J. M. OTHON SIDOU

# NOVAS CONSIDERAÇÕES SOBRE ASPECTOS CONJUNTURAIS DO DIREITO

## (MENSAGEM DE PARANINFO)

CADERNO N.º 172

EDIÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU

CARUARU

PERNAMBUCO – BRASIL

1987

F
340.04
S569n

J. M. OTHON SIDOU

# NOVAS CONSIDERAÇÕES SOBRE ASPECTOS CONJUNTURAIS DO DIREITO

## (MENSAGEM DE PARANINFO)

CADERNO N.º 172

EDIÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU

CARUARU

PERNAMBUCO – BRASIL

1987

U. F. Pe.
FAC. DE DIREITO
BIBLIOTECA
31 | 23049

# NOVAS CONSIDERAÇÕES SOBRE ASPECTOS CONJUNTURAIS DO DIREITO

## (MENSAGEM DE PARANINFO)

**J.M. Othon Sidou**

(Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas — Professor nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRJ)

Senhores, exatamente há vinte anos fomos distingüido com honraria idêntica à de agora, ao ser eleito paraninfo à segunda Turma de bacharéis formados por esta Escola, que prefiro continuar tratando por Faculdade de Direito, em homenagem a um passado de lutas vencidas e de vicissitudes transpostas.

Tivemos ensejo de transmitir a mensagem do professor, que aqui proferiu suas primeiras aulas, mais como estudante do que como mestre, e em nosso discurso comprometemo-nos a bosquejar os aspectos conjunturais do direito, dele percorrendo diversos de seus canteiros.

Estávamos então em dezembro de 1965, vivendo prelúdio de uma nova etapa da vida política nacional, e embalados pela esperança de que, se por um lado o curso institucional fora sustado pela brusca mutilação do poder legitimamente constituído, por outro a moralidade pública seria restaurada, a democracia preservada e os direitos individuais respeitados.

Ilusória esperança!

Não seja porém quem vos fala que vá derramar pranto gemebundo em muro de lamentações, bastando deplorar —

posto como falamos numa Escola — que o Brasil ostenta hoje a cifra desedificante de 20 milhões de analfabetos e — posto como esta é uma escola de Direito — que o ensino jurídico no País destoa a tradição que conquistaram e nos legaram nossos avós: sermos os juristas do Continente.

O estribilho da ordem "redentora" inaugurada no Brasil em 1964 foi o anátema do bacharelismo, responsável, vozeavam, por todas as mazelas endêmicas e pandêmicas do País desde a proclamação da Independência.

Baniram-se os bacharéis do comando político, e passaram a rarear os líderes; mexeu-se e remexeu-se nas Universidades, e o diploma universitário tornou-se um passaporte para o desemprego; perverteu-se o currículo do bacharelado, e o ensino jurídico foi abastardado; sublimou-se a tecnocracia, e os tecnocratas, na prática dos ensaios e improvisações, envileceram as finanças; legislou-se por mero casuísmo, em trabalho de albardeiros, e a ordem jurídica entrou em colapso. E, o que é mais pungente, pregou-se o fim da corrupção, e a moralidade pública desceu às cotações mais baixas nos pregões da bolsa da vergonha nacional.

Hoje, não vamos convidar o auditório, como o fizemos em 1965, a um passeio por vários setores do direito. Pretendemos prosseguir nessa deambulação, mas, em respeito ao tempo em que deve ser ocupada esta tribuna, iremos fixar-nos apenas na reformulação do direito civil e no reordenamento institucional: o Código Civil e a Constituição.

## A reformulação civil

Pretende-se reciclar a legislação civil, e cumpre perguntar primeiramente se é adequada a forma de fazê-lo por um novo código.

Reduzir à unidade material e formal o direito constituiu, sempre, a aspiração de príncipes e jurisconsultos.

O **Fuero Real** de Castela e a **Ley de las Siete Partidas,** de Afonso X, o Sábio, no século XIII; o Código Cristiano, da Suécia, no século XV; as três Ordenações, afonsinas, manuelinas e filipinas, dos séculos XV, XVI e limiar do XVII, foram os precursores da "idade da codificação", efetivamente marcada pelos monumentos unificadores do direito advindos no século XVIII — o **Codex Maximilianeus,** da Bavária, e o **Corpus Juris Fredericiani,** da Prússia, que de perto antecederam o zênite codificador, no proscênio do século XIX, com o **Code Civil,** da França.

Com a promulgação do **Code Civil,** seguinte às experiências germânicas, recrudesceu aquilo que Savigny ironizou chamando de "vocação (Beruf) de nosso tempo para a legislação", e não apenas na Europa, mas também nos demais quadrantes do mundo onde surgissem nações novas ou as antigas fossem incorporadas à civilização.

Assim, foram editados, na esteira do Código Napoleão, os Códigos da Luisiânia, em 1825; Albertino, para a Sardenha, em 1837; dos Países Baixos, em 1838; de algumas ilhas gregas, em 1841; da Romênia, em 1864; da Itália, em 1865; de Portugal, em 1867; da Espanha, em 1889; do Japão, em 1896.

Tornadas nações independentes, quase todas as Repúblicas latino-americanas cuidaram em editar seus códigos de direito privado, todas tendo também por molde o protótipo francês. O primeiro foi o Haiti, em 1826, seguindo-se: Bolívia (1830), Costa Rica e Nicarágua (1841), Peru (1852), Chile (1855), El Salvador (1859), Venezuela (1862), Nova Granada (1865), Equador (1876), Uruguai (1868), Argentina (1869), México (Distrito Federal e alguns Estados, 1871), Guatemala (1877) e Honduras (1880).

Outros países enfileiraram a vocação legislativa unitária, adotando sistema diverso do francês: a Sérvia, em 1844; a Áustria (novo Código), em 1852; a Suíça, em 1854, com o **Privatrechtliches Gesetzbuch** para o cantão de Zurich, obra notável do jurisconsulto Bluntschli, e em 1881 com o Código das Obrigações; o Império Russo, em 1835, com o **Svodd zakanoff,** compilação em trinta e cinco mil fontes articuladas, cobrindo todos os ramos do direito e que só foi substituído pela legislação revolucionária; o Principado do Montenegro, em 1888; e, encerrando o século, a Alemanha em 1896 concluiu o seu **Bürgerliches Gesetzbuch,** o monumental **BGB**.

A faina codificadora transmontou o século XX. Em 1907, a Suíça concluiu seu Código Civil, emparelhado ao Código das Obrigações, obra do jurisconsulto Huber e estuário das novas tendências do direito que, no último quartel do século XIX, principiaram a cristalizar. E em 1916 surgiu o Código Civil Brasileiro, que, serodiamente, proscreveu do nosso sistema jurídico, ao cabo de mais de três séculos, as Ordenações Filipinas. Tínhamos afinal um código civil, mandado organizar "quanto antes", mas há um século, pela Constituição do Império.

Alguns desses numerosos corpos de leis foram substituídos, outros se lhes enfileiraram, e outros permanecem em vigor, penetrados por leis modernizadoras, entre eles o ge-

nearca **Code Civil**, o velho odre sempre recarregado por bons vinhos, na aveludada comparação de Ripert.

A codificação russa foi substituída na década dos 20, com a edição do estatuto da família separado dos demais direitos, das pessoas, bens, obrigações e sucessões, e todos foram reformados em 1961, para dar lugar aos vigentes "Princípios" sobre a legislação civil e a legislação sobre a família.

Em 1936, o Peru procedeu à reforma do seu Código Civil. Em 1940, surgiu o Código Civil helênico. A Itália, em 1942, substituiu o velho estatuto de 1865 pelo Código que, editado sob o regime fascista, a ele sobrevive e inspira proveitosamente muitos legisladores, inclusive os brasileiros. Em 1960, foi a vez da Etiópia oferecer ao mundo seu Código Civil. Finalmente, em 1966 surgiu o Código Civil português, o último da "idade da codificação".

Pode-se dizer, entretanto, ou portanto, que essa idade entrou em ocaso e que se fez substituir pela "idade da descodificação", marcada pelo imperativo de fazer o direito acompanhar o fato.

Com efeito, se a propensão do velho direito era reunir num só corpo de leis todos os ramos jurídicos (Código de Hammurabi e de Manu, XII Tábuas, Códigos Teodosiano e Hermogeniano, o Digesto, as Sete Partidas, as Ordenações, todos impropriamente chamados códigos ou como tal considerados), e se a tendência a partir do século XVIII foi preparar os códigos regulando unitariamente cada um dos grandes ramos do direito — civil, mercantil, penal, processual, etc. — a orientação moderna é afastar a abstração sistematizada e separar o direito civil, por exemplo, em setores diversos, para dar a cada um desses setores um tratamento menos abstrato e mais adequado à sociedade pluralista de nossos dias.

Somente um excessivo amor à tradição consente em ter sob um mesmo corpo de leis os direitos da família, das coisas, das obrigações e das sucessões, quando o primeiro quase nenhuma relação guarda com os seguintes e o direito sucessório guarda profunda relação com o direito obrigacional, de que a herança familiar é apenas uma parte, à medida em que a sucessão testamentária se imponha sobre a sucessão **ab intestato**.

A seu turno, numerosos institutos básicos do direito privado têm-se trasladado para as Constituições políticas, no intuito de pôr a salvo resguardáveis direitos, que, nos códigos, leis ordinárias como são, tornam-se vulneráveis por meio de legislação comum.

Por outro lado, leis ordinárias embora, os códigos, pela sua arrumação, tornam-se corpos entorpecidos, pesados, de pouca maleabilidade e eficiência para acompanhar o ritmo acelerado das mutações propiciadas pela economia e a técnica, em face do que, se se mantêm em elevada abstração, não propiciam o contingente jurídico desejável, e se descem ao pragmatismo, envelhecem com extrema rapidez.

A "idade da codificação" passou, sendo fácil constatar, para tanto aferir, que, nos últimos vinte anos, como vimos, apenas um código civil, o de Portugal, foi dado à luz, enquanto numerosos inventos e fenômenos técnicos surgiram neste lapso de tempo, todos impondo legislação autônoma.

Assim, talvez seja bastante improdutivo, tanto quanto é patentemente inoportuno por motivo da transição institucional que vivemos, cuidar de um Código Civil brasileiro.

Em todo caso, permitimo-nos fazer algumas considerações sobre o seu **Projeto**, que, após uma letargia de mais de dez anos, foi votado abulicamente por uma das Casas legislativas e remetido à outra, o Senado, onde se acha.

Em primeiro lugar, dissentimos de sua metodologia, a começar pela persistência de uma "Parte Geral", hoje plenamente dispensável numa codificação da espécie. Quase toda a matéria ali contida é, como bem o expõe Orlando Gomes, "uma condensação de teor dogmático, na qual definições, noções, classificações e construções doutrinárias se ordenam sob a forma, evidentemente imprópria, de disposições normativas, forma que imprime à obra legislativa uma feição técnica incompatível com a sua finalidade". A lei não tem por fim ensinar e muito menos definir. **Lex imperat, non docet,** já ensinavam os antigos. O Código Civil suíço, de 1907, densamente inspirado pelo direito germânico, conseqüentemente pelo **BGB,** aparta-se da metodologia deste para omitir a "Parte Geral", que é reduzida a poucos artigos de um título preliminar.

É tempo, por outra forma, de possuirmos estatutos distintos de direito civil, um para a família, outro para as coisas e ainda outro para as obrigações, nestas inserido o direito sucessório, que, insistimos, é mais direito obrigacional do que familial. Pelo fato de só ter obtido consagração material até hoje em países da órbita comunista, não se deve inferir que a autonomia legislativa do direito da família seja uma peculiaridade do **status** socialista, ou, o que vem dar no mesmo, resulta conflitante com a estrutura legislativa ortodoxa.

Andou certo, certíssimo, o projetista de 1963, ao encomendar um Código de obrigações à parte, materializado em

excelente Anteprojeto do douto Caio Mário da Silva Pereira, e é neste Código de obrigações que deve ser inserida toda a parte do "direito de empresa", tal como está no similar suíço.

No **Projeto**, o livro sobre o Direito de Empresa, se por um lado consagra salutarmente a empresa como instituto que extrapola a mera finalização em si (sentido **objetivo** dos atos, presos a um agente, e de índole técnico-econômica), para assumir o papel de personalidade autônoma e dinâmica em busca de fins interconexos (sentido **subjetivo** de organismos, independente do agente, e de índole técnico-jurídica), por outro lado incide num excesso e peca por uma omissão.

O excesso está na persistência das sociedades em comandita, simples e por ações, deferindo dez artigos a "instrumentos jurídicos de quase nenhuma utilidade", no depoimento veraz de Castro Rebello, porque "o tempo das comanditas passou", como salienta Ripert. A mantença não decorre, porque as estatísticas o mostram, de uma exigência doméstica, mas denuncia o exclusivo intuito de enfileirar a tradição legislativa. É o antônimo do **ius ex facto oritur**.

A omissão está em que se perde oportunidade de dar fim às empresas mercantis fictícias, abrigadas nas quase unipessoais sociedades de responsabilidade limitada, e de instituir em seu lugar a "empresa individual de responsabilidade limitada", aliás figura cujo primeiro passo já é objeto de consagração legislativa no artigo 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao considerar "empregador a **empresa, individual** ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".

Infenso às mutações e ainda como em 1916 respeitoso à tradição, o **Projeto** emudece quanto à separação do patrimônio, mercê da qual — orientando-nos pelo Anteprojeto Orlando Gomes, de 1963 — "do patrimônio de uma pessoa pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular".

Esse pequenino dispositivo, na verdade de propósito grande, assimila a tendência que começou com o **peculium** romano, ao depois ensejou o instituto de abandono do Consulado do Mar, e depois cristalizou nas sociedades mercantis de capitais, abrindo oportunidade inclusive à instituição da "empresa individual de responsabilidade limitada", ideada para a Áustria pelo jurisconsulto Pisko.

Limitado a copiar o Código vigente, o **Projeto** despreza o ensejo de reencontrar o fio jurigênico do "benefício de di-

visão", quanto aos efeitos da fiança. A tradição é que, tal como o homônimo "benefício de excussão", o da "divisão" resulta implícito na fiança conjunta para um só débito, e somente é afastado quando houver renúncia expressa.

O Código Civil francês, seguido por diversos sistemas nacionais que nele se espelharam (México, Venezuela, Argentina, Chile), segue este princípio, no artigo 2025: a menos que haja renunciado ao benefício da divisão, cada uma das partes pode exigir que o credor divida proporcionalmente sua ação, e a reduza à parte e porção de cada fiador. Também pelo Código das Obrigações suíço (art. 497), a intenção dominante está na divisão e a exceção é a solidariedade.

O direito brasileiro diz exatamente o contrário: a fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade, se declaradamente não se reservaram o benefício de divisão.

Ao tratar da responsabilidade civil, que importa em direito singular e, portanto, não pode admitir interpretação ampla, o **Projeto** (art. 943) apouca-se no elenco dos que são obrigados a indenizar por culpa aquiliana. Mantém-se mudo, por exemplo, sobre a responsabilidade dos estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, como os hotéis, pelas coisas dos hóspedes, **postos sob sua guarda**. Os roubos praticados em hotéis, com arrombamento de cofres individuais de hóspedes, têm dado lugar a polêmica jurídica, à falta de preceito definidor da responsabilidade.

Na área do direito das coisas, impõe-se que o Código Civil mande de vez a enfiteuse ao museu dos anacronismos jurídicos.

Costuma-se afirmar ser o Código Civil brasileiro mais rância do que seu espelho mandado compôr pelo Bonaparte há quase dois séculos: o Código do patrão, do proprietário e do credor. Em muitos aspectos, isto é verdade. E melhor mostra não se acharia que no haver mantido, com todo o obsoletismo, o domínio fateusim, instituto plurisecularmente proscrito e ausente mesmo do Código francês de 1804, sem que se possa debitar essa ausência aos jacobinos ou à Convenção.

Mas, se prevalecer o que está no artigo 2066 do **Projeto,** disfarçado em disposição transitória como se o legislador se envergonhasse de mantê-lo como instituto viril, ou seja apenas o veto à constituição de **novas** enfiteuses, pouco ou nada teremos evoluído, e nos deixaremos impregnar, pelos séculos em fora, da mesma tibieza do legislador de 1916, que, ante

a imperiosa necessidade de arquivar o antipático traste, preferiu tomar a viela dúbia do **resgate**.

A extinção da enfiteuse fere o direito adquirido — exclamam os seus desfrutadores. Assim fosse, redargüimos, a Lei Áurea constituiu uma agressão ao direito adquirido, em 1888, posto como o escravo, como propriedade, era **res**, coisa, tanto quanto a terra.

Lastimavelmente, setenta anos passados sobre o Código de 1916, são os estudantes do direito vigente levados a perder tempo com a enfiteuse!

Com as inovações operadas pelo chamado Estatuto da Mulher Casada, a mulher, pelo casamento, poderá acrescer aos seus os apelidos do marido, o que era de obrigatória assunção no texto anterior. O **Projeto** perfilha o preceito, no parágrafo único do artigo 1572: "A mulher, querendo, assume o nome patronímico do marido".

Eis aí outro anacronismo merecedor de jubilação, em favor da mais pura isonomia entre sexos, se bem que, em busca dessa igualdade, as feministas mais arrojadas pretendam diga a lei que tanto a mulher como o marido, querendo, assumam o nome patronímico do outro, o que é inovação dos códigos da família, russo, de 1961, e da Alemanha Oriental (RDA), de 1965.

Com todas as veras, não é o nome que contribui para a unidade, harmonia e estabilidade da família; portanto, não há razão para que, pelo casamento, os cônjuges marido e mulher alterem sua identidade patronímica havida pelo nascimento. É de recordar que, ainda no velho direito romano, quando a instituição do matrimônio evoluiu da forma arcaica **cum manu** para a **sine manu**, a mulher, trasladando-se da família do **pater** originário para a do **pater** do marido, permaneceu com o nome de origem.

O registro civil das pessoas naturais é sumamente zeloso na permanência do nome, em garantia da identidade dos indivíduos, e só excepcionalmente admite modificações no curso de sua vida. Há, portanto, uma desrazão clara em ser admitida essa mudança operada no casamento, sobretudo quando o divórcio, às vésperas de ser múltiplo, está erigido como instrumento da dissolução da sociedade conjugal. Uma mulher que se divorciasse duas vezes, teria no curso de sua vida cinco nomes, três para retornar ao nome patronímico e dois para usar o nome de cada consorte.

No correspondente ao direito hereditário, é mantida a extensão ao quarto grau, dada pelo Decreto-lei n.º 9461, de 1946, para a sucessão dos colaterais.

Na redação original, de 1916, essa sucessão se estendia ao sexto grau (pelo Projeto da Câmara iria ao décimo) e, corrigido pelo Decreto-lei n.º 8207, de 1945, ia apenas até o terceiro grau.

Entendemos, levando em consideração os princípios sociais modernos de nivelamento das riquezas, que, a não ser de todo abolida a sucessão dos colaterais, ela deveria retrair para até o segundo grau. O disponente da herança, se o quiser, pode, pelo testamento, contemplar os colaterais merecedores, esses sim, de seu reconhecimento.

## O reordenamento institucional

Tenaz instinto de sobrevivência fisiológica ou de resistência saudosista faz que certos redutos da sociedade política, ainda embutidos nos escalões secundários do Governo ou fora dele, insistam em desconhecer que estamos na Nova República, ou 6a. República, exigida pelo povo, e que, deste modo, vivemos noutro regime político. O último detentor do poder, quiçá de boa fé, porém nunca descomprometido com o regime autoritário a que serviu, repisou que iria fazer deste País uma democracia, tarefa só confiável, reservada e privativa da Assembléia Constituinte, que terá a ombros remover de vez o "entulho autoritário" e selar em definitivo a harmonia da nação com o Estado, esplendidamente ensaiada no último 15 de março. Fecha-se, portanto, o ciclo de um regime e abre-se outro ciclo; cerra-se o velário de uma fase republicana lôbrega e descobre-se nova e saudável trilha na vida da República.

Infelizmente, não vingou o sentimento tantas vezes manifestado nos comícios do povo e tantas vezes repetido nas promessas pré-eleitorais, quanto a termos uma Constituinte expressamente eleita, livre, democrática, soberana e exclusiva.

Este primeiro recuo da Nova República, entretanto, não nos deve amofinar em dar-lhe nossa participação, primeiramente pelo voto, apontando cérebros não comprometidos com o arbítrio nem com tradicionalismos balofos e retardativos do progresso nacional; e depois oferecendo aos legisladores constituintes a contribuição haurida nos anseios populares.

Como contribuição, vamos abordar poucos pontos, tendo bem presente o ensinamento de Justiniano, no proemio da **No-**

**vellae Constitutionis**, CXXVII: **Nostras leges emendare nos non piget, ubique utilitatem subiectis invenire volentes**. (Não nos pesa emendar nossas leis, sempre que entendemos ser de interesse do povo).

Comecemos pela indagação: que forma de governo — parlamentarismo ou presidencialismo — deve a Constituição adotar?

A tomada de posição, Senhores, confesso ser indutora da maior perplexão para mim, principalmente quando vem à memória que, no já afastado 1953, em prova escrita do curso de Doutorado, no Recife, fixei-me exaltando o parlamentarismo, porém concluindo não estar o Brasil preparado para aplicá-lo. A idade política de um povo não se mede pelos mesmos parâmetros da idade de uma geração; e, parece, as condições sob as quais escrevi, então, permanecem as mesmas.

O parlamentarismo, "etapa decisiva no desenvolvimento da civilização política", na expressão de Pinto Ferreira, é um regime extremamente sensível às condições sociais e políticas que lhe são subjacentes, como expõe outro eminente mestre, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, e, ainda opinião de Pinto Ferreira, depende de condições sócio-econômicas, culturais e da educação cívica.

Não deixa de ser preocupante, e obriga a repensar, quando deparamos com a estatística que denota haverem passado pelo Império 63 Gabinetes, á média de doze meses de governo cada um, sem falar em nossa frustrada experiência parlamentarista de 1961.

Em todo caso, seria patente dislate se um jurista considerasse regime ideal ou prefinido no Brasil de hoje, o presidencialismo, tal como o praticam as Repúblicas latino-americanas, todas em sua história exibindo presidentes como "monarcas a curtas prestações", na aguda observação de Pontes de Miranda.

Em opinião pessoal, o presidencialismo, no Brasil, é caminho certo para a ditadura. E isto é o que cumpre, por todos os modos, evitar.

O Brasil é signatário de quase todas as convenções internacionais em defesa dos direitos humanos, portanto seus preceitos são lei no País. Além disto, a Carta política imposta em 1969 (Emenda n.º 1) pela junta militar, e como é da índole de todos os regimes de arbítrio, manteve o elenco de direitos individuais provindo das Cartas democráticas precedentes, entre eles o preceito contido no parágrafo 14 do artigo

153, segundo o qual — "impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário".

Este foi o dispositivo mais espezinhado no regime ditatorial do nefando AI-5, e hoje, quando vêm à tona os crimes contra a integridade dos presos, políticos ou não, ergue-se o surrado bordão dos criminosos impunes, justificados em que cumpriram ordens superiores. Para neutralizar a ação da Justiça, antepõem o escudo da anistia. Para conjurar solidariedade faccionária, esconjuram o "revanchismo".

Sugerimos a inserção do seguinte dispositivo no capítulo sobre os direitos e garantias individuais da Constituição:

> "Ninguém será obrigado a cumprir ordem que viole os direitos humanos."

Talvez este lembrete de bom aviso previna os eventuais torturadores, e os faça pensar duas vezes antes de praticarem os mais abjetos crimes da espécie contra indivíduos neutralizados sob sua custódia.

Prosseguindo no campo dos direitos individuais.

O exercício da propriedade não pode mais ser encarado como direito inviolável e sacro, porém condicionado ao bem coletivo, uma afirmação que não advém dos filósofos do materialismo dialético, Marx e Engels, não é tampouco de Proudhon, ao encarar a propriedade como roubo, nem de Comte, ao profetizar seu fim, não é de qualquer dos pensadores leigos, nem, como afirmação, uma conquista dos tempos coevos, porém um ensinamento da própria doutrina cristã, ditada no século XIII pelo mais douto de seus doutores, Santo Tomás de Aquino, na admirável passagem da **Summa Teológica:** "O homem deve possuir coisas externas não como suas, mas como comuns, de tal modo que ele esteja, por assim dizer, pronto a comunicá-las aos outros em caso de necessidade".

As chamadas Encíclicas sociais fazem tônica desse robusto entendimento, no intuito de deixar bem claro que o proprietário dos bens de produção não tem o direito de exercer a propriedade com desapreço à significação social dos ditos bens. O **meu** não pode estar desvinculado do **nosso,** ou empregado em seu desfalque.

Mac Donald, citando uma das maiores autoridades em encíclicas, interpreta a **Quadragésimo anno,** de Pio XI, no particular da propriedade, afirmando: "Se por propriedade se entende uma instituição essencialmente ligada à sociedade hu-

mana, então, propriedade que se não concilie com o enquadramento social é inteiramente inconcebível".

Não se trata, está bem claro pela procedência dos conceitos, de Tomás de Aquino a Pio XI, de comunizar a propriedade, mas de conferir-lhe uma função social, ao encontro da qual o detentor deve exercitar o seu direito na plenitude, dentro dos limites que a lei traça com respeito ao fim econômico e social. Além do mais, comunizar toda a propriedade, em sentido marxista, resultaria, com efeito, no mesmo injurídico, na mesma quebra do **bonum et aequum,** porque seria evidentemente despojar alguém do bom e do necessário.

Essa função social da propriedade exige, na Carta de Princípios, reformulação em vários aspectos, sem moleza e, sobretudo, sem falso acanhamento acomodatício.

Agora, sobre a garantia dos direitos individuais.

As palavras a mais, muitas vezes são traidoras dos propósitos que, por meio delas, se procura transmitir. **Ommis definitio in iure periculosa est: parum est enim ut non subverti possit** — é a advertência do jurisconsulto Javoleno (**D.**, 50.17.202), transformada em aforismo jurídico. Com efeito, toda definição em direito é perigosa, porque não é difícil que possa ser subvertida.

Estas considerações vêm a propósito das principais garantias ativas dos direitos individuais: o **habeas corpus** e o mandado de segurança.

Quanto ao primeiro, o clássico instituto bretão, consagrasse-o apenas a Carta por seu nome, como era propósito do Projeto de 1967, o **habeas corpus** seria insofreavelmente o remédio posto para defender a liberdade corpórea, traduzida no direito de ir, vir e ficar. É um instituto mundial e plurissecular, sem o menor desvio constringente, a não ser quando expresso.

O mesmo não se dá com o mandado de segurança. O mandado de segurança é instituto brasileiro, e em seu meio século, viveu, desde quando implantado em 1934, vinte e nove anos sob regime de exceção, os ominosos períodos de 1937 a 1945 (a ditadura civil do Estado novo) e de 1964 até ontem (a ditadura militar da Revolução de 31 de março). Portanto, apenas em vinte e dois anos o mandado de segurança foi aplicado sob regime de liberdade.

Como quer que seja e apesar desses longos hiatos resultantes de nossa democracia intermitente, o instituto destinado a ser, no Brasil, o coroamento do Estado de direito, con-

seguiu revestir-se de características tão marcantes que resultará temerário tirar, do mesmo modo como acrescentar, qualquer palavra em seu já clássico enunciado.

Será superfluidade, por exemplo, aduzir na Constituição que o mandado de segurança admite a medida liminar, porque, além de ser esta de índole processual, é da peculiaridade das garantias constitucionais — afirmação que nenhum versado em direito público contesta — a providência cautelar sustatória da lesão, no vestíbulo do processo.

A ação popular constitucional, no Brasil, foge à regra por mero lapso legislativo de 1965. Tanto assim que o mesmo legislador ordinário, ao criar recentemente (Lei n.º 7347/85) a "ação civil pública", que vem a ser, em gênese, ação popular, previu o mandado liminar.

Falamos em ação popular, e esta, ao contrário da intocabilidade exorada para o enunciado do **habeas corpus** e do mandado de segurança, merece consideração diversa.

Não é de agora que se considera acanhado o preceito constitucional para a ação popular brasileira, provindo da Carta de 1934 e unicamente mirando a anulação dos atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas. O momento, portanto, faz-se oportuno para corrigir o preceito, com a seguinte redação:

> "Qualquer **pessoa** poderá propôr ação popular para proteger o patrimônio público **ou a coletividade,** contra ato que lhe seja lesivo."

Será um proveitoso e salutar retorno às raízes da histórica **popularis actio,** conferida, quer no velho direito romano, quer no medievo, neste onde a consagrasse o direito estatucional, a quem quer que vivesse numa coletividade, e em proveito da coletividade, sem mais requisitos que a capacidade para estar em juízo, e assim tanto cidadão como estrangeiro residente no País.

Fixemo-nos na ordem econômica e social.

Constitui aforismo de economia que, nas épocas de inflação monetária, folgam os devedores e comprimem-se os credores. Inexiste brasileiro assalariado que não tenha experiência própria desse aforismo, e não há quem negue a constância da defasagem, o chamado "achatamento", das retribuições do trabalho ou dele conseqüentes.

A Constituição em ocaso, no que respeita aos funcionários públicos e inativos, acena com a modificação dos venci-

mentos e proventos "por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda"; mas omite-se, neste ponto, quanto aos salários e benefícios correlatos.

Urge que a futura Carta garanta o integral reajustamento, em favor desses e daqueles, sem deixar margem a distorções, e isto — em nosso entender — poderá ser obtido mediante os seguintes acréscimos operados nos textos vigentes:

> — "Os salários, ordenados e proventos, bem como as aposentadorias, pensões e demais benefícios previdenciários, **terão garantido o integral reajustamento** para manter o seu valor aquisitivo em face da desvalorização da moeda."
>
> — "Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários, **garantido a esses e aqueles integral reajustamento**."

A defesa do consumidor e do usuário, no Brasil, apresenta ainda carência e distorções, para as quais contribuem dois fatores que se integram e só incidentemente vêm sendo levados em conta: a deformação do próprio consumidor, que o torna apático por incidência de seus direitos ou descrença de seu exercício, o que é de mister, pela educação, desfazer; e a ausência de um organismo público específico e lesto, ao qual, ele, consumidor, possa recorrer desembaraçadamente e que seja armado de meios corretivos instantâneos, o que é de mister, pela lei, obviar.

Esta é a oportunidade de dar explícito tratamento à defesa do consumidor, como fazem as mais modernas Cartas políticas européias. "Os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários protegendo, mediante procedimentos eficazes, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos", dispõe a Constituição Espanhola, de 1978, no artigo 51. "Os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos, e à reparação dos danos", estipula a Constituição Portuguesa, de 1976, no artigo 110.

A ordem econômica e social, na vigente Constituição Brasileira, é disciplinada em seis princípios, dos quais somente um, e ainda assim indiretamente, contempla a defesa do con-

sumidor. Com efeito, a "repressão ao abuso do poder econômico" é do subjetivo interesse do consumidor, porém essa reparação, nos moldes do disposto na Carta, caracteriza-se "pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros". Daí se dessume que o compositivo desse programa constitucional dirige-se objetivamente à defesa do produtor e do mercado.

Eis por que a futura Carta Constitucional deve inserir dispositivos consecratório da —

> "Proteção ao consumidor e ao usuário, mediante procedimentos eficazes contra atos de comércio que lhe possam ser prejudiciais à segurança e aos legítimos interesses econômicos."

Encerramos aqui estas despretensiosas considerações.

Noveis bacharéis: Das páginas já amareladas e de escrita desbotada pela ação de duas décadas, extraí para repetir-vos, aqui, em vossa festa, trecho das palavras ditas, como paraninfo, aos Bacharéis de 1965, um ano, convém repetir, em que, no Brasil, a ordem jurídica já se achava degradada e o Estado de direito entrara em hibernação.

"O direito — dizia quem vos fala — entrou em hiato repetidas vezes na história dos povos, e até hoje tem escrito uma contínua trajetória de lutas penosas para afirmar-se, das XII Tábuas às constituições de Clarendon, da Magna Charta e dos privilégios do Reino de Aragão às firmadas e reafirmadas Declarações de 1789 e 1948, ainda tão descumpridas; emergiu sempre, tal como dos mosteiros em que se refugiou após a fratura do Império Romano, e emergirá sempre, até o dia em que sobrexistirem os dois últimos seres humanos para estabelecer uma relação jurídica.

"O direito não teme a força, e quando com ela não esgrime, deixa-a passar como vaga imperene. Os feitos épicos dos Belizários são efêmeros, enquanto perpetuadas ficam, plantadas como faróis dos povos, as obras dos Tribonianos. Caio Júlio César não é hoje conhecido pela guerra dos gálias, senão pelo **De bello Gallico**. De Napoleão, as vitórias e estratégia militares não têm mais sentido; o que lhe assegura perenidade é o seu Código.

"Onde, portanto, a conjuntura impuser a luta pelo direito, de um indivíduo só ou de uma coletividade toda, lutai; porque,

vencidos embora, sereis necessariamente vitoriosos no porvir, enquanto se condescenderdes, por comodismo, negligência ou pusilanimidade, podereis ganhar tudo, podereis ter assegurada a própria liberdade corporal momentânea, mas perdereis irremissivelmente a dignidade. E a pior escravidão não é a resultante da perda da liberdade, mas a alienação da dignidade."

Digo-vos agora:

Se fordes advogados, lêde e praticai os Dez Mandamentos de Couture: — estudai — pensai — trabalhai — lutai — sede leais — sede tolerantes — sede pacientes — tende fé — esquecei — amai vossa profissão.

Se fordes juízes, não vos deslembreis, quando julgardes, de uma das mais preciosas regras inseridas num código moderno e que é autêntica conquista do direito brasileiro: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (LICC, art. 5.º).

E, se advogados ou juízes, atentai bem para que a norma escrita é mera serva do direito; portanto, é dever de todo o jurista DEFENDER O DIREITO, EMBORA CONTRA A LEI.

**(Discurso do Paraninfo, no ato de formatura dos Bacharéis da "Turma Jacy de Assis", do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, em 20 de dezembro de 1985).**

Impresso nas oficinas graficas da COMPANHIA EDITORA DE PERNAMBUCO - Rua Coelho Leite 530, Santo Amaro - Recife - Fone: 231-3310 - C.G.C. 10.921.252/0001-07 - Insc. Est. 18.1.002.0001117-4

Este Livro Deve Ser Devolvido na Última
Data Carimbada

U.F PE. 7-E7 I.U. 10.000 - 18/11/86

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
BIBLIOTECA DE DIREITO

Prove que sabe honrar os seus compromissos devolvendo com pontualidade este livro à Biblioteca.

340.04 S568n 31-93

SIDOU, J. M. Othon

Novas consideraçoes sobre aspctos conjunturais do dirsito.