a respeito da condição da mulher na época védica são muito contraditórios; no conjunto, entretanto, as moças não parecem ter sido maltratadas; antes do casamento ajudam a mãe nos serviços caseiros, levam água do poço para a casa em jarros equilibrados sobre a cabeça, tecem vestimentas e bordam-nas. O estado conjugal é mais atraente para elas, mas, quando não se casam, podem ficar morando com o pai e zelar pelos interesses deste. O irmão é, por definição, o protetor de sua irmã, e é com desprezo e compaixão que se fala da “moça sem irmão”; é, de fato, o “filho que herda do pai e perpetua a sua autoridade”, o que é confirmado por FUSTEL DE COULANGES⁽²⁹⁾: “Depois da morte do pai, diz o Código de Manu, que os irmãos partilhem o patrimônio entre si...” recomendando ainda o legislador aos irmãos que dotem suas irmãs, o que mostra que elas nada herdavam.

Prática cruel, inaugurada na Idade Média da história hindu, era a da queima da viúva, que sofria a morte ritual sobre a pira de seu marido. Esse costume bárbaro foi abolido na Índia védica, mas restaurado no período bramânico.

Aliás, na Idade Média, ou seja, ao tempo dos gruptas, a condição feminina era um pouco mais favorável, pois a mulher recebia maior atenção e até gozava de um certo prestígio. Mas, a rigor, concebem-na, ainda, como algo que só vale pelo que vale para o homem de que é considerada uma parte complementar. Já lhe dão algumas migalhas de direito, porém continua enclausurada e submissa e a sua maior glória está em ser uma *sati*, que vai para a fogueira quando o marido morre. Em ser uma “cara metade” autêntica. São dois num só, mas apenas no que toca à mulher. Os homens não precisavam ir para a fogueira onde ardia o cadáver de sua esposa. É o que escreve ÉDOUARD PERROY⁽³⁰⁾:

“A mulher é tratada pelo seu marido como uma matrona, uma conselheira, uma amiga. Desta forma, pode exercer profunda influência sobre a família; confinada quase sempre em casa, sai apenas com a maior reserva, envolta num véu que dissimula suas formas graciosas. Se não tem filho, perde muito de sua influência; quando viúva, deixa de governar a família, e a esposa do filho toma então o seu lugar. A viúva não herda, recuperando apenas o dote e os presentes pessoais feitos pelo marido, especialmente as jóias, inalienáveis durante sua vida. É nesta época que surge — atestado em 510 por uma estela comemorativa encontrada em Eran — o costume da “mulher fiel” (*sati*) que se deixa queimar na fogueira funerária de seu marido. As viúvas que não seguem este rito condenam-se, voluntariamente ou não, a uma vida reclusa: sem pintura, com os

(29) COULANGES, Fustel de — *A Cidade Antiga* — Trad. de SOUSA COSTA — Livraria Clássica Editora — Lisboa, Portugal — 1937.

(30) PERROY, Edouard — “A Idade Média”, in *História Geral das Civilizações* — Vol. VI — Trad. de PEDRO MOACYR CAMPOS — Difusora Européia do Livro — São Paulo, Brasil — 1956.

cabelos atados, vivem à parte, de maneira ascética. Se contraem novas núpcias, sofrem a censura unânime, a menos que escolham seu novo esposo no seio da mesma família, isto é, que desposem o parente mais próximo do defunto.”

Em síntese: na Índia antiga, em geral, era de submissão e inferioridade a posição da mulher no lar e na sociedade, conquanto, às vezes, alvo de atenções românticas. Na realidade, estava quase que irremediavelmente vinculada ao homem, tanto na vida quanto na morte.

Hoje, porém, o vendaval do progresso está destruindo preconceitos e tabus, a ponto da Índia ter na chefia do governo uma mulher, Indira Gandhi, que, por sinal, ainda desfruta de grande prestígio no país.

VI — A mulher na China

Na sociedade chinesa antiga a situação da mulher foi cheia de altos e baixos. Sua posição social variou de dinastia a dinastia. TORNELL⁽³¹⁾, por exemplo, escreve que “las mujeres se hallan siempre supeditadas”, ao passo que MARCEL GRANET⁽³²⁾ informa:

“Num momento indeterminado da história chinesa, os costumes quase que foram matriarcais. As mulheres transmitiam seu nome aos filhos. Os maridos não eram mais do que cônjuges anexados ao grupo de esposas. Na nobreza feudal, desenvolveu-se uma moral oposta. O casamento parecia colocar a mulher sob a sujeição do marido.”

ALFRED WEBER⁽³³⁾ também refere-se ao cunho matriarcal da sociedade chinesa:

“La cultura china fué fraguada en ese senso matriarcal. Y está embebida y penetrada de una atmósfera democrática anti-señorial y anti-guerra. La cultura china descansa en grado extremo sobre la familia formada por la mujer. Apesar de todo el alarde de *paterfamilias* que hagan siempre su hechura tan sólo de la mujer.”

Assente parece estar, portanto, que a mulher chinesa nem sempre esteve subordinada ao homem e que, ao contrário, teria existido, na China, o regime matriarcal, quando, então, os homens é que estariam submetidos às mulheres.

De início, parece, a importância maior teria sido, em geral, a da mulher; mais tarde, ao menos nos meios aristocráticos, a situação teria se invertido, subindo o homem ao plano superior e descendo a mulher ao inferior. Passa a prevalecer, então, a concepção clássica, romântica,

(31) TORNELL, R. V. — *Historia de la Civilización* — Tomo I — Editora Hispano Sopena S.A. — Barcelona, España — 1974.

(32) GRANET, Marcel — *A Civilização Chinesa* — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1979.

(33) WEBER, Alfred — ob. cit.

da mulher, figura suave, delicada, feita exclusivamente para o lar. Para isso, elas recebiam uma educação toda dirigida no sentido da obediência e da domesticidade:

“As jovens não são feitas para a vida pública e para a guerra, mas para os trabalhos e os serviços do gineceu. Elas serão esposas e tecelãs”, diz MARCEL GRANET, (34) que adianta:

“A menina aprende a obedecer com ar doce, a granar o cânhamo, a dobrar os casulos, a fiar o fio, a tecer as fazendas, a trançar os cordões, a confeccionar as vestimentas. Ela é iniciada também na arte de preparar e arrumar as refeições de cerimônia oferecidas aos ancestrais.”

Nenhuma novidade: a mesma tradicional condição da mulher em quase todas as sociedades antigas. Um preparo para o lar, apenas. Para a “profissão” de esposas e de mães. Tudo muito lírico e conservador. E a mulher continuando marginalizada da vida pública. A viver em casa, para a família, dócil, obediente, submissa, que essa é a sua sina. Antes de casada, subordinada ao pai; casada, sujeita ao marido. A integração da mulher na sociedade se fazia *como* filha e como esposa, pois era como tal que se afirmava:

“O marido não substitui inteiramente os direitos do chefe da família natal. A mulher passa da obediência (tsong) deste chefe para a obediência do marido. Sem dúvida, a autoridade do marido (chamado senhor) tende, como a autoridade paterna, a tomar um caráter senhorial. Entretanto, é preciso entender por obediência (tsong), sobretudo, a idéia de que a mulher, atingida por uma espécie de menoridade, só tem lugar na sociedade como filha ou como esposa. Viúva, ela é colocada sob a obediência (tsong) do filho, o que não quer dizer que este possua sobre ela o menor poder de comando. Ele é simplesmente, depois do pai e do marido, uma espécie de tutor responsável. A transferência da tutela não suprime, de maneira alguma, os direitos do pai, nem mesmo sua responsabilidade, sobre uma filha casada: os ritualistas, é verdade, declaram que há aí um caso de usucapião dos direitos e dos deveres matrimoniais” (MARCEL GRANET) (35).

Essa a realidade: depois dos primórdios matriarcais, a mulher chinesa passou à condição de simples dependente do homem — pai, primeiro, e, depois, o marido. Casando, trocava de “tutor”, não de situação. Continuava submissa, pois considerada em permanente menoridade.

Afinal, assim tida como incapaz, sempre sob a guarda de alguém, a mulher nem sempre mesmo tinha direito ao filho, em certas circunstân-

(34) GRANET, Marcel — ob. cit.

(35) GRANET, Marcel — ob. cit.

cias, pois, se repudiada pelo marido, perdia os direitos de mãe. A rigor, portanto, era uma mulher objeto. Uma "coisa" do uso pessoal do homem:

"... a ruptura dos vínculos entre a criança e a mãe repudiada parece ser natural. Atribui-se ao neto de CONFÚCIO, também grande filósofo, esta frase rigorosa: "Aquela que era minha mulher era também a mãe de meu filho. Deixando (pelo repúdio) de ser minha mulher, ela deixou de ser a mãe de meu filho" (MARCEL GRANET) (36).

Onde se vê que a própria maternidade foi colocada em função da condição de esposa. "Desaparecia" com a separação, quando a mulher era rejeitada pelo marido.

Contrariamente, a situação da esposa sofria uma completa reviravolta quando ela enviuvava. De subalterna, passava à chefia do lar, com enormes poderes:

"Serva no tempo em que era nora, ela é depois que a morte a libertou do seu marido, uma rainha-mãe à qual nenhum poder na família pode se opor. Mas uma mulher não adquire e não aumenta seu poder a não ser passando sua vida confinada no gineceu. Esta reclusão surge como o princípio da judicatura feminina" (MARCEL GRANET) (37).

A valorização da mulher se dava, assim, enquanto e o quanto mais ela se integrasse em sua condição feminina. E essa condição, na velha China, era o lar. Só nele, presa nele, vivendo nele e para ele, a mulher se afirmava, "crescia", ganhava *status*, se valorizava. O sexo, como sempre, era um fator importante, na espécie. Determinava a categoria social da mulher.

Recordemos, porém, que a situação da mulher, no velho país asiático, variou de dinastia a dinastia, ora surgindo ela em posição importante, ora aparecendo em completa subalternidade. Ao tempo de Chou, por exemplo, "as mulheres eram vendidas publicamente a particulares e havia também cortesãs de estado cujos talentos eram exibidos nas festas dadas pelos grandes senhores", recorda EDWARD SCHAFER (38), que lembra, ainda:

"Os imperadores chineses e seus cortesãos tinham grupos de esposas e concubinas, das quais se esperava que fossem modelos de correção. Suas atitudes não eram deixadas ao acaso. As damas eram instruídas por uma preceptora, cujas regras perfeccionistas constavam de um pomposo folheto intitulado: "Os conselhos da Preceptora das damas da Corte". *Corrija seu caráter como se fosse com um machado, embeleze-o como se fosse com um cinzel*, recomendava, em parte, o texto."

(36) GRANET, Marcel — ob. cit.

(37) GRANET, Marcel — ob. cit.

(38) SCHAFER, Edward H. — *A China Antiga* — Trad. de MARIA DE LOURDES CAMPELO — Livraria José Olympio Editora — Rio, Brasil — 1973.

Como se vê, queria-se uma mulher moralmente perfeita. Só assim estaria em condições de bem servir aos nobres. A mulher era preparada para o lar e para o seu senhor. A sociedade, em suma, tinha um caráter eminentemente machista. Esse "machismo" estava todo no preceito do Código, que rezava: "Um marido é o céu, e o céu não pode ser evitado".

A aspiração maior da mulher consistia em sentir-se realizada e feliz quando alcançasse o seu céu... Toda a sua preparação se orientava nesse sentido:

"Quase desde o berço as mulheres chinesas eram ensinadas a ser subservientes. Nos velhos tempos, os bebês do sexo feminino eram colocados no chão, para simbolizar sua inferioridade: isto, esperava-se, ajudá-las-ia a formar um padrão ideal de docilidade virtuosa" (EDWARD SCHAFER) (39).

Assim acontecia na cidade. Na zona rural as coisas corriam de modo diferente. O trabalho separava, em tarefas árduas e bem definidas, homens e mulheres. Os camponeses encarregavam-se das labutas do campo, onde permaneciam longas horas, competindo às mulheres os serviços da casa — onde o homem ia pouco — e de tecelagem. Sozinha no lar, a mulher tinha mais responsabilidade e, também, mais autonomia.

A educação da menina tinha uma direção certa: fica com os meninos até a idade de dez anos; é depois fechada no gineceu, sendo-lhe ensinados os trabalhos femininos, a obediência e a função que lhe caberá exercer nas cerimônias religiosas. Aos vinte anos, ou mais, faz um retiro de três meses no templo ancestral e depois recebe o alfinete de chinó (Ki), ao mesmo tempo que um novo nome" (A. AYMARD e J. AUBOYER) (40).

Dos dados colhidos conclui-se, pois, que, excluída a era do matriarcado, a mulher na antiga China esteve sempre relegada a um plano inferior, de um ente submisso, sem liberdade, "robotizado", simples objeto de ornamentação ou de uso do homem em seus desejos e interesses. Mesmo quando alguma prerrogativa se lhe dava, fazia-se isso, invariavelmente, no interesse do homem, pois era só no lar e nele reclusa, que se via algo de importante na mulher, ali cuidando das coisas do marido. Os poucos direitos que ela possuía, possuía-os na condição de casada, visto que, solteira, nada lhe era dado.

VII — *A mulher no Egito*

Revela-nos KURT LANGE (41) que as virtudes da rainha, no Antigo Império, eram cantadas assim:

"Contempla Horus e Seth
grande pelo seu encanto,
grande pela sua graça...

(39) SCHAFER, Edward H. — ob. cit.

(40) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

(41) LANGE, Kurt — *Pirâmides, Esfinges e Faraós* — Trad. de OSCAR MENDES — Editora Itatiaia — Belo Horizonte, Brasil — 1961.

A amiga de Horus,
A mulher do rei, por ele amada.”

E no Novo Império:

“A esposa do deus.
A mãe do deus.
A mulher do grande rei,
A senhora dos dois países.”

Eis aí: uma consagração à mulher. Esta, pelo menos na pessoa da soberana, era a própria esposa e a própria mãe do deus, cheia de graça, amada do rei, senhora dos dois países, encantadora e poderosa.

Tudo indica, ademais, que essa consideração pela mulher não ficou limitada à rainha, antes era uma constante na sociedade egípcia.

Na família do Egito antigo a mulher tinha, efetivamente, um lugar de destaque. Sua posição no lar era importante. Valia como real companheira do homem. ANDRÉ AYMARD e JEANNINE AUBOYER ⁽⁴²⁾ escrevem, a respeito:

“A família egípcia parece apresentar a marca de antigos usos que davam à mulher um lugar muito amplo, talvez mesmo de preponderância. Invocava-se freqüentemente, por exemplo, a filiação materna, pelo menos em pé de igualdade com a ascendência paterna. Em caso de morte do marido, se não havia um filho adulto, a mulher assumia a chefia da família, inclusive no que dizia respeito às relações com o Estado.”

Havia, porém, naquela sociedade, marcas de “machismo”. Dessarte, enquanto a poligamia era permitida ao homem, a “monoandria era exigida à mulher, constituindo o adultério plena justificação para o assassinio, mesmo inexistindo o flagrante delito” ⁽⁴³⁾.

De um modo ou de outro, contudo, a mulher, tão influente no lar, às vezes até projetava a sua importância na vida pública:

“Sem pretender generalizar, convém, entretanto, assinalar o papel político desempenhado, ocasionalmente, por certas mulheres da família real, das quais a rainha Hatchepsut, em meados do segundo milênio, é apenas a mais célebre. Assim, no século VIII a.C., “adoradoras de Amon” sucederam, tanto no setor espiritual como no temporal, aos grandes sacerdotes de Amon, junto dos quais, durante muito tempo, as grandes sacerdotisas apenas tinham ocupado uma posição muito apagada. Podemos afirmar com certeza que o antigo Egito não considerou, em princípio, a mulher como um ser inferior” ⁽⁴⁴⁾.

(42) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

(43) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

(44) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

Esse papel político da mulher egípcia, com real participação na vida pública do país, naqueles recuados tempos da história, é também salientado por LIONEL CASSON (45), que informa:

“As mulheres serviam como sacerdotisas em tempo parcial e às vezes exerciam funções idênticas às dos seus colegas masculinos. Por exemplo, durante a 18ª dinastia, o faraó nomeou a sua rainha para um dos mais eminentes cargos religiosos do país — o de segundo grão-sacerdote do deus Amon, em Carnaque. De um modo geral, porém, as sacerdotisas se limitavam a desempenhar o papel de cantoras e musicistas.”

Verifica-se do exposto que, sem ter chegado à posição atual, de igualdade com o homem, a mulher no Egito antigo, ao contrário do que se verificava com as mulheres de outros povos daquela época, gozavam de alguma liberdade e possuíam direitos e prerrogativas que lhes asseguravam uma colocação honrosa na sociedade. Isso, malgrado os inegáveis privilégios do homem, sempre se posicionando vantajosamente numa sociedade por ele mesmo modelada e dirigida. Donde o reconhecimento de que “somente a cretense gozava de uma situação melhor” (46) do que a egípcia, no mundo antigo.

VIII — *A mulher na Grécia*

A) *Em Creta*

Escreve IVAR LISSNER (47):

“Os cretenses adoravam suas mulheres, a julgar-se pelas facilidades que lhes concediam para se enfeitar e embelezar; era a cretense cercada de um luxo e de um gosto aos quais a própria egípcia não estava habituada. E se a Grande Mãe era a mais alta divindade cretense, não se devia isso certamente ao acaso.”

Em verdade, foi talvez na sociedade de Creta que a mulher conseguiu alçar-se à mais elevada posição, entre todas as antigas civilizações.

Tanto no lar quanto na vida pública, ela sobressaía-se, sempre prestigiada e admirada, altamente conceituada pela sua gente.

Até mesmo exageros houve, na liberdade que se lhe concedeu, eis que os afrescos nos edifícios da cidade falam de mulher enfrentando touros na arena:

“... a mulher, se não governa, certamente reina sobre a sociedade cretense, e essa supremacia confere à Ilha uma pro-

(45) CASSON, Lionel — *O Antigo Egito* — Livraria José Olympio Editora — Trad. de PINHEIRO LEMOS — Rio, Brasil — 1971.

(46) *Historama — A Grande Aventura do Homem* — Supervisão de JACQUES FRANCIS ROLLAND — Editora Codex — Tomo I — “Da Pré-História ao Primeiro Império Universal” — 1972.

(47) LISSNER, Ivar — *Assim Viviam Nossos Antepassados* — Trad. de OSCAR MENDES — Livraria Itatiaia Ltda. — Belo Horizonte, Brasil — 1961.

funda originalidade em todo o mundo antigo. Quando enfrenta temerariamente os chifres do touro, na sua ousadia não é igual ao homem?" (48).

Tão influente era a mulher que até a riqueza da terra era simbolizada e glorificada na figura de uma mulher. E esta deusa era única. Não tinha companheiro. O que induz à impressão de que a primazia, na Ilha, era realmente da mulher:

"Só era exaltada a fertilidade do solo, e parece certo que foi venerada uma espécie de deusa — mãe representada com largos quadris e as mãos às vezes cruzadas no seio nu. Serpentes se enrolavam ao longo do corpo, pássaros esvoaçavam em torno de sua cabeça. Não ficou nenhum traço de um deus-homem que corresponda a esta deusa, e isto parece estranho. Creta, na verdade, não era governada por um rei, e Zeus, o primeiro dos deuses, não tinha nascido na Ilha? É claro que a representação do deus é simbólica, invisível aos nossos olhos. A mulher parece de qualquer modo ter ocupado o primeiro lugar." (49).

O mesmo divulga PAUL ULRICH (50):

"Se a mulher desempenha um papel discreto na vida grega, é ama e senhora em Creta. Em todas as circunstâncias, é ela o ponto de mira, o centro das atenções. Elegante, coqueta, autoritária, é igualmente desportiva."

E SINCLAIR HOOD (51), que diz:

"Qual a posição da mulher em Creta na Idade do Bronze? A preponderância das deusas na religião significa que lhe era dada parte importante nos ritos e cerimoniais religiosos, o que se prolongou no culto das deidades femininas descendentes das da Idade do Bronze em Atenas e nos outros Estados da Grécia clássica. Parece que as mulheres participaram até nas touradas, que tinham origem religiosa ou mágica."

E acrescenta:

"Em pinturas murais de Cnossos vêem-se mulheres ricamente vestidas em lugares de honra, enquanto outras se misturam com os homens da multidão que observa rituais de vários gêneros. Estas pinturas contribuem para reforçar a idéia de que as mulheres gozavam de mais respeito e liberdade na Idade do Bronze do que mais tarde na Grécia."

(48) *Historama* — cit.

(49) *Historama* — cit.

(50) ULRICH, Paul — *Os Grandes Enigmas das Civilizações Desaparecidas* — Otto Pierre Ltda. — São Paulo, Brasil.

(51) HOOD, Sinclair — *Os Minóicos* — Trad. de RODRIGO MACHADO — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1973.

Também A. AYMARD e JEANNINE AUBOYER ⁽⁵²⁾ confirmam essas informações:

“No que diz respeito à família, um fato sobressai nitidamente de nossa documentação: na sociedade cretense, a mulher ocupava uma posição de relevo e gozava de uma liberdade que, então, ela desconhecia em outras regiões, e que só recobriria depois de muito tempo. A grande divindade ou, pelo menos, as divindades mais numerosas, são femininas, cabendo às sacerdotisas o principal papel nas cerimônias. As representações figuradas mostram-nos, muitas vezes, mulheres fora de casa, em praça pública, no teatro, na arena circense. Mas devemos limitar-nos a constatar a originalidade destes costumes, sem pretender explicá-la.”

Corroborando esses pontos de vista, dizem outros pesquisadores ⁽⁵³⁾:

“As mulheres, muito consideradas na sociedade minóica, tinham uma situação semelhante à dos homens. Usavam o cabelo comprido e trabalhosamente penteado e pintavam os lábios e os olhos. A liberdade desfrutada pelas mulheres minóicas era quase desconhecida em qualquer outra região do mundo, onde as mulheres eram geralmente consideradas como propriedade do homem.”

Em conclusão: Creta foi quase uma exceção na antigüidade, no que diz respeito à forma como enquadrava socialmente a mulher, a qual, como se demonstrou, conquistou uma situação de muito relevo na civilização, por sinal brilhante, da lendária ilha.

B) *Em Atenas*

Todos sabem que em Atenas desenvolveu-se uma das mais esplêndidas civilizações antigas, marcada por conquistas imorredouras do homem nos setores das artes, das letras e da ciência.

Entretanto, lamentável e paradoxalmente, a situação da mulher, na famosa cidade, ficou muito distante da grandeza geral, antes pode, até mesmo, ser considerada como uma mancha negra naquele painel luminoso que foi a cultura ateniense.

Lado a lado com a escravidão, a colocação inferior da mulher na sociedade grega, em geral, e na ateniense em particular, foi o grande pecado dos helênicos, tanto maior porque até mesmo justificado por figuras exponenciais da sua intelectualidade.

Já entre os dórios (1100 até 750 a.C.) o domínio masculino se fazia notar, como nota PIERRE LÉVÊQUE ⁽⁵⁴⁾:

(52) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

(53) Autores diversos — *História do Homem* — Seleções do Reader's Digest — Portugal — 1975.

(54) LÉVÊQUE, Pierre — “A aventura grega” — in *Rumos do Mundo* — Trad. de RAUL MIGUEL ROSADO FERNANDES — Edições Cosmos — Lisboa, Rio — 1967.

“O homem possuía incontestável superioridade em relação à mulher, o que era devido ao seu papel primordial, que era o de guerreiro. Havia neste caso uma troca espetacular da situação no que respeita aos reis aqueus, que se tinham deixado influenciar fortemente pelo matriarcado cretense.”

O quadro social da Grécia ofereceu, como uma de suas características, um posicionamento inferior da mulher em relação ao homem, por este sempre explorada e amesquinhada, porque servindo sempre, e apenas, como objeto de prazer ou simples máquina geradora de filhos.

Narra TOYNBEE (55):

“O estadista Péricles, em seu discurso em honra dos atenienses mortos em ação no primeiro ano da grande guerra do Peloponeso de 431-400 a.C., advertia as mulheres de Atenas, segundo conta o historiador Tucídides, filho de Oros, de que seu dever primeiro e único consistia em se fazerem despercebidas e gerar mais filhos para substituir as perdas de guerra da comunidade.”

Ora, Péricles — que, por sinal, viveu com uma mulher notável, a hetaira Aspásia, que exerceu grande influência sobre ele e de quem ele teria sido um apaixonado — foi um dos homens mais célebres de Atenas, e se ele, o maior estadista ateniense, pensava assim, imagine-se o que pensariam da mulher os outros homens.

Essa compreensão depreciativa da mulher estava sem dúvida generalizada. Donde ser fácil conceber como era baixa a cotação da mulher na sociedade ateniense. No lar e na vida pública ela estava, efetivamente, colocada em situação subalterna e obscura. Sem direito, sem liberdade. Oprimida, vilipendiada. Até os filhos que gerava poderiam ser rejeitados pelo marido, as filhas principalmente, porque, sendo mulheres, representavam um “peso morto” para o pai:

“Na sua casa o homem era dono e senhor incontestável. Podia repudiar a esposa, com a condição de lhe devolver o dote. Tinha também o direito de recusar os filhos que nasciam, expondo-os em via pública. Este direito foi principalmente aplicado às filhas, bocas a serem alimentadas, que não rendiam no trabalho e que, além do mais, necessitavam de dote quando se casavam” (56).

Nenhuma participação tinham as mulheres na vida pública, da qual eram totalmente marginalizadas. Eram educadas para ser donas de casa e para ter filhos. Só raramente adquiriam algum preparo. A preocupação dos pais era arranjar marido para as filhas. Casadas, as mulheres ficavam encerradas no gineceu, de onde só saíam para assistir às

(55) TOYNBEE, Arnold J. — *Helenismo* — Trad. de WALTENCIR DUTRA — Zahar Editores — Rio, Brasil — 1960.

(56) *Historama* — *A Grande Aventura do Homem* — Supervisão de JACQUES FRANCIS ROLLAND — vol. II — “A Grécia Clássica e o Império Romano” — Editora Codex Ltda. — 1972.

solenidades religiosas. Especialmente as burguesas da cidade, pois, na zona rural, as camponesas trabalhavam no campo e já tinham uma certa presença na vida da comunidade.

Sobre o assunto, diz R. M. Cook (57):

“...durante toda a história grega dos tempos arcaicos e clássicos, às mais consideradas mulheres raramente se atribuía qualquer importância para além do seu papel dentro do matrimônio.”

E pormenorizando:

“Em Atenas — e, provavelmente, o costume era geral — uma mulher solteira, qualquer que fosse a sua idade, com todos os seus bens, ficava à guarda do parente consanguíneo mais próximo, do sexo masculino; quando se casava, os bens passavam a ser administrados pelo marido, que, entretanto, não partilhava da respectiva propriedade.”

Nem do que lhe pertencia poderia, portanto, a mulher cuidar, fosse menor ou maior. Sua condição permanente era a de uma incapaz. Daí a tutela a que estava sujeita: primeiro, à do pai; depois, à do marido. Nem mesmo podia sair sozinha à rua: “As mulheres não saíam sem ser acompanhadas por uma escrava; em casa permaneciam sob severa vigilância”, escreve ENGELS (58), que observa, também, com muita propriedade, que “em Eurípedes”, a mulher é designada como *oikourema*, um objeto para uso caseiro, e, além da obrigação de procriar filhos, só servia para criada principal dos atenienses.”

Custa, certamente, acreditar que naquela Atenas grandiosa, orgulho do engenho humano, a mulher fosse assim tão baixamente conceituada. Mas era. E IVAR LISSNER (59) nos fornece, em detalhes, outros informes que patenteiam o estado de verdadeira escravidão imposto à mulher:

“As mulheres ficam a maior parte do tempo em suas casas. Se são jovens estão mesmo proibidas de freqüentar e até de ver homens que não sejam seus parentes próximos”... “Ninguém consultava a opinião de uma moça antes de seu casamento; impunha-se-lhe um marido que, bem muitas vezes, ela jamais vira”... “Sua única utilidade consistia em servir ao homem e dar-lhe uma progeneritura.”... “Perante um tribunal, o ato cometido por um homem por instigação de uma mulher era tido como nulo”... “A sorte das moças atenienses limitava-se a isto: casar com um homem desconhecido, ficar-lhe fiel até a morte, dar-lhe filhos e, à sua morte, fazer parte de sua herança.”

(57) COOK, R. M. — *Os Gregos* — Trad. de LUIS PIZARRO DE MELLO SAMPAIO — Editorial Verbo — Portugal, 1971.

(58) ENGELS, Frederico — *A Origem da Família, da Propriedade e do Estado* — Editorial Albe Ltda. — Rio, Brasil — 1934.

(59) LISSNER, Ivar — ob. cit.

Foi isso a mulher em Atenas, a imortal Atenas dos grandes filósofos, dos grandes poetas, dos grandes artistas...

O gênio grego não foi capaz de sentir as potencialidades da mulher, que explodiram, em outras sociedades e outras épocas, em criações magníficas em todos os campos de atividade humana.

Para encerrar: na Grécia toda, mas também, e principalmente, em Atenas, a mulher cumpre o seu destino apenas no lar, porém sempre dominada e tutelada pelo homem: "Os deveres primordiais da esposa — frisam ANDRÉ AYMARD e JEANNINE AUBOYER ⁽⁶⁰⁾ — são: dirigir as questões internas da casa, zelar pelas vestes, ocupar-se dos filhos, sendo que os do sexo masculino escapam à sua autoridade ao atingirem os sete anos e as meninas ficam-lhe submetidas até o casamento. Isto porque as relações sociais e as preocupações, *a fortiori* as preocupações políticas, não lhe dizem respeito, desde que ela não pretenda fazer escândalo".

É certo que nem todos concordam com esse estado de coisas. Alguns pais chegaram a permitir que suas filhas recebessem instrução. Muitas mulheres se rebelaram. Os preconceitos, todavia, estavam profundamente enraizados na mente dos atenienses, que não conseguiram libertar-se de seus prejuízos. E as mulheres que romperam os grilhões que as acorrentavam e conseguiram afirmar-se em sua personalidade ficaram moralmente comprometidas. É o que salienta BELLOCH ⁽⁶¹⁾:

"Puesto que la nueva educación enderezaba ante todo a fines prácticos, permaneció limitada al sexo masculino. No faltaron voces que reclamasen también una mejor educación de las muchachas; pero esta exigencia no podía prevalecer fácilmente sobre los prejuicios dominantes. Sin duda había mujeres que tuvieran el valor de afrontar esos prejuicios y ponerse a la escuela de los sofistas; pero con ello hacían peligrar su buen nombre y no podían quejarse si la opinión pública las confundía con las hetairas."

Em resumo, e como acentua BOWRA ⁽⁶²⁾, "a sociedade ateniense era organizada preeminentemente como um mundo masculino".

C) *Em Esparta*

Esparta foi uma Cidade-Estado do tipo totalitário. O indivíduo, lá, pouco valia como indivíduo. O valor maior era o Estado, de que o indivíduo era um mero instrumento.

Homens e mulheres tinham de agir, em sua vida pública e privada, exclusivamente em função dos superiores interesses do Estado.

(60) AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — ob. cit.

(61) BELLOCH, Carlos Júlio — "História da Grécia", in *História Universal* — versão espanhola de MANUEL GARCÍA MORENTE — Tomo II — Espasa Calpe S.A. — Madrid, Espanha — 1975.

(62) BOWRA, C. M. — *A Grécia Clássica* — Trad. de PINHEIRO DE LEMOS — Livraria J. Olympio Editora — Rio, Brasil — 1971.

Essa filosofia totalitária refletiu-se na estrutura da família e no relacionamento entre os sexos, condicionando e concatenando direitos e deveres.

A civilização espartana, sob esse aspecto, foi singular, à época.

Para começar, note-se que não somente os rapazes, mas também as moças, prestavam serviço ao Estado. A educação que elas recebiam não visava o seu preparo exclusivo para os afazeres do lar. Nem mesmo se fazia a separação, nas escolas, entre meninos e meninas. Queria-se uma mulher antes de tudo forte. É o que ensina TOYNBEE (63):

“La concepción era, para las niñas espartanas, como para los niños, universal; y a las muchachas espartanas no se las adiestraba en la obtención de fines femeninos especiales, ni se las mantenía separadas de los varones, como sucedía en la sección femenina de la casa de esclavos del padisha otomano. A las muchachas espartanas se les adiestraba, como a los muchachos, dentro de un sistema de concursos atléticos; y las niñas competían desnudas, con los varones, ante un público masculino.”

A preocupação com a perfeição física era, em Esparta, obsessiva. Sabe-se que os meninos que nasciam defeituosos eram sacrificados. E essa obsessão chegou a tal ponto que ao marido era perdoado — e até elogiado — permitir que sua esposa tivesse relações com outro homem, desde que daí se garantissem filhos mais sadios. Como se vê, emprestavam-se esposas. E já existiam, de certa forma, bebês de proveta...

Mais ainda: se o marido não estivesse em condições de fazê-lo, a mulher poderia, legalmente, tomar a iniciativa de arranjar um homem capaz de lhe dar um filho.

Máquina de produzir soldados, tal era a mulher espartana. Encorajava-se, por isso, o casamento, punia-se o celibato. Buscava-se o maior número possível de cidadãos para servir ao Estado. Mas esses cidadãos tinham que ser perfeitos. Fala TOYNBEE (64):

“Un esposo espartíata obtenía la aprobación general, em vez de esponerse al repudio público, si se preocupaba por mejorar la calidad de la descendencia de su esposa disponiendo que ésta tubiese hijos con un reproductor que fuese mejor hombre — o mejor animal humano — que el propio esposo. Y hasta parece que una esposa espartíata podía disponer impunemente por su propia cuenta si el esposo, em caso de ser deficiente, no tomaba la iniciativa proporcionándole un reemplazante.”

Se bem que mais considerada por gerar filhos, e talvez por isso mesmo, a mulher teve educação semelhante à do homem e chegou, in-

(63) TOYNBEE, Arnold J. — *Estudio de la Historia* — Traducción de VICENTE FATONE — vol. III — Emecé Editores, S.A. — Buenos Aires, Argentina — 1956.

(64) TOYNBEE, Arnold J. — *Estudios de la Historia*, cit.

clusivo, em determinado momento da história de Esparta, a ter preeminência na direção dos negócios do Estado:

“Otro notable fenómeno social de la decadencia espartana, como de la mahometana, fue “el monstruoso gobierno de las mujeres”. Como la mala distribución de la propiedad, esta mala distribución de la influencia y la autoridad entre los dos sexos ya advertía en Esparta en tiempos de Aristóteles; y en leyenda de los Reyes Salvadores, Agis y Cleómenes, que reinaran en Esparta un siglo más tarde, el papel asignado a las mujeres que inspiran, alientan, consulan y lloran a los héroes es tan preponderante como el que se les asigna en el Nuevo Testamento” (TOYNBEE) (65).

Essa hierarquia da mulher na sociedade espartana foi, parece, indiscutível, e teve como causa, precisamente, o fato de haver ela sabido gerar e criar homens para servir ao Estado.

Para terminar, e a propósito dessa singular situação da mulher no Estado espartano, vejamos esse expressivo trecho de PLJOAN (66):

“La mujer tenía grau ascendiente sobre el marido. Vosotras sois las únicas mujeres que gobernáis a los hombres, les decían. A lo que ellas contestaban: *Somos también las únicas que criamos verdaderos hombres.*”

IX — A mulher na Pérsia

As informações sobre a situação da mulher na antiga Pérsia são contraditórias.

Em *A Grande Aventura do Homem* (67) está escrito:

“A sociedade persa, baseada na família, dava aos homens os principais direitos. Existiam duas categorias de mulheres: as privilegiadas e as servas. As primeiras tinham direito a ser nutridas e sustentadas durante toda a sua existência e a receberem sustento para os filhos até a maioridade e para as filhas até o matrimônio. As segundas eram sustentadas pelo marido, mas só os filhos do sexo masculino eram reconhecidos pelo pai.”

E ainda:

“A mulher devia obediência absoluta ao marido.”

TORNELL (68) é da mesma opinião, pois assevera que a mulher, na Pérsia, era “puesta en un plano de inferioridad social”.

(65) TOYNBEE, Arnold J. — *Estudios de la Historia*, cit.

(66) PLJOAN — *Historia del Mundo* — Salvat Editores S.A. — Barcelona, España — 1971.

(67) *Historama — A Grande Aventura do Homem* — ob. cit., vol. III.

(68) R. V. TORNELL — ob. cit.

Bem diverso, no entanto, é o que se divulga na mesma obra *Historama — A Grande Aventura do Homem*, editada sob a supervisão de JACQUES FRANCIS ROLLAND (69):

“A mulher não tem nunca uma situação de inferioridade: anda livremente na cidade e pode até dar conselhos, que são levados em conta. É preciso assinalar que, na época inferior, será distinção, nas famílias ricas, ter a mulher trancada em casa; mas isto não ocorrerá nunca a mulheres nas outras classes sociais.”

IVAR LISSNER (70) comprova essa afirmação:

“As mulheres se locomoviam livremente e não usavam véus; dirigiam a casa e tinham o direito de assinar contratos em nome de seu marido. Somente as mulheres nobres tinham proibição de sair em companhia de outro homem que o seu esposo, ainda mesmo que se tratasse de membro de sua família.”

Semelhantes são os ensinamentos de JEAN MOURREAU (71):

“Circulando livremente e sem véu, a mulher persa ocupa uma situação elevada. Como no mundo escandinavo primitivo, ela pode dispor de sua fortuna pessoal e geri-la a seu modo. Ela tem, igualmente, o poder de dirigir os negócios de seu marido em sua morte.”

Mas ressalva:

“Mas, depois de Dario, o Grande, sua condição se degradará lentamente.”

Aí estão os dois pontos de vista, antagônicos, acerca da posição social da mulher na Pérsia antiga.

X — A mulher na Etrúria

Como em Creta e no Egito, também na Etrúria a mulher era bastante considerada.

Os etruscos, alegres e boêmios, gostavam de viver bem. Divertiam-se, sua mesa era farta, bom vinho. As festas, freqüentes e animadas, e nelas não podia faltar a mulher, que de tudo participava.

Riqueza, fartura, prazeres, mulheres. Esse o mundo etrusco, dividido em doze cidades que formavam uma espécie de Confederação, na qual os problemas comuns se decidiam em assembléia, democraticamente.

Nesse mundo a mulher, altamente valorizada, tinha autoridade real no seio da família. Mantinha, outrossim, uma presença social e política efetiva.

(69) *Historama — A Grande Aventura do Homem* — ob. cit.

(70) LISSNER, Ivar — ob. cit.

(71) MOURREAU, Jean Jacques — *A Pérsia dos Grandes Reis e de Zoroastro* — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

Essa posição de realce da mulher etrusca foi às vezes mal interpretada pelos seus contemporâneos que sobre ela expuseram juízos talvez precipitados.

Não se cuidava de matriarcado, a mulher não tinha supremacia em relação ao homem, apenas a sociedade etrusca lhe concedia um lugar condigno, reconhecendo-lhe direitos e aceitando sua participação na administração do lar e nos negócios públicos.

Tinha, pois, a mulher na Etrúria uma posição de igualdade com o homem, e isso serviu para ser vilipendiada pelos reacionários da época.

Vejamos, agora, com PAUL ULRICH ⁽⁷²⁾, qual a situação da mulher naquele povo, assim retratada por ele, em largas pinceladas:

“O estatuto familiar dos etruscos é sobretudo notável pelo lugar concedido à mulher, infinitamente mais importante do que em Roma até aos últimos tempos da República. Nas inscrições funerárias, a menção da filiação maternal é prova disto, assim como a consideração, rara na época, atribuída ao “sexo fraco”. Não que, segundo os autores gregos ou romanos, as mulheres tenham sido modelos de virtude. Apresentam-nas pelo contrário como debochadas, procurando continuamente a companhia de homens. Plauto escrevera que era da prostituição que tiravam o dote. Digamos antes que as mulheres da Etrúria gozavam de uma liberdade desconhecida das suas irmãs helênicas ou latinas, submetidas à autoridade do chefe da família, o que tanto bastou para lhes criar uma tão má reputação. Está em todo caso estabelecido que participavam dos banquetes e assistiam aos espetáculos e aos jogos, outras tantas causas de escândalo para as pudicas — e prudentes — contemporâneas. Pretendeu-se que se entregavam à bebida: neste aspecto limitavam-se a seguir o exemplo dos maridos e dos pais, inclinados a abusar dos prazeres da mesa, como de todos os outros.

Esta promiscuidade com os homens devia quase fatalmente levar a mulher etrusca a desempenhar um papel social.”

Tinha, assim, a mulher, na Etrúria, uma presença ativa na vida pública e uma posição de importância no seio da família. Livre, dona de si, companheira e não escrava do homem, ela com ele colaborava nos negócios de casa e nas coisas de interesse coletivo.

RAYMOND BLOCH ⁽⁷³⁾, em estudo especial sobre aquele povo, comprova os informes de PAUL ULRICH:

“A posição que a mulher ocupava entre os etruscos era privilegiada e sem nada de comum com a condição humilde

(72) ULRICH, Paul — ob. cit.

(73) BLOCH, Raymond — *Os Etruscos* — Trad. de MARIA HELENA PIRES NORONHA e FERNANDO NORONHA — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1970.

e subordinada da mulher grega. Isto é um indício de civilização que também observamos na estrutura social de Creta e Micenas. Lá, como na Etrúria, a mulher assiste aos espetáculos, às representações, aos jogos, e não vive enclausurada nas salas tranqüilas do gineceu helênico. A mulher etrusca participa dos banquetes ao lado do marido, e afrescos etruscos freqüentemente ilustram o seu hábito de virem reclinar-se à mesa do banquete junto ao dono da casa. Este costume fez com que ela fosse erradamente acusada de imoralidade pelos gregos e depois pelos romanos. Há inscrições que confirmaram o estatuto de igualdade, de que parecia gozar a mulher etrusca. Freqüentemente, o dedicante ou o defunto menciona, ao lado do nome do pai, ou mesmo sem que este seja indicado, o nome da mãe. Ora, este uso de matronímicos está atestado na Anatólia, e especialmente na Lídia. Talvez possamos ver nele traços de um antigo matriarcado.”

Vê-se, do exposto, que a história da emancipação da mulher teve na Etrúria um ponto positivo de referência.

XI — A mulher em Roma

“A mulher romana gozava um tanto mais de liberdade que a grega e não vivia tão hermeticamente enclausurada à moda oriental”, diz IVAR LISSNER (74), e acrescenta: “As moças de boa família aprendiam não só a ler, escrever e contar, mas a cantar, dançar e tocar cítara. Instruíam-se, além disso, nas literaturas grega e latina.”

Essa diferença de situação entre a mulher romana e a grega começa pelo começo, ou seja, quando o homem e a mulher se unem pelo matrimônio, que, em Roma, os punha em real comunhão, com igualdade de direitos: “O casamento”, segundo o jurista MODESTINO, era “uma união do homem e da mulher, uma parceria para toda a vida, uma partilha de direitos humanos e deveres”, escreve MOSES HADAS (75).

Mas isso era somente em tese. Em suas minúcias, a situação modificava-se um pouco, e, embora melhor do que a da grega, sofria a mulher romana, também, de algumas restrições.

Basta ver que havia três tipos distintos de casamento, em cada qual possuindo a mulher um *status* determinado:

Prossegue MOSES HADAS:

“Das três diferentes formas de casamento em voga na época do primeiro império, a mais formal, usada apenas por patrícios, era a *confarreatio*. Mediante esse tipo de contrato,

(74) LISSNER, Ivar — ob. cit.

(75) HADAS, Moses — *Roma Imperial* — Trad. de GULNARA LOBATO DE MORAES PEREIRA e IOLANDA STEIDEL DE TOLEDO — Livraria José Olympio Editora S.A. — Rio, Brasil — 1971.

a pessoa da mulher e suas propriedades eram entregues ao marido. Para as mulheres que exigiam maior liberdade por parte dos esposos, havia outras formas de casamento menos rígidas. No *coemptio*, o noivo simplesmente “comprava” a noiva de si própria. No *usus*, até certo ponto semelhante aos nossos modernos casamentos civis, o casal comprometia-se a viver com marido e mulher, sem nenhuma cerimônia religiosa. Depois de um ano eram considerados legalmente casados. Por esse tipo de união, a mulher podia reter praticamente o direito às propriedades que porventura tivesse, contanto que se abstinhasse de partilhar a cama e mesa do marido três noites por ano.”

Se no lar era assim favorável a posição da mulher romana, em confronto com a da grega, no que tange à educação, as coisas lhe corriam mais vantajosamente ainda:

“A não ser nos primeiros anos” — continua MOSES HADAS — “não havia ensino misto em Roma: os meninos recebiam um tipo de educação e as meninas outro. Isso não significa que as mulheres romanas fossem menos cultas que seus maridos; muito pelo contrário, elas dispunham de mais tempo para estudar e aproveitaram-no ao máximo. Muitos comentadores contemporâneos consideraram a mulher romana mais instruída do que os homens.

Talvez uma das razões que explicam porque as mulheres eram tão cultas fosse o fato de só lhes ser ministrado o ensino formal até os dez anos, depois do que passava a receber instrução particular, em casa. Tanto os filhos como as filhas das famílias ricas freqüentavam classes primárias dirigidas por um *litterator*, que os ensinava a ler, escrever e contar. Aos 12 ou 13 anos, as meninas voltavam para casa a fim de receberem uma educação especial.”

Recebendo instrução e usufruindo de certas prerrogativas no casamento, a mulher romana posicionava-se razoavelmente na sociedade.

É de observar-se, entretanto, que as alterações políticas se refletiam nas estruturas sociais, de modo que, conseqüentemente, também a situação da mulher sofria oscilações, ora para melhor, ora para pior.

Ao tempo dos etruscos, era privilegiada a posição da mulher na península, mas, advindo a república, piorou, só vindo a melhorar com, paradoxalmente, a restauração do império. PAUL ULRICH ⁽⁷⁶⁾ acusa essas flutuações:

“Curiosa marcha do tempo: a República repudiara o costume etrusco tendente a dar à mulher um papel social e cívico. A Roma imperial adota a atitude oposta: institui o cog-

(76) ULRICH, Paul — ob. cit.

natio, ou parentado pelas mulheres, que vai adicionar-se ao *agnatio*, até então o único parentado legítimo e que criava a descendência masculina. Do mesmo modo, a mulher ascende ao direito da sucessão.”

Não consistiram só nisso, no entanto, as mudanças que o Império introduziu no sistema familiar. Elas foram mais profundas e mais amplas, e sempre se encaminhando no sentido da libertação e da afirmação da mulher. É o que se aprende, com PAUL ULRICH ⁽⁷⁷⁾ que explica:

“A forma do casamento sofre também transformações. Também neste ponto a *patria potestas* recebe um profundo golpe. O casamento passa a ser precedido por um noivado que consagra, pelo compromisso recíproco dos interesses, a parte finalmente concedida ao sentimento, sendo o consentimento mútuo dado no dia da cerimônia pela famosa fórmula: *Ubi tu Gaius, ego Gaia.*”

Mais:

“A partir de então, a mulher romana, entrada de livre vontade no lar, passou a viver nele em igualdade com o marido.”

E ainda:

“Um perigo, no entanto, não pode muitas vezes ser evitado. Emancipadas, certas mulheres romanas sucumbirão a taras de “libertação”. O número de nascimentos diminui, uma vez que a gravidez reduz demasiado os divertimentos, assim como o aleitamento e mais tarde a educação dos filhos. As mulheres de negócios, as literatas, as “preciosas” abundam, pretendendo imiscuir-se até em domínios onde são totalmente incompetentes, e JUVENAL denunciá-las as “mulheres sábias” de palrar insípido, assim como aquelas que se entregam a exercícios físicos que, em sua opinião, não são do seu sexo: caça com facão, esgrima, luta. Passando da liberdade à libertinagem, outras encontrarão os seus prazeres nos excessos de mesa, sem falar das indignas que soçobrarão no deboche. Em Roma, sob o Império, o adultério da mulher será prática corrente, que já não é punida com a morte e nem sequer, na prática, legalmente reprimida.”

É verdade que o divórcio, substituindo o repúdio da mulher pelo marido, irá, a partir do século II, pela facilidade com que é obtido, pôr um termo feliz a uniões tornadas impossíveis ou escandalosas. O próprio Augusto divorciar-se-á, e chegará uma altura em que SENECA poderá escrever:

“As mais ilustres damas de Roma tomaram o hábito de contar os seus anos, já não pelos nomes dos cônsules, mas pelos

(77) ULRICH, Paul — ob. cit.

dos seus maridos. Divorciavam-se para se casarem: casam-se para se divorciarem.”

Esses excessos se explicam pela situação em que anteriormente se encontrava a mulher, oprimida, pressionada, sufocada. Não só é uma lei física, mas também política: a toda pressão corresponde uma reação. Humilhadas, ofendidas, vilipendiadas, as mulheres, uma vez libertadas, com direitos amparados em lei, livres, excederam-se no gozo da nova situação, e, então, a liberdade foi confundida com licenciosidade, a emancipação com o desregramento dos costumes. A maior integração social da mulher, tendo se processado sem um suporte moral adequado, redundou em desvios e distorções lamentáveis.

Cuidando dos negócios públicos, a mulher negligenciou seus afazeres no lar. Esqueceu os cuidados com os filhos. Alienou-se de sua condição natural de fêmea, exerceu mal os seus direitos, usou mal a sua liberdade, degradou-se física e moralmente.

Pelos abusos praticados ao se sentirem livres, as mulheres romanas, durante o império, passaram a ser escravas de vícios. A prostituição aumentou. Cresceu o número de adultérios e de divórcios. A mulher decaiu de sua dignidade.

Em Roma, portanto, durante o império, a sociedade ofereceu à mulher condições e meios legais para se emancipar e se valorizar e ela dispôs de recursos legais bastantes para bem se integrar na sociedade, mas, por força de distorções no exercício de seus direitos, nem sempre ela soube dignificar sua condição.

XII — *A mulher na Gália*

Segundo alguns autores, a mulher na Gália usufruiu de completa igualdade de direitos com o homem, ao passo que, consoante outros, sua situação na sociedade não fugia à regra: era de inferioridade.

Como os celtas se espalhavam por vastas e distintas regiões da Europa, é possível que essa divergência de opiniões decorra não só de observações feitas junto a grupos dessa ou daquela zona, como em momentos diversos.

ANDRÉ VARAGNAC ⁽⁷⁸⁾, reportando-se aos protoceltas, no segundo milênio antes de Cristo, e partindo da diferenciação do trabalho decorrente da diferença de sexos, mostrou como logo se estabeleceu, entre eles, o regime patriarcal, em substituição ao matriarcal, cuja existência, anteriormente, foi admitida:

“As comunidades neolíticas haviam herdado da pré-história a organização tribal por classes de idade, que estabelecia uma rigorosa repartição de funções segundo os sexos e as idades. O caráter feminino das atividades sedentárias fundava a

(78) VARAGNAC, André — “O homem antes da escrita” — Livro IV — “Do caçador ao camponês” — in *Rumos do Mundo* — Trad. de ERNESTO VEIGA DE OLIVEIRA — Edições Cosmos — Lisboa, Rio — 1963.

autoridade materna. O homem era pastor, caçador ou guerreiro, enquanto a mulher cavava a terra com a enxada, amassava a farinha, confeccionava a louça e os tecidos. Atrelando os bois ao arado, e depois os cavalos ao arado de rodas — a charrua (invenção ulterior dos celtas) — os homens passavam a ser os senhores da produção de alimentos: a Europa submeteu-se ao patriarcado.”

E explicita:

“Com eles (os celtas) por toda a Europa, a lavoura passa a ser incumbência dos homens, enquanto antes o trabalho de enxada era sobretudo feminino. Essa revolução técnica parece ter sido acompanhada pela decadência do matriarcado.”

É que produção é alimento, alimento é sobrevivência. Dominando a produção, o homem dominou a sociedade. Como diz o matuto mineiro: *quem dá o pão, dá o pau...*

De um modo geral parece que prevaleceu, entre os celtas, o regime patriarcal rígido, o chefe de família sendo senhor de uma autoridade absoluta.

Havia, no entanto, variações nos estilos de vida dos celtas desta ou daquela região. Entre alguns deles, por exemplo, certos túmulos luxuosos de mulheres indicam que elas eram possuidoras de grandes riquezas. Outros dados, colhidos aqui e acolá, revelam que elas eram bastante consideradas, desfrutando em algumas tribos de grande liberdade e de uma condição social favorável. É o que ensina T. G. E. POWELL (79):

“Quanto ao poder absoluto do chefe da família sobre as mulheres e filhos, os povos da Gália e da Irlanda são concordantes, e ilustram o princípio indo-europeu da autoridade patriarcal. Podemos talvez arriscar ainda aqui algumas considerações sobre a posição social da mulher e a sua capacidade para dispor de propriedade. Supõe-se geralmente que o direito de uma esposa à posse de propriedade pessoal, ou de uma filha a herdar, são de evolução recente, aparecida sob formas paralelas nos diferentes sistemas legais indo-europeus. Por outro lado, uma prática mais liberal, mas ainda comum, parece ter-se mantido em efeito, em épocas muito variadas, nos costumes legais ariano, romano e celta. Há também a questão dos riquíssimos túmulos de mulheres celtas, como os de Vix e Reinheim, para só referir dois exemplos descobertos há pouco tempo. Neles foram concedidos a mulheres, enterradas individualmente, as mais esplêndidas câmaras funerárias e os adornos e acessórios mais suntuosos. O prestígio pessoal e o direito à posse de propriedade podem explicar esses casos, embora o conjunto de todas estas considerações pareça indicar que tal

(79) POWELL, T. G. E. — *Os Celtas* — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1971 — Trad. de RODRIGO MACHADO.

incapacidade das mulheres não era mais do que um reflexo das condições primitivas, que imperavam nos tempos de emigração, ou de dificuldades, embora o sistema legal estivesse sempre suficientemente elástico, aqui e ali, em períodos de prosperidade, para permitir uma maior liberdade feminina na vida pública e familiar.”

Essa “elasticidade” a que alude POWELL serve para explicar as informações que sobre os celtas nos dá OLIVIER LAUNAY ⁽⁸⁰⁾, em conformidade com as quais tanto no lar como na sociedade a mulher estaria em pé de igualdade com o homem. Diz ele:

“Seu lugar preeminente na sociedade, sua igualdade em todos os planos com os varões é uma das características marcantes da civilização céltica e uma das que iriam atravessar os séculos para se impor novamente à sociedade moderna.”

E especifica, no atinente ao casamento:

a) “O celta era fundamentalmente monogâmico, mas sem hipocrisia. Uma amante torna-se oficialmente concubina, mas sem qualquer prejuízo aos direitos da esposa legítima;”

b) “O casamento era dissolúvel por consentimento mútuo.”

Esclarece, ainda, particularizando:

“... as irlandesas eram sujeitas ao serviço militar, combatendo quando possuíam bens de raiz.”

Deduz-se, desses dados, que a mulher na Gália, senão em todas as tribos, ao menos em algumas delas, fruía uma situação favorável.

XIII — *As Amazonas*

Figuras quase lendárias, as amazonas no entanto existiram, e sua civilização singular até hoje é objeto de polêmica.

Em sua organização social eram elas que tinham as rédeas do grupo, reservada ao homem uma posição subalterna.

Guerreiras, as mulheres viviam em constante atividade, enquanto os homens se dedicavam aos serviços domésticos. O comando era delas, que só se serviam dos homens, praticamente, para a perpetuação da espécie.

SERGE HUTIN ⁽⁸¹⁾ assim retrata as amazonas:

“Quem eram estas amazonas? Intrépidas guerreiras votadas desde a adolescência ao manejo das armas; algumas,

(80) LAUNAY, Olivier — *A Civilização dos Celtas* — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

(81) HUTIN, Serge — *Homens e Civilizações Fantásticas* — Trad. de TORRIERI GUIMARAES — Hemus Livraria Editora Ltda. — São Paulo, Brasil — 1972.

mesmo, cortavam um dos seios para não ser incomodadas quando estendiam o seu arco. Entre elas, os homens eram reduzidos a uma condição servil, desempenhando as tarefas domésticas, além de sua evidente necessidade no processo de procriação.”

Onde viviam? Responde ele:

“As tradições apontam de fato as duas extremidades do mundo mediterrâneo: de uma parte, a este da Ásia Menor, a região do Cáucaso, sem dúvida; da outra parte, a extremidade ocidental da África setentrional.”

Que faziam? HUTIN explica:

“As mulheres costumavam fazer o serviço da guerra durante um tempo determinado, conservando a sua virgindade. Quando passa o termo do serviço militar, elas mantêm relações com os homens para deles ter filhos; elas ocupam as magistraturas e todas as funções públicas. Os homens passam a vida inteira dentro de casa, como entre nós as donas de casa, e apenas se entregam a ocupações domésticas; são mantidos longe do exército, da magistratura e de qualquer outra função pública que poderia inspirar-lhes a idéia de escapar ao jugo das mulheres.”

Entre as amazonas existiu, pois, definido e atuante, o regime matriarcal, que tantos contestam, mas que muitos aceitam e reconhecem como uma realidade histórica.

Aliás, uma forte corrente se inclina, modernamente, pela preexistência do matriarcado como um sistema social generalizado, admitindo que o sistema patriarcal só mais tarde passou a vigorar entre os povos primitivos.

A propósito, declara, ainda, SERGE HUTIN ⁽⁸²⁾:

“O filósofo suíço, JOAHN JACOB BACHOFEN, morto em Basiléia em 1887, foi quem desenvolveu — reunindo abundante documentação tecnográfica — a tese segundo a qual o patriarcado, isto é, o estado social em que a predominância completa pertence ao homem, ao pai, esteve longe de ser o estado primitivo de toda sociedade humana. O matriarcado, onde, ao contrário, era a mulher, a mãe, que assumia a primazia social e familiar, antecipou o patriarcado.”

E aprofundando o assunto:

“Conhece-se a antiguidade e importância do culto da Mãe Divina em diversas tradições religiosas. E não há nada de absurdo, muito ao contrário, em imaginar uma etapa cultural em que o primado, em todos os planos, pertenceu à mulher. Os exploradores e os etnólogos estudaram com o maior cuidado

(82) HUTIN, Serge — ob. cit.

as diversas reminiscências do matriarcado. O folclore de numerosos países europeus evoca a lembrança de uma época distante em que as mulheres desempenhavam papel dominante na religião e na magia: as designações tão freqüentes no folclore de "grutas" (ou rochas) das Fadas, de "grutas" (ou rochas) das Mães, são por si mesmas reveladoras."

XIV — *A mulher em países e povos da Africa*

A mulher, nas civilizações africanas, viveu sempre, de uma maneira geral, em uma condição inferior. Houve e há exceções, mas tanto nos tempos antigos quanto na atualidade, ela não desfruta de direitos próprios de um ser livre. Inclusive é, ainda, em certas tribos, usada como objeto de comércio. Está, porém, se rebelando, e provavelmente obterá os mesmos êxitos das mulheres dos países mais evoluídos.

MAURICE CROUZET⁽⁸³⁾ assim nos dá, em largas pinceladas, um quadro da situação da mulher nas sociedades africanas:

"Na antiga economia baseada na troca e na reciprocidade de serviços, a mulher era um liame entre as famílias e o matrimônio decidia-se pelo acordo dos grupos familiares; hoje, a economia monetária converte a mulher num objeto de competição e lucro, que sua família leva ao casamento com o fito de receber o dote, transformado em simples preço de compra suscetível de atingir somas consideráveis (no Camerum, 100.000 fr. C.F.A., em 1956). Muitos jovens não podem pagá-lo, por isto aumenta o número de celibatários, sendo favorecidos, por outro lado, os homens ricos e idosos. Por sua vez, as missões combatendo a poligamia e a administração, pretendendo reconhecer em matéria de abonos e pensões apenas indivíduos e casas, favorecem este individualismo. A mulher tira proveito desta situação: já não quer obedecer ao chefe da família ou às mulheres mais velhas, deseja ser considerada como companheira que exige despesa para sua manutenção."

Há, todavia, muitas diferenças entre as situações das mulheres, conforme as tribos a que pertençam.

Vejamos, em detalhes, o que acontece, na espécie, em algumas delas:

a) *O povo de Méroe*

Méroe se integra na civilização do Sudão. Localiza-se entre o norte deste país e o sul do Egito. De seu povo, que viveu do século VI a.C. até o IV de nossa era, diz P. L. SHINNIE⁽⁸⁴⁾:

"As rainhas desempenhavam um papel importante na vida do país, e, por vezes, governavam por direito próprio. Se, como

(83) CROUZET, Maurice — "A Época Contemporânea" — in *História Geral da Civilização* — vol. XXII — Trad. de PEDRO MOACYR CAMPOS — Difusora Européia do Livro — São Paulo, Brasil — 1958.

(84) SHINNIE, P. L. — *Méroe* — Trad. de MARIA DA MADRE DE DEUS PIMENTA DE SOUZA — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1974.

parece, a sociedade era matriarcal, a elas pertencia o transmitir os bens de raiz e assegurar a sucessão ao trono. Sem documentos escritos, é difícil uma certeza a este respeito; existem todavia algumas provas, da época de Napata, de que a família real era matriarcal; sabemos, ainda, que, no estado cristão da Núbia, que sucedeu a Méroe, prevalecia o mesmo sistema e que as rainhas-mães eram objeto de veneração especial.”

A mulher em Méroe tinha, dessarte, uma posição de destaque na sociedade.

b) *Os bambutis*

Os bambutis são anões congolezes, representantes atuais dos antigos pigmeus. “Vivem em matrimônio fiel e não possuem nem tempo, nem inclinação para quaisquer excessos; obedecem a regulamentações bastante severas que dificultam aos esposos o divórcio. Mulheres e mães são objeto de grande respeito.”

Há assim, consideração pela mulher.

c) *O povo fang*

Esse povo vive na costa oeste da África.

Como de praxe, pratica a poligamia. Desde que disponha de recursos, o homem pode possuir quantas mulheres queira. Por sinal, o investimento nelas é lucrativo, porque são elas que trabalham, que produzem, e, conseqüentemente, quanto mais mulheres possui, maior riqueza e poder terá.

As esposas — exceto a principal — podem ser emprestadas aos visitantes.

A submissão da mulher ao homem é total. Trabalha no lar e fora do lar e só pode usufruir de uma pequena parte do que produz.

O código moral é rigoroso para com as mulheres casadas.

É isso o que ensina PANYELLA ⁽⁸⁵⁾, dizendo, sobre o casamento:

“El matrimonio suele ser polígamo; cada hombre puede tener tantas esposas como le permitan sus medios económicos, pero hay que tener en cuenta que, siendo las mujeres las que trabajan la tierra, a mayor número de esposas, mayor riqueza.”

A respeito das esposas:

“Hasta, hace poco, estaba también bastante extendido el préstamo de esposa, especialmente a los huéspedes que debían pasar unos días en el poblado. Sin embargo, jamás se prestaba la primera esposa y esa curiosa costumbre, por regla general, sólo se realizaba con las concubinas.”

(85) PANYELLA — ob. cit.

Acerca do trabalho:

“La situación de la mujer *fang* no es precisamente envidiable: debe obediencia total al marido, a la suegra, a todos los parientes masculinos del marido y a todos los miembros del clan del marido. Debe cultivar los campos del esposo, quién por su parte sólo se preocupa de la restauración y desbroce de los mismos. La esposa debe dedicarse también a la recolección y a la pesca para complementar la dieta diaria de la familia, a la que el marido contribuye en menor cuantía con los productos de la casa. Debe así mismo cuidar de la casa, preparar la comida y sobre todo tener muchos hijos: ésta es precisamente su principal obligación.”

Quanto à liberdade:

“La mujer casada goza de escasa libertad: en caso de adulterio puede ser castigada con penas terribles, tales como ser atada desnuda y a pleno sol durante varias horas sobre un hormiguero, e incluso ser condenada a muerte. Antes del matrimonio, sin embargo, las muchachas gozan de gran libertad sexual, de forma que no está mal visto tener un hijo antes de casarse.

En cambio, pueden disponer con relativa libertad de sus bienes materiales; en principio disponen de los frutos de su trabajo, especialmente de los productos del campo, pero han de entregar la mitad al marido. La otra mitad que les corresponde pueden gastarla o invertirla a su voluntad.”

Conclusão: a mulher vivia em estado de verdadeira escravidão.

d) O povo etíope

Descobertas arqueológicas em antigos países marginais do Mar Vermelho mostraram ao mundo uma surpresa: em algumas daquelas antigas civilizações, ao contrário do que ordinariamente sucedia entre os povos daquela época, a mulher usufruía de uma situação geral muito boa.

O prestígio feminino foi real, naquela região. Inclusive teria havido, por lá, um longo reinado de mulheres, senhoras de grandes riquezas e poder.

Assim, na Etiópia, era elevada a condição da mulher, gozando ela de liberdade e de direitos, acatada, obedecida, lisonjeada.

GUY ANNEQUIN, falando da situação da mulher entre os etíopes, os sudaneses e também os árabes, assim se manifesta ⁽⁸⁶⁾:

“A autoridade feminina é primordial em toda a região sul do Mar Vermelho durante milênios. Sem ser possível falar em

(86) ANNEQUIN, Guy — *As Civilizações do Mar Vermelho* — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

matriarcado tipicamente africano, não podemos deixar de constatar, porém, que a condição feminina era importante. Esposas reais ou mães de rei, ocorre que as Candaces governavam soberanas. E mais de um autor antigo o diz sem rodeios, como os relevos dos templos nos mostram em atitudes reais ou militares, como a de quebrar ritual e simbolicamente as cabeças de uma penca de prisioneiros presos pelos cabelos. Com efeito, sobre os pilares dos templos, elas são a réplica simétrica de seus esposos, com os quais dividem as atribuições. Sobre o pilar do templo de Naga, um pouco mais ao sul de Mussanarat, vemos a primeira das duas rainhas Candace acompanhada de seu leão familiar: ela se chama Amanetere e viveu na passagem de nossa era.”

Diz ainda:

“Mais do que rainhas-mães, como se supunha anteriormente, devemos provavelmente acreditar que essas Candaces fossem esposas de soberanos que parecem reduzidos ao papel de príncipes-consortes. Efetivamente, são elas que parecem deter o poder real.”

E completa:

“Recentes escavações efetuadas por pesquisadores das Universidades de Yale e Pensilvânia, na região de Abu Simbel (na localidade de Toshke Arminna) mostram que cinco séculos após o aparecimento da rainha Bartare, a primeira Candace, no século II antes de nossa era, é ainda uma soberana com o título de Candace que figura numa estela do século III de nossa era. É possível então falar-se de uma dinastia de rainhas? De uma realeza matrilinear? Nada realmente autoriza a fazê-lo. Podemos apenas afirmar que as mulheres que usavam o título de Candace tinham uma sólida autoridade, dispendo de uma corte, de um séquito e de bens nada negligenciáveis.”

Essas observações de ANNEQUIN, válidas para sudaneses, árabes e etíopes, povos circunvizinhos do Mar Vermelho, são, no que tange a Abissínia, ratificadas por PANYELLA⁽⁸⁷⁾, que nos fala, também, de uma situação social da mulher bastante favorável:

“La mujer goza de una situación importante en la sociedad; tiene bienes propios de los que puede disponer libremente; tiene sus propios servidores y en la historia de los reyes etíopes aparecen varias enperatrices que jugaran un papel importante en los destinos del reino.

La virgindad de las jóvenes ha de ser conservada celosamente. Las mujeres casadas, por el contrario, gozan de gran libertad sexual, hasta al punto de que la paternidad de los hijos

(87) PANYELLA — ob. cit.

resulta difícil de determinar y se establece por designación, bajo juramento, de la madre.”

Viveu, pois, livre e prestigiada a mulher na sociedade etíope.

e) Os kongo

Entre os *kongo*, povo que habitava a região do curso inferior do rio Congo, o estado social da mulher oferece aspectos interessantes, dos quais nos dá conta PANYELLA (88).

A primeira curiosidade, no caso, está em que, para os kongo, a alma vem da mulher, eis que ela reside no sangue, o qual, em maior parte, o homem recebe da mãe:

“... el elemento más curioso de la sociedad lo constituye el *matrilinealismo*. En efecto, el parentesco se regula por línea femenina, no masculina; pero esto no presupone ni matriarcado, ni matrilocalismo, ya que si bien los hijos pertenecen al linaje y al clan de la madre, ésta carece de autoridad sobre los hijos y el poblado y cuando se casa va a residir a la vivienda del marido (patrilocalismo).

La causa de esta particular situación reside en la idea de que la sangre “en donde reside el alma se recibe en su mayor parte de la madre, y solo en pequeña porción del padre; por esto motivo el hijo pertenece al linaje materno.”

A poligamia, como de hábito, prevalece no casamento. Por motivos políticos, eugênicos e, principalmente, econômicos: são as mulheres que trabalham, e os homens que as possuem em maior número têm, portanto, possibilidades de maiores ganhos:

“... el matrimonio es polígamo: la poligamia tiene en gran parte bases económicas, ya que siendo la mujer la que trabaja la tierra, el gasto que la dote de las mujeres representa es luego compensado con las pingües ganancias que proporcionan tantos brazos. Pero existen otras razones: siendo el matrimonio un sistema de alianzas, poseyendo varias esposas se aumentan las relaciones y con ellas el prestigio. Otro motivo es la prohibición de mantener relaciones sexuales con una mujer mientras esta cría a su hijo” (PANYELLA) (89).

A mulher é, desse modo, um mero bem econômico, usado segundo o critério e os propósitos de lucro. Ela é um simples objeto, de que se servem seus pais e seu marido para aumentar seu patrimônio. Um objeto que, inclusive, se herda. A preocupação econômica é tão prioritária que, morrendo a mulher, ou sendo estéril, seus parentes são obrigados a devolver o dote que receberam do marido ou a oferecer a este uma irmã, para ocupar o seu lugar:

“... el matrimonio se realiza mediante entrega de una dote elevada por parte del marido a los padres y al tío materno

(88) PANYELLA — ob. cit.

(89) PANYELLA — ob. cit.

de la esposa. Esta dote crea una serie de derechos y deberes escrupulosamente respetados. Así, por ejemplo, si un marido ya viejo no puede tener hijos, el clan de la mujer se siente defraudado; por lo tanto exige que el marido sea reemplazado por algún hermano más joven. Si el marido muere, ya con la misma finalidad, la mujer pasará a pertenecer a un hermano más joven del marido. Por otra parte, si la mujer fallece o resulta estéril, sus parientes deberán devolver la dote, o enviar a otra de las hermanas a ocupar su puesto.”

Em suma: entre os *kongo* a mulher não é mais, também, que um mero objeto, utilizado pelo homem conforme suas necessidades e seus interesses.

f) *O povo ngoni*

Tribos do grupo ngoni habitam as cercanias dos montes Drakenburg e o mar, nos territórios de Natal e da Província do Cabo, na África do Sul. Esse povo foi estudado, também, por PANYELLA ⁽⁹⁰⁾ que sobre ele nos transmitiu as informações que se seguem.

A família ngoni é “patriarcal, polígama, compuesta por un hombre, sus esposas y los hijos habidos con todas ellas”. A primeira esposa “tiene un papel mucho más importante que las demás, las cuales gozan de un orden más o menos referente, según se vean más o menos favorecidas por el esposo”, e, além disso, goza de privilégios de trato por parte de su marido y puede disponer libremente de medios económicos. Las demás esposas deben servila y obedecerla; la vida cotidiana de estas mujeres aparece plena de tabús y prohibiciones: no pueden mencionar el nombre de su marido ni de sus parientes, ni deben usar palabra que empiece por la misma sílaba que los nombres de todos ellos, deben dejar que les precedan en el camino el esposo y los suegros, no pueden comer en su presencia y deben retirarse cuando ellos entran en la misma habitación en que están ellos”.

Em síntese: tirania do homem, escravização da mulher.

Como curiosidade, e para ilustração, vejamos agora, sumariamente, qual a situação da mulher em algumas nações africanas às quais pertenciam os negros que para aqui vieram e dos quais nos fala ARTHUR RAMOS ⁽⁹¹⁾:

Negros do grupo gege, da nação daomeana:

“A sociedade daomeana é constituída no modelo estritamente patrilinear.”

Negros maoemetanos (mandingas):

“A organização social é estritamente patriarcal.”

(90) PANYELLA — ob. cit.

(91) RAMOS, Arthur — *Introdução à Antropologia Brasileira* — Edição da Casa do Estudante do Brasil — Rio, Brasil — 1943.

Negros malês:

“O *status* social da mulher era inferior.”

Negros de Angola:

“A mulher obedece inteiramente à ordem dos chefes masculinos: aos pais, aos maridos. Os pais entregam a filha ao pretendente que pague o maior *alambramento*; isto é, o preço do noivado.”

XV — A mulher no Japão

No Japão antigo a situação da mulher não fugia à regra.

Como em geral nas sociedades daqueles tempos, ela vivia marginalizada e enclausurada, inteiramente dominada pelo homem.

Mesmo as mulheres de boa estirpe não passavam de objeto de luxo e, se bonitas, mais isoladas eram:

“As mulheres bem nascidas descritas por Sei Shoanagon (*Livro do Travesseiro*), de modo especial as jovens e bonitas, teriam de levar uma vida de isolamento, ocultando-se dos olhos indagadores, em seus “quichos” fechados por cortinas, exibindo os rostos apenas às criaturas e aos parentes próximos” (JONATHAN NORTON LEONARD) ⁽⁸²⁾.

No século VIII, porém, as coisas se modificaram inteiramente e a mulher alcançou um *status* elevado, senão em todas as camadas sociais, pelo menos nas classes mais altas:

“No sistema do governo Soga, a mulher japonesa gozava de um estatuto de plena igualdade com os homens. O próprio Tenno foi uma mulher, em 539, a Princesa Suiko. Esta igualdade de sexos era principalmente observada no ambiente dos poderosos do Império. Entre o povo a mulher não gozava dos mesmos direitos” ⁽⁸³⁾.

Durante todo o período da Idade Média foi mantido esse estado de coisas, a mulher sendo devidamente considerada e participando não só dos negócios do lar como também da vida pública.

Da Renascença para cá a situação da mulher foi piorando, agravando-se no século XVIII.

Já nos tempos correntes ela integrou-se no movimento libertário das mulheres do ocidente e vem alcançando sucessivos êxitos em suas reivindicações, sem, no entanto, perder as características que fizeram

(82) LEONARD, Jonathan Norton — *Japão Antigo* — Trad. de THOMAZ SCOTT NEWLANDS NETO — Livraria José Olympio Editora — Rio, Brasil — 1973.

(83) *Historama* — *A Grande Aventura do Homem* — vol. III — cit.

dela uma figura singular no mundo. PANYELLA ⁽⁹⁴⁾ assim desenhou essa linha sinuosa seguida pela mulher, no País do Sol Nascente:

“En la corte medieval japonesa la mujer tuvo un papel sobresaliente y destacó en el cultivo de las artes y de las letras. La gran novela Genjé del siglo XI, fue escrita por una mujer, Nurasaki, que demostró, además de un arte excelso, grandes dotes psicológicas. En cambio, las tradiciones confucionistas y budistas, que recobraran su vigencia a partir del siglo XIV, desminuyeron el poder de la mujer. Ekken, en el siglo XVIII, estableció que la mujer debe obedecer siempre, primero a sus padres, luego al esposo y a los suegros y si enviuda, a sus hijos varones. Según este moralista los defectos fundamentales de la mujer son: desobediencia, cólera, odio, maledicencia, envidia y estupidez. La obra de Ekken, *El Gran Saber de las Mujeres* (Onna Daigaku) codificó o provocó el estado de sumisión de la mujer.

La educación actual comprende todavía una serie de formas de conducta, saludo y movimientos tan refinados como los que acompañan a la ceremonia del té, y al cuidado y disposición de los jardines y las flores.

En los últimos años la mujer, especialmente en las ciudades, ha modificado profundamente sus formas de vida, sus normas de conducta y, en consecuencia, su relación con los padres y marido, pero sigue siendo la exquisita e incomparable mujer admirada en todo el mundo.”

XVI — *A mulher entre povos da Oceania*

Na antiga Austrália, entre os nativos, a mulher não passa de uma coisa como outra qualquer. Completamente subjugada pelo homem, que pode, até, “negociá-la” com parentes e amigos, ou “emprestá-la” a seus hóspedes. Porque o homem tem, sobre ela, todos os direitos. A poligamia é aceita e a infidelidade da mulher é punida com a morte:

“Una vez efectuado el matrimonio, que puede o no ser polígamo, la esposa queda sometida al marido, qui tiene todos los derechos sobre ella, pudiendo intercambiala con los amigos y hermanos, o prestarla a vecinos y viajeros. En cambio las infidelidades de la esposa, si se deben a la voluntad de ésta y no a la del marido, son castigadas invariablemente con la muerte”, salienta PANYELLA ⁽⁹⁵⁾ que nos transmite, sobre países e povos da Oceania, outras interessantes informações.

Assim, no tocante aos *altas* ou *negritos*, das Filipinas:

“El matrimonio entre los *altas*, en general, es monógamo. Las muchachas guardan estricta castidad prematrimonial, so pena de no hallar marido. Contrariamente a lo que suele suceder en otras comunidades primitivas, las muchachas dan li-

(94) PANYELLA — ob. cit.

(95) PANYELLA — ob. cit.

brememente su consentimiento al matrimonio, pudiendo rechazar a los pretendientes indeseables.”

As moças são, portanto, donas de seus corações. Contudo, “si la mujer es infiel, el jefe del grupo la condena a muerte, pero si el marido si toma justicia por su mano, es castigado con la pena capital, por considerarlo culpable de asesinato”.

A respeito dos *dayak*, pigmeus da ilha de Bornéu:

“La estructura social se basa en el patriarcado, pero en algunas tribus del norte existen algúns restos de matriarcado”, mas “la mujer es libre de elejir el marido que más le plasca, y antes del matrimonio, y con su consentimiento, es raptada por su prometido, el cual debe pagar a la familia de la mujer una indemnización.”

Desse modo, apesar da supremacia do homem, a mulher merece certas atenções e, ao menos no que concerne ao casamento, pode escolher livremente o seu parceiro.

Em relação aos *papuas*:

Os papuas vivem em ilhas do arquipélago melanésio. Há, entre eles, revivescências do matriarcado. Também praticam a poligamia, mas desta só se beneficiam os chefes e os ricos. Diz PANYELLA (96):

“De gran interés son también las costumbres existentes entre los *papuas* derivados del matriarcado, como son la herencia siguiendo la línea femenina y la elevación de la categoría de la mujer, pasando el padre a ser un simple miembro más de la familia de la mujer. El matrimonio, realizado generalmente por cambio o compra, y raramente por raptó, es por lo general de tipo monógamo, y únicamente entre los jefes y gente de gran posición económica se da el caso de poseer dos o más mujeres.”

Ilhas polinésias:

Nas ilhas polinésias, em geral, a mulher tem o valor de um bem necessário e de que se é proprietário. Pode ser emprestada, porém o é como uma dádiva especial concedida a hóspedes a quem o anfitrião deseja homenagear. São as mulheres o objeto mais valioso que os homens têm para oferecer ao forasteiro. Eles usam suas filhas e esposas como um meio de se afirmarem socialmente e para angariar as boas graças dos visitantes. É o que divulga HERBERT WENDT (97):

“Um hóspede é algo especial, não somente aos olhos dos povos naturais, mas também para muitos civilizados: ele vem de outras terras, pode ser uma ameaça, mas também portador de felicidade, mensageiro divino. Urge, pois, acautelar-se, prestar-lhe homenagem: a homenagem máxima consiste em oferecer-lhe as mulheres da família.”

(96) PANYELLA — ob. cit.

(97) WENDT, Herbert — *Tudo Começou em Babel*, cit.

Outro autor que se dedicou ao estudo dos povos polinésios é ADELBUT VON CHAMISSO ⁽⁹⁸⁾, deles nos dizendo, no livro *Viagem de Circunavegação*:

“Numa sociedade mais natural a castidade é somente imposta à mulher pelo esposo, cuja propriedade exclusiva ela se tornara. O homem vive da caça, a mulher cuida de suas armas e de sua presa — cabe-lhe servir e submeter-se. O homem não tem obrigações para com o forasteiro, onde o encontrar pode matá-lo e apropriar-se dos seus haveres. Mas quando o deixar viver é obrigado a lhe fornecer o que ele necessita para continuar vivo. A refeição está preparada, o estrangeiro precisa de mulher. A hospitalidade torna-se uma virtude em grau superior, e o dono da casa aguarda o forasteiro à beira do caminho e leva-o ao aconchego de seu lar para que ele, o viajante, traga à habitação a bênção do Ser Supremo. Assim procedendo, é provável que ofereça ao hóspede também sua mulher, e seria então uma ofensa recusá-la.”

No *Havai*:

Também no Havai a mulher era completamente subordinada ao homem. Havia, entre marido e esposa, completa separação. E o tratamento da mulher era discriminatório, sendo ela posta em plano inferior. CARLETON COON ⁽⁹⁹⁾ escreveu sobre os habitantes da ilha:

“Cada conjunto familiar constava de cinco casas de um só quarto cada: a câmara nupcial, a sala de refeições do homem, a sala de refeições da mulher, o quarto de trabalho da mulher e a sala em que o homem guardava os seus ídolos. Exteriormente havia duas cozinhas separadas para os alimentos do marido e da esposa. A mulher não podia entrar na sala de refeições do marido, ou no seu oratório, sob pena de morte.”

Finalmente, cumpre registrar, em relação aos povos da Melanésia e da Austrália, um fato que, lendário para uns, para outros constitui uma verdade histórica: a existência de “esposas coletivas”. Assim, mulheres pertencentes a determinado grupo mantinham relações, indiscriminadamente, com todos os membros de um mesmo clã. Quer dizer: eram esposas comuns a todos os homens de uma tribo. Quem o diz é IVAR LISSNER ⁽¹⁰⁰⁾:

“... em certa época, as mulheres que pertenciam a um grupo dado eram as “esposas coletivas” dos membros de um clã determinado. Esta hipótese foi formulada por alguns etnólogos que, em apoio de sua argumentação, invocam o fato de, nas línguas melanésias, as palavras que designam a mãe, a mulher, a esposa e o filho só existirem no plural”.

(98) CHAMISSO, Adelbut Von — cit. por HERBERT WENDT.

(99) COON, Carleton S. — *A História do Homem* — Trad. de MILTON AMADO — Editora Itatiaia — Belo Horizonte, Brasil — 1960.

(100) LISSNER, Ivar — ob. cit.

XVII — *A mulher entre os esquimós*

Os esquimós vivem nas costas do Oceano Glacial Ártico. Entre eles a mulher é, também, em realidade, um simples pertence do marido. Dela se serve para seu prazer e para os trabalhos do lar. Pode ser trocada ou emprestada. Os laços de família são frouxos:

“...un concepto muy laxo acerca del vínculo matrimonial, siendo frecuente el cambio e incluso el préstamo de esposas” (PANYELLA) ⁽¹⁰¹⁾.

XVIII — *A mulher na antiga Sibéria*

A situação das mulheres entre os diversos povos da Sibéria diferia da em que geralmente estavam colocadas nas civilizações de antanho. Tinham certos privilégios, eram acatadas e respeitadas. Principalmente as anciãs. É o que informa HERBERT WENDT ⁽¹⁰²⁾:

“As mulheres ocupam situação de relevo entre os tchuctches e outros antigos povos da Sibéria. Em contraste com os hábitos de outros povos, os samoielos, por exemplo, não eram consideradas impuras, mas, pelo contrário, presidiavam às atividades diárias. Envelhecendo, muitas vezes tornaram-se sacerdotisas, de maneira semelhante ao que se dava entre os germanos; considerava-se que estas anciãs “se transformavam em homens” e a tribo devia-lhes obediência. Elas passavam a usar roupas masculinas, falavam com voz grave, aprendiam a usar o arco e a lança e eram peritas em preparar venenos, em hipnotizar, em suggestionar. Empunhando pequenos tambores e ostentando enfeites esquisitos na cabeça, convocam o povo para cerimônias de encantamentos, derradeiras representantes do matriarcado lítico.”

Eis aí: mais valiam as mulheres quando “viravam” homem. Quando deixavam de ser mulheres. No fundo, é o “machismo” de sempre...

XIX — *A mulher na Rússia*

Tão ou mais deplorável do que entre outros povos em que foi tão oprimida e humilhada, era a situação da mulher, antigamente, entre os povos eslavos em geral.

Inferiorizada, marginalizada, tiranizada, não tinha nenhum direito, dela se utilizando o homem como um traste sem mais valia. MARIZA GIMBUTAS ⁽¹⁰³⁾ dá-nos o seguinte flagrante desses povos naqueles tempos:

“A condição da mulher era bastante baixa, principalmente na zadruga russa, onde o pai da casa podia aplicar castigos

(101) PANYELLA — ob. cit.

(102) WENDT, Herbert — *Tudo Começou em Babel* — cit.

(103) GIMBUTAS, Mariza — *Os Eslavos* — Trad. de ANTÔNIO LAVRADOR DA SILVA — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1975.

corporais à mulher e aos filhos, e até cometer adultério com as noras. Reza a *Primeira Crônica Russa (Laurentius Letopis)* que os homens das tribos drevljane, radinuchi, vjatichi e severjane tinham duas e três esposas.”

Diz mais:

“Por morte do marido, a mulher não tinha direito a quaisquer bens que ele tivesse deixado; poderia, se assim o desejasse, continuar a viver na casa, onde lhe dariam de comer e de vestir e de onde um dia sairia a enterrar. Se deixasse a casa do marido, perderia esses direitos.”

Mesmo em tempos relativamente recentes era degradante o estado social em que as mulheres eram enquadradas no grande país euroasiático.

Em casa, eram tratadas como menores, incapazes, ou servas, sem direito. Viviam em total e rigorosa submissão. Até chicoteadas eram, às vezes.

Abria-se uma exceção na zona rural, onde a mulher desfrutava de alguma consideração, pois a sua presença nas atividades agrícolas lhe possibilitava uma certa participação na vida das comunidades camponias.

ROGER PORTAL (104), reportando-se ao que acontecia, a esse respeito, na Rússia do século XVI, assim se expressa:

“Metade da população permanece na sombra: as mulheres, sobre as quais pesam a lenda do pecado original e uma legislação que é obra dos homens, não possuem direitos, estão submetidas à vontade dos pais e do marido.

Colocada ao nível da menor e da criada, a mulher deve obediência ao chefe da família. No entanto a sua situação difere muito, segundo se trate da cidade ou do campo, de ricos ou pobres. A participação nos trabalhos agrícolas, a ruptura com o meio de origem nestas migrações que a todos os instantes lançam sobre os caminhos da Rússia tantas famílias de camponeses, asseguram à mulher uma relativa liberdade e uma autoridade de fato, que podemos suspeitar mas não exatamente avaliar.

Além disso, na ausência dos homens a mulher participa da assembleia comunal das aldeias. A sua situação inferior, nascida do descrédito que sobre ela lança a religião, e frequentemente agravada pela grosseria, pela brutalidade e pelos desejos do marido, encontra compensação no papel necessário e tão importante que ela desempenha na economia dos campos.

(104) PORTAL, Roger — “Os eslavos, povos e nações” — in *Rumos do Mundo* — Trad. de NATÁLIA NUNES — Edições Cosmos — Lisboa, Rio — 1968.

Na cidade e nas famílias abastadas, a mulher vive em maior reclusão e cada vez mais à medida que se sobe na escala social.”

E remata:

“O *Domostrói* mostra-nos bem, pelas suas recomendações, o que poderia ser no século XVI a atmosfera que rodeava as relações do casal:

Se o marido verificar que a ordem é perturbada pela mulher ou pelos seus servidores, ou porque não se sigam as regras prescritas por este livro (governo da casa, orientação da criação), deverá chamar a mulher à razão e instruí-la. Se esta se submeter e sujeitar a sua conduta às instruções do marido, este deverá amá-la e recompensá-la.

Se a mulher, o filho ou a filha não atenderem às palavras ou às instruções do pai de família, se não o ouvirem com docilidade, se não o temerem, se não fizerem o que o marido, o pai ou a mãe ordenam, é preciso chicoteá-los segundo a sua falta.”

O homem era, para sua família, não só o senhor, mas também o juiz. Ou, melhor: o feitor e o carrasco. E assim continuou, ordinariamente, na Rússia, durante toda a época czarista.

XX — A mulher entre os mongóis

A vida das mulheres entre os mongóis diferia bastante da que levava entre os povos da mesma época. Uma vida dura e de submissão, o homem mandando.

Mas, pelas características de seus labores tinha uma posição mais importante no grupo a que pertencia.

O regime familiar é o patriarcal. A mulher, sem liberdade e sem vontade, constitui simples bem integrante do patrimônio masculino. Bem que até pode ser herdado, passando de pai para o filho, como outro bem qualquer. Mas, repitamos, apesar desse caráter absolutista do sistema, já apareciam na família mongol leves indícios favoráveis à mulher, que PANYELLA⁽¹⁰⁵⁾ resalta:

“La familia, siempre polígama y de base patriarcal, permite el marido tantas mujeres como pueda mantener; el criterio de elección es amplio, pues el enlace con una viuda del padre, excepto la propia madre, o con la viuda de un hermano u otro pariente, es frecuente, y aun “aconsejable”. La mujer goza, sin embargo, de una cierta consideración y tiene sus ocupaciones propias: las atenciones domésticas, operaciones de compra y venta, y labores que proveen a los suyos de diversas

(105) PANYELLA — ob. cit.

prendas u objetos necesarios, como la reparación de tiendas, hilado, tejido, cordelería y confección del vestido.”

Mais do que por essas tarefas, as mulheres mereciam um maior apreço pelo fato de acompanharem os maridos em seu trabalho e na guerra:

“Uma vez casadas, as mulheres mongóis levam a vida rude, nômade e guerreira de seus maridos. Suas responsabilidades são múltiplas: vida doméstica, roupas, crianças. Seus caracteres se moldam nas dificuldades de sua rude vida cotidiana”, comenta PHILLIPP CONRAD ⁽¹⁰⁶⁾, e acrescenta:

“A poligamia é norma geral, sendo possível possuir tantas mulheres quantas se possa comprar. O filho herda as mulheres de seu pai, como seus outros bens, e pode esposá-las, se lhe convier, à exceção, entretanto, de sua mãe. A mesma prática vale para as cunhadas vivas.”

Ao tempo de Gengis Khan, que elaborou e promulgou um Código (Yasa), as mulheres tornaram-se mais livres e conceituadas:

“A mulher, pelo Yasa, ganhava plena autonomia, figurando também nas funções militares, não só porque atendia aos deveres familiares como também porque acompanhava o marido nas expedições. Durante os combates as mulheres eram protegidas atrás dos carros, mas grande número também participava dos combates” ⁽¹⁰⁷⁾.

De qualquer forma, a mulher mongol fugia ao lugar comum. Não era somente a dona de casa tradicional, às voltas com a criação dos filhos e as labutas caseiras. Sua vida tinha mais atrativos. Apesar dos pesares, participava dos negócios da comunidade. Tinha, mesmo, alguma autoridade. Daí um certo prestígio e um *status* mais razoável, indicado por EDOUARD PERROY ⁽¹⁰⁸⁾:

“O papel das mulheres, incumbidas das tarefas domésticas, é considerável nesta sociedade: montam e desmontam as tendas, conduzem os carros, ordenham o gado, batem a manteiga, preparam o leite seco (gri-ut), ajudam os homens a preparar as peles, a fabricar os calçados, calanchar o feltro e compram por troca tudo que a casa necessita. Acompanham mesmo os chefes à guerra e, durante o combate, efetuam o trabalho dos homens. Destarte, estes últimos solicitam-lhes de bom grado conselhos; a história conservou os nomes daquelas que influenciaram nas decisões de certos chefes. No demais, a mulher que enviava assume a tutela dos filhos menores, dispõe soberanamente dos bens da família, toma o comando do campo e até conduz os guerreiros.”

(106) CONRAD, Philippe — *As Civilizações das Estepes* — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

(107) *Historama — A Grande Aventura do Homem* — cit.

(108) PERROY, Edouard — “A Idade Média”, in *História Geral das Civilizações* — Trad. de J. GUNISBURG e VITOR RAMOS — Difusora Européia do Livro — São Paulo, Brasil — 1957.

Essa, a mulher mongol. “Amélia” perfeita. Dela até poderíamos dizer, com Ataúlfo Alves: aquilo, sim, é que era mulher de verdade. . .

Realmente, foi ímpar o lugar da mulher na sociedade mongol.

A poligamia, como vimos, existiu. Entre os mongóis, porém, a poligamia representava mais um processo de sobrevivência e de integração não tendo o caráter tradicionalista de outras sociedades. Tanto que as esposas e as concubinas tinham seus filhos postos em um plano de igualdade. As mulheres eram, sim, bens que se herdavam. Mas eram famosas por sua austeridade. De qualquer modo, eram alvo de certa consideração e eram ouvidas nas decisões do chefe da família. Ouçamos o que, a respeito, transmite D. PHILIPS ⁽¹⁰⁹⁾ :

“Dentro da ordem patriarcal que descrevemos, a posição da mulher, apesar das pesadas tarefas que lhe impunham e da instituição do casamento polígamo, não era assim tão desfavorável. Para se dispor da garantia de meios de subsistência em todas as circunstâncias da vida era preciso pertencer a uma família, e a poligamia tornava isto mais fácil. Se bem que houvesse concubinação, não se fazia a menor distinção de legitimidade entre filhos das esposas e das concubinas. As zangas entre esposas eram raras. A prática segundo a qual o herdeiro ficava com todas as mulheres do pai, exceto a própria mãe, sem necessidade de novo casamento, chocava os chineses e outros povos, mas era prática das mais vulgares entre os nômades altaicos. Dava às viúvas e aos filhos segurança contra a escravidão virtual e exploração dos bens e animais. Em todas as questões, menos a guerra e a caça, se pedia continuamente opinião às mulheres, e nos últimos tempos viúvas de cãs serviam como regentes. As mulheres mongóis eram notadas entre todas pela sua lealdade e castidade.”

XXI — *A mulher entre os citas, os germanos e os “bárbaros” em geral*

Os citas eram um povo bárbaro que vivia na Mesopotâmia e chegou até ao Egito e a Índia.

Também entre eles a mulher tinha pouco valor. “Coisa” do marido, que os filhos herdavam. As vezes, como sucedia na Índia, acompanhava o marido em sua viagem para o Além. . .

É o que nos ensina T. T. RICE ⁽¹¹⁰⁾ que, em suas pesquisas sobre esse povo, anotou:

“Os citas eram polígamos, herdando muitas vezes os filhos as mulheres dos próprios pais, embora em qualquer caso uma

(109) PHILIPS, E. D. — *Os Mongóis* — Trad. de RODRIGO MACHADO — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1974.

(110) RICE, Tamara Talbot — *Os Citas* — Trad. de RODRIGO MACHADO — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1974.

delas tivesse geralmente de morrer quando do falecimento do marido, de modo a acompanhá-lo no outro mundo.”

Registrou mais:

“... todo o material existente tende a provar que as mulheres citas, afora vestirem-se de uma forma mais variegada do que os homens, eram mantidas em subserviência, forçadas a viajar em galeras com os filhos pequenos, em vez de cavalgarem ao lado dos maridos, obrigadas a devotarem-se inteiramente às ocupações domésticas e, em alguns casos, compelidas a morrer com os consortes.”

Aliás, o que acontecia entre os citas ocorria, de modo mais ou menos semelhante, entre todos os chamados povos bárbaros. De fato, em todas aquelas tribos nômades e guerreiras que invadiram a Europa, como uma avalanche, em determinado momento da história, a mulher era tida em pouco apreço. Vivia em dependência total, quando solteira, dos pais e dos irmãos, e, quando casada, do marido. Este poderia abandoná-la quando bem quisesse. As mulheres não herdavam, não negociavam, não participavam das deliberações do grupo. Só o homem tinha voz ativa. É o que lembra GERALD SIMONS ⁽¹¹¹⁾:

“O baixo valor atribuído à vida feminina refletia a condição insignificante da mulher numa época dominada por homens guerreiros. A primeira verdade aprendida por qualquer mulher era a de que ela possuía pouquíssimos direitos. Não podia herdar imóveis se existisse qualquer parente do sexo masculino, nem podia vender ou comprar por sua conta objetos de valor. Teoricamente, os únicos motivos para o divórcio eram o adultério, a prática da bruxaria ou a profanação de um túmulo ou igreja. Porém poucas mulheres ousariam dar início a um processo de divórcio, enquanto que muitos maridos se descartavam de suas mulheres por mero capricho. Casada ou solteira, a mulher “livre” não podia, em lugar algum, governar sua própria vida. Dizia a lei lombarda que ela deve permanecer sempre sob o poder dos homens, e, em último caso, sob o poder da lei.”

Idêntico conceito da mulher tinham as tribos germânicas. Era um ente que não podia ser livre, carecendo sempre da tutela do homem. Seu tutor é que lhe dirigia os negócios. A viúva, inclusive, ficava sujeita ao filho, à sua família ou a alguém nomeado pelo rei para protegê-la:

“La mujer germánica necesitaba más que nadie de este **mundium** o protección. El código de los longobardos dice textualmente: “No será legal para una hembra vivir según su propia voluntad, sino que permanecerá siempre sujeta al poder

(111) SIMONS, Gerald — *Os Bárbaros na Europa* — Trad. de VERA MARIA TELXEIRA SOARES — Livraria José Olympio Editora S.A. — Rio, Brasil — 1971.

de un hombre, marido o pariente. No poderá tampoco traspasar su propiedad, mueble e inmueble, sin el consentimiento de aquel bajo cuya protección (*mundium*) vive, observa PIJOAN ⁽¹¹²⁾ e acrescenta:

“La esposa vivía bajo el *mundium* o protección del marido, y al morir éste, del de su hijo mayor. Si no tenía ningún hijo, recaía bajo el *mundium* de su familia, y en caso de no tener pariente alguno, el rey señalaba su *mundium* para defenderla.”

Como se vê, dentro de toda essa tirania sobre a mulher, havia, no fundo de tudo, um certo sentido cavalheiresco na conduta dos germanos, pois a mulher, em qualquer hipótese, tinha sempre alguém para protegê-la.

XXII — A mulher entre os vikingues

Os vikingues, povo nórdico, foram piratas, invasores, colonizadores. Sobressaíram-se por suas atividades no mar. Sua epopéia, na história, verificou-se entre os séculos VII e XIII. Estiveram em Paris, deixaram lembrança na Inglaterra e na Itália, colonizaram a Islândia e a Groenlândia, participaram da fundação de Novgorod e Kiev, na Rússia.

Entre esse povo aventureiro, forte e valente, a mulher tinha uma vida diferente e heróica:

“La época de los vikings tiene sus doncellas fuertes, guerreras, de rojos cabellos, que con frecuencia, se hacen a la mar para dedicarse al rapto y a la pirataria” (VALDEMAR VEDEL) ⁽¹¹³⁾.

Como se vê, a condição feminina não impediu a mulher vikingue de viver perigosamente.

XXIII — A mulher na Ilha da Páscoa

Na misteriosa Ilha da Páscoa, onde alguns etnólogos e arqueólogos admitem ter existido uma civilização antiqüíssima, a situação da mulher não teria sido tão ruim. Teria ela sido mais livre, com algumas prerrogativas, e até teria cooperado com os homens na solução dos problemas coletivos.

Entretanto, existia discriminação entre os sexos, em detrimento do feminino. E, como da tradição, a mulher devia obediência ao marido:

“As mulheres de Hang-roa geralmente são bem tratadas e gozam de muita influência. Elas não hesitam em exprimir livremente sua opinião durante as discussões, mas não ousam resistir abertamente demais

(112) PIJOAN — ob. cit.

(113) VEDEL, Valdemar — *Ideales de la Edad Media* — Editorial Labor S.A. — Barcelona, España — Traducción de MANUEL SANCHEZ BARTO — 1935.

à vontade de seus maridos”, informa ALFRED METRAUX ⁽¹¹⁴⁾, que diz, também:

“A divisão do trabalho entre os sexos é eqüitativa. As mulheres não dão a impressão de estarem sendo sobrecarregadas de trabalho.”

E ainda:

“Os homens e as mulheres comem separados em várias sociedades da Polinésia oriental. Este tabu talvez não fosse tão rígido na Ilha da Páscoa, mas o costume mandava que os homens fossem servidos em primeiro lugar. As mulheres e as crianças contentavam-se com os restos das refeições.”

XXIV — *A mulher no mundo islâmico*

Dá-se a denominação de “mundo islâmico”, em geral, ao conjunto de povos que, em diferentes partes, seguem a religião de Maomé. Esse “mundo” é constituído, em sua maior parte, de povos árabes.

A tradição, entre os muçulmanos, quanto ao casamento, é do regime poligâmico. Como sempre, o homem, desde que disponha de recursos, pode possuir mais de uma mulher. Esta, normalmente, é isolada da vida social. Inteiramente submissa ao homem. A educação que recebeu, inspirada nos preceitos do Alcorão, modelou-a assim, passiva e obediente, a tal ponto que aceitava a condição de uma entre outras mulheres do marido.

Em tempos idos, a noiva, sem nem sequer ser ouvida, era negociada com o seu futuro consorte:

“Geralmente” — ensina DESMONT STEWART ⁽¹¹⁵⁾ — “um homem tomava sua primeira esposa aos 20 anos e lhe era permitido tomar mais três, mas apenas se lhes pudesse oferecer moradia própria, com as comodidades e conforto adequados e escravos para que o servissem”.

Prossegue:

“Um bom número de formalidades precedia o casamento muçulmano, mas a jovem delas nunca participava diretamente, nem era necessário seu consentimento para a realização do mesmo. Os arranjos preliminares eram feitos pelas respectivas mães; então o candidato se aproximava do pai da moça. Finalmente, redigia-se um contrato, confirmando a idade da jovem (geralmente de 12 a 20 anos) e sua virgindade, assim como o preço a ser pago pelo noivo por sua noiva, e que a esta pertenceria se se divorciasse.”

(114) METRAUX, Alfred — *A Ilha da Páscoa* — Trad. de EDITH BARROS MARTINS — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1973.

(115) STEWART, Desmond — *Antigo Islã* — Trad. de IRACEMA CASTELLO BRANCO — Livraria José Olympio Editora S.A. — Rio, Brasil — 1973.

Mas não era só. A mulher vivia enclausurada:

“A sociedade muçulmana era um mundo de homens. Enquanto as mulheres eram mantidas fechadas atrás das portas, o homem da casa passava a maior parte das horas de lazer na cidade.”

Também PHILIPPE AZIZ⁽¹¹⁶⁾, discorrendo sobre a civilização moura na Espanha, onde foi ampla e intensa a influência árabe, confirma essa triste situação da mulher no Islamismo:

“A célula familiar é um microcosmo onde o pai é o senhor absoluto e incontestado. Sua mulher considera-se como sua humilde servidora e só lhe fala com o maior respeito.”

Assim foi no mundo islâmico, durante séculos.

Hoje, contudo, aquele estado de coisas está sofrendo profundas transformações. Os países muçulmanos estão modernizando suas estruturas sociais. A televisão, o rádio, o telex, os mísseis, os aviões supersônicos, tudo isso vai estreitando o mundo, irmanando os homens, confundindo problemas, facilitando contatos, uniformizando critérios, aproximando pontos de vistas, aparando arestas, reduzindo diferenças, igualando posições, universalizando campanhas. Os povos se intercomunicam com extrema facilidade, se interligam, se influenciam reciprocamente. Certas causas deixam de ser nacionais, passam a ser universais. O humano supera o nacional. E é assim que o movimento feminista de libertação agita todos os países, entre os quais também os árabes. Na Síria, no Egito e no Líbano, principalmente, mas, ainda, nas demais nações islâmicas, a mulher vai a pouco e pouco se emancipando e garantindo um lugar ao sol:

“Em nenhum outro aspecto os efeitos desse movimento renovador são mais sensíveis do que no *status* da mulher. Os defensores de maiores direitos e uma participação social mais efetiva para as mulheres argumentam, com muita propriedade, que o estado de sujeição a que se viram reduzidas nunca foi negado pelo Corão. E assinalam o importante papel por elas desempenhado nos primeiros tempos do Islamismo: além de acompanharem os guerreiros árabes em suas campanhas de conquista, suas esposas lutavam lado a lado com eles nos momentos mais difíceis; os reformistas lembram ainda que, nessa época, as mulheres não assumiam uma atitude de total submissão diante dos homens”, comentam os autores de *Povos e Países*⁽¹¹⁷⁾, que adiantam:

“A partir do século VIII, entretanto, a participação da mulher foi sendo progressivamente cerceada. Sobretudo nas cidades, entre as classes dominantes; no campo onde as mulheres trabalhavam lado a lado com os homens, os haréns e o antigo costume do véu não chegaram a ser implantados em larga escala.”

(116) AZIZ, Philippe — *A Civilização Hispano-Moderna* — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

(117) *Povos e Países* — ob. cit.

E falando nos dias atuais:

“Em países como o Egito, um número cada vez maior de mulheres disputa com os homens as mais diversas profissões, desde a advocacia e o jornalismo até a engenharia, a medicina e a pesquisa científica.

Hoje, no terreno econômico-social, as mulheres gozam praticamente dos mesmos direitos que os homens, pois recebem salários idênticos pelo mesmo tipo de trabalho. E, ao contrário de muitas de suas irmãs ocidentais, já têm assegurada, há longos anos, a plena posse de suas propriedades.”

XXV — *A mulher na Armênia*

Na Armênia, que, no século VI a. C., pertenceu ao Império Persa, no século I, também antes de nossa era, esteve sob o domínio romano e hoje integra a URSS, a mulher, no período medieval, desfrutava de uma situação que destoava bastante da em que estavam posicionadas as mulheres na maioria dos países daquele tempo. Apesar das tradições e dos exemplos “machistas” a condição feminina naquele país era razoável, valendo registrar o fato, justamente por ser uma exceção.

Sem dúvida, os homens eram, como sempre, privilegiados, mas as mulheres, de qualquer modo, não eram tão sacrificadas:

“Os direitos das mulheres foram reconhecidos nos raros casos em que não houve descendentes masculinos diretos ou em que não havia varões na linha dos mais velhos”, diz SIRARPIE DER NERSESSIAN⁽¹¹⁸⁾.

Não viviam ilhadas. Marcavam sua presença na sociedade. iam a festas, participavam da vida pública. Houve, mesmo, mulheres que exerceram a diplomacia e até o governo, assinala o referido autor⁽¹¹⁹⁾:

“As mulheres tinham os seus próprios apartamentos nos palácios e habitações dos ricos, mas não estavam segregadas e participavam na vida social. Assistiam ao teatro e estavam muitas vezes presentes nos banquetes dados pelos maridos, especialmente durante os primeiros séculos. Não houve mulher alguma que reinasse sozinha na Armênia ou na Cilícia, mas nuns quantos casos a rainha governou o reino por um certo período durante a ausência do rei ou durante a menoridade do seu filho, depois da morte do rei. Por vezes atuavam como embaixadoras e intercessoras.”

Ainda mais: as mulheres podiam ter bens em seus próprios nomes e administrá-los por conta própria:

“As mulheres controlavam uma certa quantidade de bens e tinham propriedades. Numerosas inscrições mencionavam

(118) NERSESSIAN, Sirarpie Der — *Os Armênios* — Trad. de VICENTE MARTINS — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1973.

(119) NERSESSIAN, Sirarpie Der — ob. cit.

doações de quintais e aldeias feitas por elas aos mosteiros. Várias igrejas foram inteiramente construídas com fundos dados por mulheres” (NERSESSIAN) (120).

XXVI — A mulher em Bizâncio

No Império Bizantino, onde a cidade de Bizâncio alcançou dias de grande esplendor, a mulher chegou a ser colocada, socialmente, em uma posição bastante favorável. Foram-lhe reconhecidos alguns direitos e a tratavam com distinção. Tinha liberdade, agia em certos planos em igualdade com os homens e atuava ativamente na sociedade, inclusive no trato de negócios:

“... elas moviam-se livremente em sociedade e os seus direitos quanto à propriedade eram iguais aos dos homens. Podiam servir de tutoras de menores, e no divórcio os seus interesses eram considerados semelhantes aos do marido. Podiam (e fizeram-no muitas vezes) ilustrar-se, e em certas ocasiões dirigiram propriedades com grande eficiência. A sua posição geral é provavelmente avaliada com exatidão pelo número de mulheres que governavam como poderosas regentes, ou mesmo como imperatrizes” (DAVID TALBOT RICE) (121).

Também PHILIP SHERRARD (122) realça esse aspecto da civilização bizantina, mostrando o progresso verificado na situação jurídica da mulher, ali já usufruindo de proteção e liberdade, gerindo bens e dividindo com o homem a responsabilidade na educação dos filhos:

“A condição jurídica da mulher na estrutura social de Bizâncio era relativamente prestigiada. Seu dote era protegido por uma lei que exigia que o marido lhe trouxesse bens suficientes para igualar o valor do dote. Em certas circunstâncias podia ela controlar os bens próprios e os do marido, e em relação aos atos do filho gozava de autoridade igual à do marido.”

Cabe observar que o posicionamento social da mulher estava ligado à classe a que ela pertencia, diversificando-se sua condição e seu *status* conforme fosse nobre ou plebéia. Explica PHILIP SHERRARD (123):

“O papel da mulher na sociedade variava de acordo com a sua posição. A imperatriz, naturalmente, tinha importantes oportunidades de ação e influência independentes do imperador; as mulheres das famílias nobres tinham funções próprias nas cerimônias imperiais, correspondentes às dos seus equiva-

(120) NERSESSIAN, Sirarpie Der — ob. cit.

(121) RICE, David Talbot — *Os Bizantinos* — Trad. de MARIA ONDINA — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1970.

(122) SHERRARD, Philip — *Bizâncio* — Trad. de JOSÉ LAURENCIO DE MELO — Livraria José Olympio Editora S.A. — Rio, Brasil — 1972.

(123) SHERRARD, Philip — ob. cit.

lentes masculinos. Nos degraus mais baixos da escala social as mulheres criavam os filhos, socorriam os pobres, e muitas vezes se preocupavam com as suas alunas.”

XXVII — *A mulher entre os incas*

A grandeza da civilização incaica não alcançou a mulher. Esta, no antigo Peru, nada mais significava, também, que um objeto. Existia exclusivamente em função do homem que poderia, igualmente, possuir tantas concubinas quantas pudesse manter.

Como novidade, é de notar que a esposa principal do inca era selecionada entre suas próprias irmãs. É o que nos transmite SIEGFRIED HUBBER (124) :

“O inca mantinha um harém; mas, no antigo Peru, a monogamia era a norma. Em compensação, os altos personagens tinham tantas concubinas quantas sua riqueza permitisse”, acrescentando: “A esposa legítima do inca reinante, a *coya*, era sempre escolhida entre suas irmãs.”

Outra singularidade da sociedade incaica, também assinalada por SIEGFRIED HUBBER, eram as *aclla huasi*, espécies de conventos, mas, na realidade, casas de mulheres, não de prostitutas, porém de mulheres convenientemente preparadas para servir, de várias maneiras, aos deuses, ao inca e aos nobres. De certa forma, o que se verificava, em parte, com aquela instituição, era como que um modo romântico de se fazer um harém. A *aclla* talvez valesse como a sublimação do concubinato. Mas, oferecia outros aspectos interessantes. Eis o que diz SIEGFRIED HUBBER (125) :

“As *aclla huasi* são, sem dúvida, as instituições mais curiosas do império inca.”

E especifica:

“A *aclla huasi* de Cuzco, que se comunicava com o templo de Inti pelo montículo do Sol, era um vasto conjunto de edifícios que formavam um quadrilátero de cem metros de lado.”

Prosseguindo:

“O interior estava dividido em duas partes: uma, sem clausura, compreendendo os locais de administração e os alojamentos das criadas e dos eunucos, e a clausura propriamente dita, onde ninguém podia penetrar, à exceção do inca, do grão-sacerdote, da esposa do soberano e de suas filhas. Lá viviam as *aclla*, as isoladas.”

(124) HUBBER, Siegfried — *O Segredo dos Incas* — Trad. de MILTON AMADO — Editora Itatiaia — Belo Horizonte, Brasil — 1961.

(125) HUBBER, Siegfried — ob. cit.

Continua:

“Com o intuito de convencer seus leitores do alto nível espiritual de seus ancestrais incas, GARCILOSO DE LA VEGA chama as *aclla* “virgens do Sol”. A denominação “esposas do Sol” é, entretanto, mais conforme à realidade, pois, escolhidas entre as filhas das famílias nobres, as *aclla* eram as esposas de Inti e, por conseguinte, as de seu filho, o inca reinante. Seu verdadeiro nome era *intip acllas*, que significa “eleitas do Sol.”

Diz, mais:

“Na qualidade de “esposas do Sol”, as *aclla* se ocupavam da casa do inca e do templo de Inti.”

E conclui:

“As *aclla* não deviam conhecer outro homem além do inca; a regra era inflexível e a pena capital castigava as infrações. Não só o culpado como os membros de sua família eram executados.”

Como se vê, havia, na espécie, uma mistura de sexo e religião, de etiquetas sociais e de amor, mas, ao fim, o que na realidade existia era o uso da mulher pelo homem, fosse para fins religiosos ou para a satisfação de seus prazeres. Porque, em verdade, as mulheres incas não eram donas de si. Viviam sujeitas ao homem. Seleccionadas pela beleza, as mais belas eram justamente as reservadas aos sacrifícios, e, as outras, distribuídas aos nobres e aos guerreiros ou destinadas a outros serviços.

De qualquer modo, o que parece positivado era a condição de verdadeira escravidão em que vivia a mulher, na verdade um bem a mais no patrimônio do homem, que dela se utilizava como lhe aprouvesse. O que os peruanos fizeram, através da Casa das Mulheres, foi, embora em tom místico e poético, apenas sublimar a prática de dominação da fêmea pelo macho. BUSCHNELL⁽¹²⁶⁾ nos descortina, a propósito, essa paisagem edificante:

“As mulheres também eram submetidas a organização e a vigilância. Um funcionário inca visitava as aldeias a intervalos regulares para inspecionar todas as moças que tivessem atingido mais ou menos os dez anos. Ele dividia-as em duas classes: as de beleza especial ou aparência prometedora eram educadas pelo Estado em instituições especiais, ou reservadas para sacrifícios em ocasiões especiais ou em emergências, como durante um ataque ou na doença grave de um imperador; as restantes ficavam para que o curaca escolhesse para elas, na devida altura, um esposo entre os rapazes da aldeia. As seleccionadas ingressavam em conventos chamados *Aclla Huasi*, as Casas das Mulheres Escolhidas, nas capitais provinciais ou em

(126) BUSCHNELL, G. H. S. — *Peru* — Trad. de GUSTAVO ANJOS PEREIRA — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1972.

Cuzco, e lá aprendiam fiação, tecelagem e cozinha. As destinadas a sacrifícios eram consideradas como afortunadas, pois lhes estavam, na outra vida, assegurados tranqüilidade e conforto. Das outras, umas seriam dadas por graça do imperador, como esposas, a nobres ou guerreiros vitoriosos, e das outras algumas seriam esposas secundárias ou servas do imperador, e as restantes, guardando a castidade perpétua, destinavam-se ao serviço dos templos e santuários.”

Sexo, misticismo, política, mistério...

IVAR LISSNER (127) confirma esses informes:

“... tornadas Virgens do Sol, eram (as moças), umas destacadas para o serviço do deus Sol, outras tornavam-se concubinas dos dignitários e dos chefes militares. Promovidas a “mulheres escolhidas”, algumas consagravam-se ao inca; preparavam-lhes as refeições, costuravam suas roupas e partilhavam seu leito.”

O mesmo falam os colaboradores de “Reader’s Digest” (128):

“A maioria das mulheres casava com plebeus e compartilhava a sua vida rotineira. No entanto, as jovens mais belas eram escolhidas aos 10 anos e enviadas para escolas especiais, nas capitais das províncias, onde, depois de aprenderem a cozinhar, a tecer etc., se procedia a nova seleção. Umas iam para a corte, a fim de servirem o deus vivo ou serem dadas por ele a nobres de sua preferência; outras, conhecidas por virgens do Sol, eram dedicadas ao serviço dos templos e faziam votos de castidade.”

XXVIII — *A mulher entre os maias*

Ao que parece, a vida da mulher, entre os maias, obedecia aos padrões tradicionais: dedicava-se ao lar e aos afazeres domésticos, incumbindo ao marido as atividades fora de casa.

Ao contrário do habitual, o regime matrimonial era a monogamia.

Sobre esse povo nos conta GUY ANNEQUIN (129):

“Geralmente, e diferente dos lacandoses de hoje, os maias eram monógamos”. . . “As mulheres se levantavam muito cedo, lá pelas três ou quatro horas, e preparavam uma refeição de bolachas de milho, feijão ou simples *atoles*, para os homens, que, ao alvorecer, partiam para os campos, para a caça ou para outras atividades.”

(127) LISSNER, Ivar — ob. cit.

(128) *História do Homem* — cit.

(129) ANNEQUIN, Guy — *A Civilização dos Maias* — Trad. de ALBERTO PINHEIRO JUNIOR — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

Informações semelhantes nos são transmitidas por MICHAEL COE (130):

“Praticava-se a separação dos sexos. As raparigas eram educadas exclusivamente pelas mães e todas as faltas de castidade eram gravemente punidas. A monogamia era costume generalizado, mas os homens importantes, com poderes para tanto, poderiam ter mais que uma mulher.”

XXIX — *A mulher entre os astecas*

Outra grande civilização americana foi a asteca, no México, ainda hoje motivo de admiração, sob certos aspectos, para os que a estudam.

Nela, observa PAUL ULRICH (131):

“São poucas as mulheres que trabalham, dedicando-se estas na maioria das vezes ao lar e aos trabalhos domésticos. Mas participam da vida da tribo e assistem às refeições em pé de igualdade com os homens.”

Assim, a asteca não estava marginalizada. Pelo contrário, tinha uma certa participação na vida comunitária, inclusive exercendo funções importantes, como a de sacerdote. Em determinadas ocasiões chegava a prevalecer no lar, como acentua JEAN MARCILLY (132), aludindo às atividades da parteira:

“A parteira tinha uma importância capital no mundo asteca, pois não somente ajudava a criança a nascer, cortava-lhe o cordão umbilical, pronunciando as palavras do ritual de boas-vindas, mas, com efeito, exercia as funções de sacerdote. Um mês antes do nascimento, dirigia toda a casa, inclusive seus moradores; era responsável por tudo.”

Atribuía-se, pois, um valor muito grande à vida, donde esse ritual. E era a mulher (parteira) a figura central de tudo.

A valorização da vida correspondia a valorização da mulher-mãe. Por isso, o parto era comparado a uma guerra e tanto se enaltecia a mãe que dava à luz um ser como se honrava a que morria de parto, o que era como morrer em combate e propiciava à morta as mesmas homenagens prestadas ao guerreiro tombado na batalha. Continua MARCILLY (133):

“Se a mulher morria de parto, logo chegava à mesma semividência que podia conhecer o guerreiro morto no combate

(130) COE, Michael D. — *Os Maias* — Trad. de ARMANDO LUZ — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1971.

(131) ULRICH, Paul — ob. cit.

(132) MARCILLY, Jean — *A Civilização dos Astecas* — Trad. de LUIZA TERTULIANO VIEIRA — Otto Pierre Editores — Rio, Brasil — 1978.

(133) MARCILLY, Jean — ob. cit.

ou sacrificado aos deuses"... "A mulher morta de parto recebe mesmo honras excepcionais. De certa maneira, torna-se santa e mártir"... "Os guerreiros diziam que a mulher morta de parto não ia para o inferno, mas sim para o palácio do sol, e que este a tomava consigo por causa da sua carruagem."

A mulher-mãe era, portanto, venerada, quase idolatrada.

Entrementes, o destino natural da mulher cumpria-se no lar e aqui na terra. A parteira dizia à recém-nascida: "É necessário que sejas na casa como o coração no corpo, não deves sair de casa... deves ser como a cinza do fogão".

Como sempre, a diferenciação social pela diferenciação do sexo. A mulher nascerá só para o lar.

Concernentemente ao matrimônio, eram os pais que cuidavam dos filhos, e sempre consoante suas conveniências. Conquanto o casamento fosse um só, o asteca também podia ter mais de uma esposa, desde que pudesse fazê-lo. Essas esposas secundárias tinham um lugar no lar, e eram respeitadas por todos, embora a principal reinasse sobre as outras.

Seja como for, o regime familiar era o patriarcal, logo com a supremacia do pai e do marido. Malgrado isso, a mulher tinha alguns direitos, não apenas em relação à sua posição no lar como sobre os bens comuns do casal. Com a palavra, novamente, MARCILLY (134):

"Embora vivendo sob um regime patriarcal, a mulher não é sua vítima. Suas liberdades são grandes, seus privilégios bem estabelecidos, perfeitamente defendidos. Assim, basta que uma esposa se queixe, diante do tribunal, de ter um esposo brutal, que lhe bate, que não lhe dá tudo a que tem direito para o bom equilíbrio material do lar ou que, mau pai, negligencie seus filhos, para que sua queixa seja aceita. O tribunal decide confiar à esposa a guarda dos filhos, ordena o inventário do casal, decide a partilha por igual e pronuncia o divórcio. A mulher está, então, livre para se casar novamente."

Aí está: até parece que a mulher asteca vivia nas sociedades contemporâneas...

XXX — *A mulher entre os indígenas*

Variou enormemente a situação da mulher entre os indígenas de diferentes regiões e raças e, sobretudo, de culturas diversas.

(134) MARCILLY, Jean — ob. cit.

Não se pode, por isso, falar de uma situação da mulher entre os indígenas, mas de distintas situações da mulher, no meio das tribos indígenas, espalhadas por diversos continentes.

Dessa maneira, entre os *ona*, habitantes da Terra do Fogo, na América, é possível que, num tempo muito longínquo, existisse o matriarcado, do qual o homem libertou-se mais tarde. A este entendimento somos levados pelo que, sobre esses indígenas, narra PANYELLA (135):

“Las mujeres estaban excluidas del Kloketen (sociedade secreta): en realidad la esencia misma del Kloketen era antagonismo a la mujer. Según una leyenda, el Kloketen fue instituido por el Hombre Sol para acabar con la tiranía de las mujeres capitaneadas por la Mujer-Luna.”

A reação dos homens, se é que existiu o matriarcado, foi extremada. Sabe-se que, na Terra do Fogo, em período posterior, a mulher passou a ter menos valor do que um cão, e era este o poupado se, em alguma circunstância, o homem tivesse de optar pelo sacrifício de um deles.

Já entre os *jívaros*, povo guerreiro que vivia na região do Alto Amazonas, no Equador, a mulher tem uma baixa condição: não passava de uma coisa do homem:

“La mujer tiene prácticamente la condición de esclava: debe cuidar del campo, de la comida, de los animales, y ella es también quien debe recoger la leña para el hogar, fabricar su propia cerámica y cuidar de los hijos y del esposo. En el caso de que hayan de emprender un viaje por la noche, ella deberá preceder al marido para aluceyentar las serpientes y alejar los peligros” (PANYELLA) (136).

O casamento era poligâmico.

Situação semelhante era a da mulher entre os índios shipibo, localizados na Amazônia peruana. Mas apenas no que tange ao trabalho: ela quem cuida do campo, dos animais, da casa, do transporte de gêneros, da educação dos filhos, da tecelagem, da cerâmica. Todavia, diferentemente do que sucedia entre os *jívaros*, o fato de a mulher tanto trabalhar e produzir lhe propiciou uma posição de destaque no povoado e, especialmente, no lar.

PANYELLA (137) assim descreve os costumes desses indígenas:

“También entre estos indios es la mujer la que carga con la mayor parte del trabajo del poblado; ella es quien cuida de los campos, una vez preparados, de la casa, de los animales domésticos, del transporte de la leña y del agua para el hogar,

(135) PANYELLA — ob. cit.

(136) PANYELLA — ob. cit.

(137) PANYELLA — ob. cit.

y de los hijos. Además las mujeres shipibo son hábiles tejedoras y ceramistas"... "Así como entre los jívaros la mujer, apesar de cargar con todo el trabajo del poblado y quizás por eso, es considerada casi como una esclava, entre los shipibo la misma causa origina un feto contrario. Por ser precisamente ella que lleva en la práctica la economía del poblado, es también la que en realidad manda en el hogar, aunque no sea el jefe de la comunidad.

El hombre, al casarse, abandona el hogar de los padres y va a vivir con su esposa en casa de los padres de ésta, a los que ayudará en sus tareas y vivirá allí hasta que tenga varios hijos; entonces construirá una casa en el mismo poblado, donde se trasladará a vivir con su familia y así quedará incorporado al clan de la esposa (matrilocalismo). La residencia, pues, es matriarcal y la descendencia matrilineal, ya que los hijos pertenecerán a la familia de la madre; el esposo debe en todo momento un respeto a los suegros y no puede dirigirles la palabra directamente, sino que lo hará por mediación de su esposa, hasta tal punto que si el hombre no acatase esta ley y su suegro le contestara en voz airada, el que ha cometido la falta deberá abandonar la casa. En el hogar es la mujer quien manda y el marido se dirige a ella hablando en tono bajo, sumido y con respeto.

Son polígamos, pero por el predominio femenino, el hombre, al contraer nuevos matrimonios, deberá hacerlo con las hermanas de su esposa, es decir, practican la poligamia sororal."

Em síntese: a mulher shipibo tinha bastante prestígio. Mas não era um prestígio gratuito, e, sim, adquirido à custa de um trabalho hercúleo...

Situação oposta à que tinha entre os índios shipibo era a que lhe estava reservada entre os *esmeralda* e os *manta*, encontrados na costa norte do Equador. É ainda PANYELLA (138) quem nos instrui a respeito:

"Las mujeres ocupaban un lugar muy secundario entre los *manta* a llegada de los españoles, pues era común entre ellos el vicio de la sodomia, del que hacían alarde público maltratando a las mujeres y exhibiendo a los niños objeto de su vicio adornados con joyas de oro y piedras."

Transportando-nos aos indígenas que viviam no Brasil, cabe advertir, como o fizemos com referência aos índios em geral: numerosas e distintas eram as *nações* espalhadas pelo território brasileiro, havendo diferenças na organização social de cada um, inclusive no atinente aos direitos e deveres da mulher.

(138) PANYELLA — ob. cit.

ARTHUR RAMOS ⁽¹³⁹⁾, que analisou a fundo a vida dos nossos aborígenes, fornece-nos os seguintes dados acerca das várias tribos que aqui existiam:

Sobre os *tupis*, em geral:

“Muitos cronistas falam da existência da poligamia entre os antigos tupis, embora eles considerassem a primeira mulher a verdadeira esposa, a quem as outras deviam obediência.”

Sobre os *tupinambás*:

“O *status* social da mulher tupinambá, a deduzir-se dos textos históricos, era muito baixo. Ela tinha que trabalhar para o marido e sujeitar-se às tarefas que ele lhe determinasse.”

Sobre os *apinagés*:

“A família apinagé é matriarcal: a casa pertence à mulher do construtor. Em caso de divórcio, em vez da mulher, é o marido que tem de deixar a casa”. . . “O casamento solene e público, com uma virgem, é considerado indissolúvel. As únicas razões para o divórcio de um casamento solene são o adultério de parte da esposa e grosseiro mau trato da mulher por parte do marido”. . . “Na divisão do trabalho social, as atividades de coleta, caça e pesca são essencialmente masculinas. Nas tarefas agrícolas, os homens cortam as árvores e preparam o campo, sempre ajudados pelas mulheres no plantio e na colheita.”

Sobre os *aruaques*:

“As mulheres casam-se jovens. São tratadas com certo desprezo. São segregadas de muitas cerimônias. Não podem ver os instrumentos sagrados. No entanto, às mulheres estão afetos todos os trabalhos agrícolas e domésticos.”

Sobre os *baicaris*:

“As atividades agrícolas surgiram com as mulheres. Enquanto os homens iam à caça e à pesca, as mulheres tomavam conta dos mantimentos e iniciavam uma rudimentar faina agrícola e coletavam também os frutos e tubérculos. A cozinha vegetal é o seu domínio. Posteriormente elas vão lavrar a terra com a enxada de pau, colher os grãos e preparar a farinha.”

Sobre os *borôros*:

“As práticas de noivado e casamento entre os borôros parecem estar ligadas à importância da mulher na tribo. Segundo COLBACCHINI, a iniciativa do pedido de casamento cabe à mulher, que faz suas consultas à sua mãe ou à irmã mais velha. Estas

(139) RAMOS, Arthur — *Introdução à Antropologia Brasileira* — Edição da Casa do Estudante do Brasil — Rio, Brasil — 1943.

tomam todas as providências junto à família feminina do rapaz. No caso que este aceite, a mãe do pretendente, ou, na falta desta, a irmã mais velha, vai à procura do rapaz com um cesto de presentes, fazendo então o pedido oficial. Aceito o presente, está concluído o ajuste. Prepara-se então a choça da noiva para receber o noivo, que como já ficou dito, deve habitar em casa da mulher (matrilocalidade)."

No trabalho "enquanto os homens caçam, as mulheres dedicam-se a atividades de coleta, procurando frutos silvestres na floresta ou desenterrando raízes por meio de um pau pontudo".

Sobre os *nambiquaras*:

"O *status* social da mulher nambiquara parece ser melhor do que o das outras indígenas do Brasil. Trabalha muito, é certo, "mas é tratada, em regra, com muita ternura"... "Os maridos são ciosos de suas esposas."

Sobre o *carajás*:

"Os homens preparam o terreno e plantam a mandioca e o cará, enquanto que as mulheres se encarregam do plantio do algodão, do milho, da batata-doce e do urucu"... "As mulheres fazem também utensílios de cerâmica muito grosseiros e preparam várias peças de fibras e algodão. Cuidam da roça e fazem colheita."

Discordante da informação de ARTHUR RAMOS em torno dos tupinambás é a que nos comunica FLORESTAN FERNANDES ⁽¹⁴⁰⁾, pois, segundo este, observa-se, entre os tais indígenas, "a proteção permanente assegurada à mulher pelo homem. Isso, tanto na maloca e no grupo local, contra os ataques inimigos, como nas viagens, contra animais ferozes ou ainda inimigos". Além disto, "o homem realizava a parte mais árdua do trabalho agrícola: a derrubada e a queimada". No tocante ao casamento, o homem só possuía mais de uma esposa quando era "grande principal" e "valente", o que valorizava, igualmente, suas mulheres. Quanto ao divórcio, sua iniciativa podia ser tomada "tanto pelo homem quanto pela mulher". No lar, o regime era o patriarcal, mas reconheciam-se "certos limites à autoridade do marido", visto que "a mulher era indispensável ao homem".

Se bem que se dispensasse, assim, à mulher tupinambá alguma consideração, não seria possível atribuir-se-lhe maior destaque, e isso por força da natureza — para aqueles índios inferior — da mulher. Os atributos femininos impediam a mulher de maiores favores, ao passo que os masculinos punham o homem no topo da sociedade. FLORESTAN FERNANDES ⁽¹⁴¹⁾ focou o problema da seguinte forma:

"Segundo a cosmologia dos tupinambás, via de regra somente os homens — e nem todos — atingiram o tipo de perso-

(140) FERNANDES, Florestan — *Organização Social dos Tupinambás* — Difusão Européia do Livro — São Paulo, Brasil — 1963.

(141) FERNANDES, Florestan — *ob. cit.*

nalidade considerado ideal. As mulheres e as crianças, bem como os homens covardes e pusilânimes, dificilmente o conseguiam. Assim se explica a exclusão desses indivíduos da sociedade sobrenatural dos antepassados. As diferenças de personalidade ligadas ao sexo eram, pois, muito importantes na determinação da conduta dos tupinambás, sendo os atributos considerados masculinos encarados como atributos supremos e ideais.”

Dessa maneira, a condição social inferior da mulher era tida como uma fatalidade biológica...

Muito diversa da comum entre os aborígenes brasileiros era a condição da mulher na tribo dos carajás, onde tinha liberdade e merecia, com os filhos, a devida assistência de seu companheiro. COUTO DE MAGALHÃES (142), que os visitou, divulga, a respeito, os seguintes comentários, discordantes com os de outros autores:

“A mulher, desde que atinge à idade em que lhe é permitido entrar em relação com o homem, concebe daquele que lhe apraz. No período de gestação e amamentação é sustentada pelo pai do menino, o qual pode exercer igual encargo para com outras, as quais, durante períodos idênticos, moram na mesma cabana. Desde que a mulher começa a trabalhar é livre de conceber do mesmo homem, ou de procurar outro, passando para este o encargo da sustentação da prole anterior.”

Em outra tribo que conheceu, a dos *guatós*, COUTO DE MAGALHÃES (143) constatou um sistema “machista” radical:

“Os *guatós* do Paraguai brasileiro são um tipo exagerado dos direitos do homem sobre a mulher.”

Entretanto, por imperativo do sexo, que conduz à diferenciação de labores sociais, a mulher não é demasiado onerada, como diz MAX SCHIMIDT (144), que também conviveu com os *guatós*:

“Os apetrechos para caça e pesca são preparados pelo homem, assim como a própria caça e pesca constituem seu privilégio. É ele ainda quem faz a comida. As mulheres ocupam-se exclusivamente em fabricar panelas e outras coisas de barro. Também fiam e tecem.

Assim, vê-se que a maior parte do trabalho compete ao homem, enquanto as mulheres, conforme pude observar, levam uma vida bastante ociosa. Entretanto, durante as viagens na canoa costumam auxiliar o homem na direção da mesma.”

(142) MAGALHÃES, Couto de — *O Selvagem* — Comp. Editora Nacional — São Paulo, Brasil — 1940.

(143) MAGALHÃES, Couto de — ob. cit.

(144) SCHIMIDT, Max — *Estudos de Etnologia Brasileira* — Trad. de CATHARINA BARATZ CANABRAVA — Comp. Editora Nacional — São Paulo, Brasil — 1942.

Já no seio dos índios *perecis* a mulher estava relegada a um estado verdadeiramente vil. Tratada com desdém, marginalizada, submetida a toda espécie de pressões, escravizada, sua sorte era realmente lastimável. Eis como ROQUETTE PINTO ⁽¹⁴⁵⁾ retratou tal situação:

“Tratam as mulheres com certo desprezo” (...) “só consentiam que elas comessem quando já estavam absolutamente saciados” (...) “segregam-nas das cerimônias do seu culto” (...) “escondem dos seus olhos os instrumentos sagrados das tribos” (...) “elas se ocupam em trabalhos de toda sorte: socam o milho, plantam, fiam, lavam a roupa, cozinham, tratam dos filhos.”

O regime familiar era o patriarcal e o casamento poligâmico.

Deduz-se, do exposto, que variaram as condições de vida da mulher, nas diversas nações indígenas que habitaram o Brasil, oscilando, conseqüentemente, a sua posição social, aqui de escrava, acolá em destaque.

Certos traços eram, contudo, comuns à maioria das culturas aborígenes. ANGIONE COSTA ⁽¹⁴⁶⁾, por exemplo, falando de nossos autóctones de maneira generalizada, diz, em relação ao matrimônio:

“Casavam com uma ou várias mulheres, mas cada uma dispunha de seu próprio fogo, na *oca*, e de sua plantação de raízes. A esposa mais velha, entre certas tribos, exercia como que uma função de matriarcado. Dispunha de autoridade sobre as outras e sobre os filhos de todas.”

Quanto ao relacionamento entre o macho e a fêmea, prevalecia, em regra, a lei do mais forte. Escreve RUGENDAS ⁽¹⁴⁷⁾:

“As mulheres são tratadas como escravas e a única prova de amor que recebem de seus maridos são ferozes acessos de ciúme, durante os quais são bastante maltratadas, como o demonstram as profundas cicatrizes que se vêem em seus corpos.”

E no que se relaciona com o trabalho:

“Cabe às mulheres preparar os petiscos e cuidar das necessidades domésticas. Elas constroem as cabanas, carregam a caça, e acendem o fogo, o qual, como entre a maioria dos selvagens, é feito esfregando-se uma na outra duas espécies de madeira.”

A propósito do casamento é oportuno registrar que a mulher era ouvida sobre o mesmo, que só se realizava com o seu consentimento, o

(145) PINTO, E. Roquette — *Rondônia* — Comp. Editora Nacional — São Paulo, Brasil — 1938.

(146) COSTA, Angione — *Introdução à Arqueologia Brasileira* — Comp. Editora Nacional — São Paulo, Brasil — 1934.

(147) RUGENDAS, Maurício — *Viagem Pitoresca Através do Brasil* — Trad. de SERGIO MILLIET — Livraria Martins — São Paulo, Brasil — 1941.

que já representava uma conquista, desconhecida de povos antigos, entre os quais, como vimos, alguns de brilhante civilização. A informação é de JEAN DE LERY (148).

“... quem quer ter mulher, seja viúva ou donzela, indaga de sua vontade e em seguida dirige-se ao pai ou, na falta deste, ao parente mais próximo, para pedi-la em casamento. Se lhe respondem afirmativamente, leva consigo a noiva como legítima mulher sem que se lavre nenhum contrato.”

XXXI — *Da antigüidade à era contemporânea*

Da exposição feita do posicionamento social da mulher entre os povos de todas as partes do mundo, tanto das grandes civilizações como das civilizações rudimentares, vê-se que não se pode estabelecer, no tempo, uma linha evolutiva que leve à conclusão de que a mulher partiu de um determinado tipo de vida até alcançar certos padrões de existência, em tais ou quais períodos históricos, nos diferentes países.

Tanto ou mais do que hoje, mesmo nas eras mais remotas, até mesmo na pré-história e na proto-história dos povos, constatamos diferenças marcantes no posicionamento social da mulher, conforme estivesse localizada nessa ou naquela cultura, nesse ou naquele espaço político-geográfico.

Observamos, igualmente, que a situação da mulher foi-lhe mais favorável, às vezes, na história de um mesmo povo, em tempos mais distantes do que em outros mais próximos, bem como averiguamos que, numa mesma época, mulheres de povos diferentes tinham condições de existência bastante diversificadas.

A religião dominante, o sistema político adotado, a situação econômica, o grau de desenvolvimento cultural, a riqueza do solo, o clima, tudo isso, bastante diferenciado de povo a povo e de tempo em tempo, contribuiu para que não fosse possível desenhar uma visão geral do posicionamento da mulher em termos cronológicos ou espaciais.

Seja como for, e descontadas as exceções já apontadas, comprovou-se que, de um modo geral, a situação da mulher, nos períodos mais recuados da história da humanidade, era bastante precária, eis que ela valia, normalmente, como um simples objeto, de que os homens se serviam segundo seus desejos e interesses.

Sem direitos, quase, sem liberdade, marginalizada da vida social; sujeita a toda sorte de pressões, ofendida e humilhada, enfim, inferiorizada, a mulher não passava de uma escrava.

Outra constante na história das gentes está em que se tomou a diferença de sexo como sinônimo de diferença de natureza entre o ho-

(148) LERY, Jean — *Viagem à Terra do Brasil* — Trad. de SERGIO MILLIET — Livraria Martins — São Paulo, Brasil — 1941.

mem e a mulher, mas uma diferença em termos de hierarquia de virtudes, pondo-se o homem em plano superior e definindo-se essa pretensa superioridade, assim de caráter biológico, como verdadeira fatalidade.

Daí um enquadramento específico da mulher no lar e no trabalho, predominando a idéia de que a mulher "foi feita" para o lar e que certas atividades lhe são defesas, porque próprias do homem.

Política, conhecimentos, esportes, nada disso seria "coisa para mulher". E esse estado de espírito, vindo da noite dos tempos, atravessou a Antigüidade, transpôs a Idade Média, passou pelos tempos modernos e chegou até a nossa época, conquanto apresentando tonalidades distintas em cada um desses períodos e embora, em todos eles, houvesse sempre aqueles que tentassem modificar as coisas, dando à mulher o seu devido valor.

Vimos, em pormenores, a situação da mulher na Antigüidade. Passemos, agora, às outras eras.

Na chamada Idade Média, por exemplo, lembra ANNE FREMAN⁽¹⁴⁰⁾, "o fidalgo era senhor absoluto do seu castelo e de sua esposa", e, na classe burguesa, no que diz respeito ao trabalho, a mulher, "além de preparar a comida, tomava conta da casa, dirigia as criadas, cuidava das crianças e ainda achava tempo para cultivar rosas... rezar o rosário, dançar e cantar".

Havia uma forte discriminação entre os sexos, ao homem se concedendo tudo, nada ou muito pouco se dando de concreto à mulher. Esta, conforme sua classe, ou era posta numa redoma, ou constituía apenas uma máquina de trabalhar e de produzir filhos.

ZOÉ OLDENBOURG⁽¹⁵⁰⁾, que estudou aquele período histórico em extensão e profundidade, diz, a propósito:

"O homem tinha todos os direitos, enquanto a mulher, mesmo legalmente, não tinha praticamente nenhum, sendo uma eterna menor. A mulher nobre estava, sob pena de morte violenta, obrigada à virtude e a uma fidelidade conjugal absoluta, enquanto o homem, considerado polígamo por natureza, se concedia uma liberdade sexual quase total; se devia abster-se de desonrar as mulheres e filhas de outros nobres, o fazia por respeito à propriedade alheia."

Dessarte, considerada um *bem* do marido, quando casada, e, quando solteira, simples marionete nas mãos do pai, a mulher era utilizada pelo homem para negócios e alianças entre fidalgos, servindo para

(140) FREMAN, Anne — *A Idade da Fé* — Trad. de RACHEL DE QUEIROZ — Livraria José Olympio Editora S.A. — Rio, Brasil — 1972.

(150) OLDENBOURG, Zoé — *As Cruzadas* — Trad. de VANIA PEDROSA e MOURA RIBEIRO SARDINHA — Editora Civilização Brasileira S.A. — Rio, Brasil — 1968.

restauração de patrimônios ou para composições políticas. Não passava, pois, de um ente secundário. É o que recorda, ainda, Zoé OLDENBOURG (151):

“A mulher nobre era — em geral — desposada por questões de interesse e conveniência, servindo de laço entre duas famílias, garantia de amizade entre beligerantes reconciliados. O cavalheiro oferecia sua filha ou irmã (às vezes a mãe) a qualquer senhor com o qual procurasse concluir uma aliança. A viúva era dada por seu soberano a um homem capaz de defender a terra, a herdeira a um vassalo que se queria recompensar e — não havia sentimentalismo naquela época — a filha podia reclamar e obter a mão do assassino de seu pai.”

Acrescentem-se os casamentos por interesse, de fidalgos ameaçados de falência e que se utilizavam de suas filhas ou irmãs para equilibrar seus negócios.

Chamou-se, a essa época, a Idade da Fé. A Igreja realmente dominava. Mas não se vivia, às vezes, o Cristianismo. Como neste caso, isto é, em relação à mulher. Porque “pelo cuidado e atenção especial que teve para com as mulheres, particularmente por sua mãe, Cristo é um especial redentor das mulheres” (152). Realmente, o Cristianismo, alçando a mulher à condição de pessoa, deu-lhe uma dignidade igual à do homem. Entretanto, os Cavaleiros da Cruz, na Idade da Fé, não pareciam possuídos do verdadeiro sentido da religião de Cristo.

Insistamos, porém, na análise da posição da mulher, nesse período que, do ponto de vista religioso, lhe deveria ser favorável, mas que lhe foi tão ingrato. Com todo o “cavalheirismo” reinante nessa época, sob certos aspectos tão “romântica”, a verdade é que, ao invés da mulher, foi o homem o endeusado. Mesmo quando se procurava lisonjear a mulher, era a figura do homem que lhe apontavam como o modelo a imitar. Para ela engrandecer-se, deveria arremedar as qualidades masculinas.

Seja como for, contudo, a mulher ainda possuía algumas prerrogativas, chegando mesmo, algumas, a alcançar alta posição social, valendo isso, porém, como exceção, num estado social em que ela não se distinguia muito da mulher na antigüidade.

Fala Zoé OLDENBOURG (153):

“As *chansons de toile*, único vestígio do que poderia ter sido a sensibilidade feminina na época das primeiras cruzadas (compostas para as mulheres e talvez pelas mulheres) nos mostram uma adoração pelo homem quase comparável à de uma certa imprensa sentimental de nossa época: o homem é o mestre e o bem e o mal pelo qual se respira. Entretanto a moça nobre, educada com certa liberdade, lado a lado com seus

(151) OLDENBOURG, Zoé — ob. cit.

(152) *Bíblia Sagrada* — cit.

(153) OLDENBOURG, Zoé — ob. cit.

irmãos, grande amazona, às vezes, especializada nos esportes menores, tais como o lançamento de dardo, tinha muito naturalmente tendência a adotar, como seus, os valores masculinos, pois esses eram, em princípio, reconhecidos como superiores. A mulher nobre, por pouca personalidade que tivesse, apossava-se dos direitos que a lei lhe recusava, mas, em geral, só exercia sua autoridade sobre as mulheres do povo ou da pequena nobreza. Entretanto, não era raro ver a esposa ou a mãe do senhor governar o castelo e o domínio na ausência daquele, defender uma praça em tempo de guerra e comandar soldados.”

Como o cão, que lambe a mão do dono que lhe bate, a mulher medieval, maltratada pelo homem, ainda achava meios de servir ao seu senhor. Tipo da mulher de malandro...

Na esplêndida fase que sucedeu à Idade Média, a Renascença, a situação da mulher só aparentemente melhorou, ela continuou menosprezada e submissa, dominada pelo homem.

É certo que algumas figuras femininas conseguiram romper os grilhões que as subjugavam e impor-se, mas isso valeu, repitamos, como exceção para confirmar a regra, e esta consistiu numa constante preocupação de se manter a mulher numa condição de inteira subordinação ao homem, como demonstra JOHN R. HALE⁽¹⁵⁴⁾, nesses flagrantes do Renascimento:

“... as conversas devem ter ocupado um papel de destaque nas reuniões sociais da Renascença, tanto as formais quanto as informais. E foi assim, na realidade”. (...) “O papel ativo e desinibido dado às mulheres nesses diálogos pareceu melhorar consideravelmente a posição feminina durante o Renascimento. Na verdade, com raras exceções, não foi bem assim. O acidente da herança ou casamento colocou em foco mulheres inteligentes e corretas como Isabel d’Este e Catarina Sforza, a primeira tornou-se uma das mais apaixonadas protetoras das artes, a segunda defendeu sua cidade, Forli, contra César Bórgia, com o vigor e a ingenuidade de um soldado nato. Mas de mulheres comuns ainda se esperava que se conservassem quietas e não exibissem seus conhecimentos ou liberdade de pensamento. No século XIV um comerciante florentino escreveu: “A mulher é uma coisa etérea e vã... Se você tiver mulheres em casa, conserve-as caladas tanto quanto possível, volte freqüentemente a casa e as mantenha amedrontadas e trêmulas”. No final do século XV o livreiro florentino Vespasiano da Bisticci, seguindo duas regras principais enunciadas por São Paulo, diria essencialmente o mesmo: “A primeira é que elas conservem suas crianças no temor a Deus, a segunda que elas se conservem caladas na igreja, e eu acrescentaria que elas parassem de falar em outros lugares também.”

(154) HALE, John R. — *Renascença* — Trad. de RONALDO VERAS — Livraria José Olympio Editora S.A. — Rio, Brasil — 1972.

Ainda no crepúsculo da era renascentista, já ao raiar da Idade Moderna, os homens, orgulhosos de suas criações, suas descobertas e de suas conquistas, a situação da mulher permanecia precária, pois estruturada num contexto social atrasado e preconceituoso. A sociedade da então famosa Veneza, por exemplo, daquele tempo, dá bem uma idéia das condições humilhantes em que se movia a mulher:

“As mulheres mal deviam incluir-se na categoria dos seres oprimidos, tratados desumanamente e privados de direitos”, comenta P. S. CHAMBERS ⁽¹⁵⁵⁾, que escreve, mais:

“As filhas dos patricios e dos cidadãos passavam do ambiente infantil para as fechadas convenções do casamento, compendiadas pelo untuoso *De Re Uxoriam*, de FRANCISCO BARBARO, escrito em 1410; se os pais não podiam fornecer um dote razoável, quer reunido pela família, quer proveniente de uma fundação caritativa, o futuro que as esperava era o de freiras ou de prostitutas.”

Se a mulher tentava, pelo trabalho, maior autonomia, ainda aí era discriminada e explorada:

“Mesmo as mulheres de trabalho estavam em condições desvantajosas. As que, no arsenal, trabalhavam em velas destinadas aos navios ganhavam uns 12 ducados por ano (menos do que um moço ajudante de carpinteiro naval) enquanto seu capataz masculino recebia cerca de três vezes mais” (CHAMBERS) ⁽¹⁵⁶⁾.

Para se ter uma idéia da estupidez vigente, no tangente aos direitos da mulher, basta evocar o que aconteceu com a filha do célebre Tintoretto, caso bastante ilustrativo de uma situação, também mencionado por CHAMBERS ⁽¹⁵⁷⁾:

“Era difícil a uma mulher mostrar o seu gosto artístico, o seu talento intelectual. A filha de Tintoretto, Marietta, era uma pintora talentosa; mas o pai (classificado como cidadão) infringiu-lhe, diz-se, o duplo insulto de a obrigar a vestir-se de rapaz e de a proibir de deixar a casa e seguir a sua carreira, apesar de prementes convites de cortes estrangeiras.”

É claro que muitas mulheres reagiram e até algumas delas conseguiram afirmar-se, mas, quando isso acontecia, elas passavam a ser vistas com desconfiança pela sociedade.

Certamente, nem em toda a parte a situação da mulher, na era renascentista, era igual à que ela tinha em Veneza, mas, em princípio, era assim mesmo que ela vivia, mesmo naqueles templos de esplendor artístico e cultural.

(155) CHAMBERS, P. S. — *Veneza Imperial* — Trad. de ANTÔNIO GONÇALVES MATTOSO — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1972.

(156) CHAMBERS P. S. — ob. cit.

(157) CHAMBERS, P. S. — ob. cit.

Com o correr dos séculos, contudo, o progresso das ciências, o surgimento de ideologias libertárias, as guerras, as revoluções, as transformações econômicas, sociais e políticas, a renovação filosófica e a humanização das religiões, a mulher, sempre batalhando por seus direitos e por sua dignidade, foi, a pouco e pouco, alcançando um lugar ao sol.

Assim, chegando ao século XVIII, vamos encontrar na França (país padrão da civilização, à época), com Luís XIV, uma sociedade onde a mulher já é colocada em uma posição bem mais razoável:

“Por toda a Europa, as raparigas que recebem uma educação superior devem-na a damas instruídas das escolas religiosas, a parentes ou amigas. A educação útil, prática, que lhes reservam é-lhes dada, muitas vezes (nos países protestantes), em casa pelos preceptores ou mestres; aprendem especialmente a música e as línguas vivas. A falta de uma educação mais formal não significa, porém, necessariamente, que a posição social da mulher seja inferior. Tudo parece indicar que partilha da posição do marido e da família em geral. Governa a casa e, muitas vezes, gere os negócios do marido — quer se trate da quinta, da oficina ou do domínio — quando ele viaja ou está em guerra” (RAGNHILD HATTON) (158).

Certamente, naqueles tempos, nem todos os países eram como a França, e em muitos deles, evidentemente, as mulheres não teriam ainda conseguido uma semelhante situação. No entanto, pelo papel que sempre desempenhou no mundo, a França, paradigma da civilização, pode ser tomada como ponto de referência. E lá, vimos, sob o reinado de Luís XIV, o Rei Sol, a mulher já começara a ver clareados os seus caminhos no mundo.

No século XIX melhorou ainda mais a “imagem” da mulher, como ressalta ARTHUR CONTE (159):

“Comme le XVIIIe siècle, autre époque joyeuse et gourmande, le II Empire adule la femme. Elle règne sur la mode, le théâtre et la politique. L'Empereur, le premier, a donné l'exemple: en faisant un mariage d'amour et en appelant sur le trône Eugénie de Montijo, une créature de simple noblesse mais belle. Il s'inclinait ainsi devant la royauté féminine.”

Um novo e largo horizonte começou, pois, a descortinar-se à mulher.

Essa evolução da condição feminina quase que se restringia às camadas sociais superiores. Nas classes média e popular as coisas eram diversas, mas, mesmo nelas, as mulheres já se movimentavam no sentido de sua emancipação, fosse pela educação ou pelo trabalho.

(158) HATTON, Ragnhild — *A Época de Luís XIV* — Trad. de ANTONIO GONÇALVES MATTOSO — Editorial Verbo — Lisboa, Portugal — 1971.

(159) CONTE, Arthur — *L'Épopée Mondiale d'un Siècle* — Librairie Hachette — Paris, France — 1970.

Os códigos e as leis em geral ainda estavam, mesmo na França, repletos de disposições restritivas, em relação à mulher, que, só recentemente, e mesmo assim nem em toda parte, conseguiu libertar-se do jugo masculino.

De qualquer modo, é do alto que as coisas descem, e, no cume da sociedade, a figura da mulher, em França, já começava a se projetar em sua real grandeza.

O século XX foi marcado, logo em seus primórdios, pela grande guerra de 14/18, a que se seguiu, a curto intervalo, o grande conflito mundial de 38/45. Essas duas tragédias abalaram os alicerces políticos, sociais, econômicos e até religiosos das nações, modificaram-lhes as estruturas, alteraram a visão das coisas, substituíram valores, impuseram ao homem novos procedimentos, determinaram uma revisão de princípios, indicaram novas posições, levaram a uma nova concepção do homem, das coisas e do universo.

No cadinho em que passou a fundir-se o novo mundo, forjou-se, então, a nova mulher, aquela que se vai firmando e afirmando como capaz de partilhar paritariamente com o homem das responsabilidades da criação de uma sociedade mais livre, mais fraterna, mais digna, mais cristã.

OLIVEIRA LIMA (160), tratando da primeira Grande Guerra, assim se referiu à incidência do conflito no reposicionamento social da mulher:

“A mobilização geral, continuada por anos, teve de levar a mulher aos ofícios e atividades antes reservados aos homens. Muitas das profissões tiveram de abrir, assim, nas artes, nas indústrias, no funcionalismo público, lugar para as mulheres — fenômeno a que muitos observadores atribuem grande valor como fator de desequilíbrio econômico e social do mundo contemporâneo. Por outro lado, o emprego da mulher em tais atividades levou, em grande parte, a uma sensível modificação na vida do lar e na educação dos filhos, com o enfraquecimento dos laços de família. Todos esses fatos se refletiam e se refletem, nas concepções e teorias da educação, que passaram a exaltar o papel organizador da escola e, em consequência, o papel do Estado como educador.”

A última Grande Guerra, atingindo mais larga e fundamente as estruturas tradicionais da sociedade, alterou ainda mais a organização dos Estados, e, no que concerne à mulher, ela teve, então, abertas todas as estradas, por onde pudesse livremente caminhar rumo à sua definitiva afirmação.

Realmente, o resultado dessa renovação total que se processou e ainda vem se processando nas sociedades de todos os países foi a mulher sair da “toca” e aparecer, corajosa e voluntariosa, em campo livre, disposta a consolidar seus direitos. Hoje, às vezes em prejuízo do lar, ela

(160) LIMA, Oliveira — *História da Civilização* — Edições Melhoramentos — São Paulo, Brasil — 1967.

está nas universidades, nos laboratórios, nas lojas, nas fábricas, nas escolas, nos escritórios, nos Ministérios, nos gabinetes, nos Parlamentos. Tem uma posição social firme e clara. Compete com o homem quase em todos os setores, em igualdade de condições. Passou a ser vista como, também, uma figura feita à imagem e à semelhança de Deus. Como uma pessoa humana.

FREDERICO SOPENA ⁽¹⁶¹⁾ versou o tema com senso e acuidade:

“... otro de los signos más característicos de nuestra época: la promoción de la mujer, el crecimiento real y legal de su personalidad, de su actividad, de su influencia. Y, cosa curiosa, es en los nuevos Estados, en el mundo menos desarrollado económicamente, donde ese crecimiento de la mujer se realiza con más fuerza. No se trata de un fruto o de una consecuencia de las viejas, pintorescas campañas feministas: es la práctica igualdad de la mujer. En sí, como la misma Iglesia ha dicho por boca de Juan XXIII en la encíclica *Pacem in Terris*, es un bien, un auténtico bien, un índice de crecimiento vital, pero un bien amenazado de muy grandes peligros.”

Em todos os países, mas principalmente na França, na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Rússia, multiplicaram-se, consolidaram-se e fortaleceram-se as organizações femininas, cujos programas, aos poucos, foram sendo incorporados às legislações dos diversos Estados. “Após a II Guerra Mundial, principalmente desde o início dos anos 60, o movimento das mulheres tomou novo alento. A palavra de ordem era agora a emancipação. As mulheres exigiam a libertação do papel de simples dona de casa e mãe, determinada pelo sexo, e cuja retribuição salarial era complementar do orçamento familiar. Lutaram pela plena equiparação com o homem no setor profissional e pela legalização do aborto” ⁽¹⁶²⁾.

Não há dúvida de que a mulher está saindo vitoriosa em sua campanha. Em todas as nações verifica-se um movimento vigoroso de integração social da mulher, que, dessa maneira, realiza-se como pessoa, ao mesmo tempo que coopera, lado a lado e em pé de igualdade com o homem, para o progresso geral do mundo.

As coisas não se passam da mesma forma em todos os países. Em muitos ainda existem inconformismos e resistências. Até “quinta coluna” existe, como na Suíça, onde as mulheres se organizaram para combater a extensão do direito do voto à mulher...

Tradições milenares não podem desaparecer de um momento para outro. Mas o mundo, hoje, com o aperfeiçoamento verdadeiramente fantástico dos meios de comunicação, facilitou a universalização da campanha pela libertação da mulher, e, desse modo, ela está se afir-

(161) SOPENA, Frederico — “Panoama espiritual de nuestro tiempo” — in *Historia Universal* — Tomo XI — “En los umbrales de una nueva edad” — Espasa Calpe, S.A. — Madrid, España — 1968.

(162) *Os Grandes Acontecimentos do Século XX* — Edição de Seleções do “Reader’s Digest” — 1979 — Lisboa, Portugal.

mando e se firmando, embora em ritmos diversos, nos diferentes países, adequando o movimento às características de cada povo.

Na Itália, por exemplo, a mulher, essencialmente feminina, tem um jeito todo seu de reagir e levar avante as suas conquistas. Ali, ela, muito femininamente, estimula as veleidades masculinas, mas, em silêncio, "mineiramente", vai conseguindo o que quer: "Se há alguma grandeza na mulher italiana, está na dócil serenidade com que, através da história, ela tem parecido não somente aceitar como até incitar as ilusões de superioridade dos homens" (163). É assim, fazendo-se cada vez mais mulher, que a mulher italiana vai triunfando: "Conquistas legais como o direito do voto (1948) e a recente lei do divórcio (1970) certamente ajudaram a debilitar velhos preconceitos. E ainda mais importante é a gradual abertura de setores do mercado de trabalho para as mulheres. Há apenas alguns anos, o casamento era o único emprego para as italianas da classe média. Mas quando descobriram que podiam viver de seu trabalho, a idéia de libertar-se das limitações da vida doméstica se tornou cada vez mais atraente" (164).

O exemplo mais edificante é o da China, de cuja antigüidade já falamos. Vimos que a mulher, lá, era uma verdadeira escrava.

Mas esses tempos de escravidão acabaram. Primeiro, com a presença de missões religiosas na China. Os missionários, quando verdadeiramente a serviço de apostolado cristão, contribuíram para, conceituando a mulher como uma pessoa, valorizá-la, dignificá-la e libertá-la um pouco do jugo masculino.

Depois, aconteceu a 1ª Grande Guerra. Estalaram as estruturas tradicionais das sociedades humanas. Valores foram reconceituados. Posições novas foram assumidas. Uma nova filosofia de vida passou a vigorar. Novos caminhos foram tentados. O mundo mudou. As mulheres participavam da luta, editavam revistas, e, sob a influência das idéias ocidentais e por um impulso da natureza, pugnaram por seus direitos, que a pouco e pouco foram sendo conquistados, a começar pelo ensino primário e universitário.

De lá para cá, primeiro com o governo nacionalista, depois com o socialista, foram conseguindo novos triunfos, até obterem a emancipação total, depois da II Grande Guerra.

Foi completa a vitória da mulher chinesa, tanto na cidade como no campo. As leis promulgadas consagraram a igualdade dos sexos. E a mulher chinesa, que já participava das atividades produtivas, culturais e científicas do país, até tem um dia que lhe é dedicado e em que é nacionalmente exaltada. PANYELLA (165) assim traçou a linha evolutiva da independência da mulher chinesa:

"Si bien la sobrevalorización de los jóvenes, como elementos sociales de valor activo propio, ha resultado factor de pri-

(163) *Povos e Países* — ob. cit.

(164) *Povos e Países* — ob. cit.

(165) PANYELLA — ob. cit.

mera importancia en la modificación de la vida china, sin duda transformación de mayor trascendencia ha sido aún la emancipación de la mujer, con lo que la disgregación del clan tradicional se ha consumado em forma seguramente definitiva.

Para la China clásica, la posesión de las virtudes activas del Cielo correspondía al hombre, mientras las pasivas de la Tierra pertenecían a la mujer. La desigualdad de sexos y por tanto su separación eran principios ancestrales. Su equiparación, inconcebible.

En tal situación, la mujer quedaba apartada de la actividad exterior de la familia, carecía de derechos de sucesión, abandonaba a sus parientes a partir del matrimonio, y exigencias morales o de la moda (pies pequeños) contribuían a definir unas posibilidades peculiares y específicas.

En el hogar, en cambio, su actuación resultaba preponderante: casadas jóvenes, su influencia llegaba a ser la de un poder casi absoluto en su vejez y las matronas disponían los asuntos familiares, incluso de los matrimonios, con lo que su influjo se extendía sobre toda la vida privada de China. Las jóvenes solteras, desprovistas de toda independencia, quedaban en peor situación, y fue precisamente de ellas de onde partió el movimiento emancipador.

Su origen debe situarse en el labor educativa de los misioneros occidentales; pero solamente después de la Revolución de 1911 llega a constituirse el feminismo chino. Se abre por la incorporación de la mujer al movimiento de protesta y se expresa, por escrito, en tonos francamente decididos. Hacia 1920 se publicaban ya varias revistas feministas y se había logrado el acceso a la enseñanza primaria y a las universidades nacionales.

A partir de este momento, el gobierno nacionalista fue legalizando una serie de conquistas dirigidas a consagrar la plena igualdad civil entre ambos sexos. Y, en definitiva, al menos ante la ley, una sociedad de base conyugal sustituye a la sociedad sobre base patriarcal.

Esta situación, introducida en la práctica más bien en las grandes ciudades, se completa en un segundo avance producido bajo el régimen actual y consolidado mediante la propagación de los principios femenistas por todo el ámbito rural. Las disposiciones legales simplifican el procedimiento matrimonial y tienden a concebir la sociedad conyugal como una unidad de acción sobre la igualdad de ambos esposos. La mujer

se ve entonces solicitada a cambiar definitivamente su estatuto tradicional, en cuanto la nación precisa de su plena colaboración, y todos los organismos de la nueva China consideran objetivo primordial la aplicación de las nuevas condiciones. Así aparecen innovaciones antes insuspechadas: la joven estudiosa que dedica la vida a su carrera, lo mismo que el varón; la igualdad de trato entre las mujeres de la familia; la sustracción de los hijos de la pertenencia de los abuelos paternos etc.

Por lo último, en los recientes municipios populares, la mujer participa, como el hombre, en la producción (campo, comedores, talleres de confección). Y, actualmente, aumenta su participación en actividades científicas (investigación, medicina) mientras es menor el porcentaje de obreras fabriles. Las directrices gubernamentales siguen asignándole un papel destacado y cada año el Día de la Mujer exalta su misión a la vez que presenta los fines más convenientes de su futura contribución a la sociedad.”

Edificante, pois, é o exemplo da China. País milenar, onde as tradições têm realmente força de lei, e onde, durante séculos, viveu praticamente escravizada, hoje a mulher ali se situa e atua em um plano de relevo:

“A China contemporânea trata de libertar a mulher — o elo que suporta o peso mais opressivo dos hábitos e costumes obsoletos. Essa libertação, entretanto, não é feita através da entrega de máquinas de lavar, de cozinhas automatizadas ou de utensílios eletrodomésticos. Como toda a vida tornou-se mais simples, o trabalho do lar também foi simplificado e é menos penoso para a dona de casa: todos os membros da família colaboram nos afazeres domésticos. Mas a base da libertação feminina tem sido alicerçada pela criação de oportunidades que dão à mulher nova função social, um estatuto que realmente a iguala ao homem em todos os aspectos da comunidade. Além de gerir sua casa e de dirigir a educação dos filhos menores, a mulher chinesa está participando diretamente na produção, nas oficinas mecânicas, nos serviços sociais, nas equipes rurais, na administração dos negócios públicos. Aprende a orientar uma cooperativa, uma comuna popular, um comitê político, uma fábrica. Seu reduzido círculo de atividades ampliou-se, ultrapassou plenamente todas as fronteiras da tradição” (166).

Onde, fora dos países comunistas, a mulher talvez tenha conseguido maior liberdade, atingindo um *status* praticamente idêntico ao do homem, foi na Suécia, em que, até, “homens e mulheres são considerados igualmente livres e responsáveis em sua vida sexual” (167). A maioria das suecas trabalha, mas ainda há certa discriminação quanto

(166) *Povos e Países* — cit.

(167) *Povos e Países* — cit.

aos sexos, para efeitos salariais. Há, todavia, no país, uma campanha interna visando a conscientizar a todos de que não deve haver diferença de tratamento entre homens e mulheres. Essa campanha, intensa e extensa, visa às bases da sociedade, começando pelas crianças:

“... mais de 55% das mulheres suecas trabalham. Pela lei, deveriam receber salários iguais aos dos homens, mas ainda existe uma diferença de 17%. Por outro lado, elas ainda estão limitadas aos empregos tradicionalmente femininos (lojas, hospitais, escritórios, indústrias têxteis). O governo desenvolve uma campanha para abrir novas frentes de trabalho feminino. Esta preocupação está atingindo a escola, onde se procura acabar com os estereótipos a respeito do papel dos sexos. Meninos aprendem a cuidar dos bebês enquanto meninas freqüentam as oficinas mecânicas” (168).

Já falamos da situação da mulher na Rússia antiga.

Vejamos, agora, o que acontece, a respeito, na URSS, onde se comprovou que o imperativo categórico da realidade humana forçou o legislador soviético a recuos, a fim de evitar abusos ideológicos que, na prática, estavam, não emancipando a mulher, e, sim, aviltando-a, desestimulando a família e desestimulando a sociedade.

Em 1917, vitoriosa a revolução socialista, a situação sofreu uma guinada de cento e oitenta graus. Obedientes aos postulados marxistas-leninistas, os dirigentes soviéticos procederam a uma revisão integral da situação, e as mulheres passaram a gozar de completa liberdade, com seus direitos igualados aos dos homens.

Como sói ocorrer em ocasiões semelhantes, aconteceram exageros. Negligenciou-se a diferença real dos sexos, desconsiderou-se por isso a natureza feminina e, malgrado algumas legítimas conquistas, a verdade é que houve abusos de conseqüências desastrosas, especialmente no tocante ao desprezo pela família (instituição burguesa) e ao aborto (a mulher é dona de seu corpo). A reação, necessária, surgiu. Voltou-se ao bom senso. Os imperativos da natureza foram respeitados. Nova legislação foi elaborada, mais equilibrada, mais humana. O aborto e o divórcio foram disciplinados com mais seriedade. Deu-se mais atenção à estabilidade da família. Hoje, na URSS, a mulher tem um *status* elevado, é assistida, respeitada em sua dignidade, é livre, projetada-se social e politicamente, afirma-se, mas sem fugir à sua condição feminina.

MAURICE CROUZET (169) focalizou o problema nos seguintes termos:

“Com a Revolução, a família tradicional, baseada na inferioridade feminina, no caráter religioso e indissolúvel do ca-

(168) *Povos e Países* — cit.

(169) MAURICE, Crouzet — “A Época Contemporânea” — in *História Geral das Civilizações* — Trad. de J. GUNSBURG e VÍCTOR RAMOS — Difusora Européia do Livro — São Paulo, Brasil — 1958.

samento e na onipotência paterna, foi destruída pela secularização do casamento e o desaparecimento da onipotência marital; no tocante às crianças, os direitos de guarda e representação, os deveres de manutenção, educação e instrução, acentuam-se; surge uma nova concepção nas relações entre esposos e de parentesco, baseada na igualdade perfeita dos cônjuges; a legislação do casamento de fato é dispensada de qualquer registro e adota-se o divórcio por consentimento mútuo ou pelo desejo expresso de um dos cônjuges, bem como a supressão da distinção entre filhos naturais e filhos legítimos. Uma lei de 1920 sobre a "proteção à saúde da mulher" pretende suprimir o aborto clandestino, autorizando-o, legalmente, em certas condições. Assim, a mulher e os filhos alforriam-se de seu *status* inferior, enquanto a criação de creches, jardins de infância, assim como de múltiplas cantinas de empresas e restaurantes sindicais e cooperativas, de lavanderias industriais etc., aliviam os encargos que pesam sobre a mãe de família e libertam-na das servidões da vida doméstica, no intento de realizar a absoluta igualdade de sexos inscrita na lei. Isto permite às mães constituírem um contingente importante — por vezes majoritário — na indústria, mesmo na pesada, onde a percentagem atinge 50%, ascender a ofícios considerados nos outros países como exclusivamente masculinos (maquinistas de locomotiva, por exemplo) e exercer funções de direção nos Kolkozos (20% dos diretores são mulheres) ou nas fábricas, ou ainda nos soviets, nos seus diferentes escalões. Principalmente nos países asiáticos, esta libertação da mulher, "oprimida pelos oprimidos", como dizia Lenine, foi uma revolução que pôs fim à sua reclusão e ao uso do véu, abrindo-lhe a porta das escolas, das universidades, das fábricas e da vida pública. Numerosas medidas, melhorando a situação da mulher grávida ou da mãe de família, a estabilização da sociedade pela aplicação dos planos quinquenais que exigem um recurso, em massa, à mão-de-obra feminina e um aumento do potencial humano, provocam mesmo a elaboração de uma política natalista e familiar que se manifesta, em 1936, pela proibição do aborto, salvo em casos excepcionais, bem especificados, e por medidas tendentes a estabilizar o casamento, limitando o número e a frequência dos divórcios (já não é autorizado o divórcio por desejo apenas de um cônjuge e as despesas legais aumentaram) instituindo penas severas para o abandono de família e a falta de pagamento de pensão familiar."

Esses informes são ratificados e completados em *Povos e Países* ⁽¹⁷⁰⁾:

"O Código Civil de 1918 reconhecia como legal e legítima a união matrimonial consagrada pelo casamento civil, abolindo a necessidade do consentimento paterno para que o matrimô-

(170) *Povos e Países* — cit.

nio fosse válido. Oito anos mais tarde, dando um passo à frente, uma nova lei colocava em igualdade de condições o casamento civil registrado e o matrimônio de fato: o registro civil continuava sendo a forma legal de efetuar-se o casamento, mas não era indispensável para que este fosse considerado válido, com isso deixando de existir qualquer diferença possível entre filhos legítimos e naturais. O divórcio passou também a ser facilmente obtido, bastando uma simples comunicação por escrito ao oficial do cartório civil.

Esse conjunto de medidas legais foi mal compreendido no exterior, suscitando na imprensa ocidental extensas divagações sobre o "amor livre na União Soviética". Na verdade, porém, o governo soviético tratava apenas de completar a emancipação jurídica da mulher, dando-lhe acesso aos direitos políticos e econômicos do homem."

E ainda:

"O novo Código Civil (1936) institucionalizou uma concepção menos livre e mais estável da família: a prática do aborto foi novamente abolida (só retornando à legalidade em 1955), o divórcio tornou-se mais difícil de ser obtido e o Estado ampliou sua ajuda financeira e social à família."

Como se vê, doutrinas e leis não têm força para distorcer a realidade das coisas. Evidentemente, houve uma evolução elogiável da situação da mulher, da Rússia czarista para a Rússia socialista. A mulher integrou-se em sua personalidade, ganhou dignidade, firmou-se e afirmou-se. Mas aquilo que é permanente nas aspirações do homem — como a instituição da família — venceu teorias e invenções e se impôs, como valor básico, na estruturação social do país.

A adequação da legislação familiar soviética à necessidade da condição humana faz com que concordemos com VILMA FIGUEIREDO⁽¹⁷¹⁾ quando diz que "há limites ideológicos para a emancipação da mulher".

Na Inglaterra e na França, países vanguardeiros da civilização, a mulher posicionou-se socialmente em destaque, sendo mínimas as limitações ainda a romper.

Curioso, no entanto, é o que acontece na Suíça. Ali, a mulher entende que a sua maior conquista é ser a mulher tradicional, que não se mete em política, que deve viver no lar, que julga ter o marido sob controle. . . : "Os homens governam a Suíça, mas nós, mulheres, governamos os homens", assegura a Senhora Hanna Seiler, funcionária de uma das mais estranhas organizações que hoje existem no país: a "Sociedade das Mulheres Suíças contra o direito do voto"⁽¹⁷²⁾.

(171) FIGUEIREDO, Vilma — "Bonecas e Amélias" — tese preparada para a Fundação Nacional de Ciências Políticas, da França — referida por ANY BOURRIER, em entrevista com a autora — *O Globo*, Rio de Janeiro, de 6-1-82.

(172) *Povos e Países* — cit.

No Brasil, sem muito alarde, a mulher subiu muito. Na teoria e na prática. No magistério, no comércio, nas indústrias, nas repartições públicas, nos esportes, nos laboratórios, nas artes, nas ciências, nas letras, nos gabinetes, no Parlamento, na magistratura, em todos os setores de atividade a mulher já está presente, útil, operosa, capaz, afirmando-se com um valor positivo. Já existem deputadas e senadoras. Já há corpos femininos na Marinha, na Aeronáutica e nas Polícias civil e militar. Já há mulheres ocupando cadeiras na Academia Brasileira de Letras. Já existe o divórcio. E a Constituição e o Código Trabalhista lhes dão, no que diz respeito ao trabalho, garantias especiais, adequadas à sua natureza.

Enfim, o movimento feminista, pelo menos no que apresentou de realmente feminino, está quase totalmente vitorioso em todo o mundo civilizado.

Reconhecidas na mulher as suas amplas potencialidades, poderá ela, se estimulada e amparada, contribuir efetivamente para o advento de uma nova civilização, cooperando com o homem nesse mister.

Urge, porém, que se evitem distorções, a que podem conduzir os exageros, ou seja, certas pretensões descabidas que, rotuladas de feministas, nada têm de femininas, por antinaturais e, como tais, indesejáveis.

Em nosso anedotário político há um fato que aqui merece ser lembrado, pois se encaixa bem em nosso tema. Cuida-se do seguinte: presidia a Câmara dos Deputados o famoso político mineiro Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, quando, em sessão com grande freqüência, discursava, em plenário, uma deputada — a única, na época — pregando justamente a necessidade do reconhecimento dos direitos da mulher, então muito limitados.

Por ter talento, mas, sobretudo, por ser mulher, e a única, no Parlamento, a deputada era ouvida com atenção e respeito, no maior silêncio.

Entusiasmada, a deputada foi-se empolgando cada vez mais com os aplausos, até que, exagerando as coisas, asseverou:

— Pois é, Senhor Presidente e Senhores Deputados, é preciso reconhecer que o homem e a mulher são absolutamente iguais...

Aí, então, teria entrado em cena o Presidente Antônio Carlos, obtemperando:

— Vossa Excelência tem certeza de que eles são absolutamente iguais?

E a deputada, vacilante e encabulada:

— Existem pequenas diferenças superficiais...

Ao que o manhoso político teria respondido, maliciosamente:

— Pois vivam essas pequenas diferenças superficiais...

O plenário teria gozado o incidente, que talvez nem seja senão uma invenção a mais para enriquecer a tradição por vezes pitoresca que envolve a biografia política do grande brasileiro, pois talvez naquele tempo, como hoje, não pudesse haver diálogo, no plenário, entre o parlamentar e o presidente da sessão.

O evento vale, entretanto, como um chamamento à realidade. É necessário que o movimento feminista seja um movimento autenticamente feminino, isto é, de afirmação plena da mulher como mulher. Porque, infelizmente, em toda a parte, o Brasil incluído, esse movimento tem extrapolado de seus legítimos objetivos, buscando para a mulher certas conquistas que longe estariam de valorizá-la.

Não há negar que o homem é o homem e a mulher é a mulher. Nada de unisex. Nada de reconhecimento do "terceiro sexo". Homossexualismo e lesbianismo são casos de clínica médica. Não é só. Mulheres jogando box, levantando barras de ferro, lutando capoeira, jogando futebol, em armas nos campos de batalha, tentando musculaturas de Tarzan, repudiando o lar, esquecendo os filhos, masculinizando-se, são mulheres que estão, não se afirmando, mas se negando, porque fugindo à sua condição feminina. Deixam, com essas práticas, de ser mulheres, mas não viram homem. Transformam-se numa coisa ridícula e desprezível. FREDERICO SOPENA⁽¹⁷³⁾ denunciou, com inteligência e clarividência, o perigo desses desvios:

"El peligro fundamental en este crecimiento de la personalidad de la mujer está en lo que pueda suponer de masculinización: no se trata de pérdida sino de ganancia de femininidad cuando se habla netamente de "crecimiento" de la personalidad de la mujer. La crisis entre padres e hijos es mayor con la intervención de las hijas. En esas rebeldías juveniles, pero también en el conformismo de la masa, se puede apreciar el doble peligro que afecta rudamente a las relaciones entre los sexos y que tiene su índice en las perversiones como "epidemia": la masculinización de la mujer y el afeminamiento del varón."

Por outro lado, ALEXIS CARREL⁽¹⁷⁴⁾, dentro de um ponto de vista estritamente científico, explica:

"A mulher é, na realidade, profundamente diversa do homem. Cada célula do seu corpo tem o sinal do seu sexo. O mesmo acontece com os seus sistemas orgânicos, e sobretudo com o sistema nervoso. As leis fisiológicas são tão inexoráveis como as do mundo sideral, e é impossível substituí-las pelos desejos hu-

(173) SOPENA, Frederico — ob. cit.

(174) CARREL, Alexis — *O Homem, esse desconhecido* — Trad. de ADOLFO CASAIS MONTEIRO — Porto, Portugal — Editora Educação Nacional — 1937.

manos; temos de as aceitar tais quais são. As mulheres devem desenvolver as suas aptidões no sentido da sua natureza própria, sem procurar imitar os homens. O seu papel no progresso da civilização é mais elevado do que o dos homens, e é preciso que não abandonem as suas funções específicas.”

É preciso, pois, não embaralhar valores, nem contrariar a natureza, nem negar diferenciações entre os sexos. É necessário, sobretudo, não confundir liberdade com licenciosidade, direitos com abusos.

O homem não pode ter o direito de deixar de ser homem, nem a mulher pode ter o direito de deixar de ser mulher.

Ser homem e ser mulher são condições existenciais irretratáveis. O estado feminino é um, o masculino é outro. Que haja igualdade, no que tange às oportunidades para que homem e mulher se firmem e se afirmem como valores humanos. Não se busque, nem no lar, nem na sociedade, disposições hierárquicas entre eles. A mulher pode, socialmente, chegar sempre até onde o homem chegou. Na política, nas artes, nas ciências, nas letras, na administração. Só o que não pode — e não deve — é renunciar à sua condição feminina, pois, então, decai de sua dignidade, se degrada, se inferioriza.

Foi pelo trabalho que a mulher iniciou e é pelo trabalho que ela está consolidando o seu processo de emancipação. Preparada, ela soube lutar e vencer. Hoje, a vemos em todos os setores de atividade, em igualdade com o homem.

Essas vitórias que ela alcançou não devem, no entanto, desviá-la de sua outra missão, natural e mais alta, que não é, somente, procriadora, mas, sobretudo, criadora: a sua missão de esposa e de mãe. Que o homem vale, quase sempre, pela mulher que tem, ou pela mãe que o criou. Já Abrahão Lincoln reconhecia e proclamava que tudo que foi devido a sua madrastra. E Nietzsche, que tanto desprezou as mulheres, teve em sua irmã um anjo da guarda extraordinário. Isso, para só citar dois exemplos.

Certamente, os tempos antigos não mais voltarão. O triunfo da mulher é definitivo. Mas urge, que, nessa sua escalada social, seja ela cercada de garantias e cautelas que evitem desvios e distorções que possam comprometer os seus êxitos. É ainda SOPENA (175) quem adverte:

“Es un bien, indudablemente, que la mujer adquiera conciencia de si misma e independencia a través del trabajo: para la mujer soltera es, primero, una gran defensa en la libertad de la elección amorosa, una superación del matrimonio como “salida”, un arrinconamiento de la resentida situación de la “solterona”, si bien es no menos indudable que algo tan típicamente femenino, mimado hasta la exageración por la burguesía, como la cultura del hogar, corre un muy grave peligro, señalado por psiquiatras y pedagogos al referirse especialmente a la educación de los hijos.”

(175) SOPENA, Frederico — ob. cit.

E quem aconselha:

“La apertura de nuevas carreras típicas de la mujer, el descenso de la jornada laboral, la misma automatización pueden y deben ser dirigidas hacia una defensa contra la masculinización de la mujer.”

XXII — *O eterno retorno*

Deixamos para o fim falar sobre a mulher nos Estados Unidos, país onde ela atingiu, praticamente, sua plena emancipação, não apenas no lar mas, também, no contexto social.

De vitória em vitória, a mulher estadunidense foi alcançando tudo que queria, e, agora — quem sabe nostálgica de sua condição natural — busca um retorno a essa condição, talvez comprometida com os triunfos obtidos.

Realmente, o fenômeno que no momento ocorre nos Estados Unidos da América é edificante e mostra a força invencível da natureza.

Sem prejuízo de suas conquistas, a mulher norte-americana acabou por entender que, melhor que tudo, seria conquistar-se a si própria, como mulher.

E o movimento feminista, na grande república setentrional, hoje opera em sentido bem diferente do que o fazia, pois ultrapassou, em sua fogaosidade, as raias do bom senso, e, agora, almeja um ponto de equilíbrio.

Esse fenômeno foi bem exposto pela jornalista Sonia Nolasco Ferreira, que, a propósito, entrevistou, para *O Globo* (176), a grande líder feminista daquele país, Betty Friedan.

Narra a correspondente de *O Globo* em New York:

“No início dos anos 60, Betty Friedan publicava um livro que se tornaria um dos pontos de referência para o movimento feminista, no mundo inteiro: *A Mística Feminina*. Ela criticava a falsa realização da mulher confinada ao lar e chegava a dizer que ser dona-de-casa era como “estar num campo de concentração confortável”. Friedan entra no ano novo de cabeça nova — em *Second Stage* (Segunda Etapa), publicado recentemente, admite que as feministas erram ao não levar em conta as necessidades emocionais das mulheres, carreira apenas não realiza ninguém e não vale a pena insistir na confrontação entre os sexos.”

Em entrevista coletiva, a que esteve presente a jornalista brasileira, Betty Friedan fez comentários sensatos e judiciosos, que vale transcrever.

(176) FRIEDAN, Betty — in *O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 3 de janeiro de 1982.

Assim, respondendo à pergunta como, tendo denunciado a “mística da feminilidade”, agora procurava uma nova colocação do problema feminista, em termos de “conciliação” do homem e da mulher, declarou:

“Certo. Mas o que chamei de “mística da feminilidade” em 1963 — a mulher limitada aos confortos do lar, marido, filhos, sem outras opções — agora chamo de “mística da feminista”, porque a mulher mudou de valores, mas não se sente realizada. Ela, tendo suas satisfações emocionais substituídas por valores materiais de profissão e independência financeira, está negando uma parte de sua personalidade, da mesma forma que a mulher da década de 50. Ela está numa armadilha, também. Por trás dessa liberação, existe uma amargura silenciosa crescente, uma espécie de acusação ao movimento feminista, como se dissessem: “Vocês nos sobrecarregaram com essas metas difíceis. E agora, o que fazemos com nossas necessidades emocionais?”

A mulher, como se vê, falou mais alto do que a feminista. É que ninguém transgride impunemente os designios da natureza...

Betty Friedan aborda, ainda, o problema do trabalho e da independência financeira da mulher, também mãe e esposa. E, em resposta ao que lhe foi perguntado, disse:

“Da forma como as coisas foram estruturadas, as mulheres descobriram que não podem tudo. Elas estão tentando dirigir a casa, criar filhos, pelos mesmos moldes que foram estabelecidos por mulheres de outras gerações, que encontravam poder e *status* integrais desempenhando papéis domésticos. A isso eu chamo de “machismo da fêmea”. Ao mesmo tempo, elas estão tentando preencher funções externas, em carreiras complicadas, seguindo modelos de realização profissional estabelecidos por homens que sempre tiveram dentro de casa uma esposa para cuidar de todos os detalhes domésticos da vida deles. Não pode dar certo. Enquanto isso, as feministas radicais decidiram que a mulher deve realizar-se sozinha na vida, o homem é o grande vilão opressor, o inimigo. Se você casa bem, o homem não é o inimigo.”

Ela tocou no ponto crucial da questão: a mania das feministas, de equacionarem o problema da mulher em termos de competição com o homem. Ora, homem e mulher não foram feitos para competir, mas para se completarem. Por isso, são diferentes. Querer vê-los iguais é propor luta, mas isso é falso, pois foge à realidade do homem e da mulher.

Betty Friedan, ciente dessa verdade, reconhece ter sido uma das responsáveis pelo “impasse” a que se chegou, relativamente à questão feminista. Confessando embora a sua culpa, ela diz, com inteligência:

“Desde que a mulher sempre se definiu em termos de casamento e família, era preciso ignorar essa parte. Denunciar sua

limitação. Mas não carregar a idéia a ponto de criar uma ideologia separatista, "abaixo o homem". Isso assustou a maioria das mulheres. Nós tivemos muitos erros na primeira fase do movimento, mas é preciso notar que foi diferente. No início, nossos objetivos eram de participação, poder e voz, no centro da luta. Havia um processo político, as profissões, o mundo dos negócios, tudo isso se abria para as mulheres. Em seguida, fomos desviadas de nossos sonhos pela política sexual, que etiquetou o homem como inimigo e parecia repudiar os valores tradicionais da família.

Em relação à "mística da feminilidade", foi criada uma polarização entre as feministas e as mulheres que ainda encontravam sua identidade na família. A própria forma como lutamos pelo aborto, contra o estupro, ou contra a pornografia, parecia expressar um ódio cego aos homens e uma falta de reverência pela maternidade que ameaçava essas mulheres voltadas para o lar."

Batendo no peito a "mea culpa", Betty Friedan indica, a seguir, os rumos a trilhar, e o faz com clareza, objetividade, equilíbrio e sensatez, tentando caminhos únicos a serem seguidos pelo homem e a mulher, não competindo, porém solidários, visando a um objetivo comum:

"Antes de mais nada, precisamos incluir o homem na luta e trabalharmos com ele, não contra ele. O movimento feminista com as mulheres sozinhas já foi o mais longe que podia. Agora, precisamos sair desse confinamento dos papéis sexuais e nos associarmos aos homens. Fugir das armadilhas do poder masculino mas, ao mesmo tempo, transcendendo a polarização entre feminismo e família. Precisamos compreender os limites do poder feminino como o poder de um grupo de interesse definido e nos apropriarmos das possibilidades de gerar uma nova forma de poder. A segunda etapa não tem uma agenda fixa. É mais um processo que revalorizará qualidades denegridas pelas feministas, tais como cuidado com os filhos, partilhado por homens liberados de preconceitos. Precisamos evoluir numa harmonia de relação entre os sexos para o mundo da vida pública. Ao mesmo tempo, precisamos entender que a família não é apenas um *vademecum* dos reacionários."

Betty Friedan, *líder feminista* dos anos 60, é, agora, *líder feminina* dos anos 80. Sua palavra, sábia e prudente, lúcida e equilibrada, deve ser considerada uma palavra de ordem, a ser seguida por todas as mulheres.

A emancipação da mulher acabou. Mas que a sua libertação não se transforme em outra forma, talvez ainda pior, de escravidão. A mulher jamais será realmente livre fugindo à sua condição de mulher. É como mulher que ela está vencendo, como mulher que terá o seu mais alto posicionamento social.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar).

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 69.

Preço do exemplar: Cr\$ 120,00

	Cr\$
— n. 70 (abril/junho 1981)	240,00
— n. 71 (julho/setembro 1981)	240,00
— n. 72 (outubro/dezembro 1981)	240,00
— n. 73 (janeiro/março 1982)	240,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 70)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

Preço do exemplar: Cr\$ 60,00

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"		Cr\$
–	Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda	150,00
"LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL" (2ª ed.)		150,00
–	Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – <i>anotada</i>	
–	Histórico das Leis (tramitação legislativa)	
–	Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura	
"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (edição de novembro de 1979)		250,00
–	Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente	
–	Exposição de Motivos do Anteprojeto	
"DIREITO FINANCEIRO" (3ª ed. – 1981)		250,00
–	Lei nº 4.320/64. Normas disciplinadoras da matéria. Plano de contas único da Administração Direta.	
"CÓDIGO DE MENORES" (ed. 1982)		450,00
	Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa).	
"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"		
	(7ª edição – março de 1982)	200,00
	Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/72 a 21/81.	
	Emenda Constitucional nº 22, de 1982, em encarte.	
	Minucioso índice temático.	

	Cr\$
“CÓDIGO PENAL” (edição 1982)	400,00
– Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
“PROCESSO LEGISLATIVO” (3ª edição atualizada e ampliada – 1982)	350,00
– Iniciativa das Leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.	
– Sanção, promulgação e veto.	
– Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.	
– Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência, Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.	
– Competência privativa do Senado Federal.	
– Requerimentos que podem ser apresentados no Senado Federal.	
– Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.	
– Impedimento de Parlamentar.	
– Nova designação do número de ordem das legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).	

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 74 (abril/junho de 1982) a 77 (janeiro/março de 1983).

Preço: Cr\$ 1.400,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas
SENADO FEDERAL
Brasília - DF - 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias
das publicações da
Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito