

Revista Jurídica

Volume 13 - 1997

FACULDADE DE DIREITO - PUC-Campinas

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Prof. José Francisco B. Veiga Silva

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS

Prof. Carlos de Aquino Pereira

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Francisco Vicente Rossi

REVISTA JURÍDICA

CONSELHO EDITORIAL

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Jamil Miguel

Yara Maria B. de C. F. Chaves Pinto

Vera de Arruda Roza Cury

Jorge Luiz de Almeida

Agerson Tabosa Pinto

Kátia Maria Buez Azzi - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 735-5899 ou 735-5833

Caixa Postal 317 - CEP 13020-904 - Campinas, SP

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 13	p. 1-178	1997
------------------	----------	-------	----------	------

SUMÁRIO

Artigos

História Contemporânea do Direito e Sociologia Histórica

Mario G. Losano 5 - 24

A Teoria dos Modelos Jurídicos de Miguel Reale e o Direito Internacional Consuetudinário

Tarcísio Burity 25 - 36

I Grandi Sistemi Giuridici

Mario G. Losano 37 - 73

Crimes Coletivos na Lei de Tóxicos

Carlos Henrique Maciel 74 - 107

Da Cognição no Processo Cautelar

Carlos José Cordeiro 108 - 129

Dolo e Culpa no Direito Penal

Paulo Antonio Lüdke de Oliveira 130 - 149

A Presunção de Legitimidade do Lançamento Tributário e a Legitimidade do Lançamento Tributário em Face das Provas

150 - 159

Súmula Vinculante

Roberto Telles Sampaio 160 - 162

Resenhas 163 - 178

HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO E SOCIOLOGIA HISTÓRICA*

Mario G. LOSANO

1. ENCERRAM-SE O SÉCULO E O MILÊNIO: TEMPO DE BALANÇOS

Nessa última década de nosso século e de nosso milênio terminou também na vida quotidiana a Segunda Guerra Mundial que, nos campos de batalha, se concluíra cinquenta anos antes. Com a queda do mundo soviético, inteiros Estados deixaram de existir - a própria União soviética, a Tchecoslováquia, a Iugoslávia -, enquanto outros surgiram. Do ponto de vista jurídico, somente o fenômeno que investira as potências coloniais por volta de 1968 se assemelha a esta situação: de fato, com o processo de descolonização, inteiros setores do ordenamento normativo deixaram de ser direito vigente e se tornaram direito histórico. Com o término da Segunda Guerra mundial, nas universidades italianas, as cátedras de "direito colonial" se transformaram em "História e instituições dos países afro-asiáticos". Hoje, de modo análogo, as matérias denominadas "Direito dos Estados socialistas" ou equivalentes vivem um processo de progressiva historicização, paralelo ao processo de progressiva extinção de seu objeto.

(*) Agradeço a Marcela Varejão, colaboradora da minha cátedra de Teoria Geral do Direito na Universidade de Milão e doutoranda de pesquisa na mesma Universidade, a tradução deste escrito para o português.

Como juristas, vivemos, assim, numa época na qual podemos estudar ao vivo a passagem de completos sistemas jurídicos - embora de grande complexidade - da condição de sistemas de direito vigente a sistemas de direito histórico. É natural perguntar-se quais específicas tarefas esta situação especial apresente ao jurista. Por isso, o tema da minha comunicação é a história contemporânea do direito (enquanto disciplina que usa uma metodologia histórica, ou seja, que se ocupa do passado) nas suas relações com a sociologia histórica (que se ocupa do presente, com uma metodologia própria) e com a filosofia do direito (naquele setor que indaga sobre os valores colocados como fundamento de um sistema jurídico, seja ele histórico ou vigente).

O tema é vastíssimo; limito-me nesta sede, por isso mesmo, a poucas considerações, esperando poder desenvolvê-las em um escrito futuro.

2. O FINAL DO MUNDO BIPOLAR VISTO DA ITÁLIA E DA ALEMANHA

No contexto europeu, na Alemanha e na Itália o final do mundo bipolar provocou duas cisões igualmente profundas, mas substancialmente diversas.

Na território alemão, em 3 de outubro de 1989, a República Democrática Alemã cessava formalmente de existir e seu território passava a fazer parte da (ou retornava à) República Federal Alemã. Um inteiro e complexo ordenamento jurídico deixava de ser vigente e se tornava direito histórico, como já acontecera com o ordenamento da República de Weimar, do Império Otomano ou da época de Tokugawa.

Na Itália, a cisão foi menos decisiva, mas igualmente radical: as eleições de 5 de abril de 1992 e a intervenção dos juízes de Milão eliminaram uma classe política que estava no poder (ou na oposição) há quase cinquenta anos, isto é, desde o final da Segunda Guerra Mundial.

A Alemanha sentira de modo direto a crise do comunismo; a Itália, indiretamente, mas de modo não menos intenso: em 1991, dissolvia-se o mais forte e menos ortodoxo partido comunista do Ocidente, o qual, todavia, a divisão em blocos do mundo havia impedido toda e qualquer participação no governo central de um Estado onde um terço dos habitantes votavam a seu favor.

Na Itália, os eventos políticos tendem a ser mais lentos e mais confusos do que na Alemanha. Não por acaso, os americanos, referindo-se à Itália, usam o verbo *to creep* ("arrastar-se"). O maio de 1968 italiano durara até 1977: era um "*creeping May*". Nos anos Oitenta, a inflação com duas cifras subira e descera lentamente: era uma "*creeping inflation*". Nos anos Noventa, a mudança política tem ocorrido com tempos longos e de modo retorto: é uma "*creeping revolution*". O resultado é, todavia, claro: o cinqüentenário democrático terminou.

Nesta atmosfera de "*redde rationem*", a história contemporânea celebra seu momento de glória como se todos - protagonistas e testemunhas - sentissem a necessidade de fixar os próprios pontos de vista sobre esse momento crucial. Por outro lado, toda história já foi história contemporânea de uma certa sociedade, antes de deslizar no passado. E quem vive esses períodos permanece fascinado precisamente com a percepção da velocidade dessa precipitação no passado: por um breve espaço de tempo, a história não se move mais segundo os tempos geológicos, ao contrário, precipita.

A esta peculiaridade do momento atual se acrescenta o dado de fato que nosso século está terminando: destarte, muito existe para estudar e para reordenar. A história moderna - que, por convenção, vai, aproximadamente, de 1492 a 1918 - é extraordinariamente longa e rica. Contudo, a história do século XX, com respeito à sua duração puramente temporal, se agigantou com as revoluções tecnológicas: em primeiro lugar, a revolução dos transportes e das comunicações. A aceleração e a globalização dos eventos por elas próprias provocados fizeram nascer e prosperar a história contemporânea. Como disciplina autônoma, sua data de nascimento pode ser fixada sem tantas dúvidas

no término da Segunda Guerra Mundial. Entretanto, mais complexo é estabelecer seu âmbito cronológico, ou seja, a partir de quando inicia o período objeto de seus estudos.

Na Alemanha federal, esta data-limite pode ser identificada com o período 1917-18, enquanto na República Democrática Alemã, a época contemporânea coincidiria com o ano de 1945. A França coloca no centro da cisão a Revolução francesa, distinguindo, porém, uma "histoire contemporaine" (1789-1939) e uma "histoire du temps présent" (a partir de 1939). É possível encontrar outras datas no mundo anglo-saxão e na história das Américas.

Mesmo considerando que a América do Sul é o continente culturalmente mais próximo da Europa continental, as subdivisões de sua história não coincidem com as subdivisões européias. Partindo da idade antiga das civilizações pré-colombianas, passa-se à idade moderna das Grandes Conquistas: não existe um Medievo sul-americano. Para a história moderna e contemporânea, o ponto de partida de uma possível cronologia política desta área são as guerras de independência das metrópoles espanhola e portuguesa (1810-1825), seguidas pela consolidação institucional de cada um dos Estados nacionais (1825-1850). A época contemporânea tem raízes na afirmação progressiva de um capitalismo fundamentado na exportação, que gerou sistemas políticos oligárquicos (1850-1880). Seu início coincide, todavia, com a maturidade desse sistema política-econômico (1880-1930). As décadas seguintes são caracterizadas pela crise no sistema capitalista de exportação (1930-1950), à qual sucede uma crise permanente dos Estados latino-americanos (1950-1970)¹. Assim, a história contemporânea do direito latino-americano não pode receber uma periodização européia; precisa construir uma para si².

A mesma constatação vale para outros importantes sistemas jurídicos extraeuropeus.

Em geral, a Primeira Guerra Mundial, ponto de referência privilegiado para os historiadores contemporâneos europeus, não é uma data relevante para a história, por exemplo, da China e do Japão e, conseqüentemente, nem para a periodização das histórias jurídicas recentes desses dois países³.

Porém (aceita a data-limite da Primeira Guerra Mundial e circunscrevendo-nos á Europa), o correr do século apresentou o problema de mais divisões. Bracher propôs, por exemplo, uma "dupla história contemporânea" ("doppelte Zeitgeschichte"), onde as cisões são representadas pelas duas guerras mundiais: 1917-18 e 1945⁴.

É supérfluo acrescentar que tais incertezas se refletem ainda na determinação da época objeto da história contemporânea do direito, com a complicação de que nem sempre as grandes cisões históricas coincidem com as grandes cisões jurídicas.

Dentro da história contemporânea, com efeito, a história jurídica, comparada à história política, se moveu com um certo atraso, em parte, devido à tradição universitária européia, que faz da história ao direito uma matéria principalmente meáievalista; em parte, pela viscosidade do direito, que tende a conservar suas próprias formas para além dos confins que a história a ele assinala. Assim é que o código penal da Itália fascista ainda vive na Itália republicana originária do antifascismo; e o código civil alemão ao 1900 permaneceu em vigor com as formas de Estado imperial e republicana, comunista e liberal-democrática.

Nos últimos anos, contudo, começou a tomar corpo uma história contemporânea do direito como nova matéria jurídica de contornos metodológicos e epistemológicos ainda em discussão. "São fluidos seus confins com a ciência política" ("Die Grenzen mit der Politikwissenschaft sind fliessend"), informa a Brockhaus Enzyklopädie, (rubrica Zeitgeschichte, 1994). Igualmente incertos são também os confins da história contemporânea do direito com a sociologia, com a teoria política e com a filosofia do direito.

3. O RECENTE DEBATE ALEMÃO SOBRE A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

Embora em passado alguns juristas juspositivistas com interesse histórico, ou alguns historiadores com interesse jurídico, tivessem desenvolvido pesquisas ocasionais de história contemporânea

do direito, somente com o término da Segunda Guerra Mundial a história contemporânea do direito inicia oficialmente. Neste contexto, na Itália, foi estudada a história (também jurídica) do fascismo, mas, sobretudo, a história da Resistência, à qual foram dedicados Institutos e publicação ímpares em toda a Europa⁵. Para a Espanha e Portugal, a data da história contemporânea tende a atingir o final das ditaduras de Franco e de Salazar. Na Alemanha, em 1949 foi instituído em Munique o "Instituto alemão da história da época nacional-socialista" ("Deutsches Institut für die Geschichte der nationalsozialistischen Zeit"), denominado desde 1952 "Instituto de história contemporânea" ("Institut für Zeitgeschichte")⁶. Restando na Alemanha, a expressão "história contemporânea do direito", parece ter sido utilizada pela primeira vez por Robert Scheyning, em 1968.

Tal interesse se exprimira também nas numerosas publicações periódicas. Em 1979, fora fundada a "Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte": uma revista austro-helvécio-alemã, especificamente dedicada à história contemporânea do direito. Os "Materiali per una storia della cultura giuridica" (fundados pelo saudoso Giovanni Tarello em 1971), os "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno" de Paolo Grossi (fundados em 1972), o "Rechtshistorisches Journal" de Dieter Simon (fundado em 1982) freqüentemente têm publicado ensaios sobre a história jurídica do século XX. A denominação "história contemporânea do direito" retornou, depois, em 1985, também no título de um escrito de Diethelm Klippel⁷. Em suma, a nova disciplina vem sendo consolidada nos fatos.

Seu reconhecimento formal ocorreu com uma interessante medida de política cultural. Em 1992, a "Volkswagen-Stiftung", de Hannover - que entre os seus projetos conta ainda com um programa de "Novas Cátedras" - entrou em convênio com a Universidade de Frankfurt para financiar os primeiros cinco anos de uma cátedra de história contemporânea do direito. Após aquele período, a matéria deveria ser lecionada numa pré-existente cátedra de história do direito, entrementes disponível devido à pensão do titular. Deste modo, a matéria fora estavelmente inserida - pela primeira vez - em um currículo universitário alemão.

Em maio de 1992, sete candidatos à cátedra apresentaram em um breve relatório as respectivas concepções sobre o novo ensino.

Destes relatórios, derivou um opúsculo que sintetizava o estado e as aspirações da história contemporânea do direito na Alemanha⁸, abrindo um debate sobre o "status" destes estudos.

4. A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO: DISCIPLINA HISTÓRICA OU DISCIPLINA JURÍDICA?

Ao contrário de outros autores a ele sucessivos, Klippel vê na história contemporânea do direito um meio para melhor compreender o direito vigente e sua ciência. Esta concepção comporta uma definição bem mais ampla de âmbito cronológico da matéria, diferente da aceita pela corrente que vê na história contemporânea do direito uma área especializada da clássica história do direito (corrente que, para simplificar, identificamos com Michael Stolleis, embora seja seguida por outros autores, como Diestekamp e Dilcher).

Aceitando a posição de Klippel, a história contemporânea do direito pode compreender até mesmo o direito antigo, desde que tal direito contenha elementos que contribuam para explicar o direito vigente. Mas nem todo tema de direito antigo seria relevante: seria objeto de pesquisa somente a parte relativa ao direito vigente. Se, todavia, seguindo o caminho de Stolleis, se aceita a definição de história contemporânea do direito como segmento da história jurídica geral, será preciso seguir as clássicas divisões da ciência histórica: à história contemporânea do direito seria, então, reservado o século XX. Entretanto, dentro de um campo de estudos assim limitado, poderiam ser objeto de estudo todos os fenômenos jurídicos, independentemente de sua relevância para o direito vigente. Em resumo, a posição de Klippel é "ilimitada no tempo, mas limitada no objeto" ("zeitlich unbeschränkt, in der Fragestellung beschränkt"), enquanto a de Stolleis é "limitada no tempo, mas ilimitada no objeto" ("zeitlich beschränkt, in der Fragestellung unbeschränkt")⁹.

Em linhas gerais, hoje, a concepção de Stolleis parece ser dominante. Assim, o início de nosso século é considerado o confim entre o passado e o presente, ou seja, entre a história clássica e a história contemporânea, em particular, entre a tradicional história do

direito e a história contemporânea do direito. Esse confim está profundamente marcado na consciência dos historiadores do direito. Stolleis recorda que a mais importante revista histórico-jurídica da Alemanha publicou pela primeira vez em 1986 um artigo sobre um tema do século XX, que enlaçava um problema jurídico da época nacional-socialista com a tradição da Escola Histórica do Direito¹⁰.

Não obstante a persistência das repartições tradicionais, e não obstante algumas polémicas¹¹, nos últimos vinte anos um crescente número de historiadores do direito se aventuraram para além das colunas de Hércules do século XIX. Multiplicaram-se, assim, as pesquisas monográficas sobre o direito nacional-socialista (sobretudo penal), o direito da República de Weimar e mesmo os mais recentes direitos económico, administrativo e constitucional.

Segundo Stolleis, este interesse pela história contemporânea do direito pode ter origem em três diversas razões.

Primeira razão: superação do passado. Para esta motivação, a análise da destruição do Estado de direito por parte do nacional-socialismo faz parte daquele mais amplo debate sobre a "superação do passado" ("Vergangenheitsbewältigung"), que preponderou na cena cultural das duas Alemanhas pós-bélicas, formalmente inquestionada até o surgimento do "revisonismo" de Ernst Nolte. O pressuposto teórico desta primeira razão é a fé na função educativa da história: a história é mestra da vida e ajuda a evitar a repetição das catástrofes passadas.

Segunda razão: melhor compreensão do direito vigente. A explicação histórica do direito passado ajuda a compreender melhor o direito vigente e, em certa medida, ajuda também a configurar o direito futuro. Stolleis faz remontar esta concepção à teoria jurídica da Escola Histórica do Direito: o direito teria suas leis imanentes de desenvolvimento, apreendidas através do exame histórico¹². E quando se fala de leis imanentes, retorna-se à boa e velha filosofia da história. Encontrá-la-emos falando sobre sociologia histórica e, de modo mais completo, na versão integral deste meu trabalho. Neste sentido, a história jurídica (e, conseqüentemente, também a história

contemporânea) seria uma ciência auxiliar do direito positivo. Este é o posicionamento de Klippel, que, no fundo, pensa em duas ciências históricas do direito: uma serve ao jurista positivo para melhor compreender o direito vigente (e é, desta forma, "de casa" nas Faculdades jurídicas), outra, se ocupa de todos os problemas histórico-jurídicos contemporâneos possíveis (e é, então, "de casa" nas Faculdades históricas). "(Os juristas teriam, assim, uma espécie de "oficina" histórica ("Die Juristen besößen also nur eine Art historische Servicestelle", Jan Schröder, p. 36). Destarte, existiriam duas histórias contemporâneas do direito, uma jurídica, e uma não jurídica.

Terceira razão: a histórica contemporânea do direito como setor especializado da ciência histórica geral. Afirma-se então que o fundamento "especificamente histórico" da história contemporânea do direito consiste em ser "a vanguarda especialista da clássica história do direito, vanguarda que segue os passos do presente" ("die der Gegenwart auf dem Fuße folgende fachliche Vorhut des klassischen Rechtsgeschichte"). A disciplina seria, assim, disciplina histórica, e não jurídica ("rechtlich geprägtes Segment der Geschichtswissenschaft", p. 12).

Das três razões que levam à existência da história contemporânea do direito, Stolleis prefere a terceira, que, porém, no seu escrito acima citado é, na minha opinião, mais enunciada do que discutida.

5. A ESTRUTURA DA HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

A partir do debate de Frankfurt, emergem algumas características geralmente aceitas pela história contemporânea do direito: seu âmbito cronológico coincide aproximadamente com o século XX; seu método é histórico; seu objeto é o estudo do "surgimento, transmissão e realização do direito histórico no passado próximo e muito próximo, no contexto das respectivas situações políticas e sociais" ("Rechtsentstehung, Rechtsvermittlung und

Rechtsdurchsetzung der jüngeren und jüngsten Vergangenheit im Kontext der jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Lage", Stolleis, p.12). Um programa deste tipo parece fortemente aparentado com algumas ciências sociais, em primeiro lugar a sociologia do direito, e com a filosofia do direito.

a) O âmbito cronológico da história contemporânea do direito

Como foi dito, em geral existe um difuso consenso em indicar o início do século XX como ponto de partida da época estudada pela história contemporânea do direito. Todavia, vários autores tendem a especificar ainda mais esta data, movendo-a para antes ou depois do início de nosso século, por motivos teóricos ou devido aos próprios interesses de pesquisa. Rückert corretamente sustenta que a data precisa do início das pesquisas da história contemporânea do direito deveria ser fixada com base no objeto da pesquisa, e não em abstrato. Mas também ele termina indicando como data "standard" o ano de 1918, embora seu interesse de pesquisador pudesse levá-lo a preferir um início em 1945.

Para Jan Schröder, os elementos unificantes na ciência jurídica são três (em ordem decrescente): as fontes jurídicas, o pensamento jurídico e, enfim, as instituições jurídicas (p. 37 s.). Analisando as fontes, para a Alemanha as várias histórias jurídicas atuais teriam início em datas diversas: a do direito privado, com o começo dos trabalhos para o BGB, em 1873; a do direito penal, com o Código Penal imperial ("Reichsstrafgesetzbuch") de 1871; a do direito processual, com as Leis imperiais sobre a administração da justiça ("Reichsjustizgesetze") de 1877; no direito constitucional, talvez fosse preciso retornar à primeira constituição imperial, enquanto no direito administrativo, poder-se-ia iniciar pela instituição dos tribunais administrativos de 1863. Para concluir, para Jan Schröder, a história contemporânea do direito deveria iniciar por volta de 1871, ou seja, ainda na época do Segundo Império. Teria lugar, assim, uma defasagem com relação à história política contemporânea, a qual sói iniciar em 1917.

E, neste ponto, convém limitar a exposição, visto que as oscilações variam de autor a autor e, com mais razão ainda, de Estado a Estado, de continente a continente.

b) As fontes da história contemporânea do direito

As fontes de pesquisa são aquelas tradicionais na pesquisa histórica, às quais se adicionam as fontes típicas de nosso século: "Imagens e fotografias, filmes e televisão, entrevistas aos protagonistas, memoriais, pesquisas de opinião e estatísticas sociais" ("Bild und Foto, Film und Fernsehen und Rundfunk, lebenden Zeugen in Interview und Aufzeichnung, Meinungsumfragen und Sozialstatistik")¹³. É, contudo, importante assinalar que estas fontes são, ao mesmo tempo, potentes meios para influenciar a realidade. O historiador contemporânea deve, então, exercitar uma crítica específica destas fontes, porque não raramente tais fontes terminam provocando o comportamento (social ou individual) que aparentemente descrevem. Imagine-se, por exemplo, o uso do rádio na propaganda nacional-socialista e fascista, ou da televisão nas eleições vencidas por Fernando Collor no Brasil e por Silvio Berlusconi na Itália. Imagine-se ainda o influxo que a televisão adquiriu no imaginário coletivo dos países comunistas, ao criar a legenda áurea do Ocidente capitalista, como na televisão alernã-federal captada na DDR, ou nos programas italianos recebidos na Albânia.

Estas novas fontes, segundo Jan Schröder, "não são de relevância assim tão grande" ("nicht so großer Bedeutung") para a história contemporânea do direito (p. 40). Na minha opinião, a importância dessas novas fontes depende do problema jurídico em exame. Por exemplo, numa pesquisa sobre as modificações legislativas no sistema eleitoral italiano, ou sobre a transformação do instituto do "referendum" no direito italiano, entre 1992 e 1995, não é possível prescindir da análise das mensagens televisivas¹⁴.

Este conjunto de fontes é, por um lado, mais limitado e, por outro, mais amplo, respeito àquele da história jurídica clássica.

O conjunto das fontes é mais limitado para a história contemporânea porque nem todo material de arquivo é acessível e,

quando o é, nem sempre já se encontra ordenado de modo definitivo. Além do mais, o segredo dos documentos é avaliado com critérios não uniformes: varia não apenas de Estado a Estado, como de repartição administrativa em repartição administrativa dentro do mesmo país.

Em muitas pesquisas, um obstáculo novo e imprevisto é constituído pelas leis sobre a proteção dos dados, que pode limitar o acesso a informações pessoais por parte dos estudiosos.

Na União Européia e em muitos Estados industrializados estas normas se aplicam seja aos bancos de dados informáticos, seja aos arquivos cartáceos. Este obstáculo se apresentara já nos anos Oitenta, sobretudo nas pesquisas de sociólogos e de médicos, mas também alguns historiadores se viram na situação de ter recusada a permissão de acesso a documentos de arquivo¹⁵. Levando em conta exatamente estas dificuldades, preocupei-me com a inclusão no meu projeto de Lei sobre o "privacy" de um artigo que também levasse em conta as exigências dos cientistas sociais e, portanto, dos historiadores do direito contemporâneo. Mas para os arquivos italianos o problema, por ora, não se põe, porque a Itália e a Grécia são os únicos Estados da União Européia aos quais ainda falta uma lei de proteção dos dados pessoais¹⁶.

O conjunto das fontes é, porém, mais amplo: além dos meios de comunicação já elencados, devem ser lembrados os bancos de dados - em linha ou fora de linha, em suportes ópticos ou magnéticos - e as fontes orais¹⁷.

No mundo contemporâneo, a comunicação visual ou falada tem, em muitos casos, substituído a comunicação escrita. O telefonema substituiu a correspondência; a gravação magnética ou em "videotape", o documento escrito. Nestes casos, a possibilidade de falsificação são vastíssimas e muito mais difíceis de reconhecer do que nas tradicionais fontes escritas.

Estas novas fontes devem ser avaliadas de acordo com critérios tecnológicos (para estabelecer sua confiabilidade) e sociológicos (para delas extrair informações corretas): mas basta um

tal enriquecimento metodológico para fundamentar a autonomia de uma nova disciplina?

c) O objeto da história contemporânea do direito

Vimos que o objeto da história contemporânea do direito são os pressupostos, a gênese e a eficácia das normas atuais nos respectivos contextos sócio-políticos. Sua finalidade é o conhecimento histórico dos eventos, e - em segundo lugar - também o auxílio dos juspositivistas. Ela aplica o método histórico às normas jurídicas, mas a ele não é vinculada, como ocorre, ao contrário, a quem aplica às normas o método jurídico.

Vejo a história contemporânea do direito semelhante àqueles "Destacamentos de história militar" criados pelos Estados Unidos no curso da Segunda Guerra Mundial. Eram compostos por especialistas (também universitários) mandados às grandes unidades operativas, com a missão de escrever "no calor dos eventos" o desenrolar da história, com autorização para interrogar os protagonistas e para aceder aos arquivos. Sem dúvida, eles escreviam a história do ponto de vista do príncipe; porém, ao mesmo tempo, preparavam um certo tipo de fonte da história futura.

De modo análogo - na minha visão - a história contemporânea do direito possui a missão de salvar os documentos (cartáceos ou informáticos, palavras ou imagens), avaliá-las criticamente, delinear sínteses iniciais, criar documentação complementar ou alternativa à oficial. Em suma, preparar fontes confiáveis para os futuros historiadores.

Esta remissão ao futuro de sínteses mais vastas e profundas não implica que a história contemporânea do direito seja menos história do que as outras histórias. É apenas uma consequência do problema estrutural que a história contemporânea do direito recebe da mais geral história contemporânea: a falta de distanciamento do objeto das próprias pesquisas.

6. A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO E OS INSTRUMENTOS DA SOCIOLOGIA

Ao examinar as observações metodológicas dos historiadores do direito contemporâneo, sobressai o fato que todos aqueles autores aludem a temas que retornam constantemente na sociologia jurídica: por exemplo, a continuidade do direito e a permanência dos funcionários da Justiça e da administração, não obstante grandes mudanças políticas (Majer, p. 18) e mil outros temas¹⁸. Foi aliás observado que a aplicação de métodos quantitativos nas obras do historiador do direito Christian Wollschläger é "passível de utilização direta na sociologia do direito" ("unmittelbar für de Rechtssoziologie verwendbar", Schröder, p. 37). Outrossim, algumas das fontes anteriormente aludidas são objeto de estudo aprofundado mais da parte dos sociólogos do que dos historiadores. Basta pensar na enorme quantidade de estudos que os sociólogos dedicaram à construção dos questionários e à avaliação das entrevistas. A mesma observação vale para a análise dos conteúdos de documentos escritos (como os jornais) ou filmados (televisão, filmes de autor ou documentários). Em resumo, boa parte da metodologia da história contemporânea do direito já se encontra aprofundada precisamente nos manuais denominados "de metodologia das ciências sociais"¹⁹.

O mesmo paralelismo salta aos olhos também na área dos sociólogos. Para eles, a pesquisa em ciências sociais é "um processo cíclico que se autocorrigue, consistente em sete fases: o problema a ser pesquisado, a hipótese, o projeto da pesquisa, a medição, o recolhimento dos dados, a análise dos dados e a generalização"²⁰. Também por esta via retorna a boa e velha filosofia da história, que já encontramos ao examinar as razões da existência da história jurídica contemporânea. Como já foi dito, o tema está detalhado na versão integral deste meu trabalho. Essa não poderia ser também a metodologia da história contemporânea da direito?

Contudo, enquanto os historiadores contemporâneos manifestam interesse na abertura aos métodos da sociologia, para esta última a história é às vezes compreendida em sentido muito limitativo, como pura "decorrência de tempo".

Assim, voltando aos metodologistas acima citados, entre os fatores internos que modificam o indivíduo ou o campeão estudado, os dois metodologistas indicam a história: "Por história se entende todos os eventos que, no curso da pesquisa, podem influir em cada estudo em particular, oferecendo uma explicação diversa para a transformação da variável dependente". O exemplo aduzido é o efeito de uma campanha eleitoral no comportamento de voto: a hipótese é que a propaganda influencie a opinião dos votantes. São, deste modo, analisados dois grupos, um exposto, o outro não exposto, à propaganda. As diferenças nas intenções de voto dos dois grupos podem ser resultado tanto da exposição à propaganda, quanto "de eventos deste mesmo período: por exemplo, exação de novos impostos, conflitos no governo, crises internacionais ou inflação rápida. Quanto mais o tempo passa entre o pré-teste e o pós-teste, mais elevada é a probabilidade que eventos diversos da variável independente se transformem em hipóteses rivais"²¹. Eis, assim, a história como "elemento perturbador".

Como se vê, o diálogo entre história contemporânea do direito e sociologia (e, em particular, sociologia do direito) ainda está no início. Mas mesmo assim a sociologia descobre novamente a história²². Talvez a ponte entre as duas disciplinas seja a "sociologia histórica", cuja afirmação tem sido cada vez maior nos últimos anos²³. A sociologia histórica foi definida como o estudo do passado para descobrir como as sociedades funcionam e se modificam.

7. QUAL É A AFINIDADE ENTRE A SOCIOLOGIA HISTÓRICA E A HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO?

Uma disciplina vasta como a sociologia histórica corre o risco de transformar-se numa etiqueta de fácil uso para qualquer pesquisa social. Por exemplo, caiu nas minhas mãos uma obra de história do partido comunista francês, que se apresenta como de "sociologia histórica": não me pareceu ser metodologicamente muito

diversa das, importantes mas comuns, obras de história das partidos operários.

Por outro lado, tais pesquisas histórico-sociais podem apresentar-se como louváveis pesquisas interdisciplinares, ou reprováveis exemplos de sincretismo e de ecletismo metodológico. É, então, necessário um esforço para definir o "status" desses estudos, que, desenvolvendo-se em terra de confim, se encontram, segundo a situação, sujeitos à jurisdição de métodos diversos.

Quando Joachim Rückert, por exemplo, propõe como futuro tema de história contemporânea do direito "a função dos juristas na prática e na ideologia" (*"die Rolle der Juristen in Praxis und Ideologie"*, p. 31), o sociólogo do direito vê nesta proposição uma identidade temática entre as duas disciplinas. Todavia, "à diferença do puro historiador - nota Rückert - o historiador do direito deve enfrentar o problema na qualidade de jurista" (*"anders als der Nur-Historiker muß sich der Rechthistoriker als Jurist zum Problem wenden"*); e por isso, ele propõe uma série de outros temas específicos, entre os quais, por exemplo, o confronto entre a função do juiz na época imperial e na época de Weimar (*"Forschungen über die Weimarer - und Kaiserreichs-Richterrolle in Vergleich"*, p. 31 s.).

Seria interessante observar quais são os pontos de contato entre estes estudos e as "collective biographies" ou "multiple career-line analysis" que se ocupam dos elementos comuns na formação cultural de um grupo homogêneo de atores históricos²⁵. O grupo dos juízes ou o dos advogados é sem dúvida um sujeito ideal para este tipo de pesquisa. Que os juízes tenham ganho importância nos últimos tempos, está demonstrado - por exemplo - pela série de tentativas para modificar a legislação italiana que, segundo um ponto de vista, garante-lhes independência do poder político, ou, segundo ponto de vista oposto, concede-lhes um excessivo poder, sem controle nem responsabilidade.

Ao enfrentar problemas sociais que devem ser regulados juridicamente, a análise do historiador do direito termina sendo mais penetrante do que a análise - sem dúvida mais vasta, mas, precisamente por isso, mais genérica - do historiador da cultura ou da sociedade.

Rückert cita como exemplo a história alemã da previdência social de 1889; da direito do trabalho, sobretudo a partir de 1900; e das discussões sobre o estado social e sobre os direitos fundamentais na República de Weimar. "Como historiador do direito - afirma Rückert - tenho uma visão mais precisa desses eventos, mais articulada e mais rica de conexões, ao contrário da visão dos historiadores sociais que, embora útil em outros setores, se revela, neste caso, pouco pertinente". E conclui: "A província do direito, mesmo sendo província, ainda assim fornece produtos originais e estruturalmente não irrelevantes" (p. 31).

Encontrei uma prova da correção destas observações na redação de meu livro sobre a situação política italiana no período 1992-1995²⁶. Cada problema político termina cristalizando-se numa norma jurídica. Desta forma, o debate político cada vez mais se transforma em debate sobre a modificação de normas vigentes ou sobre a aprovação de novas normas. A modificação e a aprovação de normas são, por sua vez, reguladas por normas de procedimento, as quais são objeto de discussão política. Uma semelhante situação de particular relevância das normas se deve à circunstância que o debate político se desenvolve em um Estado de direito. Conseqüentemente, a dimensão jurídica é um elemento fundamental também para a análise politológica.

Seja bem-vinda, pois, a história contemporânea do direito, como instrumento para esclarecer os debates políticos ou os problemas sociológicos, e com a função de assegurar fontes - e fontes confiáveis, verificadas criticamente - a serem entregues aos futuros historiadores.

NOTAS

(1) Estas são as subdivisões aduzidas na cronologia que encerra o volume de Marcello Carmignani, *L'America Latina dal 500 a oggi. Nascita, espansione e crisi di un sistema feudale*, Feltrinelli, Milano 1975, pp. 419-433.

(2) Em sociologia, uma tal periodização foi tentada no livro dos estudiosos de Turim Filippo Barbano - Carlos Barbé - Mariella Berra - Mabel Olivieri - Koch - Weser Ammassari, *Sociologia, storia, positivismo*. Messico, Brasile, Argentina e l'Italia, Franco Angeli, Milano 1992, 488 pp. A *Introduzione* de Filippo Barbano, p. 66, chama a atenção (p. 78, nota 99) também sobre as propostas de periodização

de um "franc-tireur haitien" da Escola dos "Annales" (depois, em junho de 1988, Presidente da República do Haiti): Leslie François Manigat, *L'Amérique latine au XXème. siècle. 1889-1929*, Seuil, Paris 1991, 488 pp. (primeira edição: Éditions Richelieu, Paris 1973, 414 pp.)

(3) Para estas periodizações, remeto a Mario G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Einaudi, Torino 1988, pp. 299-318 (segunda edição). Existe também uma versão em português deste livro, mas com base na primeira edição, de 1978: *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, Editorial Presença (Portugal), Livraria Martins Fontes (Brasil), Lisboa 1979, pp. 205-223.

(4) Karl Dietrich Bracher, *Doppelte Zeitgeschichte in Spannungsfeld politischer Generationen*, in Bernd Hey - Peter Steinbach (Hrsg.), *Zeitgeschichte und politisches Bewußtsein*, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1986, pp. 53-71. Também as enciclopédias refletem um incerto status desta disciplina. O Meyers Lexikon, de 1930, ainda não traz a rubrica "Zeitgeschichte". O Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, de 1983, na rubrica *Histoire contemporaine*, ilustra apenas os romances de Anatole France.

(5) Jeans Petersen, *Geschichte und Geschichtswissenschaft in Italien heute*, in Bernd Hey - Peter Steinbach (Hrsg.), *Zeitgeschichte und politisches Bewußtsein*, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1986, pp. 119-145.

(6) Este Instituto publica os "Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte" dal 1953. Outras publicações no contexto alemão são: "Zeitgeschichte" (desde 1973); "Geschichte und Gesellschaft. Zeitschrift für historische Sozialwissenschaft" (Göttingen, desde 1982); "Geschichte und Gegenwart" (Graz, desde 1982); "Kirchliche Zeitgeschichte" (Berlim, desde 1988).

(7) Diethelm Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechts-wissenschaft*, Brühlscher Verlag, Gießen 1985, 58 pp. Cfr. também Gerhard Dilcher, *Von Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft*, "ACP Archiv für civilistische Praxis", 1984, pp. 247 ss.

(8) Michael Stolleis (organizado por), *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach?*, Nomos, Baden-Baden 1993, 81 pp. Os autores são Diemut Majer, Bern (na verdade, autora); Joachim Rückert, Hannover (posteriormente, titular da cátedra em questão); Jan Schröder, Tübingen; Rainer Schröder, Bayreuth; Reiner Schulze, Trier; Thomas Vormbaum, Münster; Gerhard Werle, Berlim.

(9) Jan Schröder, in: Michael Stolleis (organizado por), *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach?*, Nomos, Baden-Baden 1993, p. 36.

(10) Joachim Rückert, *Das gesunde Volksempfinden - eine Erbschaft Savignys?*, "Zeitschrift für Rechtsgeschichte", Germanistische Abteilung, 1986, pp. 199-247.

(11) O propósito de polémicas, pode-se indicar o debate entre Peter Stolleis, *Aufgaben der neueren Rechtsgeschichte oder: hic sunt leones*, "Rechtshistorisches Journal", 1985, n. 4, pp. 251 ss., e Eduard Picker, *Vom weißen Flecken der Rechtsgeschichte oder: Hic ululant hyaenae*, "Rechtshistorisches Journal", 1986, n. 5, pp. 367-372.

(12) Sobre a noção de direito consuetudinário na Escola Histórica e suas relações com a - "Doutrina do espírito popular" ("Volksgeistlehre") e com a filosofia transcendental, cfr. o difícil livro de Horst Heinrich Jakobs, *Die Begründung der*

geschichtlichen Rechtswissenschaft, Schöningh, Paderborn - München - Wien - Zürich 1992, 415 pp.

(13) Rückert, in: Michael Stolleis (organizado por), *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach? Nomos*, Baden-Baden 1993, p. 25; cfr. anche K. F. Reimers e altri (Hrsg.), *Zeitgeschichte in Film und Fernsehen: Analyse, Dokumentation, Didaktik*, München 1982, 504 pp.

(14) Uma descrição destes eventos está no meu livro *Sonne in der Tasche. italienische Politik seit 1992*, Kunstmann, München 1995 (em curso de publicação).

(15) Mario G. Losano, *Ricerca e dati personali*, "Data Manager", X, 1985, n. 49-50, p. 35.

(16) Mario G. Losano, *Il computer di cristallo. progetto di legge sulla protezione dei dati personali*, "MicroMega", 1987, n. 1, pp. 159-177 (também in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", III, maggio - agosto 1987, pp. 465-485). Este projeto de lei, naturalmente, caiu no vazio.

(17) O registro das fontes orais é cada vez mais freqüente na história contemporânea: o "Bulletin de l'Institut d'Histoire du Temps Présent" tem como suplemento uma série intitulada "Histoire orale". A mesma coisa acontece na antropologia e na história militar (por exemplo, as entrevistas de Véronique Debemardy-Lepère e de Françoise de Ruffray feitas para o Service Historique de l'Armée de l'Air: *Histoire orale: inventaire des témoignages*, Vincennes 1988, 411 pp.).

(18) "Vergleich Rechtsnorm und Wirklichkeit" (Majer, p. 16); Ein solcher Rechtsvergleich hat viele Berührungspunkte mit der Ideengeschichte, mit der rechts - und Verwaltungssoziologie" (p. 18); "Überschneidungen mit der Rechtspolitik, aber auch mit der Rechtssoziologie" (p. 19); "Rolle der Juristen in Praxis und Ideologie" (Rückert, p. 31); "Baustein für die Rechtstheorie, Rechtssoziologie usw." (Jan Schröder, p. 37); enorme vantagem da Rechtssoziologie (R. Schröder, p. 51);

(19) Para citar apenas alguns exemplos: Wilfried Laatz, *Empirische Methoden. Ein Lehrbuch für Sozialwissenschaftler*, Harri Deutsch, Thun - Frankfurt a. M. 1993, 612 pp.; Heinrich Best - Brigitte Hendres-Niggemeeyer - Matthias Herfurth - H. Peter Ohly (Hrsg.), *Informations- und Wissensverarbeitung in den Sozialwissenschaften. Beiträge zur Umsetzung neuer Informationstechnologien*, Westdeutsche Verlag, Opladen 1994, 623 pp.; Chava Frankfort-Nachmias - David Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences*, St. Martin's Press, New York 1992 (4ª edição), XXIII-576 pp.

(20) Chava Frankfort-Nachmias - David Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences*, St. Martin's Press, New York 1992 (4ª edição), p. VII.

(21) Chava Frankfort-Nachmias - David Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences*, St. Martin's Press, New York 1992 (4ª edição), p. 106.

(22) Gertraude Mikl-Horke, *Die Wiederkehr der Geschichte. Zur Historischen Soziologie der Gegenwart*, "Österreichische Zeitschrift für Soziologie", 1994, 19, 3, 3-33.

(23) Limite-me aqui a remeter o leitor a um outro meu ensaio mais amplo sobre este tema, em curso de publicação, e a assinalar cinco livros de chevet: Philip Abrams, *Historical Sociology*, Open Books, Near Septon Mallet, Somerset 1982, XVIII-353 pp.; bibliografia alle pp. 336-350; Theda Skocpol (a cura di), *Vision and Method in Historical Sociology*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.) 1984, XII-410 pp.; An

Annotated Bibliography on Methods of Comparative and Historical Sociology è alle pp. 392-401; Arthur L. Stinchcombe, *Theoretical Method in Social History*, Academic Press, New York 1978, IX-130 pp.; Charles Tilly, *As Sociology Meets History*, Academic Press, New York 1981, XIII-237 pp.; con un'ampia bibliografia alle pp. 217-232; Dennis Smith, *The Rise of Historical Sociology*, Temple University Press, Philadelphia 1991, XI-231 pp.

(24) Bernard Pudal, *Prendre parti. pour une sociologie historique du PCF*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1989, 329 pp.

(25) Lawrence Stone, *Prosopography*, "Historical Studies Today. Daedalus", 1971, pp. 46-49. A maioria dos escritos recentes de prosopografia diz respeito à Antiguidade ou ao Medievo. Por sua referência à história contemporânea deve ser recordada a dissertação de Helena Michaelovna Nicolaysen, *looking Backward: a Prosopography of the Russian Social Democratic Élite, 1883-1907*, Stanford University 1991 *University Microfilm International, Ann Arbor), VI-449 pp.

(26) Mario G. Losano, *Sonne in der Tasche, Italienische Politik seit 1992*, Kunstmann, München 1995, 230 pp

A TEORIA DOS MODELOS JURÍDICOS DE MIGUEL REALE E O DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO

Tarcísio BURITY

O primoroso livro de Miguel Reale "*Fontes de Modelos do Direito*", publicado em 1994, além de trazer atualizações de seu pensamento acerca do assunto, oferece-nos a oportunidade de interessantes reflexões sobre um dos mais tradicionais e dificultosos temas da Teoria Geral do Direito, bem como da própria Filosofia Jurídica: a **Teoria das Fontes do Direito**. Sempre ressurgente em todas as concepções filosóficas a respeito do fenômeno jurídico, a Teoria das Fontes divide as Escolas e, as mais das vezes, apresenta contradições que dificultam o trabalho de todos quantos se debruçam sobre o problema.

O objetivo principal de uma Teoria das Fontes do Direito consiste, como sabemos, em analisar e descrever os vários procedimentos através dos quais se opera a criação do Direito. A grande dificuldade consiste em estabelecer um critério rigoroso, a partir do qual seja possível distinguir, com precisão lógica, o que é o Direito daquilo que não é o Direito. Basta lembrar as teses do chamado "Direito Alternativo", talvez uma versão com nova roupagem da antiga "Doutrina do Direito Livre", para melhor aquilatarmos a importância da sempre renovada Teoria das Fontes do Direito.

O conceito de **criação** das normas jurídicas é, portanto, fundamental para o estudo de suas fontes. Na verdade, uma norma é considerada válida juridicamente apenas na medida em que ela é imposta por uma autoridade que recebeu o poder de criar normas

jurídicas. E tem-se condição de criar o Direito, quando se tem autoridade ou poder de fazê-lo. Existe assim, uma estreita relação entre o conceito de **poder jurídico** e o de **criação jurídica**. E possui **autoridade jurídica**, isto é, **poder de criar normas jurídicas**, apenas aquele que recebeu tal autoridade mediante um ato de atribuição de poder pela Constituição, na hipótese de um Ordenamento Jurídico Estatal, portanto ordenamento **centralizado**; ou pelo poder difuso da sociedade, dentro de um Ordenamento absolutamente **descentralizado**, como é o caso do Ordenamento Jurídico Internacional, criando a norma costumeira.

Entretanto, a temática das Fontes parece não ser tão simples. A doutrina tradicional, sensível aos aspectos sociológicos do Direito, procurou apontar a conhecida distinção entre fontes **formais** e fontes **materiais**.

Partindo-se da natureza essencialmente **normativa** do mundo jurídico, percebe-se facilmente as dificuldades em que incide tal classificação, pois dentro das chamadas fontes **materiais** incluem-se elementos **não jurídicos**, a saber, fatores sociológicos, psicológicos, históricos, econômicos, ecológicos etc. Sem fundamentação filosófica e usando de um **sincretismo metodológico** logicamente incoerente, confundem mais do que esclarecem o fato cultural da criação do Direito.

Existem outros que procuram oferecer mais precisão lógica ao problema. E alguns o fizeram com extrema competência. São por demais conhecidos os estudos de Kelsen, por exemplo, a esse respeito.

Sob a inspiração do formalismo kantiano, e buscando sempre uma precisão de linguagem, prefere ele usar a expressão "**métodos de criação do Direito**", em vez de "fontes" do Direito ("**Methoden der Rechtserzeugung**"). Na sua visão, o critério cientificamente seguro para distinguir o que é o Direito daquilo que não é o Direito, consiste no **modo de sua criação**, não sendo necessário nenhuma referência ao **conteúdo** da norma, mas tão somente aos **procedimentos** através dos quais as normas nascem e morrem.

O postulado gnoseológico que fundamenta essa tese é a distinção irreduzível entre **SEIN** e **SOLLEN**, isto é, entre **SER** e **DEVE-SER**. "De que alguma coisa é", não se pode concluir que alguma

coisa "**deve-ser**"; da mesma maneira, de que alguma coisa "deve-ser" não se pode concluir que alguma coisa "é" ("*Daraus, daß etwas "ist", kann nicht folgen, daß etwas "sein soll"; sowie daraus, daß etwas "sein soll", nicht folgen kann, daß etwas "ist"*", IN: *REINE RECHTSLEHRE*, p. 196).

E essa diferença entre **SER** e **DEVER-SER** não tem possibilidade de ser explicada, porque se trata de algo que é dado à nossa consciência de forma imediata: ("*Der Unterschied zwischen Sein un Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewußtsein unmittelbar gegeben*", IN: *REINE etc.* p. 5).

Partindo-se, pois, da idéia de que toda norma expressa um "dever-ser" (Sollen) compreende-se a sua afirmação: "*A validade de uma norma não pode ter outro fundamento senão a validade de outra norma*" ("*Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein*", IN: *REINE etc.* p. 196).

E o Direito, segundo Kelsen, apresenta uma originalidade extremamente importante: a de regular sua própria criação e sua própria aplicação ("*Denn es ist eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Rechts, daß es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt*". IN: *REINE etc.* p. 73).

Estabelecidos esses pressupostos, Kelsen identifica como "método de criação de direito" não apenas a legislação e o costume, mas também o negócio jurídico, a atividade administrativa, as decisões judiciais. Mais ainda: partindo da idéia de **estrutura escalonada** das normas que compõem o ordenamento jurídico, estende o conceito de fonte do Direito a toda norma **superior** em relação à norma **inferior** cuja produção ela **regula**. Neste sentido, a Constituição aparece como a fonte das normas jurídicas gerais criadas por via de legislação ou por intermédio do costume; por sua vez, uma norma jurídica geral torna-se fonte da decisão jurisdicional que aplica essa norma geral, criando uma norma individual; e a decisão jurisdicional podendo ser também considerada como a fonte das obrigações e dos direitos estabelecidos por ela no que tange às partes litigantes, ou como a fonte do poder do órgão que deve executar materialmente essa decisão. O negócio jurídico e a atividade administrativa são também aplicações de normas jurídicas gerais e, por isso, se constituem em fontes do Direito.

Em virtude de uma conseqüência natural e lógica, pode-se entender por fonte do direito igualmente, o próprio **fundamento da validade do ordenamento como um todo**, o seu fundamento último, que só pode ser uma norma **pressuposta**, a qual não possui caráter de norma positiva, mas que é apenas **pressuposta**, quando se reconhece o caráter objetivo de **fato criador de normas**, seja ao costume através do qual uma Constituição é estabelecida, seja ao ato criador da Constituição conscientemente praticado pelos membros de uma comunidade. Trata-se, como sabemos, da chamada NORMA FUNDAMENTAL, condição lógico-transcendental de todo o ordenamento jurídico. Este processo pelo qual o Direito se cria incessantemente, vai do geral ao individual, do abstrato ao concreto. Trata-se de um processo de **individação** e de **concretização** da norma jurídica. Todo ato jurídico, portanto é ao mesmo tempo **aplicação** de uma norma superior e **criação**, regulamentada por esta norma, de uma norma em escala inferior. Abstração feita dos casos-limite, a saber a pressuposição da **norma fundamental** (máximo de abstração) e a execução dos atos de coerção (máximo de concretização), toda **aplicação** do Direito é também **criação** de Direito.

Desta maneira, Kelsen fecha o sistema jurídico, conforme a concepção de seu formalismo normativista de inspiração kantiana, procurando "purificar" o mundo do Direito dos elementos não jurídicos. Daí a sua conclusão fundamental: "Relativamente à teoria do Direito, apenas o Direito pode ser fonte do Direito" (*"In einem positivrechtlichen Sinn kann Quelle des Rechts nur Recht sein"*, IN: REINE etc. p. 239).

A VISÃO CULTURALISTA DE REALE SOBRE AS FONTES DO DIREITO

Se o normativismo kelseniano ganhou em rigor metodológico, pecou entretanto, por excesso de formalismo, o qual teve por conseqüência o esvaziamento do fenômeno jurídico, desencarnando-o dos elementos factuais e axiológicos, sem os quais a sua compreensão se torna incompleta.

Miguel Reale expõe em síntese feliz o problema, ao escrever, em 1940: "Não há como imaginar uma ciência de normas sem a conceber como **ciência do conteúdo das normas**" (In: **Teoria do Direito e do Estado** p.5). Ou, em outras palavras por ele muitas vezes repetidas: "O Direito é norma e **situação normada**".

Pois bem, não é suficiente afirmar que a compreensão integral do Direito deve fazer referência aos elementos axiológicos e sociológicos, além da sua normatividade. Esta concepção da **regra jurídica como uma integração de fatos segundo valores** tem sua explicação gnoseológica, ou melhor dizendo, ontognoseológica, para usar um termo bastante significativo no pensamento filosófico de Reale. A originalidade do mestre paulista, ao conceber a sua Teoria Tridimensional do Direito, de caráter **concreto e dinâmico**, a par de sua concepção do Direito como **experiência** e como um sistema de MODELOS JURÍDICOS, fez o saudoso Recaséns Siches apontá-lo como "um dos mais destacados jurisfilósofos de nosso tempo" (In: **Panorama Del Pensamiento Juridico En El Siglo XX**, t. I, p. 553).

Para Reale, a Teoria das Fontes do Direito "se põe como estudo da validade do processo mediante o qual as regras do Direito são postas **in esse**" (Fontes e Modelos do Direito, p. 13). Na análise das fontes, observa-se que em sua base encontra-se necessariamente uma **estrutura de Poder**, seja o poder difuso da sociedade, ao elaborar a norma consuetudinária, seja o poder estatal relativamente ao **processo legislativo e à jurisdição**, seja ao poder negocial no que tange à elaboração dos contratos, ou negócios jurídicos, conforme o reconhecimento da **autonomia da vontade**. É através desta **estrutura de poder** que as puras aspirações jurídicas se transformam em **normas jurídicas obrigatórias**. Sem estrutura de poder não há fonte de Direito. Entretanto, esse poder não é um fato arbitrário. Para Reale, o Poder é um **fato imantado de valor**, pois está intimamente dependente do "**processo fático-axiológico** em cujo bojo se realiza a **opção do poder**", compondo portanto a essencial estrutura tridimensional do Direito. No estudo da estrutura da **nomogênese jurídica**, mostra-se como de um complexo axiológico e de um complexo fático surge um leque de opções normativas, entre as quais, por força da interferência opcional do Poder, uma delas se imporá como norma

jurídica obrigatória. Vê-se, desta maneira, que a tridimensionalidade do Direito é essencialmente dialética, como o é todo o mundo histórico-cultural. Com razão, afirma Reale: "Em verdade o Poder não decide onde e como quer, mas no âmbito processual da fonte do Direito" (In: **Fontes**, p. 61).

Essa visão do Direito como norma e situação normada, a norma sendo o momento culminante de um processo dialético de integração de fatos segundo valores, e dentro de uma percepção do Direito como experiência, levou Reale à construção de sua Teoria dos Modelos do Direito, desdobrados nas duas modalidades de **modelos jurídicos** e **modelos dogmáticos** ou **hermenêuticos**.

Os modelos jurídicos não se confundem com as normas jurídicas, porquanto são apenas **especificações** ou **tipificações** das normas na plenitude de sua realização histórica. Constituem eles, desta maneira, o **conteúdo** das fontes do Direito, e, por isso, dotados da mesma **força objetiva e positiva da obrigatoriedade** já atribuídas às fontes, "não se reduzindo, por conseguinte, a meras expressões linguísticas, ou a simples formas técnicas de conhecimento das regras jurídicas" (In: **Fontes** etc. p. 38-39). Diferentemente dos modelos empregados pelos cientistas no mundo da natureza que devem corresponder ao **realquale**, os modelos jurídicos valem como **elementos constitutivos** da própria experiência jurídica. Por exemplo, relativamente aos **modelos negociais**, onde predomina a autonomia da vontade, se duas pessoas elaboram um contrato de compra e venda, aplicam evidentemente, as regras abstratas previstas no Código Civil. Mas, ao mesmo tempo em que celebram esse contrato, estão criando para elas próprias normas **individuais**, direitos e obrigações **concretas** que não existiam antes da conclusão do contrato, o qual passa a ter vida própria, trazendo em seu bojo a riqueza de elementos factuais e axiológicos, existencialmente experimentados pelas partes contratantes. O modelo negocial, portanto, é norma e **situação normada**. Vale ressaltar ainda que relativamente à correlação entre **validade** e **eficácia** (ou efetividade) da norma jurídica, "a fonte refere-se mais propriamente às **condições de validade** dos preceitos jurídicos postos por ela, ao passo que os **modelos jurídicos**, como conteúdo das fontes, representam a atualização ou projeção destas no

espaço e no tempo sociais, **no plano da eficácia**, ou do procedimento" (Fontes etc. p. 4).

Outro aspecto a assinalar a respeito dos modelos jurídicos como **conteúdo** das fontes do Direito consiste na sua direção **prospectiva**. Se a norma jurídica é uma integração dialética de **fatos segundo valores**, em sua existencial concreção, elas passam a valer conforme uma "validade objetiva **per se stante**", independentemente do **querer inicial** da autoridade que as criou, sobretudo porque constituem uma "**previsão de uma classe de atos futuros**, e estes ocorrem segundo as vias imprevisíveis da liberdade" (In: **Fontes**, p. 25).

Toda essa construção dos Modelos Jurídicos em Reale, encontra a sua fundamentação nas reflexões filosóficas do criador da Teoria Tridimensional Dinâmica e Concreta do Direito. Embora não seja objeto propriamente desta comunicação, não podemos deixar, por exemplo, de afirmar a importância da sua original teoria ontognoseológica do conhecimento; os estudos sobre a correlação essencial entre criticismo **ontognoseológico** e o historicismo axiológico, ou acerca da intrínseca dialeticidade da história e da essencial dialeticidade do mundo cultural (dialética de complementariedade); a consciência do VALOR em todos os domínios da experiência, assim do **SER** como do **DEVER-SER**; enfim, a idéia de que o SER o Homem é o seu **dever-ser** e de que a Pessoa é a raiz da História. Tudo são problemas da maior magnitude para a aventura da existência humana, tratados por Reale, com meridiana clareza, coerência e sobretudo com absoluta originalidade.

Assim, por exemplo, em criativo diálogo com Husserl, assegura que, no ato de conhecer (e quem conhece conhece **algo**), a **polaridade** sujeito-objeto, é o pressuposto transcendental, isto é, a condição de possibilidade de toda e qualquer experiência **cognoscitiva** ou **ética**. A consciência intencional, pois, ao conhecer "algo" o reconhece como "distinto de si". É a partir da consciência dessa "heterogeneidade" do algo percebido que o sujeito se vê como distinto dele. Essa correlação sujeito-objeto, eu-mundo, que se exige mutuamente, contudo cada um dos termos guardando entre si a sua heterogeneidade, torna possível a compreensão unitária possível entre natureza e espírito, experiência natural e **experiência histórica**. No instante em que o EU reconhece algo como distinto de si, põe-se como

VALOR, o qual se torna "ipso facto" projeção essencial do sujeito. Conseqüentemente, no ato mais elementar de perceber e de agir, "já se põe o valor de quem percebe e de sua posição perante o cognoscível enquanto tal. Daí também a transformação do objeto em **objetivo**, em fins motivacionais do agir ou da conduta, que atinge seu ponto máximo com a criação do mundo **histórico-cultural** e, dentro deste, a do mundo jurídico. O algo percebido pelo sujeito cognoscente não é um puro algo genérico, mas é também um **ALGUÉM**, não se podendo realizar a subjetividade "sem se pôr como inter-subjetividade (um eu perante outro eu) e sem transcendência (o eu perante o universo). Nas próprias palavras de Reale: "Na realidade, o que digo de algo só é válido como possibilidade de ser dito por outrem, a subjetividade do conhecimento sendo sempre **intersubjetividade**, o que quer dizer **fato social e histórico**" (In: **Experiência e Cultura**, p. 134). E ainda: "Destarte, os eventos históricos, por mais conflitantes que possam ser, se contêm no âmbito da **legitimação ética** que se projeta fundamentalmente do valor-fonte que é o valor da pessoa humana, por ser o Homem o único ente que, de maneira originária tanto é como deve-ser (**é enquanto de-ve-ser**): o valor da pessoa humana, como projeção imediata da consciência transcendental, representa, portanto, o pressuposto da conduta ética e põe-se como ponto de referência para a aferição de todas as formas de experiência cultural" (In: **Experiência e Cultura**, p.). A condição transcendental ontológica e deontológica de sermos pessoa consiste no reconhecimento do homem como um ente que **é enquanto deve-ser**, a pessoa tornando-se por isso a **raiz da História**, "porque é subjetividade e reconhecimento de subjetividade, o que quer dizer intersubjetividade".

Por fim, vale ressaltar o enfoque de Reale sobre a especificidade do VALOR. Na verdade, quem diz **pessoa** diz **valor**; e quem diz valor diz **dever-ser**, como expressão imediata da intencionalidade da consciência, pondo-se a problemática da História como fruto dessa projeção originária. Mais: é nessa compreensão do **VALOR** como um objeto autônomo, "sui generis", como um dever-ser, portanto irreduzível aos objetos **ideais**, os quais são entidades do

mundo do ser, tais como os objetos lógicos e matemáticos, que consiste uma de suas contribuições fundamentais. Isso obriga a que o fenômeno jurídico possua uma natureza **tridimensional** e não simplesmente **bidimensional**, como integração dialética de **fato, valor e norma**.

OS MODELOS JURÍDICOS E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INTERNACIONAL

A Teoria dos Modelos Jurídicos de Miguel Reale, tem, ao nosso ver, ampla aplicação no âmbito do Direito Internacional Público. Não iremos evidentemente partir para a análise de todos os aspectos que a Teoria dos Modelos oferece como via de interpretação dos múltiplos fatos das relações internacionais disciplinados pelas normas jurídicas internacionais. Fora trabalho gigantesco não condizente com a natureza desta comunicação. Chamaria atenção apenas para a análise do chamado "critério da efetividade" que nos parece constituir um modelo jurídico dos mais significativos no âmbito do Direito Internacional Público. Na verdade, o "critério da efetividade" permeia todas as manifestações jurídicas das relações internacionais, por força da própria natureza do Direito Internacional, que ainda se manifesta como um direito primitivo e embrionário, como um ordenamento jurídico acentuadamente **descentralizado**, tanto em relação à **elaboração** de suas normas quanto no que tange à sua **aplicação**. O "critério de efetividade" está presente, por exemplo, na formação das normas jurídicas consuetudinárias, no campo da validade da competência estatal, das competências territoriais e governamentais, na fundação da validade de títulos jurídicos, na própria validade de certos tratados concluídos sob violência. Está presente, também, como elemento de prova da vontade das partes na aplicação de tratados, na proteção diplomática dos indivíduos, das sociedades e de acionistas etc.

Vejamos agora, a parte que nos interessa mais de perto nesta comunicação: a formação do direito internacional costumeiro. Começemos primeiro, por uma descrição de seus elementos constitutivos, para, em seguida, analisarmos a natureza desse procedimento.

Como sabemos, o costume internacional forma-se espontaneamente, mediante a repetição **constante e generalizada** de certos atos, ao lado da convicção de que esses atos correspondem à execução de uma obrigação jurídica. Não podemos compreender, pois, o fenômeno costumeiro, sem a repetição dos mesmos atos no tempo. Entretanto, é preciso ressaltar que o fator **tempo** não é, **em si mesmo**, essencial para a constituição da norma costumeira, pois, ora uma prática longa, ora uma prática relativamente curta, é suficiente para transformar um **uso** facultativo em regra juridicamente obrigatória. O importante é que a prática em questão se manifeste de maneira **constante e efetiva**. Além disso, não é necessário que a repetição seja constituída de atos **idênticos**, mas tão somente de atos que, embora distintos, tendam a uma mesma **finalidade**. O essencial é que se possa deduzir deles, de maneira clara e inconfundível, uma norma determinada de conduta. Essa idéia de que **o tempo não cria a efetividade** do uso, mas apenas assinala que esse uso existe de modo **intenso, constante e estável** já foi apreciada pela antiga Corte Permanente de Justiça Internacional e pela atual Corte de Justiça Internacional, em várias de suas decisões.

Isso abre, aliás, uma interessante perspectiva para uma análise acerca do **tempo no Direito**. Diria como Reale que, nesse caso da efetividade, trata-se do "tempo concreto da experiência jurídica", do tempo concebido como um "concreto processo de vigências significativas".

O estudo da formação do costume internacional complica-se na medida em que analisamos o chamado pela doutrina tradicional "elemento psicológico" da sua constituição, isto é, a convicção de que o respeito ao uso em questão exprime o cumprimento de uma obrigação jurídica. Por ser de natureza subjetiva, é impossível a prova de sua existência. Apenas mediante a existência da **efetividade da sanção**, que deverá ocorrer em cada hipótese de infringência ao uso em questão, será possível deduzir que já se trata de um costume especificamente jurídico. **A efetividade do uso e a efetividade da sanção** constituem os fatores essenciais para a criação da norma costumeira internacional.

Vale salientar que a efetividade não se confunde com a pura força ou o arbítrio, porquanto o seu poder objetivante **"alberga uma**

destinação racional". A efetividade da norma costumeira já é índice de sua valiosidade, expressando o "horizonte de valores" predominante no meio social em que nasceu a norma costumeira.

Mas qual seria a natureza profunda da **efetividade**? Um puro "factum" situado no mundo do ser? Ou já um princípio, uma norma **positiva** gerada pelo próprio costume internacional?

Kelsen, um dos primeiros a se ocupar do assunto, ora emprega efetividade no sentido de puro "factum" (mundo do SEIN), ora como princípio jurídico ou norma positiva de direito internacional consuetudinário (*"Denn auch der Akt, mit dem eine positive Rechtsnorm gesetzt wird, ist - so wie die Wirkamkeit der Rechtsnorm - eine Seinstatsache"*, IN: REINE etc. p. 215).

Em outras passagens, ele se refere a um "**princípio de efetividade**". Por exemplo, quando fala sobre o princípio de legitimidade, assegura que este princípio é limitado pelo "**princípio de efetividade**", (*"Das Prinzip der Legitimität ist durch das Prinzip der Effektivität eingeschränkt"*, IN: REINE etc. p. 215). No seu livro "Princípios de Direito Internacional público", também escreve: "O princípio geral de efetividade, norma positiva de direito internacional, é aquele que, aplicado a uma determinada ordem jurídica nacional, cria (provê) a norma básica (a norma fundamental) desta ordem jurídica nacional" (In: Princípios etc. p. 354, traduzido do original inglês pelos professores argentinos Hugo Caminos e Ernesto C. Hermida).

As dificuldades relativamente à formação do costume jurídico internacional nascem a propósito da análise do chamado elemento psicológico, como vimos. Com efeito, a convicção de que determinado uso corresponde à execução de uma obrigação jurídica (a "opinio juris") é impossível de ser provado. A convicção de que certos atos constantes respeitam determinada regra **anterior** a eles exclui a hipótese de que esses atos sejam os primeiros a estabelecê-la como norma jurídica. Seria cair na contradição lógica de afirmar que a norma costumeira é **preexistente** aos atos mesmos que constituem a sua própria razão de ser. A solução, a meu ver, encontra-se na verificação de que o costume resulta de **duas práticas**, que convergem uma em direção à outra, a saber: de um lado, a prática constituída da **repetição constante de**

certos atos, e, do outro, a que é constituída da **coação** efetiva, cada vez que a primeira prática é violada. O costume jurídico internacional resulta, pois, de um uso cuja força obrigatória se consolida espontânea e progressivamente, à medida em que a efetividade da coação se materializa, numa intensidade crescente, cada vez que esse uso é violado. A prova de que há o **fato objetivo** da reciprocidade na observância de uma prática determinada, de tal maneira que sua violação traz como resultado atos de coação, é perfeitamente **suficiente** para mostrar o caráter especificamente jurídico da prática em questão, isto é, de sua força obrigatória.

O critério da efetividade, portanto, é essencial para a formação do costume internacional. Aliás, a vida jurídica internacional, apesar de seu caráter **descentralizado** relativamente à formação de suas normas, não pode prescindir de um mínimo de **certeza o segurança**. E a efetividade, como critério definidor da **juricidade** da norma consuetudinária, oferece as condições dessa **certeza** e dessa **segurança**, valores tão essenciais no mundo do Direito.

Usando o enfoque culturalista, na linha de Miguel Reale, diria que a **efetividade** não é um **puro fato**, situado no mundo do **ser** (SEIN). Constitui, "ab initio", um "factum juridicum", algo já de "qualificado", de "construído", vale dizer, um fato de estrutura categorial ou significativa, integração dialética de ser e **dever-ser**, um fato **cultural** enfim. Do mesmo modo que a efetividade não se confunde com o puro **arbitrio**, como foi anteriormente visto, assim também ela não se confunde com o conceito de **realizabilidade do Direito**.

O modelo da efetividade do costume jurídico internacional apresentando-se, pois, como MODO da essencial realizabilidade do Direito, expressa, segundo uma dialética de complementaridade, a integração normativa de **ser e dever-ser**, isto é, a concretude de um **ser-como-o-sentido-axiológico-da-norma**, como um SOSEIN, segundo o "horizonte axiológico" do meio social em que se formou.

Pelo exposto, poderemos talvez assegurar que o **fundamento de validade** do costume jurídico internacional é a sua própria **efetividade**, a norma jurídica consuetudinária tendo força obrigatória porque é **efetiva e na medida em que é efetiva**.

I GRANDI SISTEMI GIURIDICI

Mario G. LOSANO

1. I GRANDI SISTEMI GIURIDICI INDUTTIVI E DEDUTTIVI

La comparazione giuridica viene praticata da quando esistono gli ordinamenti giuridici. La circolazione di modelli giuridici fra le poleis greche attesta un primo inizio di comparazione, che continua ovunque due sistemi giuridici diversi entrino in contatto. Così, per non citare che due esempi estremi, alla fine del XII secolo il rigoroso Ranulf de Glanvill esponeva in forme romanistiche il diritto inglese, mentre nel 1607 il fantasioso domenicano Gregorio García spiegava che gli indigeni delle Indie Occidentali discendevano dagli Ebrei e ravvisava perciò nel loro sistema giuridico una somiglianza col diritto ebraico.

Inoltre un'opera può essere dichiaratamente comparatistica fin dall'inizio, come il classico manuale di René David sui grandi sistemi, oppure divenire tale nel corso della propria evoluzione, come il manuale di diritto commerciale di Levin Goldschmidt del 1864, che nel 1901 prese il titolo di **Storia universale del diritto commerciale**. La comparazione può nascere nel quadro dell'insegnamento del diritto comparato, come nelle opere di Rodolfo Sacco, o venire alla luce quasi per caso, come nel caso di William Seagle, che scrisse un libro sui grandi sistemi giuridici sotto l'influenza del materiale raccolto per la redazione di un'enciclopedia giuridica.

In generale vengono comparati, per finalità pratiche, singoli istituti giuridici provenienti da pochi ordinamenti. Questa comparazione può essere sincronica o diacronica: le norme esaminate nel primo caso

sono norme contemporaneamente vigenti negli ordinamenti comparati; el secondo caso si comparano le storie di istituti o di interi sistemi giuridici.

All'interno del diritto comparato Wigmore (1863-1943) distingue una nomoscopia (studio dei vari sistemi come dati di fatto), una nomotetica (studio delle politiche del diritto) e una nomogenetica (studio dell'evoluzione e) delle evoluzioni dei vari sistemi) (1). Hug distingue la comparazione giuridica (suddivisa in studio dei vari sistemi confrontati col proprio e in analisi dei grandi sistemi passati o presenti) dalla storia comparativa del diritto (suddivisa in storia dei singoli sistemi e storia giuridica universale) (2). Quasi ogni manuale, poi, tende a fornire una classificazione delle famiglie dei diritti: se ne vedranno fra poco alcuni esempi (cfr. cap. 4). A questo punto si potrebbero moltiplicare gli esempi di classificazioni presenti nei vari autori, ma il loro oggetto dovrebbe già essere sufficientemente chiarito.

L'accumularsi di questi studi settoriali portò la disciplina a riflettere sulla propria natura e sul proprio metodo ed a tentare sintesi sempre più vaste che comparassero fra loro interi ordinamenti. Questo avvenne approssimativamente tra la fine del secolo XIX e l'inizio del secolo XX, quando ebbe inizio quella rivoluzione dei trasporti e delle comunicazioni destinata a concludersi, verso la fine del secolo XX, con il fenomeno della globalizzazione dell'economia e anche - seppure più lentamente - del diritto. Quest'epoca segnò anche l'istituzionalizzazione capillare e definitiva del diritto comparato come materia insegnata nelle facoltà giuridiche.

I testi che espongono le grandi sintesi induttive del diritto si definiscono fin dal titolo come trattati sui grandi sistemi giuridici. Tuttavia esistono anche esposizioni deduttive dei grandi sistemi giuridici, le quali prendono origine dai sistemi filosofici: solo queste ultime, quindi, si presentano come sistemi nel senso tecnico-filosofico del termine (3). Esse costituiscono un fenomeno culturale ben individuato nel tempo, perchè fioriscono nel periodo che va dalla fine del secolo XVIII alla metà del secolo XIX, in quanto legate all'Illuminismo e alla

filosofia classica tedesca. In quel periodo esse intersecarono gli altri studi comparatistici di tipo deduttivo e senza dubbio influirono su di essi: in che misura e in che modo, è ancora da studiare.

Vi sono dunque comparazioni che procedono dal basso e altre che discendono dall'alto, comparazioni che procedono per induzione e comparazioni che procedono per deduzione. Queste pagine hanno per oggetto non i diritti, ma lo studio dei diritti e, in particolare, un certo settore di questo studio. Esse non tentano nè una sintesi suprema del contenuto dei grandi sistemi giuridici, nè una storia della comparazione giuridica nel suo procedere dal basso verso l'alto per sintesi successive, dalla comparazione di singole norme alla comparazione dei principi generali di interi ordinamenti. Esse invece esaminano alcuni testi che, partendo da una filosofia della storia, presentano il diritto come un frammento di questa visione del mondo e ricompongono, all'interno di questa visione, dati giuridici fra loro lontani nel tempo e nello spazio. Più che rispondere alla domanda su quali norme siano oggetto della comparazione giuridica ovvero su come la si faccia, queste pagine vorrebbero rispondere alla domanda sul motivo (filosofico) per cui si è fatta della comparazione giuridica **universale**.

Le storie universali dei grandi sistemi giuridici - per quanto guardino più al mondo celeste della filosofia che a quello terreno delle norme positive - hanno un forte debito verso la frammentaria comparazione pratica e verso le sue sintesi parziali: infatti da esse desumono i fatti giuridici con cui danno consistenza alle strutture concettuali desunte dalla filosofia. D'altra parte non esiste comparazione giuridica, per modesta che sia, che non venga retta da un qualche principio filosofico, magari embrionale e inespresso (cfr. cap. 8).

2. DALLA STORIA UNIVERSALE ALLA STORIA GIURIDICA UNIVERSALE

La fede nella ragione umana, la convinzione del lineare progresso dell'umanità dalla barbarie alla civiltà e le conoscenze

apportate dall'espansione europea nell'oltremare consentirono agli Illuministi di concepire la storia non più come storia di un popolo, di un'epoca, di una religione, ma come una storia universale (4). Essa delinea nelle pagine di Voltaire (5) e di Lessing (6), rli Herder (7) e di Kant (8), e, con riferimento al diritto, in Selden (9), in Grozio (10), in Vico (11) e, soprattutto, in Montesquieu (12), il precursore del moderno diritto comparato. I tentativi di promuovere una storia universale del diritto trovarono un fondamento in queste opere, anche se l'importanza dei loro autori non coincise con una reale diffusione dello studio comparativo del diritto.

In Italia il pensiero di Vico venne ripreso soltanto un secolo più tardi da Emerico Amari (cfr. cap. 7). In quel lungo intervallo, le vicende della penisola italiana impressero una direzione diversa agli studi della storia universale.

Ad esempio, la formazione di Gian Domenico Romagnosi (1761-1835) subì una forte influenza dell'Illuminismo francese, tuttavia il suo modello fu Condillac, e non Montesquieu. Guidato da una visione dello Stato ispirata agli ideali napoleonici, Romagnosi vedeva nel diritto universale soprattutto uno strumento per il progresso delle nazioni e per l'educazione del popolo (12a). Per questo dalle sue opere prende origine la scienza dell'amministrazione, più che la comparazione giuridica. In questa chiave vanno letti anche gli otto volumi del suo "Giornale di giurisprudenza universale", pubblicati nel 1812-14.

Ancora più lontana dallo spirito sistematico e dagli interessi giuridici è poi la **Storia universale** del suo allievo Cesare Cantù (1804-1895), ciclopica ma soggettiva raccolta di notizie anche peregrine (12b). In Europa, le storie giuridiche universali seguirono un cammino diverso.

Montesquieu, nella prefazione allo **Spirito delle leggi** (1748), avverte di non aver desunto i suoi principi dai propri pregiudizi, ma dalla natura delle cose. Però l'osservazione empirica non gli serve per documentare una verità, come in Grozio o in Vico, o per raggiungere una verità, come in Selden, ma per guidare le riforme dell'ordinamento

giuridico. "Ogni nazione troverà qui la ragione dei suoi principi; - si legge ancora in quella prefazione - se ne trarrà naturalmente la conclusione che può proporre dei cambiamenti soltanto chi ha avuto la fortuna di nascere con la capacità di penetrare con un colpo di genio l'intera costituzione di uno Stato".

L'immane e solitaria sintesi di Montesquieu poteva essere criticata da un giurista come Eugen Ehrlich (1852-1922) perchè usava fonti non scientifiche o comunque poco attendibili, perchè valutava troppo le influenze naturali e troppo poco quelle sociali, perchè paragonava fra loro istituzioni non omogenee per grado di evoluzione (13). Con ragione però Pollok vedeva in Montesquieu "il grande precursore della ricerca storica e comparativa, ed esitiamo a chiamarlo il fondatore di essa soltanto perchè il suo materiale di base e i suoi metodi di lavoro non erano all'altezza delle sue idee" (14).

In Germania la tendenza comparatistica era favorita dall'organizzazione degli studi giuridici, che, in un corso preliminare di "enciclopedia giuridica", fornivano agli studenti del primo anno un insieme di nozioni di base, sia sulla struttura e sulle fonti del diritto, sia sul suo contenuto (di solito circoscritto al diritto vigente degli Stati tedeschi). Dalla comparazione fra i diritti tedeschi a quella con i diritti di altri popoli il passo era breve. Naturalmente i primi autori che si decisero a compierlo non andarono più in là dell'invito ad estendere la comparazione, senza tuttavia intraprenderla essi stessi.

Così, sotto la dichiarata influenza di Montesquieu, Reitemeier nel 1785 espose i vantaggi di una storia universale della legislazione, allora "del tutto inesistente": "la comparazione che essa avrebbe [avuto] occasione di svolgere fra più legislazioni" avrebbe potuto "chiarire assai i diritti vigenti in Germania". Anzi, superando l'ambito tedesco, egli giunse a proporre uno studio globale della circolazione delle idee giuridiche, esaminando "l'influenza che le leggi di un popolo hanno avuto direttamente o indirettamente, su quelle di un altro" (15) (p.159).

Nel 1807 Mühlenbruch, assertore della natura empirica della scienza del diritto, invitava a studiare "la storia dei rapporti politici, della costituzione, della legislazione e della cultura di tutti i tempi e di tutti i popoli" (16). Come in Reitemeier, questa comparazione veniva presentata come uno strumento per migliorare la pratica del diritto. In seguito, la filosofia della storia hegeliana portò a respingere nettamente non già la comparazione in sé, ma questo approccio pratico ad essa, come si vedrà nella polemica di Gans contro la Scuola Sforica (cfr. cap. 4).

Il colpo d'ala verso una "filosofia della legge" da raggiungere attraverso la comparazione venne nel 1810 da Anselm Feuerbach (1775-1833). La sua "Universal-Jurisprudenz" propone la costruzione di un classico sistema giuridico partendo dalla "comparazione delle leggi e delle consuetudini giuridiche delle nazioni di tutti i tempi e di tutti i paesi, tanto le più prossime quanto le più remote" (17) (p. 163). Poi si sarebbe dovuto "ricavare il generale dal particolare" e, infine, riorganizzare questi concetti generali "in una grande e significativa totalità" (p. 169 s.). Grazie a questi "principi raggiunti induttivamente", osserva Kunze, "l'esperienza storica forniva un diritto naturale a posteriori" (18) (p. 160). Con Feuerbach la scienza giuridica superò quindi i confini del diritto nazionale. Feuerbach - mentre da un lato si distingueva da Savigny e dalla Scuola Storica per questo legame con il mondo reale - dall'altro polemizzava contro la chiusura dei giuristi fedeschi: l'intera Germania gli sembrava "un Giappone letterario" (p.174).

Feuerbach stesso avrebbe voluto intraprendere la costruzione di questo gigantesco sistema, ma non riuscì a realizzare questo piano. Tuttavia non abbandonò mai l'idea di costruire una scienza giuridica universale (19).

Con l'inizio del secolo XIX, benché l'idea di nazione portasse i giuristi a concentrarsi sul diritto nazionale, il razionalismo illuminista diffondeva e rafforzava l'esigenza di un riferimento al diritto non solo nazionale. Nella polemica sulla legislazione che scoppiò nel 1814,

Thibaut si richiamò ai vantaggi della storia universale del diritto, mentre Savigny continuò a criticarla come pura e semplice "raccolta di esempi politico-morali" (20).

3. QUALE STORIA UNIVERSALE DEL DIRITTO: PRAGMATICA O FILOSOFICA?

La filosofia della storia propria dell'Illumismo ha generato la storia universale, dalla quale è scaturita la storia universale del diritto. Ma, con Feuerbach, anche la storia universale del diritto chiede di essere orientata da qualcosa di più alto, di tendere a qualcosa di assoluto: anela alla filosofia.

La costruzione di una storia universale del diritto filosoficamente orientata presentava però alcune difficoltà legate all'evoluzione del pensiero giuridico di quegli anni. Pur muovendosi nel contesto di una filosofia che faceva risalire il diritto naturale alla ragione, la teoria giuridica dell'Illuminismo ricavava i concetti del diritto naturale astraendoli soprattutto dal diritto romano o, in minor misura, dai diritti locali. Però, così facendo, essa si rifaceva non alla ragione, ma all'esperienza. La scienza giuridica dell'inizio del XIX secolo ereditava così l'insoluto problema dei rapporti fra diritto naturale e storia. La comparazione giuridica ereditava invece l'insoddisfazione per la semplice raccolta delle norme positive e l'anelito verso un'idea superiore che organizzasse quel materiale normativo.

Savigny (1779-1861) - e con lui la Scuola Storica del Diritto che ne seguì l'insegnamento - propose di superare questa difficoltà risalendo all'origine del diritto. Per questa scuola, il diritto trae origine dalle consuetudini di un popolo, cioè dalla sua storia; è "naturale" nel senso che non sorge attraverso la legislazione, ma esiste nelle consuetudini di un popolo, nello "spirito del popolo". Non va creato, ma va cercato.

Però Savigny non fu radicale nel suo processo di generalizzazione storica: come romanista, fondò la sua visione del

diritto soprattutto sul diritto romano; come conservatore tedesco, respinse l'idea illuministica (ma anche francese e rivoluzionaria) di eliminare il pluralismo degli ordinamenti di origine feudale ricorrendo all'emanazione di codici generali. Egli negava cioè al suo tempo la vocazione a legiferare, come enuncia nel titolo del suo scritto nella celebre polemica con Thibaut (1772-1840), lo sconfitto fautore della codificazione per una Germania non toccata dalla Rivoluzione Francese (21).

Sempre nel 1814 - l'anno della polemica che ebbe il suo centro in Heidelberg, dove insegnavano entrambi i contendenti - Thibaut pubblicò un saggio che, nel breve spazio di un'esortazione, tracciava le linee generali di una storia universale del diritto. Con una visione più ampia e coerente di Savigny, Thibaut esortava a distogliere lo sguardo dalla storia giuridica d'un solo popolo e ad includere nella storia del diritto, "con ampiezza e vigore, la legislazione di tutti gli altri popoli antichi e moderni" (22). Queste concezioni ritornano in un altro suo passo destinato a diventare famoso: "Infatti non è storia giuridica vera e vivificante quella che fissa lo sguardo sulla storia d'un solo popolo, raccogliendone piccinamente ogni minutaglia ed eguagliando, con la sua micrologia, la dissertazione sull'eccettera di un grande pratico. Come ai viaggiatori europei [...] si dovrebbe dare il consiglio di cercare la salvezza solo fuori dall'Europa, così anche le nostre storie giuridiche - per essere veramente pragmatiche - dovrebbero abbracciare le legislazioni di tutti gli altri popoli antichi e recenti. Dieci lezioni intelligenti sulla concezione del diritto presso i Persiani e i Cinesi desterebbero nei nostri studenti un maggiore senso del diritto che non cento lezioni sui deplorabili cavilli cui è stata sottoposta la successione ab **intestato** da Augusto a Giustiniano" (23).

Ritroveremo questa frase di Thibaut nel 1824, come epigrafe a quell'opera del suo allievo Eduard Gans che può essere considerata la prima trattazione sistematica di diritto universale.

4. UN SISTEMA GIURIDICO UNIVERSALE RIGOROSAMENTE HEGELIANO: GANS

Durante la sua breve vita, Eduard Gans (1797-1839) fu una figura di primo piano nel mondo accademico tedesco. Brillante allievo di Thibaut e di Hegel all'università di Heidelberg divenne professore di straordinario successo a Berlino: fra i più di mille studenti che ascoltavano le sue lezioni si trovava Karl Marx, il quale di Thibaut recepì l'atteggiamento critico contro la Scuola Storica. L'entusiasmo degli studenti non era però condiviso da tutti i colleghi: dopo la combattuta chiamata di Gans, Savigny (anch'egli professore a Berlino) si rifiutò di partecipare alle attività della facoltà.

L'hegelismo critico di Gans (che rende difficile collocarlo in una delle correnti canoniche di questa scuola) si manifestò soprattutto nella concezione della filosofia del diritto: Hegel univa il diritto naturale alla scienza dello Stato, cioè alla politica, mentre Gans lo ricollegava alla storia. Il suo programma scientifico proclamava l'unità del diritto naturale con la storia giuridica, in un'applicazione delle idee hegeliane che si discostava però da Hegel per il fatto di portare alle ultime conseguenze le teorie di quest'ultimo.

Il diritto naturale derivava per Hegel dallo spirito universale (Weltgeist), e non dalla generalizzazione di uno dei diritti particolari (24). Per applicare sino in fondo questa concezione hegeliana, Gans si prefisse di scrivere una storia veramente universale dei diritti dei vari popoli, ma la morte interruppe questo suo piano grandioso. Di esso resta una storia universale del diritto ereditario, pubblicata nel 1824, e una trascrizione autorevole delle sue lezioni berlinesi del semestre invernale del 1832-33.

Il rapporto fra le idee di Hegel e quelle di Gans è stato illustrato da Manfred Riedel (25) il che ci consente ora di concentrare l'attenzione sugli aspetti giuridico-filosofici di questi due testi di Gans.

a) Una storia universale del diritto ereditario.

La prefazione con cui si apre il primo volume sul diritto ereditario racchiude il fondamento filosofico dello studio dei grandi sistemi universali del diritto (26). La serrata critica alla Scuola Storica traccia il confine tra Savigny e Gans (tra il cigno e l'oca, come ironizza un recente articolo sui contrasti anche personali fra i due) (27), ma al tempo stesso indica la linea che separa i grandi sistemi cresciuti attraverso la sintesi di sistemi minori dai grandi sistemi nati già grandi e globali perchè riverberanti sul diritto l'infinito della Ragione o dell'Idea (cfr. cap. 1 e 8).

Gans distingue due aspetti della Scuola Storica. Essa è anzitutto "la sala per le riunioni plenarie dei molto isolati lavoratori delle fonti" (p.158), e questo è il suo lato positivo; ma essa si presenta anche come la "filosofia di questo lavoro", e questo è il suo punto debole: come teoria non ha esercitato alcuna influenza sui suoi adepti, che "hanno continuato a lavorare come prima" (p. 159). La filosofia della Scuola Storica sostiene che il diritto è contenuto nel passato d'una nazione, la quale deve studiarlo per ringiovanirlo, e respinge invece l'intervento del legislatore. Gans obietta che il legislatore non agisce arbitrariamente, che "questo movimento libero d'ogni legame con il passato non è arbitrio privo di ragione. E' proprio la ragione che agisce in ogni epoca e in ogni popolo [...]. Ogni passato è, per il presente, irrimediabilmente morto; quello che non è morto è ciò che costituisce la sostanza tanto del presente quanto del passato, cioè la divina ragione. Nei singoli spiriti del popolo questa ragione si manifesta in uno sviluppo graduale, ed è compito dello spirito soggettivo riconoscere, onorare e comprendere questa ragione" (p. 160). Dalla critica della Scuola Storica Gans è così passato alla fondazione della comparazione giuridica.

Infatti, secondo Gans, la Scuola Storica ha esercitato due influenze negative sul suo tempo: negandogli la vocazione alla legislazione, lo ha rivolto al passato facendogli preferire la consuetudine alla legislazione, cioè "l'adozione" alla "paternità naturale", (p. 161); ma soprattutto ha portato i giuristi a concentrarsi sul dettaglio e

sull'esteriorità, generando "quell'accanito odio contro la filosofia" che ha finito per separare l'evoluzione della giurisprudenza da quella delle altre scienze.

Una filosofia "non più ostilmente contrapposta alla realtà" ha accettato il contenuto delle scienze "positive", quelle cioè della natura e dello spirito: anzi, ha indicato nel "pensiero" la loro verità. Da parte loro, le scienze positive hanno ammesso che la loro "verità positiva" era nel "pensiero" che veniva loro dalla filosofia. "Il passo successivo a questa rappacificazione - conclude Gans - fu una vivace tendenza alla comparazione in tutte le scienze positive"; e comparare significa riconoscere che la verità non risiede nelle singole parti, ma "solo e unicamente nella totalità" (161).

La giurisprudenza viene così a trovarsi nella situazione paradossale di essersi fenuta lontana da questo generale movimento comparatistico, pur avendo in Montesquieu un antesignano "che dovrà sempre essere considerato il creatore di una trattazione universale della giurisprudenza". Infatti Montesquieu "non si accontentava della meschina limitazione ad un popolo e ad un'epoca, ma soltanto nella totalità della storia trovava la giustificazione e la necessità del singolo popolo e della singola epoca" (162).

A Montesquieu Gans affianca tre tedeschi: Feuerbach, Thibaut e, meno comprensibilmente, Karl Grolmann (1775-1829) (28), considerato come implicitamente comparatista, in quanto la sua rivista - il "Magazin für die Philosophie [e, più tardi, anche "und Geschichte"] des Rechts und der Gesetzgebung" - non "esclude e deride la filosofia", nè rinchiude la storia "nell'ambito del diritto romano e germanico". Anche Jhering, sulle orme di Gans, cita quest'autore (cfr. cap. 5, a); tuttavia "questa collocazione di Grolmann fra gli storici universali del diritto è soltanto un malinteso" (29).

Savigny, prendendo posizione contro la storia universale del diritto, aveva difeso la passione per il dettaglio (dileggiata invece come "micrologia" da Thibaut), aveva sottolineato l'assenza o la povertà delle fonti per conoscere un diritto che non fosse romano o

tedesco e, infine, aveva distinto in più o meno interessanti le varie storie giuridiche (30). Gans di rimando ribadì l'accusa di "Mikrologie", additò una quantità di fonti per i diritti extraeuropei, ma soprattutto confutò per esteso l'argomento del diverso grado di interesse dei vari sistemi giuridici perchè fondato su un equivoco di fondo: secondo Savigny, protesta Gans, la scienza giuridica "non sarebbe fine a se stessa, ma sarebbe utile e importante per qualcos'altro, che così verrebbe a sovrastarla" (p. 165). Essa sarebbe cioè uno strumento per i giuristi, che - dovendo usare il diritto romano, germanico e canonico - trovano che "questi soltanto sono importanti per loro". Ma la scienza del diritto non va confusa con una scienza per i giuristi: non bisogna trasformare la "Rechtswissenschaft" in una "Brodwissenschaft", la scienza del diritto in una scienza della pagnotta (p.166)

Per questo Gans distingue nettamente la giurisprudenza (**Rechtskunde, Rechtsgelehrsamkeit**) dalla scienza giuridica (**Rechtswissenschaft**). La prima è una disciplina pratica e si occupa delle specifiche norme di un certo Stato; la seconda è una disciplina teorica e si occupa del concetto di diritto e della sua esistenza nel tempo (p.166). La prima si rivolge ai giuristi, la seconda alle idee (p. 167). La prima "si apprende per servire lo Stato" (p. 166), la seconda "non presenta alcuna utilità" immediata (p. 167). La giurisprudenza pratica, quindi, non è oggetto dello studio di Gans; egli si rivolge invece alla scienza del diritto, intesa come filosofia del diritto (se studia "il mondo attuale del diritto nel pensiero della moralità e dello Stato") e come storia del diritto (se ne studia "la produzione e l'evoluzione nella forma del tempo", 167).

Concludendo la presentazione del fondamento scientifico del suo libro Gans stesso sintetizza la sua visione della storia universale del diritto. "La storia del diritto, se non vuole avere per contenuto soltanto delle astrazioni, comprende necessariamente in sè la totalità dello sviluppo del concetto di diritto nel tempo, quindi essa è necessariamente **storia universale del diritto**: essa infatti non accorda un'importanza esclusiva ad alcun popolo e ad alcun tempo, ma prende in considerazione ogni popolo nella misura in cui esso si trova

a un certo grado di sviluppo derivante dal concetto. Poichè però il diritto dal canto suo non è l'assoluto, e considerato come tale porterebbe a sua volta a una trattazione estremamente astratta (perchè esso costituisce soltanto un momento nella totalità di un popolo), la storia del diritto deve preservare e mostrare l'ininterrotto nesso vitale del diritto con il principio storico di un popolo. Per quanto poi riguarda la trattazione; essa può essere direttamente narrativa (senza per questo negare il concetto, cosicché il progredire del concetto può presentarsi come un progredire soltanto intuitivo, in cui non è presente la forma del concetto stesso); oppure la trattazione può porsi espressamente il compito di esporre non soltanto nell'interesse, ma anche nella forma del concetto" (p.168).

Applicando questa concezione della storia del diritto al solo diritto ereditario, Gans cerca di rispondere a due quesiti: qual è "il rapporto del diritto ereditario col diritto" e, inoltre, qual è "l'evoluzione di questo diritto ereditario nel tempo" (168). Il far discendere ogni diritto dall'idea di diritto potrebbe indurre a ricercare gli elementi comuni ai singoli ordinamenti, come facevano non pochi studiosi contemporanei di Gans: questa è una "cattiva identità". Gans sceglie invece "l'identità più piena": per non "sottrarre a ciascun popolo il principio che solo gli è proprio", per non introdurre un appiattimento "che trasforma la ricchezza della storia in perfetta povertà", bisogna non soltanto cogliere la diversità, ma soprattutto "mostrare la necessità di questa diversità". Infatti "l'unità della molteplicità dei fenomeni è soltanto lo spirito che rimane eternamente se stesso" (169).

Questa era dunque la concezione della storia con cui Gans affrontava l'esposizione del diritto ereditario. Vedremo fra poco quale contenuto giuridico egli riversò in questa forma.

b) Le lezioni sul diritto naturale e sulla storia universale del diritto

Il progetto di applicare il metodo usato nello studio del diritto ereditario anche alle altre branche del diritto, come si è detto, venne

troncato dalla morte di Gans. Tuttavia le linee direttrici dell'intero progetto si possono ricavare non soltanto dalla struffura dei volumi sul diritto ereditario, ma anche da un manoscritto pubblicato nel 1981 e intitolato **Lezioni sul diritto naturale e sulla storia universale del diritto di Gans, frascritte á Berlino nel semestre invernale 1932-33 da Immanuel Hegel** (31). Eppo contiene gli appunti scritti durante le lezioni di Gans dal secondo figlio di Hegel, allora diciottenne studente di giurisprudenza. La prima parte degli appunti, dedicata al diritto naturale, segue il tracciato dell'opera hegeliana sulla filosofia del diritto, con le innovazioni anche rilevanti introdotte da Gans.

La seconda parte affronta la storia universale del diritto. Qui il giovane studente, dovendosi confrontare con una grande quantità di nozioni nuove, si limita ad annotare i fatti essenziali, a scapito delle considerazioni teoriche. Nonostante la schematicità degli appunti, il lettore si trova di fronte ad una comparazione giuridica che va oltre gli schemi del diritto romano-germanico, pur rimanendo confinata ai diritti dell'antichità. Infatti i diritti vengono suddivisi in cinque sezioni: diritto orientale, greco, romano, medievale e contemporaneo. A sua volta, il diritto orientale comprende il diritto cinese, indiano, persiano, egiziano, mosaico e musulmano.

Questa sistemazione non si discosta molto da quella dei volumi sul diritto ereditario. Nel primo di essi, Gans si occupò dei diritti anteriori a quello romano, cioè dei diritti indiano, cinese, mosaico-talmudico, musulmano e attico. Il secondo volume è dedicato alla Grecia e a Roma, con particolare attenzione al diritto ereditario romano e post-romano. Il terzo contiene il diritto medievale, suddiviso in diritto canonico e diritti romanistici (Italia, Spagna, Portogallo). Il quarto è dedicato al diritto romano-germanico e ai diritti di Francia, Inghilterra (con la Scozia trattata nell'appendice) e paesi scandinavi (Islanda, Norvegia, Danimarca, Svezia) (32).

5. FRA SPIRITO DEL DIRITTO ROMANO E SPIRITO UNIVERSALE: UN JHERING INEDITO

Rudolf von Jhering (1818-1892) non pubblicò scritti sulla storia giuridica universale, ma la sua postuma **Preistoria degli Indoeuropei** (pubblicata nel 1894), rivela il desiderio di superare l'ambito romanistico. Sarebbe tuttavia errato rappresentare l'evoluzione scientifica di Jhering come un processo che vada dai puntuali temi giuridici delle opere giovanili alle grandi sintesi storico-sociologiche dell'ultima fase di Göttingen. La pubblicazione di due inediti jheringhiani consente di affermare che il pensiero di Hegel sulla storia universale fu presente in Jhering per tutta la sua vita. Ma continuità non significa anche profondità: Jhering "presso la filosofia fu soltanto un ospite" (33); tuttavia la persistenza del pensiero hegeliano in Jhering è sorprendente.

a) Le lezioni sulla storia universale del diritto.

Gli appunti manoscritti per un corso di lezioni sulla storia giuridica universale risalgono al semestre invernale del 1843-44 e rivelano un diretto contatto con l'opera di Gans. Jhering doveva tenere un corso di enciclopedia giuridica (34), ma non si limitò al diritto degli Stati tedeschi: "Su consiglio di un docente di qui voglio provare a esporre una storia universale del diritto" (35).

Non si sa chi fosse questo docente, ma è certo che, a Berlino, l'insegnamento di Gans non era ancora stato cancellato dalla sua morte nel 1839. Il giovane Privatdozent Jhering insegnava a Berlino dall'estate del 1843: era dunque naturale che lo spirito della storia giuridica universale aleggiasse ancora su quell'università. Inoltre Jhering possedeva il libro di Gans sulla storia universale del diritto ereditario già dal 1838, quand'era studente a Göttingen. Le sue lezioni di enciclopedia giuridica sono quindi fortemente influenzate da Gans, pur presentando alcuni sviluppi autonomi.

E' opportuno accostarsi al testo di Jhering attraverso le parole di chi ne ha avuto in mano il manoscritto. Esso "costituisce

la lacunosa seconda parte di un'enciclopedia del diritto, che inizia con il paragrafo 29 intitolato **Libro secondo. Storia giuridica universale**. Se ne può ricostruire un'organizzazione in quattro parti. La prima eteserive i diritti orientali, e precisamente il diritto indiano, cinese, ebraico e musulmano. Le parti relative alla Cina, all'India ed a Israele sono quelle più o meno sviluppate. Sul diritto musulmano si trovano solo alcune annotazioni e citazioni, specialmente sul diritto cfella Turchia. In una seconda parte Jhering tratta il diritto dell'antichità classica, di cui ritroviamo una descrizione del diritto attico e un frammento ciella descrizione del diritto di Sparta. Manca il capitolo sul diritto romano: si può supporre che esso sia confluito nel materiale per il primo volume dello **Spirito del diritto romano**. La terza parte - dedicata al "Diritto dei popoli neocristiani" - è suddivisa in due capitoli: uno tratta il tema dell' "Elemento comune nella formazione del diritto moderno" (con sottosezioni, in parte rielaborate più volte, sull'influenza del diritto romano e del diritto canonico); l'altro è dedicato alla descrizione del diritto dei singoli popoli, di eui è svolta soltanto la parte tedesca. La quarta parte dedicata al diritto sovranazianale - diritto internazionale, ecclesiastico, feudale e commerciale - è composta soltanto ád appunti frammentari e da citazioni" (pp.154 s.).

Il manoscritto si apre con il riconoscimento del proprio debito verso Gans, debito maggiore di quanto Jhering stesso sembrì ammettere. Quel libro era l'unico saggio di storia universale del diritto allora esistentè, ma - commenta Jhering - "ebbe un'accoglienza sfavorevole non soltanto perchè Gans prese posizione contro la Scuola Storica, ma anche perchè esso presenta realmente molte manchevolezze, e cioè un abuso di formule filosofiche e, poi, un'insufficiente elaborazione del materiale positivo" (p. 175). Ciononostante Jhering cita spesso quest'opera e ne utilizza molte indicazioni bibliografiche. Anzi, Jhering dichiara che è stato indotto a occuparsi della storia universale del diritto da Feuerbach, Thibaut e Grolmann: ricompare qui la triade citata da Gans, inconfondibile a causa di quel Grolmann ìncomprensibilmente evocato (cfr. 4, a). In realtà, nel corso del manoscritto, - Jhering non cita nessuno di

questi tre autori: il suo ispiratore doveva quindi essere soltanto Gans.

Dai pochi documenti sulla prima parte del corso (che Jhering chiamava "comparativa") Kunze deduce che "il loro autore mirava ad un'acquisizione empirica del concetto di diritto" (p. 176), differenziandosi così da Gans, che hegelianamente mirava a descrivere "l'idea di diritto e di Stato senza aggiunte storiche, poichè essi [incontrano] in se stessi la propria giustificazione" (36). Tuttavia dagli appunti di Jhering risulta chiaro che egli vedeva nel "contrasto" (**Gegensatz**) il motore della storia universale: quindi, conclude Kunze, "Jhering affronta il suo compito non in modo empirico, ma speculativo (anche se di certo egli avrebbe contraddetto con veemenza quest'affermazione)" (p. 184).

Jhering non sembra aver conosciuto le lezioni di Gans, che al suo tempo circolavano solo manoscritte. Di conseguenza, certe assonanze fra Jhering e Gans vanno ricondotte alla fonte comune, che è la **Filosofia della storia** di Hegel, libro noto già allo studente Jhering. I numerosi parallelismi fra Jhering e Hegel vengono però meno nella periodizzazione. Infatti Hegel e Gans suddividono la storia universale in quattro periodi (Oriente, Grecia, Roma, Germani), mentre Jhering unifica la cultura greca e romana nell'"antichità classica" (Oriente, Antichità classica, Cristianesimo).

Egli resterà fedele a questa tripartizione sino all'ultima fase della sua vita (cfr. infra, b).

Di conseguenza, Jhering segue Hegel nella trattazione dei popoli orientali; se ne discosta solo formalmente nella trattazione unitaria dell'antichità classica; infine se ne allontana quando fa iniziare la terza fase non con la civiltà romana, ma con il primo cristianesimo (studiato non solo nel mondo germanico, come in Hegel, ma nel mondo latino, slavo e germanico). Questa nuova partizione non è puramente esteriore, ma risponde al disegno jheringhiano di descrivere il progressivo formarsi dell'individualità e la sua finale armonia con la totalità: "quasi un principio programmatico del liberalismo politico; - osserva Kunze - la **libertà** di Jhering non è quella del **Welfgeist** hegeliano,

bensi quella soggettiva della "volontà individuale" (p.179). Questo processo ascendente è dunque diverso da quello hegeliano, ma si realizza con la dialettica hegeliana: ne derivano, fra l'altro, una serie di difficoltà lessicali, poichè la terminologia hegeliana viene usata anche in contesti non hegeliani.

Tra i manoscritti di Jhering conservati a Göttingen Kunze ha trovato anche un taccuino di appunti con il titolo **Litteratur zur Universalrechtsgeschichte**. Gli articoli di rivista riportati sulla sua prima pagina indicano che esso venne iniziato nell'inverno del 1843-44: dunque, nell'epoca del corso di cui si è fin qui parlato. Tuttavia, alla fine delle lezioni, Jhering non interruppe la raccolta bibliografica: quel taccuino venne continuato fino alla metà degli anni Settanta, come dimostra la pagina sul "Darwinismo".

b) Una storia universale delle buone maniere.

Negli anni di Göttingen Jhering tentò a più riprese, ma invano, di completare i primi due volumi di **Der Zweck im Recht** (37). Di questi tentativi restano numerosi appunti, un cospicuo nucleo dei quali si ricollega al tema delle buone maniere, trattate nel secondo volume dello **Zweck im Recht**. Questo nucleo manoscritto, pubblicato soltanto nel 1985, contiene l'abbozzo di una storia universale delle buone maniere, realizzato secondo un esplicito schema hegeliano (38). E' curioso ricordare che anche il padre di Jhering aveva scritto un libro sullo stesso tema (39).

In questi appunti Jhering distingue anzitutto la storia universale da quella speciale (la prima ha per oggetto il mondo, la seconda i singoli popoli) e la storia generale da quella particolare (la prima ha per oggetto l'intera evoluzione d'un popolo, la seconda singole discipline). In contrasto con l'opinione comune che considera scientificamente irrilevanti le buone maniere, Jhering ritiene che questo tema sia così ricco da richiedere l'uso di "tutti i punti di vista che la storiografia può assumere: quello della storia speciale (cioè l'evoluzione storica presso i singoli popoli); quella della storia comparata (che

descrive gli elementi comuni a questa evoluzione) e infine Quello della storia universale {che segue il progresso di quest'evoluzione da un popolo all'altro}" (40) (p. 73).

Le pagine conclusive si aprono con una domanda di Jhering: "Le buone maniere e la storia universale! Non è forse sparare ai passeri col cannone?" (p. 123). Quesito retorico, poichè Jhering ha dedicato le due precedenti analisi storiche proprio a dimostrare l'importanza delle forme sociali. Ad esse applica ora il metodo della storia universale, che "ha per oggetto l'evoluzione della vita dei popoli nell'intero corso della storia" (p. 123). Essa non si limita a unire più storie speciali: "sarebbe un'unione esteriore senza unità interna", simile all' "unità creata dal rilegatore che riunisce in un volume più fascicoli autonomi" (p. 123). "Compito della storia universale è il fornire la prova di questo nesso interno nell'intera esistenza dell'umanità"; ovvero, con un'immagine letteraria tipica dello stile di Jhering, essa fornisce la prova del "modo in cui la storia usa i singoli popoli come fili per ricavarne il suo tessuto" (p. 124).

Nelle parti precedenti Jhering ha predisposto le pietre per l'edificio della storia universale; si tratta ora di costruirlo. "Ma non abbiamo bisogno di disegnare noi stessi il progetto dell'edificio; è già pronto dinnanzi a noi e consiste nella nota tripartizione della storia universale fornita dalla filosofia della storia: Oriente, antichità classica, mondo moderno. Compito della nostra indagine è vedere se è pertinente anche per i nostri fini" (p. 124 e 152).

Il modello hegeliano si manifesta esplicitamente anche nelle pagine sull'antichità classica: "Nella sua **Filosofia della storia** Hegel separa i Greci dai Romani, secondo la Quadripartizione fra mondo orientale, greco, romano e germanico. Io invece raggruppo il secondo e il terzo nell'antichità classica" (p. 136). L'intero paragrafo è dedicato a criticare il rapporto fra potere e libertà in Hegel, poichè per Jhering la contrapposizione fra Oriente (regno dell'arbitrio) e Occidente (regno della libertà) "dipende unicamente dall'idea di libertà personale" (p. 153). Più che la discutibile critica a Hegel, è qui interessante notare

che Jhering usava la prima edizione della **Filosofia della storia**, quella curata da Eduard Gans (41): però quest'ultimo nome non viene mai ricordato nel manoscritto. Tuttavia, proprio con riferimento alle pagine sulla storia universale, il curatore dell'edizione si è trovato di fronte alla contraddizione di un testo che spesso fraintendeva Hegel, ma che in altri passi lo riproduceva quasi verbalmente. Da un lato v'era senza dubbio una "lettura insufficiente di questo filosofo"; dall'altro, "questa coincidenza quasi letterale con i pensieri di Hegel" pone il quesito "sull'origine di questa conoscenza: andrebbe ricondotta allo studio della lettura secondaria" (42), che però non viene citata da Jhering. Nonostante ciò, il progetto jheringhiano di storia universale del diritto (descritto nell'articolo di Kunze già citato: cfr. **supra**, a) potrebbe far pensare ancora una volta a Gans come mediatore fra Hegel e Jhering.

E' quindi corretto concludere che, nonostante le critiche rivolte a Hegel, Jhering "si muove quasi sempre sulle linee di Hegel" e che la sua opera si svolge "all'ombra della dottrina hegeliana" (43).

Il manoscritto non contiene la parte sul mondo moderno e, dopo l'analisi dell'antichità classica, si interrompe con una serie di riferimenti agli indoeuropei che ricollegano questo manoscritto all'opera postuma di Jhering (44).

6. UNA STORIA UNIVERSALE DEL DIRITTO ANCHE PER IL FUTURO: UNGER

I grandi sistemi giuridici affascinavano gli spiriti non convenzionali forse perchè consentivano di distaccarsi dal diritto locale e, quindi, dallo Stato che su di esso si reggeva. Intorno al 1848, poi, non convenzionale significava spesso liberale, e talvolta anche qualcosa di più a sinistra.

Così, in Germania la critica a Hegel, nella filosofia, e alla Scuola Storica, nel diritto, passò da Gans a Ruge e a Marx. Invece in Austria fu recepita da Josef Unger (1828-1913), "il maggior giurista

austriaco dell'epoca di Francesco Giuseppe" (45) e personaggio politico polivalente má non ambiguo. Infatti a lui si deve, da un lato, la diffusione del classico método pandettistico nell'impero austro-ungarico, cioè nella scienza giuridica non solo austriaca, ma anche polacca e ungherese. D'altro lato, non ancora ventenne, Unger aveva partecipato ai moti viennesi del 1848, conservando poi per tutta la vita le sue convinzioni: basti dire che, divenuto ministro e convertito al cattolicesimo, continuò ad essere favorevole al divorzio. "Ein Josephiner bin ich", soleva dire, "Sono un seguace di Josef II"; e si riferiva al sovrano illuminato e riformatore (46).

Dopo il 1848 il giovane Unger era incerto tra la filosofia e il diritto, il cui studio si svolgeva in Austria secondo i canoni di un metodo aridamente esegetico. Proprio per evitare questa castrizione intellettuale Unger decise di dedicarsi alla filosofia. "Nel 1850 - registra nelle sue memorie - pubblicai uno scritto ispirato a Hegel e Gans (l'intelligente avversario di Savigny): **Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung**. Era il primo tentativo di un principiante ventunenne che brancolava ancora nel buio" (47).

Questo "opuscolo pubblicato con pimpante audacia giovanile" non solo richiamava, ma addirittura riproduceva il titolo dell'opera di Gans, adattandolo al tema del matrimonio visto sempre in una prospettiva di storia universale (48). Quanto Unger fosse vicino agli ambienti hegeliani è dimostrato anche dal fatto che egli, giurista austriaco, conseguì con ques'opera il dottorato in filosofia presso un'università prussiana dalla grande tradizione filosofica (la kantiana Königsberg), all'interno della quale la sua candidatura era appoggiata da uno dei più importanti allievi di Hegel: Karl Rosenkranz (1805-1879).

Unger venne indotto a scegliere il matrimonio come tema della sua ricerca forse dall'opera dello stesso Gans, in cui "spesso - sono parole di Gans - è stata dedicat al matrimonio e alla patria potestà un'esposizione più dettagliata che non allo stesso diritto ereditario" (49). Ma Unger trovò un sostegno alla sua scelta anche nel campo avversario, poichè la potenziale vastità dell'indagine gli venne ribadita

da un pensiero ai Savigny: "il matrimonio appartiene per metà al diritto e per metà al costume" (50). Infine, l'idea di matrimonio permetteva di risalire da un istituto giuridico fino all'hegeliano "coronamento dell'edificio", cioè allo Stato, poichè il matrimonio è il fondamento della famiglia e questa dello Stato. Insomma, in una concezione hegeliana della storia il matrimonio assumeva una posizione molto più centrale che non in una trattazione di diritto positivo.

Il sottotitolo dell'opera di Unger specifica che quello studio sul diritto matrimoniale è "un contributo alla filosofia della storia", e precisamente alla filosofia della storia di Hegel (51). Unger precisa poi il suo debito verso Gans, ma anche la sua differenza: "In questo campo lo scritto di Gans, **Erbrecht in seiner weltgeschichtlichen Entwicklung**, è di fatto l'unico lavoro esteso che io abbia potuto utilizzare per la mia monografia. Ma anche quest'opera veramente classica, come si vede già dal suo titolo, è un contributo non tanto alla filosofia della storia, quanto alla storia giuridica universale" (52).

Infatti Gans, giunto ai diritti germanici, tratta separatamente i diritti ereditari dei vari popoli, mentre Unger espone "il concetto di matrimonio in periodi generali che includono i singoli popoli" (p. VI). Questa impostazione rende l'esposizione di Unger più densa e sintetica di quella di Gans, dalla quale Unger desume tuttavia lo schema generale. Infatti l'analisi di Unger si apre con il mondo orientale (Cina, India, Persia, Giudea, Egitto), dedica un capitolo all'islamismo, continua con il mondo greco, romano e germanico e si conclude con il tema apparentemente inatteso della critica alle concezioni socialiste e comuniste del matrimonio.

In realtà, questa conclusione deriva dalla visione della storia universale come unitario sviluppo dello spirito, per cui lo studio del passato non solo spiega il presente, ma predice l'evoluzione futura. Unger vuole applicare all'istituto matrimoniale il "metodo genetico", che consiste "nell'iniziare ogni serie di osservazioni con il fenomeno originario e nel comprendere il divenuto attraverso l'osservazione del divenire" (p. 1). Il metodo storico - applicato al diritto

e, in particolare, al matrimonio - non può quindi limitarsi allo studio dei diritti positivi succedentisi nel tempo, ma deve afferrare il "concetto di matrimonio", "l'idea di matrimonio, in cui lo spirito universale si manifesta e si è manifestato" (p. 2). Solo così si può "comprendere il matrimonio nella sua forma attuale e riconoscere la direzione che assumerà in futuro" (p. 2). Ora, le concezioni comuniste e socialiste del matrimonio sono, per Unger, le pericolose forme future del matrimonio. Se esse fossero accettate, minerebbero il matrimonio e distruggerebbero quella che per gli hegeliani è "l'á più compelta realizzazione dello spirito universale", cioè lo Stato (poichè "la famiglia fondata dal matrimonio è la base dello Stato", p. 3).

Dunque, dal passato attraverso il presente sino al futuro grazie all'idea di matrimonio: "le due forme che [il matrimonio] assume - la monogamia e la poligamia - sono i cardini su cui ruota la storia universale". La stessa contrapposizione fra Oriente e Occidente può essere ricondotta a questa diversa concezione del matrimonio. Ecco dunque tracciato l'itinerario dell'indagine di Unger "Nell'osservare l'evoluzione del matrimonio nella storia universale dobbiamo seguire la via che, nella storia universale, hanno preso gli Stati storico-universali e così - con il progredire da un mondo all'altro, da uno Stato all'altro - progredire anche, di livello in livello, nell'evoluzione del concetto di matrimonio e nello studio delle concrete situazioni matrimoniali" (p. 4).

In questo metodo è implicita tanto la fede d'origine illuminista nel progresso continuo, quanto la visione eurocentrica di questa progressivarealizzazione dell'idea, che dall'Oriente si sposta (ascendendo) verso l'Occidente, verso la Grecia: "col che lo spirito mette piede sul suolo europeo e quindi entra nella sua patria vera e propria" (p. 5).

7. LA PARABOLA DISCENDENTE DEI SISTEMI GIURIDICI UNIVERSALI

La filosofia di Kant ispirò Feuerbach e la filosofia di Hegel ispirò Gans: i grandi sistemi filosofici andavano dunque di pari passo

con i grandi sistemi giuridici (deduttivi). Negli stessi anni, uno dei tanti sconvolgimenti provocati da Napoleone impresso una svolta radicale al diritto europeo continentale e alla sua scienza. L'avvenfo del Codice Napoleone nel 1804 e, in particolare, la sua applicazione nell'area renana della Germania imponevano precisi studi comparatistici: uno dei primi suoi frutti fu il trattato sul diritto civile francese di Karl Salomo Zachariä (1769-1843) (53).

Ma la comparazione pratica non poteva limitarsi all'incontro con il grande codice dei francesi. Lo spirito universalistico di Feuerbach animò, sempre in Heidelberg, il suo successore nell'insegnamento del diritto e della procedura penale, Karl Mittermaier (1787-1867), che nel 1829 insieme con Zachariä fondò la "*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*". I suoi ventotto volumi costituiscono un'enciclopedia in progress della legislazione mondiale di quegli anni, continuamente rinnovata e aggiornata da un Mittermaier che, da Heidelberg, manteneva una gigantesca corrispondenza con gli studiosi d'ogni parte del mondo. A ragione fu ritenuto "il più influente rappresentante del diritto comparato e il principale mediatore fra la scienza giuridica tedesca e quella straniera (54). Il gruppo di Heidelberg aveva del diritto comparato una concezione vasta ma definita: lo muoveva il triplice interesse per il diritto vigente dei sistemi giuridici più avanzati, per la scienza che li indagava e per l'insegnamento che li tramandava alle nuove generazioni di giuristi.

Ma ben presto la parabola della comparazione entrò nella sua fase calante e, in parallelo con l'estinguersi dei grandi sistemi legati alla filosofia, andò diminuendo anche la comparazione pratica su vasta scala. La rivista cessò le sue pubblicazioni nel 1856 e Mittermaier morì nel 1867: la scienza giuridica tedesca si lasciava così alle spalle un periodo di splendore ineguagliato nell'intero secolo.

Una figura centrale nella comparazione a cavallo dei due secoli è Josef Kohler (1849-1919), il più fecondo giurista dell'epoca guglielmina. La sua filosofia del diritto si inserisce nella corrente che,

muovendo da Hegel, giunge attraverso Berolzheimer fino al neo-hegelianismo. Il tentativo di innestare lo spirito di Hegel e di Schopenhauer sulla Scuola Storica lo porta a concepire il diritto come fenomeno culturale. L'evoluzione hegeliana diviene in lui "empirismo" che "imbocca un numero infinito di cammini per raggiungere il fine". Quindi Kohler non si occupa della dialettica, ma "dello studio del mondo esterno", e in particolare dello "studio dell'umanità nelle varie fasi del suo pensiero e nelle molteplici forme del suo agire". Molteplicità che si riflette anche nelle sue 2500 pubblicazioni, molte dei quali sono dedicate alla comparazione giuridica.

Questo polimorfo scrittore conclude degnamente la galleria dei grandi giuristi ispirati alla filosofia della storia di Hegel. La ristampa del 1915 di un'importante enciclopedia del diritto si apre con il suo saggio su **Filosofia del diritto e storia universale del diritto**: "La storia universale del diritto deve mostrare come il diritto evolva nel corso della storia e, in collegamento con la storia della cultura, deve mostrare quali conseguenze culturali erano collegate al diritto, e come il diritto ha condizionato l'esistenza della cultura d'un popolo e ne ha favorito il progresso culturale. Giunti a questo punto, la filosofia del diritto deve mostrarci quale funzione ha avuto l'ordinamento giuridico nello sviluppo teleologico del processo mondiale, e anche quale funzione esso deve ancora assolvere nei vari rapporti culturali. Essa dovrà mostrare quali fini l'umanità deve raggiungere sotto la protezione dell'ordinamento giuridico, e in che modo il diritto diviene così partecipe al fine ultimo della storia mondiale. Senza storia del diritto universale non esiste un'appropriata filosofia del diritto, così come senza storia universale non esisterebbe una filosofia dell'umanità e senza linguistica non esisterebbe una filosofia del linguaggio. L'odierna filosofia del diritto è il neo-hegelianismo associato alla storia universale del diritto" ().

In Francia la consapevolezza forse eccessiva della perfezione del Codice Napoleone aveva portato i giuristi a chiudersi verso i diritti stranieri e anche verso il proprio passato. Molta della poca comparazione francese di quegli anni si ispirava a modelli tedeschi.

Uno dei più interessanti esempi in proposito è l'opera di Eugène Lerminier (1803-1857), la quale si ricollega direttamente a Gans: i volumi di questi due autori contengono espressioni di grande stima reciproca (55). Per Lerminier venne creata la cattedra di storia giuridica comparata al Collège de France nel 1831, ma nel 1838 egli dovette interrompere i suoi corsi per l'impopolarità politica che lo circondava. Quando li riprese nella Seconda Repubblica, nel 1849, non si occupò più di diritto comparato.

La comparazione pratica faceva capo alla rivista "Thémis", fondata nel 1819 (56), mentre nel 1834 la "Revue é frangère de législation et d'économie politique" venne fondata da Jean Jacques Gaspard Foelix (1791-1853) ispirandosi alla rivista di Mittermaier, senza però raggiungerne il livello. Nel volgere di pochi anni gli interessi pratici divennero predominanti e, dopo due mutamenti di titolo, la rivista chiuse i battenti nel 1850. Nel 1853 si estingueva anche la "Revue de législation et de jurisprudence" (fondata nel 1834 dall'economista di origine polacca Louis François Michel Raymond Wolowski, 1810-1876), che aveva mostrato un certo interesse per la comparazione.

Ovviamente quest'ultima, pur vivendo ai margini del mondo giuridico, continuò ad essere praticata per finalità pratiche: i comparatisti si riunirono anzi, nel 1869, nella "Société de législation comparée" e, nello stesso anno, anche a Oxford venne istituita una cattedra di diritto comparato, affidata a uno dei padri dell'etnologia, Henry James Sumner Maine (1822-1888).

E' compito di un'indagine diversa dalla presente fornire una storia della comparazione giuridica dalla fine del secolo XIX in poi. Un fatto merita tuttavia di essere ricordato perchè segna l'inizio di uno dei più interessanti, esempi di circolazione delle idee giuridiche a livello mondiale. Nel 1846 l'università di Parigi istituì la prima cattedra di diritto penale comparato e la affidò a Josef Louis Elzéar Ortolan (1802-1873) (57): il suo allievo Gustave de Boissonade, divenuto consigliere giuridico del governo giapponese, inaugurò l'ammodernamento giuridico di questo Stato preparandone il primo codice penale di impianto europeo (58).

Nella penisola italiana la comparazione giuridica era ostacolata anche dalla divisione in numerosi Stati. Gans lamentava di non aver trovato una trattazione d'insieme: il pur "gründlich" Tiraboschi gli appariva "carente e macilento", e neppure da Muratori ricavava "qualcosa di organico". Migliore era invece la situazione del diritto spagnolo: "Si vede subito - concludeva Gans - che qui sí ha a che fare con un impero" (vol. 3, p. XIV).

Perciò che l'Italia, pur avendo avuto un Vico, non offrì nel XIX secolo che solitarie figure di grandi precursori, come Giuseppe Mazzarella (1868-1958) nell'etnografia giuridica ed Emerico Amari (1810-1870), il capostipite dei comparatisti italiani (58a).

Egli si richiamava direttamente alla Scienza nuova di Vico, opera che trova il proprio motore - così affermava Amari - nella legislazione comparata. Ma, dopo questi precursori, bisogna attendere fino al 1927 perchè a Roma Salvatore Galgano (1887-**) fondi l'"Istituto di Studi Legislativi" (58b), mentre l'istituto milanese dedicato al diritto commerciale comparato venne fondato da Mario Rotondi soltanto nel 1943: e così siamo giunti alla soglie dei nostri giorni.

La Spagna istituì nel 1851 una cattedra di legislazione comparata a Madrid, affidata al professor*** Montalbán. Essa ebbe purtroppo breve durata. In realtà, in Spagna e in Portogallo la comparazione aveva preso una sua via peculiare a causa delle colonie sudamericane. Esse erano rette in parte dalle leggi della madrepatria, in parte da un diritto che, per essere proprio solo di quelle Indie, si chiamava *derecho indiano*", oggetto ai una branca specifica allora di diritto positivo, oggi di storia del diritto (58c).

Dopo l'indipendenza, le colonie sudamericane usarono la comparazione giuridica per elaborare un loro diritto autonomo rispetto ai modelli della madrepatria. L'autore di una delle prime opere in questo campo, il brasiliano Clovis Bevilacqua (1859-1944), propose una classificazione dei grandi sistemi che rifletteva la peculiare situazione di quelle ex-colonie. Egli distingue quattro sistemi giuridici: i sistemi che non subirono l'influenza romano-canonistica (paesi scandinavi e

Stati Uniti d'America); i sisfemi romanistici con influenze germaniche e canoniche (Spagna, Portogallo, Italia); i sistemi di origine romanistica e germanica (Francia, Belgio, Germania, Olanda e Svizzera); infine, i sistemi latino-americani, le cui fonti iberiche sono modificate da apporti di altri diritti stranieri (soprattutto quello francese) in un contesto "democratico" (58d). Questo elemento politico è presente anche nell'argentino Enrique Martínez Paz (1882-1952), che nel 1927 fondò a Córdoba l'"Instituto de Derecho Civil Comparado": egli individua, fa l'altro. un sistema romano-canonico-democratico, includendovi gli Stati dell'America Latina, la Svizzera e la Russia (58e).

Di là dalla Manica la storia seguiva cammini diversi, anche se andava all'incirca nella stessa direzione della storia continentale. Tutta la storia giuridica inglese è segnata dall'accentuarsi o dal diminuire dell'influenza del diritto romano sul Common Law. La prima metà del secolo XIX fu, tutto sommato, un periodo di bassa marea romanistica e l'interesse si appuntò sul diritto romano classico piuttosto che sull'uso che se ne faceva nell'Europa continentale. Questo disinteresse dei giuristi pratici, naturalmente, non impedì a Bentham e ad Austin di fare un abbondante uso di esempi tratti dal diritto continentale.

Un nuovo impulso alla comparazione derivò invece dai problemi concreti che il Privy Council doveva risolvere come tribunale supremo. La formazione di imperi coloniali su scala mondiale imponeva a un numero crescente di giuristi pratici di occuparsi anche di diritti stranieri. L'opera che fece fronte a queste esigenze venne pubblicata nel 1837 da William Burge (1787-1849). E' istruttivo confrontare la sua sistematica con quella delle opere di origine filosofica esaminate nei paragrafi precedenti. Essa contiene "1. Il civil law, la grande fonte cui ha largamente attinto ogni altro codice; 2. il diritto olandese nella forma esistente prima dell'emanazione del code civil; 3. il diritto della Spagna; 4 e 5, il diritto consuetudinario di Parigi e della Normandia; 6. il diritto vigente in Francia; 7. il diritto della Scozia; 8. il diritto dell'Inghilterra; 9. i diritti locali delle colonie delle Indie Occidentali e del Nord America; 10. i diritti degli Stati Uniti d'America" (59).

Anche in quest'esposizione, come in quelle dei comparatisti sudamericani, i grandi diritti storici dell'Oriente hanno ceduto il passo a quelli del Nuovo Mondo. E' forse superfluo sottolineare come questa sistematica tragga origine non più dallo spirito universale, ma dallo spirito mercantile.

La rivoluzione delle colonie inglesi in Nord America creò un nuovo spazio per il diritto comparato in quei territori. Infatti, come sosteneva Roscoe Pound (1870 - 1964) il diritto inglese non poteva essere recepito nei nuovi Stati perchè le loro esigenze erano diverse da quelle soddisfatte dal diritto inglese e, inoltre, perchè quest'ultimo era incompatibile con la concezione puritana dei coloni americani e con il loro atteggiamento politico dopo la rivoluzione (60). Perciò, nelle opere dei principali comparatisti nordamericani di quell'epoca - James Kent (1763-1847) e Joseph Story (1779-1845) - sono frequenti i riferimenti ai diritti dell'Europa continentale per integrare le norme di Common Law.

Anche negli Stati Uniti d'America la seconda metà del secolo XIX registrò un diminuito interesse per la comparazione, accompagnato da un accentuato interesse per la preparazione pratica dei giuristi nelle Law Schools.

In conclusione, la formazione degli Stati nazionali, rlopa il 1848, portò i giuristi a concentrarsi sulla costruzione e sullo studio del diritto nazionale. Sul piano teorico, il positivismo giuridico rafforzò questa tenclenza e relegò in secondo piano i frutti del pensiero idealistico. La storia dei grandi sistemi giuridici universali si chiude quindi verso la metà del secolo XIX. Bisognerà attendere gli ultimi anni di esso e le prime decadi del secolo XX per assistere all'affermarsi del diritto comparato, ma su basi diverse ba quelle idealistiche.

8. SISTEMA E COMPARAZIONE NÉL DIRITTO

Le storie universali del diritto sono imparentate con la nozione classica di sistema, che caratterizzò la cultura giuridica

europea sino all'inizio del secolo XX e la cui espressione più compiuta, in campo giuridico, fu la pandettistica di Puchta e Windscheid.

In realtà, l'anelito verso il sistema omnicomprensivo è presente in studiosi d'ogni tendenza. Lo sogna anche il fautore di un giusnaturalismo attenuato come Helmut Coing, che immagina il sistema giuridico come ordinato non in base alle leggi della logica né alle intrinseche qualità del materiale giuridico, ma in base a un valore di giustizia variabile coi tempi. "In fin dei conti - scriveva nel 1956 - il sistema giuridico è il tentativo di afferrare in una somma di principi razionali la totalità della giustizia in riferimento a una certa forma della vita sociale. Infatti la convinzione che una struttura razionale, afferrabile col pensiero, domini il mondo materiale e spirituale è l'irrinunciabile ipotesi su cui si fonda ogni scienza" (61).

Ecco allora il filosofo del diritto proporre, secondo i criteri della sua disciplina, un modello di sistema giuridico ben diverso da quelli dei comparatisti, ma ugualmente omnicomprensivo: "Un sistema giuridico completo dovrebbe contenere: 1. tutti i principi che possono essere presi in considerazione in un ordinamento giuridico, cioè una mappa completa dei criteri della giustizia; 2. tutte le situazioni esistenziali (e le regole che le reggono) che possono essere prese in considerazione. [...] Un simile sistema non è mai stato realizzato: esso presuppone la piena conoscenza del mondo morale e della natura rerum".

Nella ricerca di un'approssimazione a questo ideale irraggiungibile la filosofia del diritto si congiunge alla comparazione: "Ciò che più gli si avvicina è forse la sistematica delle vaste trattazioni comparatistiche: infatti ogni comparazione giuridica lavora, anche se non lo ammette, con un sistema sovrappositivo e in certa misura universale" (62). Si chiude così il cerchio: ogni comparazione, per quanto limitata, contiene una filosofia che le consente di espandersi fino al sistema universale.

Questo bisogno di filosofia e questa tendenza all'omnicomprensività si riscontrano anche in chi, come Burckhardt, mira

non al sistema, ma alla cultura intesa come conoscenza asistemica, come "mondo della libertà e del movimento, del non necessariamente universale, di ciò che non rivendica a sé alcuna validità costringitiva" (63). Da questo punto di vista l'aristocratico basilense può farsi gioco della Filosofia della storia di Hegel e concludere: "Noi non siamo iniziati ai fini dell'eterna sapienza, e non li conosciamo" (p.14). L'ironia coinvolge anche i sistemi universali d'ogni tipo: infatti per Burckhardt le filosofie della storia degenerano o in "storie universali della cultura" (e sono i sistemi esaminati nei precedenti paragrafi) o "pretendono di seguire uno schema universale e, nel far ciò, essendo incapaci di non aver presupposti, sono colorite da idee che i filosofi hanno assorbito fin dal terzo o quarto anno di vita" (p. 14). Queste parole sembrano così anticipare la visione di Coing sulla presenza inevitabile, anche se inconsapevole, d'un sistema filosofico come ossatura d'ogni comparazione.

L'ironia di Burckhardt attenua solo in superficie la sua diffidenza verso tutte le materie che entrano in contatto con la storia: il diritto non ne è certo escluso. Per lui, le scienze naturali e la matematica sono "le nostre uniche disinteressate compagne, mentre teologia e diritto vogliono padroneggiarci, o almeno vogliono usarci come arsenale di cognizioni, e la filosofia, che vuol stare al di sopra di tutte, è in realtà ospite di tutte" (p. 30).

Siamo dunque agli antipodi del sistema e della filosofia della storia; eppure anche qui rispunta il sogno del sistema onnicomprensivo: "Vorremmo avere - sogna Burckhardt - una gigantesca mappa dello spirito sulla base di una smisurata etnografia, che dovrebbe abbracciare quel che è materiale e quel che è spirituale e tendere a considerare imparzialmente tutte le razze, le genti, i costumi e le religioni in connessione fra loro" (p. 16). Questa visione sconfinata è senza dubbio la più vasta tra quelle finora incontrate: in essa trovano posto i sistemi giuridici universali e il sistema di tutti i valori di giustizia, e anche quant'altro si può desiderare. A tradurla in volumi se ne ricaverebbe forse la biblioteca di Babele descritta da Borges. Proprio chi rifiuta il sistema può permettersi di sognare quello più illimitato, perché sa che

non vi metterà mai mano. La prudenza dei realizzatori, invece, induceva Gans e i suoi seguaci a una certa parsimonia onirica.

Ma questo sogno sistematico non avrebbe dovuto essere, in realtà, un incubo per l'asistematico Burckhardt? Proprio dopo aver detto di non essere iniziato "ai fini dell'eterna sapienza", Burckhardt aveva respinto la filosofia della storia. Metà filosofia e metà storia, quinarne l'una, nè l'altra, essa "non è che un centauro, una **contradictio in adiecto**, giacchè la storia, ossia il coordinare, è non-filosofia, e la filosofia, ossia il subordinare, è "non-storia" (p. 13). Però fra le libertà di cui gode lo studioso asistematico v'è anche l'esenzione dalla coerenza troppo rigida. Burckhardt ironizza su una filosofia della storia saccente e precettiva, ma è convinto che la cultura non può vivere senza principi, senza cioè una flessibile filosofia **in nuce** (anche della storia). Per questo egli può abbandonarsi con la coscienza tranquilla al sogno del sistema come "gigantesca mappa dello spirito" perchè sente che esso è, sì, irrealizzabile, ma anche inevitabile.

Gongediamoci quindi dai sistemi universali del diritto come da un felice momento in cui alcuni giuristi ebbero la sensazione che il sogno fosse a portata di mano. Il fatto che quel momento sia concluso non significa che esso non possa tornare sotto altre forme, così come sotto altre forme può tornare quel centauro che fu la filosofia della storia hegeliana. Bisognerebbe saperlo accogliere e imbrigliare con la colta leggerezza dell'antihegeliano Burckhardt: "siamo particolarmente grati al centauro e lo salutiamo volentieri qua e là, sul limitare della selva degli studi storici" perchè "ha messo sale nella storia" (p. 15).

NOTE

(1) John Henry Wigmore, **A Panorama of the World's Legal Systems**, West Publishing Company, Saint Paul 1928, p. 1115.

(2) Walther Hug, **The History of Comparative Law**, "Harvard Law Review", 1932, vol. XLV, n. 6, p. 1028.

(3) Mario G. Losano, **Sistema e struttura nel diritto**, Volume I: **Dalle origini alla Scuola Storica**, Giappichelli, Torino 1968, XXXII-313 pp.

(4) Per un panorama e una bibliografia sulla storia universale si veda di Ernst Schulz, **Universalsgeschichte**, Kiepenheuer und Witsch, Köln 1974, 398 pp.

- (5) Voltaire, **Essay sur l'Histoire générale et sur les moeurs et l'esprit des nations depuis Charlemane iusqu'à nos iours**, Genève 1756.
- (6) G. E. Lessing, **Die Erziehung des Menschengeschlechts** (1780); Reclam, Stuttgart 1980.
- (7) Johann Gottfried Herder, **Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit**, 1784; Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1966.
- (8) Immanuel Kant, **Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürguerlicher Absicht** (1784); recensione a: J. G. Herders "Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit" (1785); **Muthmaßlicher Anfang der Menschengeschichte** (1786); **Erneuerte Frage: Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei** (1797), in: **Gesammelte Schriften**, Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1907-1923, vol. III, pp. 15-32; pp. 43-66; pp. 107-124; vol. VII, pp. 77-94.
- (9) John Selden, **The Historie of Tithes**, London 1618; e **Titles of Honour**, London 1614; il suo **Mare clausum** (1635) è in polemica con il **Mare liberum** (1609) di Grozio. Cfr. anche H. Klee, **Hugo Grotius und John Selden**, Bern 1964.
- (10) Ugo Grozio, **De 'jure belli ac pacis**, Parigi 1625.
- (11) Giambattista Vico, **De uno universi iuris principio et fine uno, 1720-21; De constantia jurisprudentis, 1721; Principi di una scienza intorno alla natura delle nazioni, Napoli 1725** (la seconda parte del titolo venne tradotta in tedesco conüber die aemeinsame (oppure: **gemeinschaftliche**) **Natur der Völker**. Cfr. anche Guido Fassò, **Vico e Grozio**, Napoli 1971.
- (12) Montesquieu (Charles Louis Secondat, baron de), **De l'esprit des lois**, Genève 1748.
- (12a) Gian Domenico Rormonosi, **Introduzione allo studio del diritto pubblico universale**, Parma 1805.
- (12b) Cesare Cantù, **Storia universale**, Pomba, Torino 1848-54; Racconto: 6 volumi; Documenti: 4 volumi; la prima edizione del 1838-46 constava di 35 volumi.
- (13) Eugen Ehrlich, Montesquieu and Sociological Jurisprudence, "Harvard Law Review", 1913, vol. 29, p. 582.
- (14) Pollok, "Journal of the Society of Compared Legislation", 1903, vol. 5 n. s., p. 83.
- (15) Johann Friedrich Reitemeier, **Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland**, Göttingen 1785, Vorrede, p. XXIII.
- (16) Christian Friedrich Mühlenbruch, **Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts**, Rostock - Lepzig 1807.
- (17) Anselm Feuerbach, **Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners iuristischen Abhandlungen** (1810), in **Kleine Schriften vermischten Inhalts**, Nürnberg 1833, pp. 152-177. Oltre alla classica opera di Radbruch, cfr. Heinz Mohnhaupt, **Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werke P. J. A. Feuerbachs**, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), **Rechts-eschichte in den beiden deutschen Staaten** (1988-1990). **Beispiele. Parallelen Positionen**, Klostermann, Frankfurt a. M. 1991, pp. 97-128.
- (18) Michael Kunze, **Jherings Universalrechtsgeschichte. Zu einer unveröffentlichten Handschrift des Privatdozenten**, in Heinz Mohnhaupt (Hrsg.),

Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele. Parallelen; Positionen, Klostermann, Frankfurt a. M. 1991, pp. 151-186.

(19) Anselm Feuerbach, **Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz. Naturrecht Rechtsphilosophie, allgemeine Rechtswissenschaft**, in Feuerbach, **Biographischer Nachlass**, 1853, vol. 2, pp. 378-401.

(20) Savigny, "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", I, 1815, p. 3.

(21) Friedrich Carl von Savigny, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Heidelberg 1814; Anton Friedrich Justus Thibaut, **Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland**, Heidelberg 1814.

(22) Anton F. Thibaut, **Civilistische Abhandlungen**, Heidelberg 1814, p. 433.

(23) Ivi.

(24) Hegel, **Grundlinien des Philosophie des Rechts**, 3. Theil, § 340, in: Werke, vol. 8, Berlin 1833, p. 430. Questa edizione venne curata da Eduard Gans, che vi premise anche un'introduzione.

(25) Manfred Riedel, **Vorwort**, in: Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, pp. 11-30;

(26) Eduard Gans, **Das Erbrecht in seiner welthistorischen Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte**, Maurerschen Buchhandlung, Berlin 1824, vol. 1, p. V-XLI. Questa prefazione è ristampata da Manfred Riedel in: Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, pp. 156-172. Nelle citazioni che seguono vengono indicate le pagine di quest'ultimo volume.

(27) Johann Braun, **Schwan und Gans. Zur Geschichte der Zerwürfnisse zwischen Friedrich Karl von Savigny und Eduard Gans**, "Juristenzeitung", 1979, pp. 769-775.

(28) La rivista di Grolmann (pubblicata dal 1758 al 1820) è stata ristampata in quattro volumi dall'editore Auvermann, Glashütten (Taunus) 1972.

(29) Kunze, op. cit., p. 175.

(30) Savigny, "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", III, p. 5 ss.

(31) **Vorlesungen über Naturrecht und Universalrechtsgeschichte nach Gans nachgeschrieben Berlin im Wintersemester 1832/33 von Immanuel Hegel**; è edito a cura di Manfred Riedel: Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, 260 pp. Il testo delle lezioni è riprodotto alle pp. 31-155.

(32) L'opera di Gans, **Das Erbrecht in seiner welthistorischen Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsaeschichte**, 1824-1835, è così suddivisa: vol. 1, XLI-416 pp.; vol. 2: pp. XIV-471; vol. 3, XVI-480 pp.; vol. 4: XIV-714 pp.

(33) Mitteis, **Jhering, Rudolf**, in **Allgemeine Deutsche Biographie**, Leipzig 1905, vol. 50, p. 698.

(34) Jhering, nell'ultima parte del corso, si richiama a Niels Nikolaus Falck, **Juristische Encyclopädie, auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen**, Leipzig 1839; egli ne curò poi la "fünfte, verbesserte Auflage" nel 1851, dopo la morte di Falck (1784-1850). La stesura del manoscritto sull'enciclopedia giuridica è dunque anteriore a quest'ultima data, perchè altrimenti Jhering avrebbe citato l'edizione che egli stesso aveva curato.

(35) Michael Kunze, **Jherings Universalrechtsgeschichte**, in Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), **Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990)**,

Klostermann, Frankfurt a. M. 1991, p. 157. Il manoscritto jheringhiano è tuttora inedito: ne cito i passi facendo riferimento al solo articolo di Kunze, nel quale si trovano i rinvii al manoscritto.

(36) Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**. Herausgegeben von Manfred Riedel, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, p.154.

(37) Jhering, **Der Zweck im Recht**, vol. II, pp. 275 ss. Qui Jhering costruisce la teoria della cortesia, della correttezza (Anstand) e del tatto; proprio ad essa si ricollega all'inizio del manoscritto: "Il materiale storico [...] mi fece involontariamente passare dalla teoria alla storia" (p. 71 dell'edizione citata alla nota successiva).

(38) Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, V-266 pp. (dissertazione ciclostilata). Il testo jheringhiano è riprodotto alle pp. 71-164 con il titolo (attribuito dal curatore) **Die Umgangsformen im Lichte der Geschichte**. Il Doktorvater dell'autore è Christian Helfer, curatore dell'inedito di Jhering **Der Takt**, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1968, n. 4.

(39) Georg Albrecht Jhering, **Zum Beariffe der Höflichkeit**. Herausgegeben von Christian Helfer, "Jahrbuch der Gesellschaft für bildende Kunst und vaterländische Altertümer zu Emden", 1968, vol. 48.

(40) Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, p. 73. Il testo tratta la storia speciale, pp. 73-100, la storia comparata, pp. 101-122, e la storia universale, pp. 123-151, completata da alcuni frammenti su quest'ultimo tema a pp.152-164.

(41) Hegel, **Philosophie der Geschichte**, hrsg. von Eduard Gans, Berlin 1837: riproduce il manoscritto delle lezioni hegeliane del 1835 (cfr. Wilhelm R. Beyer, **Gans' Vorrede zur Heaelschen Rechtsphilosophie**, "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1959, pp. 257-273); Hegel, **Geschichtsphilosophie**, hrsg. von Karl Hegel, Berlin 1840. Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, p. 226: "In der zweiten Auflage von Karl Hegel wird die von Jhering zitierte Stelle jeweils nur verkürzt und auf anderer Seitenzahl wiedergegeben".

(42) Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, p. 236; se si tiene presente l'oblio in cui era caduto Gans dopo la morte, si può dire che Müller è vicino al vero quando ritiene che "qui sia qui sicuramente questione delle opere di alcuni hegeliani non molto rilevanti, che non avevano mai raggiunto una grande notorietà" (p. 237); o che, avendola,aggiunta come cans, l'avevano poi perduta.

(43) Müller, **op. cit.**, p. 256.

(44) Rudolf von Jhering, **Vorgeschichte der Indoeuropäer**. Aus dem Nachlaß herausgegeben von Viktor Ehrenberg, Breitkof & Härtel - Duncker & Humblot, Leipzig 1894, XIII-486 pp. Cfr. il n. 121 della Bibliographie Rudolf von Jherings in Mario G. Losano, **Studien zu Jhering und Gerber**, Münchener Universitätsschriften, Band 55/2, Teil 2, Gremer, Ebelsbach 1984, XXIII-432 pp.

(45) Peter Landau, **Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik**, in Helmut Heinrichs (Hrsg.), **Deutsche Juristen jüdischer Herkunft**, Beck, München 1993, p.196.

- (46) Su Unger cfr. Mario G. Losano, **Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser**, Münchener Universitätschriften, Aktiv Verlag, Ebelsbach 1996, XIII-337 pp., in particolare pp. 43-56, e la letteratura ivi indicata.
- (47) Joseph Unger, **Mosaik**. Der "Bunten Betrachtungen und Bemerkungen" dritte, vermehrte Auflage, Akademische Verlagsgesellschaft, Wien 1911, p.112.
- (48) Josef Unger, **Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung. Ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte**, Jasper, Hügel und Manz, Wien 1850, VIII-167 S. Quest'opera è riprodotta su microfiche in: The Gerritsen Collection of Women's History. 1543-1945. A Bibliographic Guide to the Microform Collection, Stanford 1983.
- (49) Gans, **Das Erbrecht in seiner welthistorischen Entwicklung**, Cotta, Stuttgart - Tübingen 1929, vol. 3, p. XV.
- (50) Savigny, **Beruf**, p. 9.
- (51) Unger, op. cit., **Vorwort**, p. V. Il riferimento a Hegel è così frequente che Unger avverte: "dove Hegel è citato senza altre indicazioni ci si riferisce sempre alla sua **Filosofia della storia**" (p. VI).
- (52) Unger, op. cit., **Vorwort**, p. V-VI.
- (53) Karl Salomo Zachariä, **Handbuch des französischen Privatrechts**, 1808, 2 voll.; il lavoro fu tradotto in francese e in italiano.
- (54) Levin Goldschmidt, **Vermischte Schriften**, 1901, p. 651, 671.
- (54a) Josef Kohler, **Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte**, in Holtzendorff - Kohler (Hrsg.), **Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer Bearbeitung**, Duncker & Humblot - Guttentag, München-Leipzig-Berlin 1915, vol. 1, pp. 1-62 (settima edizione). Tutte le citazioni riportate nel testo sono a p.14.
- (55) Jean Louis Eugène Lerminier, **Introduction générale à l'histoire du droit** Bruxelles 1830.
- (56) Jean Baptiste Coin-Delisle - Charles Million, **Tables analytiques** [des revues de droit et de jurisprudence]. Introduction historique de Laferrière, Cotillons, Paris 1860, 4 parti in un volume.
- (57) Josef Louis Elzéar Orlan, **Cours de législation pénale comparée**, Joubert, Paris 1841, VII-295 pp.
- (58) Mario G. Losano, **Tre consysteri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno**, "Materiali per una storia della cultura giuridica", III,1,1973, pp. 517-667.
- (58a) Emerico Amari, **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, Genova 1857. Dopo decenni seguirono G Vadalà-Papale, **Di una scienza della legislazione comparata nei rapporti sociologico. storico, legislativo e politico**, Palermo 1882; L' Vivante, **Per un metodo di studio del diritto comparato**, "Archivio giuridico", 1909.
- (58b) Salvatore Galgano, **La "funzione giuridica" del diritto privato comparato**, Napoli 1915.
- (58c) Alfonso García Gallo, **Derecho indiano**, Madrid
- (58d) Clovis Bevilacqua, **Resumo das lições de legislação comparado**, Imprensa de la Universidad, Recife 1893-97, pp. 69 ss.
- (58e) Enrique Martínez Paz, **Introducción al estudio del derecho civil comparado**, Córdoba (Argentina) 1934, pp.154 ss.

(59) William Burge, **Commentaries on Colonial and foreian Laws generally, and in Their Conflict with Each Other and with the Law of England**, Saunders and Benning, London 1838; ristampato col titolo: **Commentaries on Colonial and Foreign Laws with a Sketch of the Legal Systems of the World and Tables of Conditions of Appeal to the Privy Council**, Sweet & Maxwell, London 1907, XXXI-420 pp.; la citazione è a p. XIX.

(60) Roscoe Pound, **Comparative Law in the Formation of American Common Law**, "Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae", 1928, vol. I, p. 187.

(61) Helmut Coing, **Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft**. Rede beim Antritt des Rektorats, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. [1956], p. 41.

(62) Helmut Coing, **Grundzüge der Rechtsphilosophie**, De Gruyter, Berlin - New York 1993, quinta edizione, pp. 293 s.

(63) Jacob Burckhardt, **Considerazioni sulla storia universale**. Traduzione e note di Maria Teresa Mandalari. Con uno scritto di Joachim Fest, SE, Milano 1990, p. 37.

CRIMES COLETIVOS NA LÊI DE TÓXICOS

Carlos Henrique MACIEL

PUC-Campinas

I - INTRODUÇÃO

O trabalho que se segue tem por objeto abordar questões concernentes à vigência, incidência, aplicabilidade e interpretação das regras incriminadoras dispostas na Lei de Tóxicos, em especial as que caracterizam infrações de natureza coletiva.

Empregando terminologias nem sempre de fácil compreensão, socorrendo-se às vezes de expressões ambíguas e inflacionando o ordenamento legal pelo rotineiro aporte de mudanças normativas, que se sucedem em torvelinho, o Legislador causou e vem causando sérias vicissitudes nos meios jurídicos. Coloca sob angustiante perplexidade os estudiosos ao incrementar contínuas pelepas científicas; consequentemente, desestabiliza a doutrina e a jurisprudência, que, assoladas, vêem-se na contingência de criar um espectro infindável e multifacetado de correntes em gladiatura.

A grandeza dos dissídios não me debilitou ao desenvolvimento deste pequeno contributo ao debate. Pela brevidade da exposição e pelo respeito aos entendimentos diversos, longe do escorço a presunção de encontrar a lição derradeira ou a definição absoluta.

II - DA DOGMÁTICA

Tendo em vista a seqüência de modificações legislativas que o tema sofreu no decorrer dos últimos anos, há a necessidade de, antes de mais nada, investigar-se a respeito do âmbito de vigência e do equacionamento da sobrevivência dos arts. 14 e 18, III, da Lei Antitóxicos.

2.1. DOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGAIS:

2.1.1. DO CRIME DE BANDO OU QUADRILHA:

Sob a rubrica *quadrilha ou bando*, dispõe o Código Penal brasileiro (Decreto-Lei Nº 2.848/40):

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Em conformidade com a lição de E. MAGALHÃES NORONHA, a suficiência da configuração delitiva estabelece-se quando cumulativamente presentes os seguintes ingredientes fáticos: "a) quatro ou mais pessoas; b) reunião estável ou permanente; c) o fim de cometer delitos." Logo, é *societas delinquentium ad perpetuam pro crimine habetur, per se stante et quatrium personae*.

Além do aspecto plúrimo, que deve ser observado tanto no atinente ao número de pessoas - ao menos quatro - envolvidas na trama como ao número de crimes - série indefinida - meditados pelo todo à guisa de elemento subjetivo do injusto, a caracterização da infração penal exige, diante da decomposição do núcleo comportamental do tipo, a formação de uma *societas*.

O verbo pronominal associar-se significa "reunir-se em sociedade; tornar-se sócio".² O sentido da definição atribui-lhe a idéia

de vinculação a um conjunto provido de solidez, quanto à estrutura, e de durabilidade, quanto ao tempo. Cuida-se de conduta mais complexa que o mero ajuntamento episódico ou encontro passageiro que se nota entre os que concorrem para um ajuste isolado tendente à consecução de uma finalidade esporádica ou objetivo transitório, ainda que remotos.

No plano jurídico-penal, transpostas tais adversativas, há que se indagar da essência do "pactum sceleris" para a perfeita adequação da conduta coletiva à norma de repressão. Verificar-se-á que a **associação** - que, no caso do art. 288 do CPP, toma o nomen juris de "quadrilha ou bando" - não se confunde com o **concurso de pessoas** à moda do art. 29 do CP.

Na co-delinquência (*concursum delinquentium*), encarada sob o ângulo da dolosidade, ressalta a precariedade do acerto de vontades ligando os vários sujeitos ativos, cujo escopo outro não é que o de conscientemente realizar os elementos informadores do tipo penal. Concretizada a ação preordenada ou anuída, o aglomerado humano se desconstitui: como fora ele edificado com vistas imediatas ao cometimento de um determinado ilícito penal (*societas in crimine*), não haveria razão para que, alcançado o resultado concreto e apartado, fosse mantido ativo ou acesso por seus componentes.

Já na modalidade associativa (*societas delinquentium*), há a necessidade de que cada membro integrante do coletivo criminoso a ele adira motivado pelo intuito de agregação (*affectio societatis*), em seu favor desempenhe esforços pessoais e aceite o propósito conjugado de, ao longo do tempo, numa reunião estável ou permanente, promover o desencadeamento de um rol indeterminado de crimes.³ Aqui, o agente coopera e se une a uma organização de infratores (*societas sceleris*), conquanto rudimentar⁴ e sem o perfil da habitualidade,⁵ mas disposta à execução de atos objetos, assentindo a seus interesses comuns.

Uma coisa é o assassinato de alguém promovido por quatro ou mais pessoas ocasionalmente irmanadas, ainda que o tenham planejado nos mínimos detalhes; outra, a investidura do celerado

numa vasta gangue de extermínio, cuja comunhão tenha por fito a eliminação física de diversos homens: acolá, homicídio em co-autoria ou co-participação; no segundo sítio, «delito de bando, já que o *desideratum* dos associados transcende as infrações almejadas individualmente consideradas.

No dizer de DAMÁSIO E. DE JESUS, a "quadrilha ou bando é crime de perigo abstrato, de concurso necessário, permanente e simples."⁶

A norma incriminadora tutela a paz pública, o que lhe sugere o caráter de *infração de perigo* e subtrai, para sua configuração, a indispensabilidade da ocorrência material de qualquer das atividades ilícitas programadas pela conspiração;⁷ sequer resta absorvida pelos delitos intuídos que sucedam a posteriori⁸ e tampouco há a imperiosidade de todos os bandidos deles participarem efetivamente.⁹ Previdente, o Legislador cronologicamente se adianta ao resultado lesivo mentalmente antecipado pelo quadrilheiro, coibindo a conduta que, se livremente espreada, poderia atingir um prejuízo concreto e, assim, eclodir em ofensa aos demais bens jurídicos.

A desvalia resulta daquela objetividade jurídica que se satisfaz, em sua compleição, com a mera probabilidade de dano causada pelo perigo in abstracto, o qual, em si mesmo, induz uma alteração no mundo externo. O crime é de risco in potentia, aperfeiçoando-se com a simples formação estável ou permanente da aliança munida do ideal de delinquir de maneira difusa. Por intermédio do crime de bando, pune-se autonomamente o conjunto de atos de preparação que antecede a execução dos delitos,¹⁰ tomando-se por supedâneo o animus associativo, cuja substância ontológica não se identifica com a vontade especialmente dirigida à prática de crimes.

Trata-se de *crime plurissubjetivo*, pois o ilícito só pode ser cometido por uma coletividade (no caso, por quatro ou mais pessoas);¹¹ sendo *permanente*,¹² seu momento consumativo se protraí no tempo, subsistindo enquanto perdurar a situação de perigo proporcionada pela organização criminosa; por estar definido com independência em

um único preceito primário do Código Penal e não se fundir nem mesmo com as infringências que prevê, é classificado como *crime simples*.

2.1.2. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO:

A Lei Federal nº 6.368/76, que disciplina as medidas de prevenção e repressão ao tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, epigrafou o delito de *associação*, com a seguinte definição:

Art. 14. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Com a autoridade auferida pelo fato de haver trabalhado na comissão de preparação do respectivo anteprojeto, envereda-se JOÃO DE DEUS LACERDA MENNA BARRETO¹³ pelos escaninhos da interpretação histórica e oferece valiosa elucidação de *ratio legis*, sustentando a tese de que, ao redigir o art. 14 do diploma especial, o Legislador suplantou as balizas norteadoras do delito de bando ou quadrilha e da simples co-autoria ou co-participação criminosa, dando vida a uma nova atitude infracional, com definição própria e substrato independente.

Gerou-se espécie singular de *associação*, cuja performance, não obstante reúna elementos de difere em pontos de relevo. Nela, obviamente, é conservado o pressuposto genérico da *pluralidade de associados*, com a sintomática redução pela metade do número mínimo de membros no seio da organização. Com efeito, basta o liame entre apenas duas pessoas para que qualquer delas responda pelo delito em comento.

Já o requisito da *estabilidade ou permanência* do grupo criminoso reclama alguma digressão, máxime em face dos advérbios

de modo e de negação apostos na dicção normativa por meio da expressão "reiteradamente ou não" entre vírgulas. Aparente obscuridade do texto legal não tem o condão de impedir a análise escorreita do tipo penal ou inibir a extração do exato alcance das palavras empregadas, tudo em conformidade com os princípios orientadores da totalidade jurídica ou da ramificação do Direito em que se insere.

Há os que, calçados na partícula adverbial negativa, que dispensa a elucubração pelos agentes de um projeto de reiteração de crimes, preferem ver caracterizado o delito de associação inscrito no art. 14 da Lei de Tóxicos toda vez que, mesmo *per accidens*, duas ou mais pessoas se predisponham, de qualquer maneira, à aquisição, manutenção ou fornecimento a terceiro de material psicotrópico ou coisa destinada à sua manipulação indevida.¹⁴

Valem-se de dois argumentos básicos, ambos fazendo *tabula rasa* do espírito jurídico que influencia o sentido da conduta de "associar-se".

Entendem eles que, no afã de abrir dilatada linha de combate ao *flagelo do século*, a proposição regrante nitidamente pretende punir com mais intensa severidade *mesmo* o simples dueto casualmente constituído ou formado perante a imediatidade da contingência do momento, porquanto os varejistas ocasionais estariam contribuindo com sua parte para a disseminação do vício.

Outrossim, fundados na desnecessidade da *voluntas* de repetição nas violações futuras, suprimida em cotejo com o delito de bando, reputam a norma como veiculadora da hipótese de mera co-participação, clamando por bastante à penitência o empreendimento de qualquer classe de auxílio mutuamente prestado no interior da turma, ainda que efêmera a reunião dos malfeitores. Admitem que se trata de *infração de concurso necessário*, até porque irrecusável a ademã da plurissubjetividade do delito diante de sua descrição vocabular; todavia, resignam-se com a eventualidade do acordo que aproxima os membros e sugerem a integração da regra proibitiva a

partir de elementos constantes da pureza da eficácia extensiva trazida por simples caso de adequação típica de subordinação mediata, nos moldes do art. 29 do CP.

Em remate, os partidários da **teoria equívoca** defendem a visão bipolar da situação, argüindo que a associação constante do art. 14 da Lei nº 6.368/76 pode ser classificada tanto como crime permanente, se a ação de agrupamento envolver um processus, quanto como crime instantâneo, se aquela resolver-se num momentum.

Para os demais pensadores, filiados àquela que poderíamos denominar **teoria unívoca**, a hipótese de concurso perfilhada pelo art. 14 da Lei Antitóxicos não pode ser perquirida tão-somente por meio da pura literalidade de sua redação, por sinal contraditória.

De nada vale insistir na inexistência da marcada continuidade do grupo por apego isolado ao desejo do órgão legiferante, ainda que presente, em ver sancionada com especial distinção e enorme rigor toda e qualquer forma de união entre pessoas voltadas para o tráfico. Ocorre inaceitável a inquirição sobre o alcance da *lex scripta* que se justifique isoladamente a partir da *mens legislatoris*; o que se busca é, sim, a *mens legis*. "A interpretação propriamente dita opera, não no plano subjetivo da vontade presumida ou fictícia dum corpo de legisladores fisicamente considerados, mas no plano objetivo da vontade da lei, da *voluntas legis*. A lei, uma vez editada, adquire vida própria, se destaca da vontade dos legisladores."¹⁵

Por outro turno, irrelevante haver a norma de coibição aparentemente incriminado, em um retalho, inclusive a ação espontânea e transitória da constituição da caterva, quando é certo que manteve, no trecho inicial, o verbo "associar-se". A loucura que desconsidera o desígnio de repetição dos atos de tráfico por parte dos aliados não desabona o recurso à *mens juris*, isto é, o comportamento adverbial ("reiteradamente ou não") está intimamente jungido à concepção jurídica de "associação", que demanda elo estável e rejeita a simples co-participação.

Pelo que se observa desta corrente que se faz volumosa,¹⁶ tendo o redator legislativo incorrido involuntariamente em séria defecção plenamente corrigível e ajustável ao ambiente do Direito Positivo, a exegese correta seria aquela que, mantendo a classificação de *crime permanente*, ordena a prevalência da necessidade do elemento de estabilidade do grupo para a caracterização do tatbestand insculpido no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

Em minha opinião, ambas as escolas não respondem convenientemente aos propósitos da lei nem se harmonizam com a melhor hermenêutica. O delito de associação não se estabiliza com a mera co-participação alternativamente advogada pelos *equivocos* e, apesar da retórica dos *univocos*, não se contempla dúvida profunda ou ambigüidade gramatical no conteúdo do texto redigido.

O termo jurídico "associação" pressupõe uma ligação definida e assente entre as pessoas que a integram duradouramente; logo, não será qualquer forma de aderência de vontade individuais seu elemento caracterizador, mas sempre se prescindindo do ânimo associativo e de uma certa delonga na dimensão temporal. Também não haverá como requisitar-se o conjunto inteiro dos elementos típicos do crime comum de bando, nele incluído a intenção da repetição de infrações penais, com a única diferença que se refere à redução do número mínimo de associados.

Há que se encontrar a compatibilidade racional entre as expressões "associarem-se" e "reiteradamente ou não" mencionadas no art. 14 da lei especial: tanto traem o espírito da norma repressiva os que absolutizam a primeira, negligenciando a segunda, como os que agem vice-versa, até porque *interpretatio in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint superflua, et sine virtute operandi*.

Inclino-me a aceitar a proposta intermediária de que, à luz do que dispõe o art. 14 da Lei nº 6.368/76, o delito de associação para tráfico de entorpecentes ocorre quando duas ou mais pessoas formam um elenco estável ou permanente, ainda que com vistas ao cometimento futuro de uma só das ações criminosas previstas nos arts. 12 e 13 do idêntico caderno.¹⁷

Em primeiro lugar, limite-se o alcançamento jurídico do esqueleto nuclear da atividade típica: "associar-se". Ficou assentado o afastamento teórico que reina entre a associação e o concurso de agentes: os fatores que os dividem são o da **organicidade**, franco na primeira e falto no segundo, e o do **nexo psicológico**, bem mais fluido no último.

No conjunto associativo, os indivíduos estabelecem uma solidariedade entre todos, dividem tarefas, agem em reciprocidade de acordo com um código interno e terminam por montar um organismo, ainda que elementar, mas que, prolongado, adquire existência própria, dali emergindo uma "sociedade de fato" distinta, no plano intelectual, da figura dos sócios.

Ao contrário do que sucede na co-autoria ou co-participação, os agentes são impulsionados *ab initio* pelo espírito societário visivelmente destacado da vontade autônomo de cometer ilícitos. Na associação criminosa, o subjetivismo é dual: uma coisa é o elemento psicológico voltado para o agrupamento em si, querendo-o fixo; outra, o propósito mental de estruturar o colegiado, preconizando, por intermédio dele, a realização comum de práticas lesivas.

Em segundo lugar, vem à tona a expressão modal do tipo: "reiteradamente ou não". Se, no crime de bando ou quadrilha, o Código Penal manifesta sua aversão específica à alcatéia de facínoras, desde que a convergência de vontade colime a execução plural de delitos, a Lei Antitôxicos pune em apartado os membros da associação voltada para o trágico de substância entorpecente, mesmo que não intencionem sua repetição, bastando, pois, haja a organização sido edificado para uma só ação criminosa ligada àquele comércio injurídico.

Tome-se, *verbi gratia*, a combinação entre dois rapazes para o envio de uma única grande partida de cocaína. Eles nunca traficaram; todavia, diante da oportunidade surgida, imaginam a possibilidade de uma situação propícia a um rápido enriquecimento e a uma antecipada "aposentadoria". Alugam um imóvel clandestino para o depósito da droga; enviam propostas de venda através de fax;

adquirem um computador para facilitar o cadastramento de possíveis interessados e a escolha da oferta mais vantajosa; estabelecem vários contatos telefônicos com o vencedor da "licitação", pormenorizando a qualidade e quantidade da solerte encomenda; abrem contas bancárias com nomes fictícios para a movimentação do numerário acordado; estipulam a divisão dos lucros; prevêem a melhor forma para a "lavagem" do dinheiro a ser conseguido; etc...

Pergunto: quem poderia em sã consciência negar a incidência do art. 14 da norma em testilha sobre a situação assim exemplificada? Verifique-se que todas as elementares do suporte fático estão presentes: dois associados, vínculo associativo, durabilidade da *societas* e finalidade de praticar, não reiteradamente, o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

"Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva.¹⁸ Ora, caso o ditame legislativo sancionasse mesmo o simples concurso de agentes, certamente não teria optado pela descrição comportamental "associarem-se"; caso exigisse o intuito de repetição dos atos de tráfico, seguramente não teria ressaltado a partícula adverbial "reiteradamente ou não".

Ao Juiz não é dado julgar a lei; apenas interpretá-la e adequá-la à espécie concreta. O Julgador não pode exigir aquilo que a regra jurídica não impõe; tampouco dispensar o que ela reclama, sob pena de ferimento ao princípio fundamental do Estado de Direito: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.¹⁹

Não obstante a similitude, os crimes de bando e de associação para tráfico não se confundem. Ambos são de perigo em abstrato, de concurso necessário, sempre permanentes e simples. No entanto, há claras divergências, que inviabilizam tratamento comum: o segundo deles satisfaz-se com um número menor de associados; afasta a exigência da multiplicidade de delitos objetivados, que ficam normativamente relegados às hipóteses taxativas dos arts. 12 e 13 da

Lei Antitóxicos; e a própria *sanctio juris* é distinta, porquanto o quantum expiatório nela previsto em abstrato é sensivelmente majorado.

Por final, acresça-se que a autonomia normativa de que é possuído o art. 14 da Lei nº 6.368/76 autoriza, com estribo no art. 69 do CP, o cúmulo material de penas, caso os membros da associação preexistente venham igualmente a executar o delito planejado e enquadrado no art. 12 ou 13 do mesmo diploma.²⁰

2.1.3. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CIRCUNSTANCIADA:

Alhures, a Lei nº 6.368/76 reserva cuidado mais afiado no pertinente às suas modalidades infracionais, que, sob determinadas particularidades, denotam maior perigosidade do agente e, por conseguinte, redundam em gravame adicional. Dentre elas merece destaque a que poderíamos chamar de delito de associação circunstanciada:

Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de um terço a dois terços:

I - ;

II - ;

III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação;

VI - ;

Ao conceber tal dispositivo, o Legislador pretendeu maior proteção ao incapaz, sem dúvida a maior das vítimas dos crimes deste gênero. Aqui, conforme o que será explicado mais adiante, é elevada a pena de todo aquele que, ao praticar qualquer das infrações enumeradas no bojo da Lei Antitóxicos, se associar ou visar a menores de 21 anos de idade, a semi-imputáveis ou a inimputáveis.

Perfaz-se a majorante quando o sujeito se agrega a pessoas inseridas dentro daquelas condições de hipossuficiência ou quando sua atividade tem por objetivo atingi-las.*

2.1.4. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO HEDIONDA:

Na intenção de regular o comando constitucional,²¹ o Congresso nacional editou a Lei Federal nº 8.072/90. Assim, foram catalogados os crimes considerados pela sociedade brasileira como os mais sórdidos, bem como os a eles assemelhados, ganhando especial significação para o presente trabalho o delito de *associação hedionda*:

Art. 8º. Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Como se nota, esta lei incidentemente determina a punição fluante entre 3 e 6 anos de reclusão para quem, visando ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, incorporar grupo característico de criminosos.

A curiosidade é que, malgrado tencionasse estabelecer crescente aspereza no trato das infrações mais repugnantes, dentro de sua questionável política homeopática de alterar e modernizar os cânones penais, o Legislador desastrosamente recaiu em contraditória *novatio in mellius*. Com efeito, no momento em que, asfixiada e saturada pelas atividades *ilícitas* impunemente desempenhadas por verdadeiras *máfias*, a comunidade internacional clama pela erradicação dessas organizações líderes do narcotráfico, a nova legislação amenizou a purgação em abstrato daquele que as integrasse.

Sim, pois, ao passo que o art. 14 da Lei nº 6.368/76 permite que a pena destinada ao autor que se junta ao cast de bandidos voltados para a traficância atinja o patamar de dez anos de reclusão, sem prejuízo da multa criminal, o art. 8º da Lei nº 8.072/90, embora sugira a identidade do mínimo expiatório (três anos), comina o máximo da pena reclusiva em seis anos, inclusive eliminando a sanção pecuniária.

O abrandamento e o teor da lex nova conduziram alguns pensadores à afirmação de que o mencionado dispositivo da Lei Antitóxicos (art. 14) teria sido eliminado. ALBERTO SILVA FRANCO²² e VICENTE GREGO FILHO²³ encabeçam, na communis opinio doctorum, a tese abolicionista.

Para eles, então estaria juridicamente afastada a possibilidade de apenação autônoma se o agente estivesse associado a apenas um ou dois outros companheiros, bem como se o grupo, ainda que mais numeroso, mirasse um só ato de tráfico vindouro. Já que existe explícita remissão ao art. 288 do CP, a punição - assim tornada mais difícil - exigiria os mesmos requisitos do delito de bando ou quadrilha, quais sejam: ajuntamento de no mínimo quatro pessoas, estabilidade ou permanência da congregação e concerto de vontades para a prática futura de um conjunto indefinido de crimes.

Em favor da manutenção do texto básico pretérito, escrevem DAMÁSIO E. DE JESUS²⁴ e JÚLIO FABBRINI MIRABETE,²⁵ ambos secundados pela Jurisprudência.²⁶ Penso como estes. O preceito primário do art. 14 da Lei nº 6.368/76 não se encontra revogado e a inovação legislativa implantada pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90 fez por apenas alterar seu preceito secundário, abatendo o mais alto grau da pena e expungindo a multa.

O fenômeno da cessação da autoridade da regra legislativa é disciplinado pela Lei de Introdução ao Código Civil, que trata da aplicação geral das normas jurídicas no tempo e no espaço. Ela agasalha o aforismo *lex posterior derogat legi priori* ao elucidar que a "lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare,

quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."²⁷

Já que no duelo entre as Leis nº 6.368/76 e nº 8.072/90 não se cogita de revogação expressa, por ausência de ordem eliminatória especificamente promanada da lei que sucede em relação à que antecede, nem de regulamentação inteiramente diversa, porquanto cada qual toca um assunto em particular - a primeira trata das infrações de uso e tráfico de entorpecentes; a segunda, dos delitos hediondos -, a especulação sobre o desaparecimento ou não do crime de associação inserido no art. 14 da Lei Antitóxicos deve centrar-se no princípio da incompatibilidade normativa.

Para que haja a incongruência capaz de perpetrar a anulação da mais antiga, é preciso que o entrelhecho entre duas normas positivas seja inconciliável, id est, que não exista viabilidade objetiva e racional de coexistência das mesmas, dada a oposição superveniente. Constatado o antagonismo, o velho cede ao novo; todavia, é necessário que o confronto seja substancial, que a recente disposição escrita, por conceder inédita alteração no tema, não se compadeça com a precedente e não admita a sobrevivência de um mínimo desta.²⁸

Pois bem! O art. 14 da Lei nº 6.368/76 destina-se a reprimir a associação forjada por duas ou mais pessoas para a prática, reiterada ou não, dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 daquele mesmo diploma. O art. 8º da Lei nº 8.072/90, por seu turno, teve por norte introduzir um detalhamento ao crime ordinário de bando ou quadrilha, ampliado a pena originária sempre que vise a crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

No que concerne à tipicidade, as duas prescrições são estanques, não regulam a mesma matéria; se assim é, não entram em conflito e, portanto, uma não deve revogar a outra. Prova disso é haver o Legislador expressamente relacionado o art. 8º da Lei de Crimes Hediondos ao art. 288 do Código Penal, condicionando a incidência do primeiro à satisfação dos demais requisitos do segundo, em sua

maioria inconfundíveis com os do art. 14 da Lei Antitóxicos: entre o delito de bando qualificado pela hediondez e o de associação para tráfico há franca diferença no número mínimo de agentes e na quantidade das infrações almejadas.

Não se despreze a menção da lei especial àquela regra proibitiva geral. *Verba cum effectu sunt accipienda*. "Todas as palavras da lei têm seu significado, sua função, sua finalidade. Por isso mesmo, na lei não se presumem frases ou palavras supérfluas."²⁹ Se o mandamento legislativo vinculou a caracterização do delito de associação hedionda à demonstração dos pressupostos contidos no art. 288 do CP, é porque tinha em mente apenas ampliar a reprimenda contra a *quadrilha* destinada ao narcotráfico.

Não teria cabimento a pretensão a *latere* de extinguir o delito de *associação para o tráfico* e, por conseguinte, debilitar o fator preventivo desta sanção penal no exato instante em que a sociedade está à mercê das mais imunda, pervertida e ousada delinquência.

Vêm a talho as ponderações de CARLOS MAXIMILIANO: "Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior."³⁰

Mais adiante, assegura o emérito jurista: "Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito *não se presume*; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O jurisconsulto Paulo ensinara que - as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos: *Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint idque multis argumentis probatur*."³¹

Segundo este comentário, prevalece o axioma da continuidade das leis no tempo. "Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara."³² Cada norma jurídica é tida como vigente até o momento em que, de maneira inarredável e indiscutível, é extirpada do ordenamento legal ou modificada por outra mais jovem pronunciada por igual ou superior escalão. Simples impropriedades do órgão que legisla não tem o condão de afastar norma jurídica anterior, até porque sempre se supõe a subsistência desta; antes disso, deve ser adaptada ao sistema jurídico dentro dos critérios lógico-rationais.

O conflito normativo entranhado no instituto da revogação é apenas ilusório: duas regras grafadas da mesma categoria parecem, *simultaneamente*, regular com disparidade a mesma hipótese fática, quando, em realidade, tão-somente uma delas - a mais recente - é que incide.

Se a identidade de objeto não ficar comprovada *quantum satis*, haverá que se dar aplicação às duas nas partes em que não se colidirem. Mas, se não ocorreu abrogamento do art. 14 da Lei Antitóxicos pelo art. 8º da Lei de Crimes Hediondos, por não cuidarem da mesma matéria, qual a natureza, então, do embate, que é evidente, entre ambos? Quais as conseqüências desta ambigüidade que se detecta no volume da pena?

Está-se diante, sim, de uma **antinomia valorativa**, circunstância que se verifica "no caso de o legislador não ser fiel a uma valoração por ele próprio realizada, como p. ex., quando prescreve pena mais leve para delito mais grave; se uma norma do Código Penal punir menos severamente o infanticídio (morte voluntária da criança pela mãe no momento do parto, ou logo após o nascimento) do que a exposição de criança a perigo de vida pelo enjeitamento, surge este tipo de antinomia, que deve ser, *em geral*, aceita pelo aplicador."³³

O princípio admite exceção, como se vê. Insista-se: o acatamento da situação antinômica não é absoluto, só devendo o Julgador normalmente a ela submeter-se, em que pese a incoerência,

desde que as enunciações desarmônicas estejam inscritas num mesmo texto regrente e contemporâneo ou digam respeito a essências diversas. Ao contrário, se se interpõem entre ambos uma distância de tempo e uma diferente numeração de edição legislativa, ainda concorrendo uma unidade do bem jurídico tutelado, não haverá alternativa senão procurar o Árbitro conciliar os dois preceitos no que for razoavelmente possível.

Nunca é demais salientar que, liberto das acepções apriorísticas e longe da infertilidade própria do autômato, o Magistrado, "ao aplicar as normas jurídicas, criando uma norma individual, deverá interpretá-las, integrá-las e corrigi-las, mantendo-se dentro dos limites marcados pelo direito. As decisões dos juízes deve estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, pois contém critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma do direito. Por isso, a tarefa do magistrado não é meramente mecânica, requer um certo preparo intelectual, ao determinar qual a norma que vai aplicar."³⁴

Há flagrante proximidade ontológica entre os dois enunciados, porquanto ambos tendem à preservação de um só interesse jurídico - a **paz pública** - e tratam do mesmo gênero delitivo - a **associação** -. Não obstante isso, não se vislumbra o perecimento *in integrum* do mais antigo deles, já que se relacionam a *formas diversas de associação*. A antinomia concentra-se na dualidade de apenação, mais atenuada no segundo caso. Por conta deste aspecto, evidencia-se a derrogação do art. 14 da Lei nº 6.368/76, resultando-se na exclusão da pena por ele cominada, a qual passou a ser aquela mencionada no art. 8º da lei nº 8.072/90.

A lógica impede seja o agente integrante de simples *associação para tráfico* mais severamente punido do que aquele que se torna sócio de uma *quadrilha hedionda*, cuja audácia é mais patente, tendo em vista os motivos já expostos. Sigamos o conselho

de Clóvis: "na interpretação da lei, deve atender-se, antes de tudo, ao que é razoável, depois às conseqüências sistemáticas, e, por fim, ao desenvolvimento histórico da civilização."³⁵

Não bastasse isso tudo, remanesce um argumento irrespondível. O art. 10 da própria Lei nº 8.072/90 acresceu um parágrafo único ao art. 35 da Lei nº 6.368/76, que mudou para os seguintes dizeres:

Art. 35. O réu condenado por infração dos arts. 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão.

Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13, e 14.

Às escâncaras, o Legislador consignou a permanência do art. 14 da Lei Antitóxicos no cenário jurídico-legal aborígene, não deixando margem de dúvida a respeito de sua higidez normativa. Certamente, houvesse a Lei de Crimes Hediondos, em seu art. 8º, revogado o art. 14 da Lei Antitóxicos, não teria a este aludido de forma tão expressa nem regulado uma das facetas do processo criminal instaurado em decorrência do mesmo.

Conclui-se, *ex positis*, que, para efeitos penais, a **associação** assume contornos variados de acordo com sua colocação tópica no ordenamento repressivo: como *bando ou quadrilha*, no CP (art. 288); como *associação para tráfico e associação circunstanciada*, na Lei 6.368/76 (arts. 14 e 18, III, respectivamente); e como *associação hedionda*, na Lei 8.072/90 (art. 8º). Ressalve-se, porém, que continua vigendo o art. 14 da Lei Antitóxicos com a sanção definida pelo art. 8º da Lei de Crimes Hediondos.

2.2. DA HERMENÊUTICA:

Merece espaço próprio o exame da grande polêmica a pretexto do alcance do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76. *Opunctum dolens* assenta-se na necessidade de adequação da mencionada regra

proibitiva sobretudo àquela prevista no art. 14 da mesma proclamação legislativa.

Como os dois textos legais aparentemente se contradizem, por se referirem a sujeitos que, em associação, anseiam a mercancia de entorpecentes, punindo-os de formas diferentes, o exegeta, num exercício metafísico, é constringido a separá-los e a encontrar o campo de incidência de cada um, evitando a proeminência do *bis in idem*.

Em célebre disputa, emanaram três vertentes pretorianas.

A primeira entende pela independência conceitual de cada tipicidade. Sustenta que a **associação para o tráfico** (art. 14) é *crime permanente*, pois só ocorre quando o grupo revelar-se sólido e estável, enquanto que a **associação circunstanciada** (art. 18, III) é crime instantâneo, podendo caracterizar-se com o simplório concurso de agentes.³⁶

Data venia, a tese é inaceitável: além de não explicar convincentemente as premissas de seu raciocínio, ela ignora a coincidência ideativa entre ambas as proposições trazida pelos vocábulos "associarem-se" e "associação". Nada justifica que se exija a durabilidade do vínculo congressual apenas na primeira hipótese, desobrigando-a na segunda, porquanto a copiosa doutrina não destoia ao asseverar a peculiaridade jurídica da *associação* em que é ínsito e indispensável o ingrediente da estabilidade.

Houvesse resignação do Legislador diante da mera co-autoria ou co-participação, evidentemente não teria empregado o verbete "associação" no art. 18, III, da Lei Antitóxicos.

Ademais, a posição esbarra numa *reductio ad absurdum*. Sim, porque, em comparação com o associado estável, estar-se-ia penitenciando com maior rigidez o agente que se agrupasse transitoriamente. O menos perigoso receberia pena mais intensa. Ora, *interpretatio illa sumenda quoe absurdum evitetur*.

A segunda orientação pugna pela consideração da **associação para o tráfico** (art. 14) como sendo crime formal,³⁷ pois

já acontece com a isolada composição do clã deletério mediante a conjugação estável de vontades dos interessados, a despeito da ausência de concretização dos delitos alvitados. Aqui, temendo ferimento a outros bens jurídicos, o Legislador ter-se-ia adiantado e consagrado, na fala de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, um *crime atrofiado de dois atos*,³⁶ reprovando per se no tipo a conduta de preparo com vistas ao cometimento de uma ação posterior. Ou seja, haveria um *delito de consumação antecipada*.

Por seu turno, a **associação circunstanciada** (art. 18, III) é equiparada a *crime material*,³⁹ devendo caracterizar-se desde que se precipite um resultado naturalístico. Vale dizer, a causa majorante, como acessória às modalidades típicas fundamentais, fica dependente da realização destas, só se impondo quando efetivada a lesão do bem jurídico por elas resguardado.

Por exemplo, o associado responde pelo art. 14 da Lei nº 6.368/76, exclusivamente, se o ato de traficância almejado não vem a se materializar; se concluído o comércio da droga em função da associação, fica inviabilizada a punibilidade com escora naquele dispositivo (art. 14) puramente subsidiário, devendo o agente ser sentenciado com a pena do art. 12, acrescida de um terço a dois terços, em conformidade com o art. 18, III, todos da Lei de Tóxicos.⁴⁰

Não é difícil intuir-se que a acomodação é forçada, proveniente de uma construção artificiosa e de frágil infra-estrutura. Outro equívoco reside no esquecimento de que, dada a autonomia científica que livra os tipos penais analisados, alguns poderiam redundar na interpretação de que, caso o tráfico estivesse ligado à associação *com capazes*, o autor seria sancionado com encilhamento nos arts. 12 e 14, em concurso material, sem prejuízo da causa majorante do art. 18, III. Logo, incorrer-se-ia em violação ao anexam *non bis in idem*: a mesma "associação" teria servido de elementar para caracterizar um crime (art. 14) e de causa para aumentar a pena de outro (art. 12, c/c art. 18, III).

O terceiro segmento jurisprudencial conclama a falta de substância da primeira hipótese do art. 18, III, em relação ao art. 14, pois aquela está indissolavelmente ligada ao tipo fundamental deste, tornando-se dependente de seus elementos descritivos. Na parte em que alude aos crimes decorrentes de *associação*, o art. 18, III, permanece circunscrito à consistência genérica do art. 14, apenas especificando a necessidade de exasperação da pena caso o conluio seja também integrado por incapazes.⁴¹

Comungo desta última preleção. Explico-me, abaixo.

2.2.1. DA INTERPRETAÇÃO FILOLÓGICA:⁴²

"A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática - tomada esta palavra no seu sentido mais amplo - o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto."⁴³ Por essa razão, começo pela descoberta do conteúdo expressional do modelo regente a partir de sua aparência externa, em consonância com as normas de linguagem que regem o idioma pátrio, tendo por base os elementos puramente verbais da comunicação, mas sem me restringir à sua gélida literalidade.

Faço-o sob três ângulos: a) o da **análise sintática**; b) o da **regência**; c) o da **pontuação**.

(A) Em seu art. 18, inciso III, a Lei nº 6.368/76 estatui que as penas dos crimes por ela definidos terão um aumento variável de um terço a dois terços "**se qualquer deles decorrer de associação ou visar** a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação". A frase em destaque reúne um período composto de duas orações conectadas pela conjunção "ou". A tarefa imediata que se faz mister é a de se revelar a função coordenativa da

partícula conjuncional que se interpõe entre as palavras "associação" e "visar".

O vocábulo "ou" é um *conectivo*, porque tecnicamente desempenha o papel de estabelecer um ponte entre entidades lingüísticas. Dentre as espécies conectivas, é classificado como *conjunção*, pois é "palavra invariável que liga duas orações entre si, ou que, dentro da mesma oração, liga dois termos entre si independentes."⁴⁴ Nesta ordem, ostenta a qualidade de *conjunção coordenativa*, podendo, sempre em proporção à carga semântica, apresentar-se sob dúplice enfoque: a) como *conjunção aditiva* ou *copulativa*, quando, causando uma aproximação, indica sinonímia entre as proposições (p. ex.: "terminar ou finalizar"); b) como *conjunção alternativa*, quando, sinalizando funções diferentes entre cada uma das proposições, faz com que uma exclua a outra, por contradição essencial (p. ex.: "terminar ou continuar"), ou apenas se reveze, se não houver profundidade no antagonismo (p. ex.: "terminar ou colorir").⁴⁵

No discurso *sub examine*, a conjunção "ou" vincula orações e opera alternância, porquanto as expressões "decorrer de associação" e "visar" não são sinônimas. Não se trata, também, de excludência, pois ambas não se opõem *in terminis*; antes, há um revezamento entre elas. E revezar equivale à troca de posição de termos ou coisas, mas em relação a terceiro elemento. Como, então, verificar-se-á a alternância *ex hypothesi*?

Pela disposição integral do período, essa substituição só existe no tocante aos verbos empregados (antes mutáveis), não se transportando aos complementos oracionais (entes catalisadores), que permanecem presos a qualquer delas, a despeito da troca de comportamento. Os dois verbos substituem-se recíproca e alternadamente, sem que se tornem estanques em relação às demais palavras que os seguem e de que dependem para o esclarecimento de seu sentido; como nenhum deles evoca ínsita completitude perante a estruturação frasal, não há como se enjeitar *prima facie* o segmento restante do texto ao pronunciamento "decorrer de associação". Ou

seja, a parte do período que vai de "a menos de 21..." até o final do inciso é atada ora ao verbo **decorrer** ("de associação"), ora ao verbo **visar**, atribuindo a cada qual significação determinada.

Outrossim, o art. 18 e seu inciso III encerram uma totalidade sintática categorizada como *período composto por subordinação*, em que se observam ordens de principalidade e acessoriedade.

Com efeito, após sua fragmentação gramatical, o dispositivo apresentará uma fulgente exposição classificatória e uma segura reconstrução intelectual, nele se notando, basicamente, cinco orações:

1º) uma *oração principal*:

- "As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de um terço a dois terços:"

2º) quatro *orações subordinadas adverbiais condicionais*:

- "se qualquer deles decorrer de associação a menores de 21 (vinte e um) anos";

- "se qualquer deles decorrer de associação a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação";

- "se qualquer deles visar a menores de 21 (vinte e um) anos";

- "se qualquer deles visar a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação".

No texto original, as condicionais são aglutinadas, mas cada uma delas está individualmente correlacionada com a afirmação do *caput*, refluindo para dar-lhe inteligência; são acessórias em referência à oração principal.

Em seu estudo particular, contudo, as quatro subordinativas são *orações coordenadas*, sob a modalidade de alternativas, devido ao senso conferido pelo aproveitamento abundante da *disjuntiva* "ou", ainda que elíptica.

Melhor dizendo: as orações condicionais do inciso III do art. 18 são coordenadas entre si e subordinadas em relação ao caput, onde está a principal.

Tendo-se por assente tal coordenação, não se pode recusar o elevado nível de harmonia nocional entre as orações.⁴⁶ Não é difícil o percebimento de que elas interagem, uma implicando nas outras. Formam uma cadeia lógica, inseparável, imprimindo uma racionalidade própria ao pensamento contido no período. Por isso, "decorrer de associação" e "visar" são circunstâncias que se unem, alternadamente e sem mútua exclusão, às consecutivas "a menores de 21 (vinte e um) anos" e "a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação". É inelutável que os sucessórios são adaptáveis a ambos os antecedentes.

Este o exato sentido que a unidade fraseológica enseja.

(B) "Associação" é substantivo abstrato e, como tal, "designa coisa que não tem subsistência própria, ou seja, designa coisa que só existe em outra coisa."⁴⁷ É um ser que consiste numa ação, estado ou qualidade de outro ser, pelo que se nota a absoluta dependência daquele à efetiva vivência deste. Não é captada pela imaginação, mas compreendida pela inteligência.

A "associação" é um nome dependente, porquanto condicionada ao ânimo dos indivíduos em se associarem, assim como a "timidez" depende da existência de entidades tímidas. Se ninguém ou nada se associasse não existiria associação; e, outrossim, se não houvesse o resultado dessa conduta ("associação"), não haveria razão para um termo que nominasse essa mesma conduta (a de "associar-se").

Isso nos leva a implicações de natureza semântica. Os vocábulos "associação" e "associar" dimanam de idêntica raiz e, então, merecem, como regra, tratamento equivalente; por exemplo, ambos reclamam complementos para ganho de expressividade.

Ora, "associar" é *verbo bitransitivo*, significando juntar algo a alguma coisa; para obter inteligibilidade, exige um *complemento*

verbal (ou *objeto indireto*) por intermédio da preposição "a". Por conseguinte, "associação" é *substantivo abstrato* que igualmente requisita uma extensão, vale dizer, um *complemento nominal* permeado por idêntica partícula prepositiva. "Não somente os verbos podem ser completados em sua significação; dos substantivos, dos adjetivos e dos advérbios há também os que não têm significação absoluta, **necessitando**, para que a significação se complete, de um complemento que lhes inteire a significação."⁴⁸

Em suma, tanto o substantivo "associação" como o verbo "associar", na condição de antecedentes, regem obrigatoriamente a proposição e não prescindem de seu conseqüente.

Por seu lado, o verbo "visar", como sinônimo de "ter por fim ou objetivo", é *intransitivo* e coincidentemente requer, em seu complemento, a preposição "a". Esta é comum aos verbos "associar" e "visar", bem como ao substantivo "associação": todos hão de vir preposicionados.

Advém da subsunção dessas regras gramaticais à cartilha legal sob análise a noção de que as expressões "a menores de 21..." e "a quem tenha, por qualquer causa,..." estão ligadas não só ao verbete "visar", mas também ao termo "associação". A proposição "a" serve à *regência nominal* de "associação" e à *regência verbal* de "visar".

(C) Se não basta argumentar com os critérios de análises sintática e da regência, resta o socorro às normas da pontuação, em especial, às da virgulação. Ut quid? Há muito, o sinal da vírgula abandonou o singelo alvo fisiológico de conceder ao leitor oportunidade de respiro ou descanso; hoje, ninguém desconhece que o virgular diferente ou impróprio pode deveras modificar o sentido e a compreensão do pensamento escrito, invertendo-os, mesmo.⁴⁹ É plausível, antes necessária, portanto, a diligência do texto legal sob comentário também a partir do posicionamento daquele caractere ortográfico de separação, ou melhor, da sua ausência.

Paulatinamente foram surgindo ditames para a regulação do exercício da vírgula.

A primeira regra é de natureza conceitual: a vírgula gera dissociação; sua utilidade é efetuar breve pausa no discurso, de modo a separar termos ou orações, com a força de enfatizar qualquer deles ou clarificar a distância entre duas proposições vizinhas.

A par, a legislação gramatical recomenda várias proibições ao emprego da notação. Destaquem-se duas delas:

- "Não se separam por vírgula os elementos da frase intimamente ligados, a saber: o sujeito do verbo; o verbo do objeto direto e do objeto indireto; o adjetivo do substantivo a que se refere, etc."⁵⁰
- "Os termos essenciais e integrantes da oração ligam-se uns com os outros sem pausa; não podem, assim, ser separados por vírgula."⁵¹

Deve-se evitar a separação imediata por vírgula de vocábulos que estejam vinculados pela atividade lógica que desempenham, constituindo-se aberrante equívoco usá-la em meio a palavras que mantenham entre si íntima dependência sintática.

A lei penal reza: "se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação". Verificou-se *retro* a qualidade de substantivo de "associação"; como este *termo essencial da oração* não vem seguido de vírgula, a única conclusão possível é a de que, eclipsando-se a expressão "ou visar", as dicções "a menores de 21 (vinte e um) anos" e "a quem tenha, por qualquer causa,..." são os *complementos nominais*, que ele pede, e configuram *termos integrantes da oração*.

Em reverência ao mesmo princípio, que coíbe a virgulação entre termos estreitamente unidos, a obra legal não anotou o sinal após a palavra "visar", que é verbo transitivo indireto e, assim, reclama complemento verbal preposicionado. Entre verbo e proposição não se coloca vírgula.

In thesi, a presença ou a ausência da vírgula imputam sentidos diversos ao escrito. Se ela não houve, não ocorreu dissociação, e os complementos oracionais permanecem idealmente presos ao substantivo; este dependerá daqueles. Logo, deve-se interpretar: "associação (...) a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação."

Observe-se, *ad argumentandum tantum*, a noção que à frase tomaria caso ousássemos inscrever arbitrariamente uma vírgula a mais: "se decorrer de associação, ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou quem tenha, por qualquer causa..." Agora, "associação" é independente, tem vida autônoma, não sugere seqüência e deve ser entendida à luz de outro dispositivo que a defina. Os complementos só se referem ao verbo "visar"; não assim ao substantivo, porque, apartados pela vírgula, com ele não se articulam nem dele fazem parte. Pontuada dessa maneira, a frase levaria a indisputável *nonsense*, se a contrastássemos com a Lei nº 6.368/76 *in globo*, tangendo a categoria nosológica da inconstitucionalidade: estar-se-ia com autonomia punindo "quem se associa" (art. 14) e, ao mesmo tempo, estar-se-ia punindo com mais intensidade "quem se associa" (art. 18, III).

Todavia, não havendo licença ao exegeta em presumir na lei palavras ou sinais inúteis, também, *acontrario sensu*, não lhe é lícito entremear vírgula onde o Legislador omitiu, para o efeito de, impedindo que os elementos principais se alternem em relação aos complementos obrigatórios, emprestar ao período significado espúrio.

Tivesse o redator o objetivo de abortar a adequação dos subseqüentes oracionais ao termo "associação", poderia inclusive fechar o período com ponto-e-vírgula, logo após o substantivo, consignando em outro inciso o verbo "visar" e seus complementos.

Se a norma de conduta não virgoulou é porque não intencionava distinguir; queria que a condição de incapacidade jurídica de certas pessoas fosse elemento de extensão tanto da associação como da visagem. Poderia haver até recorrido a redação outra,

insulando o segundo verbo sem alterar o sentido desejado de origem: "se decorrer de associação, ou visar, a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa,..."⁵²

Em que pese opinião contrária,⁵³ não há qualquer equívoco ortográfico do Legislador que redigiu o art. 18, III, da Lei de Tóxicos. Ele gramaticou com alinho e sem discrepar das formalidades lingüísticas, ainda que, optando por um amálgama vocabular que perturba o atino do leitor, haja prejudicado a diafaneidade do texto.

Concluindo: se a empreita delituosa decorrer de associação a menres ou a inimputáveis, ou se a eles visar, responderá o autor do ilícito com a majorante do inciso III do art. 18 da lei especial.

2.2.2. DA INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA:⁵⁴

Cabe igualmente uma avaliação da mencionada regra de direito objetivo sob o prisma da Lógica geral, encarecendo-se o valor intrínseco e concatenado das palavras, a fim de sublimar eventuais incoerências no plano técnico, e simultaneamente de acordo com a ordem jurídica global, tomada como unidade harmônica e sistemática.

A Ciência do Direito impõe uma concepção particular para o vocábulo "associação", extensiva aos derivativos do mesmo radical (v. g., "associarem-se"), conforme anteriormente exposto. Toda vez que empregado pelo Legislador, envolve um pacto gregário duradouro, não um ajuntamento ocasional de pessoas, pelo que fica desde logo arruinada a tentativa de alargar tal conotação específica, sob qualquer pretexto. Não é procedente a busca de a ele amoldar simples concurso de agentes.

Avultam em nossa legislação incontáveis exemplos que ilustram a preocupação em separar os dois conceitos. No Código Penal, enquanto o art. 288 fala em "associarem-se mais de três pessoas", indicando a estabilidade ou permanência do grupo, os arts. 157, § 2º, II, e 155, § 4º, IV, aludem ao "concurso de duas ou mais pessoas", remontando o intérprete à espécie do art. 29, que cuida de

vínculo efêmero. Na Lei nº 8.072/90 (art. 8º, parágrafo único), as expressões "participante" e "associado" apresentam-se com o mesmo propósito diferenciador. Na Lei nº 9.080/95 (arts. 1º e 2º), é acacia a distinção, porque ela se relaciona a crimes "cometidos em quadrilha ou co-autoria", procurando atingir ambas as hipóteses.

As idéias contidas no verbo "associar" e no substantivo "associação" são congêntas e indissociáveis, merecendo um só sentido autêntico perante a linguagem jurídica e as técnicas hermenêuticas. Não há como se traduzir cada uma delas à luz de objetos diversos; não há território legítimo para a álea que se compraz em antever o critério da estabilidade numa, o da transitoriedade noutra. Deve-se atribuir uma única acepção a ambas, a menos que se pretenda o insuportável sacrifício da boa ciência e o afastamento dos métodos de investigação do fenômeno jurídico, o que levaria à suposição do Direito como uma somatória caótica de proposições.

Em todos os ramos do conhecimento científico os termos utilizados assumem conotação determinada, por vezes cifrada, o que infunde a decodificação por experts da área respectiva. Por obviedade, esta circunstância é tornada paroxística no terreno jurídico, onde as palavras têm força definitiva. Assim, quando a lei opta por exprimir as alocações "associar" e "associação", há que se vergar à exigência do componente da estabilidade ou permanência do grupo. Associação e instantaneidade são marcas que se repudiam no âmbito legal, que jamais rimam na literatura jurídica.

Não é demasiado o apontamento de outra argüição, a meu ver irretorquível.

A cabeça do art. 18 da Lei nº 6.368/76 salienta o aumento das penas dos crimes por ela próprios definidos, em nada excepcionando. Quer com isso significar que os delitos previstos em seus arts. 12, 13 e 14, com maior ênfase, deverão ser apenados com o acréscimo de um terço a dois terços sempre que o agente incidir em qualquer das hipóteses elencadas em seus incisos.

Com isso, fica terminantemente superada a noção que, com acanhamento, tão-somente outorga eficácia ao art. 18, III, 1ª hipótese, quando acoplado ao art. 12 ou ao art. 13 da Lei de Tóxicos. *Ex autoritate legis*, a causa de aumento de pena veiculada pela associação circunstanciada é devida em relação a quaisquer das infrações contidas no texto da Lei nº 6.368/76, inclusive à do art. 14, sem que se incorra em redundância.

Logo, tendo o sujeito se associado a incapazes para o tráfico de drogas, responderá pela infração definida no art. 14 em combinação com o art. 18, III, majorando-se a punição dentro dos limites legais: a combinação mínima será de 4 anos de reclusão. Se, em decorrência da associação com pessoas desta classe, o comércio clandestino vem a se concretizar, ainda que uma só vez, o autor com justiça sofrerá enorme reprimenda, devendo ser condenado como incurso nos arts. 12, 14 e 18, III, todos da Lei de Tóxicos: o mínimo da pena privativa de liberdade aplicável será de 7 anos de reclusão.⁵⁵

III - DO EPÍLOGO

Ao cabo do presente opúsculo, podem-se externar algumas conclusões sintetizadoras das instruções ora lançadas:

*a) ao criar o fenômeno jurídico da **associação**, o Direito Penal se preocupa em lhe fornecer uma conceituação própria e definida; por exigir o ânimo gregário em torno de uma reunião estável, distingue-se do simples concurso de agentes;*

*b) a linguagem jurídica permite que o instituto da **associação**, sem que se corrompa, sirva a vários senhores, já que sua estrutura ímpar adentra na composição de vários delitos: **bando ou quadrilha** (art. 288 do CP), **associação para tráfico** (art. 14 da Lei nº 6.368/76), **associação circunstanciada** (art. 18, III, da Lei nº 6.368/76) e **associação hedionda** (art. 8º da lei nº 8.072/90);*

c) *acha-se em vigor o preceito mandamental inscrito no art. 14 da Lei de Tóxicos;*

d) *à semelhança do delito de bando ou quadrilha, o crime de **associação para tráfico** é de perigo abstrato, de concurso necessário, permanente e simples, com as seguintes ressalvas: perfaz-se com o agrupamento prolongado de no mínimo duas pessoas; não exige pluralidade de crimes visados; e só pode ter em vista o cometimento das infrações previstas no art. 12 ou no art. 13;*

e) *o crime de **associação circunstanciada** não é instantâneo nem se prende à realização concreta dos demais delitos de tóxicos; na verdade, impõe a exasperação da pena toda vez que qualquer daquelas infrações resultar de associação a hipossuficientes ou a estes visar;*

f) *o crime de **associação hedionda** teve apenas dois reflexos: elevou a pena do crime de bando ou quadrilha, se ocorridas na hipóteses que prevê; e mitigou o máximo da pena abstratamente cominada pelo art. 14 da Lei Antitóxicos; e*

g) *caso o agente pratique a somatória dos crimes de entorpecentes analisados, responderá por todos com autonomia, devendo ser sancionado mediante a acumulação material das punições.*

NOTAS

(1) v. *Direito Penal*. Ed. Saraiva (S. Paulo), 7ª ed., 1975, v. IV, p. 112-113.

(2) Cf. Aurélio Buarque de MOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário Aurélio da língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira (Rio de Janeiro), 2ª ed., s/d, verbete "associar", p. 186.

(3) v. RT 296:114, 398:109, 417:268, 443:506, 457:418, 463:410, 464:410, 493:322, 511:400, 514:354, 521:425, 538:389, 583:350, 567:348, 570:352, 580:328, 588:323, 615:272, 697:346, 705:353, *JUTACRIM* 34:437, *RJTJSP* 19:153, 57:371, 116:473, *RTFR* 143:253, *RF* 247:327.

(4) v. *RT* 460:386.

(5) v. *TJRJ* 11:342, e *RJTJSP* 68:380.

- (6) v. *Direito Penal*. Ed. Saraiva (S. Paulo), 5ª ed., 1988, v. III. p. 396.
- (7) v. RT 607:282, JUTACRIM 40:95, RJTJEP 18:405, 22:254, RTJ 68:468, 116:514, e TJRJ 11:342.
- (8) v. RF 299:269.
- (9) v. RT 440:395, 581:287, e JUTACRIM 21:98, 23:28.
- (10) v. TJRJ 11:342, e RJTJSP 12:310.
- (11) v. RT 443:506, 459:357, 475:356, 529:317, 544:349, 555:415, 556:318, 651:321, RJTJSP 59:404, TJRJ 8:262, e RF 204:315.
- (12) V. RT 125:575, 611:383, 691:313, JUTACRIM 19:39, RJTJSP 138:495, e TJRJ 11:342.
- (13) V. *Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos*, Ed. Rio, 1978, p. 87. A explicação não foi suficiente para que Paulo José da Costa Júnior e Heleno Cláudio Fragoso disfarçassem sua cisma relativa à inovação, ao criticarem sobre a anomalia em se prescindir do plano de reiteração de delitos para a concretização do typus (cf. Alberto Silva Franco et alii, *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. Ed. Revista dos Tribunais (S. Paulo), 1995, p. 735).
- (14) **Na doutrina**, Jorge MEDEIROS DA SILVA, *A Nova Lei de Tóxicos Explicada*, Ed. Legis Summa (S. Joaquim da Barra), 1977, p. 41. **Na jurisprudência**, RJTJSP 121:325.
- (15) Cf. Alípio SILVEIRA, *Hermenêutica Jurídica*, Ed. Brasiliense (S. Paulo), 1985, v. I, p. 223.
- (16) **Na doutrina**: Vicente GRECO Filho, *Tóxicos*, Ed. Saraiva (S. Paulo), 3ª ed., 1993, p. 94. **Na jurisprudência**, RT 509:410, 548:336, 556:378, 862:383, 572:363, 587:298, 559:322, 663:327, 719:400, JUTACRIM 54:351, 60:297, RF 320:237, e RJTJSP 86:391, 88:396, 95:455, 106:442, 127:290, 134:456.
- (17) **Na doutrina**, Geraldo GOMES, "Tóxicos - Crime Autônomo de Associação", RT 516:247-252. **Na jurisprudência**: RT 527:369, JUTACRIM 49:313, 55:159, 56:212, 57:280, e RJTJSP 79:417.
- (18) Cf. Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense (Rio de Janeiro), 7ª ed., 1979, p. 110.
- (19) Cf. art. 5º, II, da CF.
- (20) v. RT 549:289, 614:272, 616:293, 634:277, 650:338, 650:338, 694:401, RTJ 129:1.215, 142:701, RTFR 153:429, e RJTJSP 69:348, 64:376, 93:400, 104:462, 105:444, 115:241.
- (21) Cf. art. 5º, XLIII, da CF.
- (22) v. *Crimes Mediondos*, Ed. RT (S. Paulo), 1991, p. 149.
- (23) v. op. cit., p. 108.
- (24) v. "Anotações à Lei 8.072/90 (Crimes Mediondos)", *Fascículos de Ciências Penais*, Ed. Sérgio Fabris, 1990, nº 4, p. 14.
- (25) v. "Crimes Mediondos: Aplicação e Imperfeições da Lei", RT 663:272.
- (26) V. RT 694:401 e 716:417.
- (27) V. art. 2º, § 1º, da LICC. Tanto a **revogação total** do texto - ab-rogação - como a **parcial** - derrogação - podem ser apreciadas diante da explicitude do enunciado inovador - revogação expressa (primeira hipótese) - ou de sua implicitude - revogação tácita (dois últimos casos). "A derrogação, por sua vez, pode limitar-se a tornar sem

efeito uma parte da lei (revogação pura e simples) ou substituí-la por outro texto (chama-se então 'modificação' ou 'reforma' da lei)." (cf. André FRANCO MONTORO, *Introdução à Ciência do Direito*, Ed. Revista dos Tribunais (S. Paulo), 20ª ed., 1991, p. 391).

(28) É que, neste caso, a lei nova não influirá sobre a anterior, ex vi do art. 2º, § 2º, da LICC.

(29) Cf. Alípio SILVEIRA, op. cit., v. I, p. 108.

(30) V. op. cit., p. 356.

(31) v. op. cit., p. 358.

(32) Cf. Carlos MAXIMILIANO, op. cit., p. 139.

(33) Cf. Maria Helena DINIZ, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Ed. Saraiva (S. Paulo), 5ª ed., 1993, p. 432 (destaquei). "Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular." (Ibid., p. 430).

(34) Cf. Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 378.

(35) Cf. Clóvis BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Departamento de Imprensa Nacional (Rio de Janeiro), 4ª ed., 1972, p. 45.

(36) V. RT 556:378, 613:354, 650338, RF 288:334, RDTJRJ 6:294, RTJ 129:212, e RTJE 68:221.

(37) "São delitos formais aqueles que, não obstante reclame a lei que a vontade do agente se dirija à produção de um resultado que constituiria uma lesão do bem, não exigem para a consumação que esse resultado se verifique." (cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, Ed. Saraiva (S. Paulo), 10ª ed., 1985, v. I, p. 169).

(38) Cf. Heleno Cláudio FRAGOSO, "Comentários Adicionais", *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense (Rio de Janeiro), 5ª ed., 1978, v. I, t. II, p. 548-549.

(39) "São delitos materiais aqueles que para a consumação a lei reclama a verificação do resultado querido pelo agente, que consiste na lesão de fato do bem." (cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, op. cit., v. I, p. 169).

(40) V. RT 570:386, JSTF 129:286, RDTJRJ 11:348, RTJE 106:286, RJTJRS 106:113, 131:186, e RTFR 106:220, 113:201, 143:243, 146:285, 146:449.

(41) V. RT 571:324, 645:280, 683:284, 672:303, e RJTJSP 76:346, 120:519, 121:325, 123:497, 126:473.

(42) "Interpretação gramatical ou filológica é a que toma por base o significado das palavras da lei e sua função gramatical." (cf. André FRANCO MONTORO, op. cit., p. 373).

(43) Cf. Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva (S. paulo), 6ª ed., 1979, p. 275. "Portanto, o primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender a linguagem empregada." (cf. Carlos MAXIMILIANO, op. cit., p. 106-107).

(44) cf. Hildebrando Afonso de ANDRÉ, *Gramática Ilustrada*. Ed. Moderna Ltda. (S. Paulo), 2ª ed., 1978, p. 230.

(45) Pode-se notar nos exemplos fornecidos a variação de natureza de alternatividade manifestada pela conjunção. "Terminar" e "continuar" possuem sentidos que se repelem, e aí o "ou" produz eficácia excludente; "terminar" e "colorir" são palavras que

indicam ações diferentes, mas não incompatíveis, e aí a conjuntiva produz mera eficácia distintiva.

(46) É verdade que os nossos gramaticólogos perseveraram em definir o princípio da coordenação como recurso capaz de imantar orações entre si independentes. Esta independência é apenas quanto ao relacionamento sintático; quanto à *ratio*, todavia, as orações coordenadas estão invariavelmente intercaladas e vinculadas ao sentido geral do período.

(47) Cf. Napoleão MENDES DE ALMEIDA, *Gramática Metódica da Língua Portuguesa*, Ed. Saraiva (S. Paulo), 27ª ed., 1978, § 172, p. 86.

(48) Cf. Napoleão MENDES de ALMEIDA, op. cit., § 678, p. 423.

(49) Sobre o assunto, v. os excelentes trabalhos de Rui BARBOSA (Réplica, reedição do Conselho da OAB/RJ e da Fundação Casa de Rui Barbosa (Rio de Janeiro), 1980, v. II, 2ª parte, seção I, § 99, p. 194-215) e Edmundo Dantés NASCIMENTO ("A propósito de uma vírgula", *Revista da Ordem dos Advogados*, 1963, v. XXVI, nº 164, p. 93-100).

(50) Cf. Edmundo Dantés NASCIMENTO, *Linguagem Forense*, Ed. Saraiva (S. Paulo), 3ª ed., 1978, p. 45.

(51) Cf. Celso Ferreira da CUNHA, *Gramática da Língua Portuguesa*, Fundação Nacional de Material Escolar (Rio de Janeiro), 3ª ed., 1976, p. 598.

(52) É o estilo gráfico de RUI, que, ao flanquear entre vírgulas o verbo precedido da alternativa, realça-o, sem que provoque desagregação entre o termo essencial a ele anterior e os demais integrantes da oração.

(53) V. RT 572:324.

(54) "Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores lingüísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática." (cf. Miguel REALE, op. cit., p. 275).

(55) Esclareça-se (levando-se sempre em conta o patamar básico), inicialmente, o agente seria sentenciado à pena de 3 anos de reclusão, pelo tráfico (art. 12), e outro tanto, pela associação para o tráfico (art. 14). Alcançando-se o subtotal de 6 anos (art. 69 do CP); em seguida, tendo em vista a associação com incapazes (art. 18, III), acrescer-se-ia apenas 1 ano de reclusão, já que, para evitar-se o bis in idem, só é aconselhável o montante de aumento de pena (1/3) sobre um dos delitos (art. 68, parágrafo único, do CP). Enfim, chegar-se-ia ao total de 7 anos de reclusão.

DA COGNIÇÃO NO PROCESSO CAUTELAR

Carlos José CORDEIRO*

1- INTRODUÇÃO

O valor próprio do Direito é a Justiça, sendo esta a expressão de todos os valores de convivência da pessoa humana. Assim, o acesso à Justiça torna-se o objeto de transcendência do cidadão e, conseqüentemente, pressuposto de legitimidade de toda ordem jurídica. Desse modo, a efetividade das instituições de direito tem um compromisso com os interesses dos seus tutelados, de forma que a engrenagem da justiça não seja meramente um símbolo tradicional e imóvel de confiança e atuação do poder do Estado.

A visão democrática estatal tem garantido, constitucionalmente a todos igual acesso à justiça, assegurando, nesse desígnio, uma igual possibilidade de tutela jurisdicional, o que supõe o afastamento da concepção simplesmente formal da aplicação do direito. Logo, a garantia do acesso à justiça, segundo Mauro Cappelletti, "... não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ela é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica". (1988, p.13).

(*) Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG) e Mestrando da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Diante disso, revela-se que o que mais repercute para a crise da efetividade dos processos é o elemento temporal, ou seja, a morosidade, que acaba por atingir os núcleos dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional, negando-se, por vezes, o direito a um procedimento adequado à realidade do direito material, promovendo, destarte, a descrença na jurisdição. Sob esse prisma, observa o prof. Donaldo Armelin que "é no tempo que se mede a eficácia da tutela jurisdicional satisfativa vista pela ótica de sua própria atuação." (23/115)

Deveras, de nada vale existir um enorme instrumental de direitos consagrados constitucionalmente, se estes são deixados de lado, uma vez que os meios disponíveis, pela falta de celeridade, amiúde tornam-se ineficazes, quando recorre o cidadão a tutela jurisdicional.

Com efeito, lembra o citado prof. que "a efetividade do processo está umbilicalmente vinculada à sua rapidez e celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz. A morosidade nesta prestação sempre foi uma questão de desafiar a argúcia dos cientistas do processo e dos legisladores." (31/172)

Por sua vez, os processos de natureza satisfativa, tidos como processos principais (conhecimento e execução), pelos seus objetivos comuns e naturais corporificados pela certeza, necessitam, imperiosamente, da observância de um padrão mínimo de segurança, notadamente com o postulado do contraditório, o que impede a simplificação de seus procedimentos, a fim de não macular o princípio constitucional da ampla defesa. Daí perceber-se que o processo principal não pode ter imediata solução, em razão da exaustividade que tende dar à pretensão, pois que se privilegia a certeza da tutela em detrimento da celeridade de sua prestação.

Deve-se dizer que pelo decurso natural do tempo em resolver a lide do processo principal, podem surgir situações que exijam um desenrolar com rapidez, sob pena de perder a pretensão sua própria razão de ser e, diante disso, surge a tutela cautelar, para que os fins do processo não fiquem comprometidos ou frustrados.

Assim, força comentar que, uma vez posta em risco a tutela jurídica que se persegue com o processo, configurando-se uma situação de ameaça ou lesão grave e de difícil reparação (dano irreparável), aí caberá à processo cautelar, instrumentalmente conexo àquele com vista a assegurar a eficácia da futura tutela (provável ou possível) satisfativa.

Portanto, o processo cautelar destina-se a atender uma situação urgente e provisória, a fim de que a sentença de mérito do processo principal não caia no vazio quando chegar a ser proferida. Nesse sentido, no processo cautelar, conforme Calamandrei, "se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento." (1936, p. 45)

A efetividade da jurisdição, perseguida pelo processo cautelar, independe da procedência ou não do pedido aviado no processo principal, pois o que se persegue na tutela cautelar não se reflete no direito material retratado na demanda principal, uma vez que sua potencialidade traduz a proteção da operacionalidade integral da jurisdição. Vê-se, por conseguinte, que o processo cautelar possui uma finalidade bem definida, com vistas a garantir, além do resultado do processo, a própria existência, em sua complexidade. Sendo assim, interessa, para este estudo, um visão geral sobre as espécies de cognição e as características do processo cautelar.

2 - ESPÉCIES DE COGNIÇÃO

2.1- NOÇÕES GERAIS

Modernamente, deve-se ressaltar a relevância da cognição, uma vez que, como técnica processual para a concepção de diferentes tipos de procedimento, atequa a globalidade do ordenamento jurídico

à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão tutelada. Lembra o prof. Kazuo Watanabe que "a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar, e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do "judicium", do julgamento do objeto litigioso do processo". (1987, p. 41)

A cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do procedimento, destinado a preparar o ato final (decisório), o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito, que se tornam o fundamento do "judicium", repercutindo, de conseguinte, na percepção e justificação lógica que é o julgamento do objeto litigioso do processo. Dessa forma, nota-se que o juiz, para fazer vingar os preceitos constitucionais, bem como instrumentalizar o processo, deve adotar diferentes tipos de cognição, respeitando o direito à adequada tutela jurisdicional, que nada mais é do que a incorporação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma vez que deve existir, necessariamente, congruência entre o tipo de cognição e o tipo de tutela prestanda.

Embora o Estado-Juiz não esteja obrigado a decidir em favor do autor, deverá, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe for trazido pelo particular. Portanto, a cognição por parte dos cultores do processo e dos aplicadores da norma deve estar voltada para a consciência do direito, não significando, com isso, que devam aqueles, em sua exegese, fugir do conjunto normativo oficial, mas sim, que estejam próximos da crítica, da experiência e da inteligência, da ética e da dialética, da liberdade e da sensibilidade, aumentando os espaços libertários e democráticos do direito praticado na sociedade.

Nesse desiderato, para uma efetiva tutela do direito através do processo, devem-se condensar os esforços dos magistrados para que conheçam as razões de ambas as partes, pois, conforme disserta Kazuo Watanabe, "se de um lado há exigências próprias do direito

material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento (...), como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, a intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos." (1987, p.19)

Vê-se, assim, a importância da cognição para a funcionalidade do processo, e, via de consequência, oportuno se faz apresentar, mesmo que sucintamente, as suas espécies, dentro da relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Por conseguinte, baseando-se na classificação apresentada pelos profs. Luiz Guilherme Marinoni (1992, p. 21-27) e Kazuo Watanabe (1987, p. 83-94), concebe-se que a cognição pode referir-se a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz, e sob este ângulo pode ser plena ou parcial; e vertical, que permite ao magistrado atingir em profundidade a cognição acerca da afirmação dos fatos; e nesta perspectiva pode ser ou exauriente ou sumária ou superficial. Dessa forma, tem-se:

2.2 - COGNIÇÃO PLENA

A cognição plena diz respeito à amplitude do conhecimento do juiz no plano horizontal. Assim, a cognição do magistrado atinge toda a extensão fática do conflito de interesses. Não importa a possibilidade de cognição exauriente do objeto cognoscível que ocorrer, ou não, nos processos com cognição plena.

A cognição plena exauriente é característica do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumário, bem como do processo especial de pequenas causas, aptos, portanto, à formação da coisa julgada material. Ressalte-se, também, a cognição plena exauriente "*secundum eventum probationis*", como, v.g., o processo de mandado de segurança, onde a prova deve ser pré-constituída, devidamente anexada à petição inicial, sendo que a cognição do magistrado dar-se-á no confronto da prova documental com o afirmado na peça exordial. Assim, conforme informa Theotonio Negrão (1987, p. 617), apreciado

o mérito e denegada a segurança, a sentença fará coisa julgada material, impedindo a propositura de ação ordinária, para reapreciação da controvérsia.

2.3 - COGNIÇÃO PARCIAL

A cognição parcial impede que o juiz, no plano horizontal, em determinadas hipóteses, atinja toda a extensão fática no conflito de interesses. Há uma limitação no tocante à cognição voltada ao objeto cognoscível.

As limitações quanto à amplitude, segundo o prof. Kazuo Watanabe, "decorrem de leis processuais e são impostas em função de um determinado objeto litigioso. Outras podem resultar de leis de natureza material (...) e podem dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude da defesa" (1987, p. 87)

São exemplos do procedimento de cognição parcial e exauriente o processo de conversão de separação judicial em divórcio; as ações possessórias, os embargos do executado.

2.4 - COGNIÇÃO EXAURIENTE

Na cognição exauriente, não existe limitação da atividade do magistrado no sentido vertical, sendo típica nos processos que visam à solução definitiva das lides apresentadas ao judiciário, de maneira que a lide objeto da cognição não será mais objeto da investigação em outro processo.

Em razão da autoridade da coisa julgada material, assevera Victor Fairem Guillém que o "juicio declarativo plenário ordinário, se base en el deseo, en el anhelo de acabar definitivamente con el litigio, de manera que la satisfacción sea alcanzada de modo pleno por una u otra parte, y que se haga imposible un nuevo proceso como consecuencia de la nota de estabilidad y permanencia de aquella, protegida por la cosa juzgada material". (1969, p. 825)

A cognição exauriente é característica do processo de conhecimento. Destarte, revela-se que a execução possui, como

anota Kazuo Watanabe, "o processo de cognição rarefeita"(1987, p. 86), posto que o direito afirmado pelo exequente só será satisfeito, se e na medida que coincidir com a vontade do direito do caso concreto. Assim o juiz será chamado a proferir juízos de valor.

2.5 - COGNIÇÃO SUMÁRIA

A cognição sumária é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical, onde o juiz terá em mira não o fato, mas a afirmação do fato e sua prova. É a cognição própria das situações de aparência (juízos de probabilidade). Esse tipo de cognição não determina a solução definitiva da lide, o que, de conseguinte, não induz coisa julgada material, posto não permitir o aprofundamento no objeto litigioso.

Pontifica Victor Fairem Guillén: é nesse sentido que se faz necessário um outro veículo, "para que las partes puedan atacar y defenderse con toda a holgura que crean nenester: esto es, se arbitra, tras el sumario, la posibilidad de que una de las que en él fueron partes, de pretender en un juicio plenario, del tipo más extenso; desbordado así el primitivo cauce, la estabilidad de la satisfacción conseguida en el juicio sumario, queda también desbordada, y pueda resultar ahogada por una sentencia más amplia, superior, dictada en este juicio plenario."(1969, p. 827)

A cognição sumária, pois, conduz sempre a um juízo de probabilidade que se dá em confronto com as provas compatíveis com uma dada situação; ocorrendo, v. g., nas ações em que a cognição é sumarizada pela redução de provas permitidas, posto que as situações de urgência (perigo) não permitem uma cognição exauriente do objeto cognoscível. Assim, tem-se como exemplos a tutela cautelar e a tutela sumária antecipatória.

2.6 - COGNIÇÃO SUPERFICIAL

Trata-se a cognição superficial da modalidade própria do juízo de verossimilhança, o qual anterioriza o procedimento probatório.

Dessa forma, a cognição do magistrado não recairá sobre as provas produzidas em confronto com a afirmação do fato, mas sobre a afirmação do fato.

A cognição superficial é típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária, ou conforme estabelece Betina Rizzato Lara: "nas liminares por sua vez, o que ocorre é a existência de uma probabilidade mínina (verossímil) em função de uma superficialidade máxima" (1993, p. 28)

Vale dizer, que a superficialidade não se aplica às liminares do mandado de segurança, uma vez que a cognição não se baseia na verossimilhança, mas no juízo de probabilidade, ou seja, que o fato afirmado e provado não será demonstrado em contrário.

3 - CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR

3.1- NOÇÕES GERAIS

As novas tendências do processo voltam-se prioritariamente para a socialização, participação e instrumentalização, o que causa reflexos nas atividades do jurista e do próprio legislador. Onde a preocupação hodierna no meandro jurídico em imprimir ao desenvolvimento do processo uma maior participação intelectual do magistrado nos desígnios apresentados "sub judice"; a fim de uma real e efetiva prestação jurisdicional, resultante da obediência ao "due process of law", princípio catalizador da garantia das liberdades.

Diante de tais fatos, no sistema processual civil, rumo ao seu instrumentalismo substancial e à efetividade de sua aplicação, sobreleva a figura do Processo Cautelar, bem como a importância da espécie de cognição nele exercida, corroborando o desenvolvimento da solução dos conflitos de interesse, assegurando, destarte, a idoneidade jurisdicional.

Em assim sendo, tem-se que o processo cautelar surge como remédio preventivo e provisório, como um "tertium genus" entre a cognição plena e a execução forçada, para precaver o interesse da parte do risco a que se acha exposto, de sofrer danos antes que se possa atingir a finalização do litígio.

Porém, a crise da efetividade dos processos de escopo satisfativo, principalmente pela morosidade em dar uma solução ao caso apresentado à tutela jurisdicional, acaba por comprometer os fins idealizadores do processo, mencionados por Chiovenda, de "dar a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter". (1957, p.126)

Ressalte-se que a morosidade dos processos satisfativos acaba por desacreditar o próprio judiciário (Estado) e motiva as justiças privadas, implicando em verdadeira delegação de justiça, haja vista que não basta um sistema jurídico que proclame direitos a todos, necessita se, também, que estes direitos possam ser exercidos, de forma definitiva, com plena capacidade de gozo, mesmo estando sob o pálio da dúvida ou da discussão judicial.

Por conseguinte, na "praxis"forense, o processo cautelar sofre as conseqüências da diminuição do poder de gozo do titular do direito subjetivo, chegando-se á distorção de seu uso. Disserta o prof. Donaldo Armelin que "essa distorção pode ser detectada de várias formas: a) pela exagerada extensão que se tem dado a esse tipo de tutela, que acaba por suprimir a tutela jurisdicional satisfativa, deixando, pois, de ser cautelar para assumir outra função que a desnatura; b) paradoxalmente, pela perda de sua autonomia, transformando-se em medida meramente antecipatória executiva do processo satisfativo; c) pela sua concessão indiscriminada, sem a presença de seus fundamentos específicos e, finalmente, d) como corolário desta última circunstância, pela facilidade com que se admitem contra-cauteladas insubsistentes". (23/129)

A respeito desses pontos não haverá possibilidade para o seu estudo, pois não é a perspectiva deste trabalho. Outrossim, cabe

consignar que o objeto da tutela cautelar é a prevenção, posto que aquela serve à jurisdição, de modo que os processos de conhecimento, execução e o próprio cautelar podem ser objetos da tutela cautelar. Esta, por sua vez, para cumprir seu desiderato, deve representar, precipuamente, o papel de asseguradora da eficácia da prestação jurisdicional satisfativa e manter o equilíbrio das partes no processo, devendo, portanto, ser dotada de meio e próprios para garantir a plenitude de seus efeitos, o que, conseqüentemente, influirá na amenização da crise do processo comum.

Dessa forma, cumpre apresentar as características do processo cautelar, como forma de exprimir o tipo de cognição aplicada neste tipo de tutela, a fim de demonstrar que o processo jurisdicional emerge controlando as disparidades de posições no processo, harmonizando a desigualdade de suas formas e forças.

3.2 - INSTRUMENTALIDADE

O processo cautelar, seja antecedente ou incidente, é o processo a serviço do processo, e não processo a serviço do direito material, uma vez que a pretensão cautelar sempre estará ligada ao direito acautelando, pois o bem da vida que se visa resguardar é de natureza processual, vinculado à satisfação de um direito material, mas dele distinto e com ele não se identificando.

Nesse raciocínio, o prof. J. J. Calmon de Passos afirma que no processo cautelar "o que se previne e resguarda, (...) não é o bem da vida a ser atribuído a alguém, segundo o direito material, mas a própria tutela jurisdicional, posta sob o risco ou perigo de se frustrar em sua efetividade ou em seu alcance". (1984, p. 45)

Destarte, o fim imediato do processo cautelar é preservar certa situação, garantindo-se, conseqüentemente, o bom resultado de um processo principal, sendo que neste se discute o direito substancial das partes, enquanto naquele se busca o resultado útil da sentença a ser proferida no processo satisfativo, resguardando a atividade jurisdicional do Estado.

3.3 - AUTONOMIA

A tutela cautelar é processualmente autônoma e materialmente vinculada, haja vista que depende da questão de direito contida no processo principal.

Porém, instrumentalmente vinculada ao processo principal tem sua autonomia, posto que os seus elementos constitutivos são próprios e distintos da ação principal, bem como diversificada a sua função diante das demais atividades jurisdicionais.

Assim, ao lado dos processos de conhecimento e de execução, tem-se o processo cautelar como um terceiro gênero, com metas, princípios, objeto e procedimento próprios. Nesse caminho, o prof. Humberto Theodoro Júnior assevera que "a autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencida na ação principal, ou vice-versa". (1978, p. 70)

3.4 - PROVISORIEDADE

A provisoriedade, no processo cautelar, quer significar que a situação de perigo é o motivo instaurador do mesmo e, interrompida tal ameaça, esta medida perde a sua razão de ser. Lembra-se, porém, que a potencialidade do dano somente tem relevo em face da ocorrência de um processo principal, imediata ou, mesmo futuramente.

Portanto, provisoriedade deve ser entendida como indicador da auxiliabilidade na cautelar à lide principal, de forma que, não tendo o processo cautelar natureza satisfativa, nunca se tornará definitivo. Destarte, revela-se que, se a medida cautelar é provisória, nem toda medida provisória é cautelar, como ocorre nas liminares concedidas nos mandados de segurança, ações possessórias, ações civis públicas, etc., posto que constituem antecipação do provimento principal a ser proferido.

Como bem diz o Prof. Liebman, "i provvedimenti cautelari sono sempre destinati a durare per un tempo limitato. Infatti quando il

processo principale giunge a conclusione, viene meno il problema stesso per cui furono concesso: o il diritto è stato riconosciuto esistente, e potrà ricevere piena soddisfazione; oppure è stato dichiarato inesistente e la misura cautelare dovrà essere revocata". (1957, p. 93) Há, na tutela cautelar, a busca de um provimento tendente a evitar que a solução da lide do processo principal corra em vão, sendo que aquele desaparecerá com a decretação do provimento principal ou definitivo.

3.5 - REVOGABILIDADE

No processo cautelar a sua medida não protege direito material, logo inexistente decisão de mérito, no sentido de lide de direito substancial. Assim a revogabilidade da cautelaridade conferida, em regra, dar-se-á a qualquer tempo. Portanto, desaparecida a prejudicial mutação ensejadora do processo cautelar, ausenta-se, também, o móvel do mesmo.

Nesse sentido, disserta Sérgio Seiji Shimura que "no processo cautelar, pela urgência, pela "summaria cognitio", pelo perigo na demora, pela autonomia frente ao processo principal, a medida cautelar pode ser modificada a qualquer momento, sendo-lhe inerente a natureza "sic rebus stantibus". Significa que a permanência de seus efeitos fica subordinada à continuação do estado de coisas que a ensejou." (1993, p. 29)

3.6 - REFERIBILIDADE

A referibilidade é outra característica do processo cautelar, sendo que aquela significa estar a tutela cautelar reportada a uma tutela de natureza satisfativa, assim, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni, "o direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade. É que inexistindo referibilidade, nenhum direito é acautelado, e, portanto, nenhuma prestação de segurança". (1992, p. 79)

A referibilidade da tutela cautelar é indeclinável, pois este tipo de tutela destina-se apenas a assegurar uma pretensão, que jamais poderá ser satisfeita através da tutela de simples segurança. Assim, se inexistir direito referível (direito declinável - processo principal), haverá apenas tutela satisfativa.

3.7 - FUNGIBILIDADE

A fungibilidade que é peculiar ao processo cautelar não é aquela da forma de fundamento, v.g., fungibilidade dos recursos, mas a fungibilidade da forma da prestação da tutela reclamada, ou seja, o juiz pode conceder uma medida cautelar diferente da pleiteada, adequando os fundamentos expostos na petição inicial com os propósitos da tutela cautelar, isto para dar maior operatividade e alcance à tutela jurisdicional prestada.

Confirma ainda o Prof. Donaldo Armelin que "o juiz não está dastrito rigorosamente ao pedido da parte porque não se cuida de direito material tutelável engastado no patrimônio do requerente. Ao revés, trata-se de garantir a eficácia de instrumento de prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, pois, desta, ou de manter o equilíbrio entre os litigantes, de sorte que a qualidade de tal prestação não possa ser prejudicada pela falta de equilíbrio." (23/123)

Essa fungibilidade é admitida na mesma necessidade do pedido, ou seja, como diz o aforismo jurídico "necessitas non habet legem". Assim, no processo cautelar, deve o órgão jurisdicional garantir a mais perfeita adequação aos fatos trazidos à juízo, na oportunidade e necessidade em que são requeridos.

3.8 - "PERICULUM IN MORA"

O "periculum in mora", para o processo cautelar, resulta de um risco que corre o processo principal de não ser útil e eficaz. Ou ainda, num dano que sofrerá a parte, em face de uma mutação, dificultando-se, com isso, a regular atuação jurisdicional.

Nessa ordem de idéias, Sérgio Seiji Shimura afirma que "se houver probabilidade de que a demora inevitável no ajuizamento da ação principal, ou no seu processamento e julgamento, venha a causar prejuízo ao autor da ação cautelar, terá ele preenchido o requisito do "periculum in mora"." (1993, p. 35). O receio de dano há que ser fundado, não em uma prova de certeza (prova do perigo), mas na plausibilidade do mesmo (justificação).

Ressalta-se que só haverá "periculum in mora" se configurado o "fumus boni iuris", numa invencível interdependência, posto que aquele será analisado objetivamente, pelos fatos justificadores resultantes da plausibilidade do dano ao bem da vida que se encontra questionado. Dessa forma, o juiz deverá afirmar seu convencimento baseado num exame superficial do direito à cautela, e não num juízo de certeza deste, a fim de viabilizar uma rápida e sumária prestação jurisdicional.

3.9 - "FUMUS BONI IURIS"

O "fumus boni iuris" resulta da busca de um fato que pertina, não a um provável direito subjetivo material, mas ineficácia do processo principal, retirando-lhe a proficuidade de resultados. Disso, nota-se que no processo cautelar, o direito acautelado não deve ser tratado como efetivamente existente, mas sim que tenha probabilidade de realmente existir.

Nesse engate, enfatiza Sérgio Shimura que o "fumus boni iuris" consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. A existência do direito acautelado é aferida no processo cautelar somente em termos de probabilidade e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo (summaria cognitio)." (1993, p. 36) Logicamente, havendo a plausibilidade das razões aduzidas no processo cautelar, o ordenamento jurídico autoriza o magistrado a determinar, impor, ordenar, autorizar ou vedar a prática de determinar atos, a fim de que evitem danos á parte requerente.

3.10 - COISA JULGADA

Dada a sumariedade de cognição existente no processo cautelar, que se firma não no fato mas na afirmação do fato e sua prova, possivelmente não diporá o juiz de elementos para dizer se o direito enunciado pela parte existe, daí simplesmente poder declarar que parece existir o direito (uma aparência), o que não permite entrever definitude no provimento proferido.

Nesse entendimento, observe-se o comentário de Ovídio Baptista da Silva, onde expõe que "o juiz ao decidir a causa, limita-se a afirmar a simples plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular, e a existência de uma situação de fato de perigo. Ora, como se sabe, o juízo sobre fatos jamais adquire o selo da indiscutibilidade, pois sobre elas não se estende a coisa julgada.." (1986, p. 208). Assim, no processo cautelar, não há coisa julgada material, pois que do acalamento ou não de seu pedido, não há um juízo que se estende à totalidade da lide, alcançando o direito subjetivo material questionável.

Há, sim, no processo cautelar, a corporificação do princípio do "non bis in idem", ou seja, as sentenças que declararem a ineficácia da medida cautelar ou negarem a sua procedência, importarão em proibir a renovação do pedido com idêntico fundamento. Assim, a parte interessada só poderá fomentar pedido com novo fundamento, ainda que contemporâneo ao anterior, sob pena de repetição de pretensões, o que desgastaria os postulados da economia da máquina judiciária.

3.11- SUMARIEDADE DE RITO E DE COGNIÇÃO

No processo cautelar, por tratar-se de uma espécie de tutela de urgência, para atingir a efetividade a que se destina, necessária é a comunhão entre a sumariedade formal (procedimento) e sumariedade material (cognição), compatibilizando aceleração do procedimento com cognição sumária.

Dessa maneira, Luiz Guilherme Marinoni diz que " ... enquanto no processo formalmente sumário pode ser exauriente, no

processo materialmente sumário a cognição é, necessariamente, menos aprofundada no sentido vertical. Somente esta espécie de cognição permite a efetividade da tutela cautelar, bem como a tutela sumária antecipatória" (1992, p. 61) Por esse raciocínio, percebe-se que no processo cautelar, em razão de sua função assecuratória, a sua forma e seu conteúdo são abreviados, pelo fato da probabilidade da situação de perigo poder neutralizar o provimento satisfativo a ser proferido; daí privilegia-se a celeridade, distanciando-se da segurança (certeza).

4 - DA COGNIÇÃO NO PROCESSO CAUTELAR

O processo cautelar, por pressupor a urgência, não se coaduna com uma cognição exauriente, pelo simples fato de que este tipo de cognição acarretaria a demora que ele, justamente, pretende atenuar. Por isso, no processo cautelar, a cognição a ser efetivada pelo magistrado será a sumária, ou seja, um exame superficial próprio à especificidade da pretensão alinhada.

Em razão da superficialidade dessa cognição, busca se, conforme esclarece Calamandrei, "un giudizio di probabilità e di verosimiglianza" (1936, p. 63); de tal sorte que o juiz (sujeito cognoscente) irá proceder à análise e valoração das alegações produzidas pela parte (objeto cognoscível), através da afirmação do fato e sua prova e pela afirmação do fato, respectivamente. Isto porque, enquanto no juízo de probabilidade encontra-se a cognição sumária típica-técnica utilizada no processo cautelar, tem-se no juízo de verossimilhança a cognição superficial, encontrada, em regra, nas medidas liminares.

Assim, percebe-se que a superficialidade da cognição sumária possui graus de probabilidade, tendo estes sido estudados por Malatesta, que apresenta os seguintes resultados: "relativamente a determinado objeto, é possível uma mínima probabilidade que

denomina verossímil, uma probabilidade média, que chama de provável e a probabilidade máxima, que seria o probabilíssimo." (1960, p. 68)

Por esta classificação, portanto, podem enquadrar-se as liminares como probabilidade mínima (verossímil), em razão da superficialidade máxima - afirmação do fato - ; as ações cautelares como probabilidade média (provável), em função da afirmação do fato e da produção de algumas provas; e, por último, a máxima probabilidade (probabilíssimo) que, por sua vez, entende-se não configurar cognição sumária, pois para aquela se efetivar é preciso um aprofundamento no exame do bem questionado, o que não condiz com o caráter de urgência das tutelas sumárias.

De conseguinte, somente a sumariedade de cognição no processo cautelar não é suficiente para atingir a sua efetividade, conquanto necessita aquele, também, da sumariedade de rito, o que marcará o ritmo da atuação do juiz. Deve, pois, o procedimento ser simplificado, para que nele se desenvolva a atividade cognitiva do magistrado, mesmo sem o esgotamento da atividade jurisdicional. Comenta Betina Rizzato Lara, que "na cognição sumária existe uma redução de provas em relação àqueles processos de cognição exauriente, pois se assim não fosse não haveria como ser sumária a sua cognição." (1993, p. 28)

No processo cautelar, havendo um juízo de probabilidade frente aos fatos apresentados, a tutela sumária deverá ser prestada, o que não causará prejuízo à cognição vertical e horizontal (satisfativa) e mesmo violação ao direito à ampla defesa e às provas pertinentes, posto que a parte, em razão da provisoriedade, modificabilidade e sumariedade de cognição, terá oportunidade de alterar o provimento conferido através de recurso próprio, ou pela exaustividade das provas a se apresentarem no processo principal.

Ressalte-se que a sumariedade no processo cautelar não significa que a atividade cognitiva exercida pelo magistrado seja incompleta. Isto porque o próprio fim colimado para a tutela cautelar, em operacionalizar integralmente a jurisdição, justifica a redução de

seus atos e formalidades (rito), não comprometendo, todavia, a investigação do órgão judicante, que deve ser sumária, porém completa, tendo em vista a adequação dos meios à objetivação dos fins.

Nesse raciocínio acentua Marcus Vinicius de Abreu Sampaio que "... a atividade cognitiva do juiz no processo cautelar é restrita devido à sua característica de sumariedade, característica essa que, insistimos em repetir, decorre do rito que se lhe impôs o legislador, que, por sua vez, se explica pela própria justificativa pragmática de sua existência no ordenamento jurídico." (1993, p. 83) A atividade cognitiva do magistrado no processo cautelar, para os fins a que se destina, como meio predisposto ao êxito da providência definitiva, é segurança da própria tutela jurisdicional, que, conquanto sumária, é suficiente à sua destinação.

5 - CONCLUSÃO

O trabalho teve como escopo a demonstração de que a cognição no processo cautelar está envolvida com a segurança estrutural da tutela jurisdicional, visando o respeito às garantias constitucionais e às realidades jurídica, política e social emergentes, o que fornece ao aplicador da lei condições de prevenir e solucionar conflitos, podendo, pois, declarar incidentes regras jurídicas providas de valorização do homem.

A cognição no processo cautelar não é um fim, senão um meio de instrumentalizar o acesso à justiça. Nessa ordem, somente a sua concepção de reformadora, em prol do desenvolvimento da ciência jurídica, fará atuar a vontade do direito justo.

De tudo isso, conclui-se:

a) O processo cautelar como "tertium genus" surge como remédio preventivo e provisório, visando ao auxílio do processo principal, não tendo aquele, entretanto, nenhum vínculo com o mérito da demanda satisfativa;

b) É imprescindível a efetiva cognição no processo, pois é aquela um dos meios para a instrumentalização deste, uma vez que, como técnica processual para a concepção de diferentes tipos de procedimento, adequa a globalidade do ordenamento jurídico à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada.

c) Pode-se dizer, hodiernamente, da existência de princípios processuais constitucionais, confirmando que a instrumentalidade do processo encontra guarida nas normas da Constituição Federal, dando, tanto ao legislador (na feitura da norma) quanto ao intérprete (operador do direito), elementos para uma compreensão sistêmica e atuante do processo, a fim de uma adequada cognição da lide;

d) Somente uma visão generalizada das espécies de cognição dará ao intérprete e ao aplicador da norma condições de fazer com que o processo seja, verdadeiramente, um instrumento de deslinde dos conflitos de interesse, uma vez que deve existir congruência entre o tipo de cognição e o tipo de tutela prestanda;

e) O caráter assegurador do processo cautelar ativa a tutela do Poder Público, de modo que a ordem jurídica seja justa em atenção às disparidades de formas e forças no acesso à justiça, universalizando, por conseguinte, a jurisdição;

f) O processo cautelar, na plenitude de suas relações jurídicas, tanto na forma quanto na substância, timbra-se pelo aspecto publicístico, dada a sua preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional, sendo, destarte, o mais público dos processos, haja vista que serve tanto ao processo de conhecimento quanto ao processo de execução;

g) A cognição no processo cautelar é completa à sua destinação. Conquanto sumária, não compromete a investigação do órgão judicante, tendo em vista a adequação dos meios à objetivação do fins.

6 - BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Leopoldino Marques do. A justiça do Terceiro Milênio, "in" Revista de Processo, São Paulo, vol. 62.
- ARMELIN, Donaldo. A Tutela Jurisdicional Cautelar, "in" Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 23.
- _____. O Acesso á Justiça, "in" Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, vol. 31.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a efetividade do Processo. "in" Temas de Direito Processual, 3ª série, São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- CALAMANDREI, Piero. "Introduzione Allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari", Ed. Cedam, Pádua, 1936.
- CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Comentários ao Código de Processo civil, vol. X, Tomo I, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984.
- _____. Democracia, Participação e Processo, "in" Participação e Processo. Coord. Ada P. Grinover, C.R. Dinamarco e Kazuo Watanabe Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.
- CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant, Acesso á Justiça Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Editora Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo, 2ª ed., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. Fundamentos do Processo Civil Moderno, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- GUILLÉN Victor Fairen, "juicio ordinario, plenarios rápidos sumario, sumaríssimo", "in" Temas del Ordenamiento procesal, Ed. Tecnos, Madri, 1969, "apud" Luiz Guilherme Marinoni, "in" Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, Ed. R.T., São Paulo, 1992.

- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, tomo I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980.
- LARA, Betina Rizzato. Liminares no Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale Civile, v. I, Ed. Giuffrè, Milano, 1957, "apud" Luiz Guilherme Marinoni, "in" Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, Ed. R.T., São Paulo, 1992.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das Provas em Matéria Criminal, trad. Alexandre Augusto Vieira, Saraiva, 1960, "apud" Kazuo Watanabe, "in" Da cognição no Processo Civil, Ed. R.T., São Paulo, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela antecipatória, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- _____. Considerações acerca da tutela de cognição sumária, "in" Revista dos Tribunais, vol. 675.
- NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil Anotado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.
- NÉRY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. Normas Jurídicas Individualizadas. Teoria e Aplicação, São Paulo, Editora Saraiva, 1993.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O Poder Geral de Cautela do Juiz, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- SANDIM, Emerson Odilon. O Processo Cautelar e as Medidas Afins, "in" Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 19.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Arresto Cautelar, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, v. III, Ed. Fabris, Porto Alegre, 1993.

- _____. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI, Ed. Lejur, Porto Alegre, 1986.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, Ed. Leud, São Paulo, 1978.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna "in" Participação e Processo (coord. Ada P. Grinover, C. R. Dinamarco e Kazuo Watanabe), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. Da cognição no Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

DOLO E CULPA NO DIREITO PENAL*

Paulo Antonio Lüdke de OLIVEIRA

Especialização em Direito Penal

CULPA E DOLO NO DIREITO PENAL

Com os estudos iniciados a partir da criação da teoria finalista da ação, verificou-se que é imprescindível distinguir os crimes dolosos dos crimes culposos, já que são estruturalmente distintos.

Como bem assinala Manoel Pedro Pimentel: "Segundo os ensinamentos da teoria da ação finalista, dolo e culpa são elementos psicológicos que animam a conduta, ligando o agente ao seu fato. Esses elementos, portanto, não são a causa da reprovabilidade da conduta, situando-se no terreno da tipicidade e não da culpabilidade" (In O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Sérgio Antonio Fabris Editor - 1987. p. 73) .

Em razão disso passaremos a analisar em primeiro lugar os tipos culposos, cuja estrutura é bem diversa daquela dos crimes dolosos. Em regra, no tipo culposos somente está descrito o resultado, ou seja, a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, constituindo-se assim num "tipo aberto". A ação proibida deve ser estabelecida pelo juiz de acordo com o entendimento da posição do garantidor e dos cuidados objetivos devidos pelo sujeito ativo para evitar um resultado lesivo.

(*) Trabalho final apresentado pelo aluno Paulo Antonio Lüdke de oliveira no curso de Especialização em Direito Penal - PUC-Campinas.

Em seguida, serão estudados os tipos dolosos, que se compõem de duas partes: tipo objetivo e tipo subjetivo. O tipo objetivo (descrição abstrata de um comportamento) compreende a ação delituosa descrita com todas as suas características descritivas e, às vezes, de elementos normativos e subjetivos. Compõem o tipo, assim, o verbo, o objeto material, o resultado, circunstâncias de tempo, lugar, modo e meios executivos, finalidades da ação, etc. O tipo subjetivo compreende necessariamente o dolo, como elemento intencional e genérico, e, eventualmente, outros elementos subjetivos especiais da conduta, chamados elementos subjetivos do tipo (injusto).

PASSEMOS À ANÁLISE DO CONCEITO DE CULPA

Apesar de longa elaboração doutrinária, não se chegou ainda a um conceito perfeito de culpa em sentido estrito, e, assim, do crime culposo.

Por essa razão, mesmo com a reforma da Parte Geral, a lei limita-se a prever as modalidades da culpa, declarando o artigo 18, inciso II, que o crime é culposo "quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

Prevê o artigo 26 do Código Penal Tipo para a América Latina que "age com culpa quem realiza o fato legalmente descrito por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe, de acordo com as circunstâncias e suas condições pessoais, e, no caso de representá-lo como possível, se conduz na confiança de poder evitá-lo".

Na doutrina o crime culposo tem sido conceituado como a conduta (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado.

Compõem-se, então, o crime culposo dos seguintes elementos: a) a conduta; b) a inobservância do dever de cuidado objetivo; c) o resultado lesivo involuntário; d) a previsibilidade; e e) a tipicidade.

Antes de nos manifestarmos acerca de cada um destes elementos importa mencionar que a jurisprudência freqüentemente faz expressa referência aos mesmos, bem como ao fato de o tipo culposo se tratar de um "tipo aberto", o que se denota na transcrição das seguintes ementas:

"Nos crimes culposos o tipo é aberto; porque cabe ao Juiz identificar a conduta proibida contrária ao cuidado objetivo, causadora do resultado. Neste tipo de crime não há vontade dirigida ao resultado, a ação dirigida a outros fins deve ser praticada com negligência, imprudência ou imperícia. É proibida e, pois, típica, a ação que, desatendendo ao cuidado ou a perícia exigíveis nas circunstâncias, em que o fato ocorreu, provoca o resultado. A inobservância do cuidado objetivo exigível conduz à antijuridicidade. É exigível o cuidado objetivo quando o resultado era previsível para uma pessoa razoável e prudente"

TACRIM-SP AC Rel. Sidnei Beneti RJD 6/86

"O fato culposo pode ser decomposto nos seguintes elementos: a) um ato inicial voluntário, praticado com imprudência, negligência ou imperícia; b) um resultado de dano ou de perigo, definido na lei como crime; c) a ausência de vontade e mesmo de previsão desse resultado; d) possibilidade de prevê-lo" (Aníbal Bruno, ob cit., vol II/85 - In Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Alberto Silva Franco e outros O - Ed. RT, p. 208)

PASSEMOS À ANÁLISE DOS ELEMENTOS ACIMA REFERIDOS

Enquanto nos crimes dolosos a vontade está dirigida à realização de resultados objetivos ilícitos, os tipos culposos ocupam-se não com o fim da conduta, mas com as consequências

an-ti-sociais que a conduta vai produzir. No crime culposos, não importa o fim do agente, mas o modo e a forma imprópria com que atua.

No crime doloso, o resultado ilícito não é só desejado como também previsto e perseguido pelo agente. No culposos, ao contrário, esse resultado, salvo hipóteses raras, acontece por azar, isto é, não está na previsão do agente (cupa inconsciente) ou, estando, não é por ele pretendido (culpa consciente).

Note-se, contudo, que o fim da conduta não é penalmente irrelevante, conforme tem-se afirmado.

O fim da conduta é inerente à própria ação e pode influir na modalidade de culpa com que atua o sujeito. Supondo-se o fato de alguém sair de uma garagem dirigindo o veículo em marcha-ré e atropelando um pedestre, a modalidade da ação culposa pode ser determinada pelo fim da ação. Se o motorista não observou as cautelas necessárias porque desejava sair rapidamente da casa, haverá imprudência; se, entretanto, o veículo foi posto em marcha-ré pelo agente que, desconhecendo a posição da alavanca do câmbio porque era inábil, desejava experimentar o seu funcionamento, haverá imperícia.

Com relação ao dever de cuidado objetivo, podemos afirmar que sua inobservância é que torna a conduta antijurídica.

Consiste tal dever em preocupar-se o agente com as possíveis conseqüências perigosas de sua conduta facilmente reveladas pela experiência da vida cotidiana, tê-las sempre presente na consciência e orientar-se no sentido de evitar tais conseqüências, abstando-se de realizar o comportamento que possa ser causa do efeito lesivo, ou somente realizá-lo sob especiais e suficientes condições de segurança.

Para Wessels, "o conteúdo do dever de cuidado consiste, antes de tudo, em reconhecer o perigo para o bem jurídico protegido, resultante da conduta concreta, e em orientar-se correspondentemente de acordo com isto; em, portanto, se omitir inteiramente da ação

perigosa ou efetua-la somente sob suficientes precauções de segurança" (In Direito Penal , p. 153).

A este respeito, convém lembrar que a cada homem, no meio social, incumbe o dever de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias para que do seu atuar não resulte dano a bens jurídicos alheios. Quem vive em sociedade não deve, com uma ação irrefletida, causar dano a terceiro, sendo-lhe exigido o dever de cuidado indispensável a evitar tais lesões.

Assim, tendo ocorrido um determinado fato lesivo a um bem jurídico, deverá ser verificada a possibilidade de reconhecimento do risco de causar a lesão e a forma como o agente se colocou diante dessa possibilidade. Deve-se confrontar a conduta do agente que causou o resultado lesivo com aquela que teria um homem razoável e prudente em lugar do autor. Se o agente não cumpriu com o dever de diligência que aquele teria observado, a conduta é típica, e o causador do resultado terá atuado com imprudência, negligência ou imperícia.

Como se vê, a violação ao dever de cuidado surge quando as circunstâncias apontarem ao agente, segundo dados apreensíveis da experiência cotidiana, alguma razão para suspeitar da possibilidade de conseqüências danosas para sua conduta, ou, ao menos, quando haja dúvidas a respeito dessas possíveis conseqüências.

Note-se que, na dúvida, impõe-se o dever de abstenção da conduta, pois quem, nesta área se arrisca a se transformar em causador imputável de danos previsíveis age com imprudência e se torna, por isso mesmo, agente de um crime culposo, caso concretize a realização do tipo.

Observo que o conceito desse dever objetivo de cuidado pode coincidir com o comando de normas legais ou regulamentares, como ocorre, por exemplo, com o dever de obediência aos regulamentos de trânsito de veículos motorizados ou com o dever de obediência a certas regras técnicas, no desempenho de profissões ou atividades regulamentadas.

Em tais casos, a inobservância das normas legais e regulamentares, que especificam e impõem determinadas regras ao agente, cria em desfavor deste uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário.

Assim, quem desobedece sinal de trânsito e, por isso, provoca acidente com vítimas, age culposamente (imprudência) e tem contra si a presunção de ter atuado culpavelmente (com previsibilidade do fato, portanto com consciência potencial da ilicitude, infringindo um dever objetivo de cuidado). Se provar, contudo, que o veículo apresentara repentino defeito no sistema de freios e que isso não lhe poderia ser imputado, a título de negligência, porque acabava de retirar o automóvel de uma oficina idônea, onde fora submetido a revisão global, o fato, embora danoso, não será culpável.

Onde não houver normas legais ou regulamentares específicas, o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio do princípio metodológico já referido (comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum inteligente e imprudente). Em tal hipótese o artifício apresenta-se inevitável.

Embora a inobservância do cuidado objetivo exigível conduza à antijuridicidade, não constitui a mesma, por si só, conduta típica porque se faz necessário outro elemento do tipo culposo: o resultado.

Só haverá ilícito penal culposos se da ação contrária ao cuidado resultar lesão a um bem jurídico. Se, apesar da ação descuidada do agente, não houver resultado lesivo, não há que se falar em crime culposos.

Evidente que deverá haver a relação de causalidade entre a ação e o resultado, como em todo fato típico. Sobre este assunto nos vem a lume a v. acórdão do E. Tribunal de Açada Criminal:

"A conduta culposa (stricto sensu) do agente e o evento danoso (resultado) só podem compor o fato típico desde que unidos pelos laços do nexos causal. Não há

responsabilidade por culpa (através de imprudência, negligência ou imperícia) sem que esta atue como causa do resultado lesivo"

TACRIM-SP Rel. Toledo de Assunção RT 393/351

Conforme já frisado, o tipo doloso difere do culposo. Neste há na conduta não uma vontade dirigida à realização do tipo, mas apenas um conhecimento potencial de sua concretização, ou seja uma possibilidade de conhecimento de que o resultado lesivo pode ocorrer.

Esse aspecto subjetivo da culpa é a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do sujeito cria para os bens jurídicos alheios e a possibilidade de prever o resultado conforme o conhecimento do agente. A essa possibilidade de conhecimento e previsão dá-se o nome de previsibilidade.

A previsibilidade consiste na possibilidade de ser antevisto o resultado, nas condições em que o sujeito se encontrava.

Exige-se, então, que o agente nas circunstâncias em que se encontrava, pudesse prever o resultado de seu ato.

A previsibilidade é, pois, a condição mínima da culpa em sentido estrito. Se o resultado vai além da previsão ela não existe.

Diz-se, então, que estão fora do tipo penal dos delitos culposos os resultados que estão fora da previsibilidade objetiva de um homem razoável, não sendo culposo o ato quando o resultado só teria sido evitado por pessoa extremamente prudente.

Deste modo, só é típica a conduta culposa quando se puder estabelecer que o fato era possível de ser previsto pela perspicácia comum, normal dos homens.

Convém notar, todavia, que os homens são distintos no que concerne à inteligência, sagacidade, instrução, conhecimentos técnicos, etc., variando a condição de prever os fatos em cada um. Assim, a previsibilidade, segundo a doutrina, deve ser estabelecida também conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo. A essa condição dá-se o nome de previsibilidade subjetiva.

Conclui-se que, após a verificação de que o fato é típico diante da previsibilidade objetiva (do homem razoável), deve-se atentar para a reprovabilidade da conduta se o sujeito pudesse prevê-la (previsibilidade subjetiva).

Embora esta colocação seja aceita pela maioria da doutrina, não nos parece a melhor formulação para a matéria. A crítica que se faz a tal postura baseia-se em dois aspectos: Em primeiro lugar, a colocação não é perfeita por se fundar a previsibilidade objetiva em uma abstração (homem médio, homem padrão, etc.) que não se consegue caracterizar suficientemente. Em segundo lugar, porque fica excluída a tipicidade do fato praticado por alguém que, por suas qualificações, tem maiores possibilidades de prever o resultado que o homem comum (ex. : um eletricista, no que diz respeito aos perigos de máquinas movidas a energia elétrica; o químico, quanto às substâncias tóxicas, etc). Adotando-se esta teoria, não haverá fato típico se praticado pela pessoa mais qualificada, embora pelas suas condições pudesse prever o resultado e operar com maiores cuidados do que os exigidos do homem comum.

Para Eugênio Raul Zaffaroni, a questão se soluciona tomando-se a previsibilidade conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso se tenha de recorrer a qualquer "termo médio" ou "critério de normalidade". Assim, poderá haver ou não tipicidade conforme a capacidade de prever do sujeito ativo.

Resta-nos, neste passo, apreciar a tipicidade nos tipos culposos.

Diversamente do que ocorre nos tipos dolosos, a ação não vem descrita nos tipos culposos. São normalmente tipos abertos que necessitam de complementação de uma norma de caráter geral, que se encontra fora do tipo, e mesmo de elementos do tipo doloso correspondente. Assim, a lei brasileira prevê no artigo 129 § 6º: "Se a lesão é culposa: Pena-detenção, de dois meses a um ano", exigindo para a adequação do fato a esse tipo penal a complementação prevista no artigo 18, inciso II (conceito legal para o entendimento do crime

culposos) e no artigo 129, caput (que prevê a lesão corporal como ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem).

A tipicidade nos crimes culposos determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários. É, pois, típica a ação que provocou o resultado quando se observa que não atendeu o agente ao cuidado e à atenção adequados às circunstâncias.

Três são as modalidades de culpa: imprudência, negligência e imperícia.

Como observa Néllson Hungria, com apoio em Vannini, nas três hipóteses, está-se diante de uma "situação culposa substancialmente idêntica, isto é, omissão, insuficiência, inaptidão grosseira no avaliar as conseqüências lesivas do próprio ato".

Em breves palavras, pode-se afirmar que a imprudência exprime um comportamento comissivo, ao passo que a negligência dá idéia de uma conduta omissiva. Na imprudência há "culpa in faciendo", "na negligência", "in non faciendo", "in omittendo". Já a imperícia, nada mais é do que um espécie de imprudência, pois, em geral, com essa palavra se exprime a prática de certa atividade técnica ou profissional, sem o preparo necessário ou sem a experiência exigível para a sua eficiente realização.

Alongando-nos um pouco mais no tema podemos afirmar que a imprudência é uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas. Exemplo: dirigir sem óculos quando possuidor de defeito de visão.

A negligência seria a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência. Exemplo: não deixar freiado automóvel quando estacionado.

Já a imperícia se constituiria na incapacidade, na falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando

o agente em consideração o que sabe ou deve saber. Exemplo: não estar habilitado para uma cirurgia que exija conhecimentos apurados. A imperícia pressupõe sempre a qualidade de habilitação legal para a arte ou profissão. Havendo inabilidade para o desempenho da atividade fora da profissão, a culpa é imputada ao agente por imprudência ou negligência, conforme o caso.

Alguns julgados de nossos tribunais poderão ilustrar de forma mais clara diferenciação existente entre cada uma das modalidades de culpa.

IMPRUDÊNCIA

"Consiste a imprudência em proceder o agente, sem a necessária cantela, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos. Assim, ao forçar a vítima a nadar em local especialmente perigoso, seria necessário conhecimento seguro de que ela nadasse com experiência e muito bem. Nessas condições, arriscar era também agir imprudentemente"

JUTACRIM 87/253

"Constitui manifesta imprudência e não caso fortuito, a ação de réu que municia arma de fogo com bala de verdade, supondo tratar-se de bala de festim, e efetua disparo em direção a um amigo, atingindo-o com o projétil e causando-lhe a morte"

TACRIM-SP Rel. Hélio de Freitas - JUTACRIM 88/ 274

NEGLIGÊNCIA

"Considera-se negligência o fato de ter o acusado, encarregado da turma de reparação de rede de energia

elétrica, mandado a vítima trabalhar em certo trecho da linha de alta tensão, sem obter certeza e confirmação de que a corrente elétrica tivesse sido cortada"

TACRIM-SP Rel. Clineu Ferreira - JUTACRIM 89/ 271

"Atua culposamente o agente que infringe um dever de cuidado que pessoalmente lhe incumbe. Assim, responde pelas conseqüências o responsável por obra civil que, sabendo de perigo contra a vida dos operários, deixa de paralisar o serviço, até completa remoção daquele"

TACRIM-SP Rel. Rolim Loureiro - Juricrim - n. 1.309-A

IMPERÍCIA

"Incorre nas penas previstas para o crime de lesão corporal culposa médico que, agindo com imperícia e sem observação de regra técnica de profissão, produziu lesões gravíssimas na vítima, ocasionadas por falta de higiene na sala de cirurgia e deficiência de cuidados pós-operatórios. Há impossibilidade de aceitação da alegação que "complicações façam parte de rotina das cirurgias"

TACRIM-SP AC 512.015-9 Rel. Sidnei Beneti

"Se o agente é incapaz de realizar certa atividade, segundo o grau e o desenvolvimento exigidos pela ordem jurídica, já é reprovável que ele a pratique, ante a previsibilidade de um dano. Logo, age imperitamente e responde pelas conseqüências o empregado de empresa especializada de manutenção que executa serviços do ramo sem possuir a capacitação técnica a tanto exigida e, por isso, não constatou a existência de defeito em perigosa porta sanfonada interna de elevador antigo, assim contribuindo à morte de menor de três anos quando o carro se movimentou sem fechar-se completamente a referida porta"

TACRIM-SP Rel. Haroldo Luz RTJE 90/262

Importa ressaltar que, no sistema adotado pelo Código Penal, não existe um "crimen culpae", mas sim "um numerus clausus de crimina culposae". Vale dizer: os crimes culposos são na totalidade apenas aqueles expressamente previstos em lei. Onde não houver inequívoca previsão legal, ter-se-á que concluir pela inexistência do tipo culposo, em obediência ao que dispões o art. 18, parágrafo único, do Código Penal: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

Para a tipificação dos crimes culposos, quando os julga excepcionalmente necessários, utiliza-se o legislador de uma técnica simplificadora. Como as modalidades culposas se revestem de caráter extraordinário, pois a regra é a dolosa, vale-se o legislador penal, salvo raras exceções, dos elementos comuns contidos na descrição dolosa, agregando-lhes, logo em seguida, a expressão previsão da culpa *stricto sensu*, com a pena respectiva.

Assim, por exemplo, no homicídio "Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão de seis a vinte anos... § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos". Tal metodologia põe em destaque a mencionada excepcionalidade do crime culposo e revela que o direito penal positivo está, realmente, construído "a serviço do dolo".

A fim de podermos fechar esta resumida análise do tipo culposo devemos fazer referência à culpa consciente e ao dolo eventual.

Duas são as modalidades da culpa *stricto sensu*: a culpa consciente e a inconsciente.

Na primeira, o agente prevê o resultado típico, tem-no como possível, mas confia em que poderá evitá-lo. Não quer o resultado, mas, por erro ou excesso de confiança (imprudência); por não empregar a diligência necessária (negligência) ou por não estar suficientemente preparado para um empreendimento cheio de riscos (imperícia), fracassa e vem a ocasioná-lo.

Exemplo de culpa consciente encontramos no seguinte caso trazido à apreciação do Judiciário:

"Age com culpa consciente, e não com dolo , aquele que coloca fio elétrico de baixa tensão em torno de sua residência; para impedir sua inasão, ocorrendo o evento morte da vítima, excepcionalmente, em decorrência da associação daquele fato com o piso molhado por ela tocado"

RT 549/363

Na segunda - culpa inconsciente - o agente não prevê o resultado, comporta-se com desatenção, desleixo, descuido (negligência), afoiteza (imprudência), ou arrisca-se a práticas para as quais não está devidamente habilitado ou preparado (imperícia) , transformando-se, assim, em causa cega do evento danoso.

Pela lei penal, estão equiparadas a culpa inconsciente e a culpa com previsão, "pois tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando, sinceramente , em que o resultado lesivo não sobrevirá" (Exposição de motivos do CP de 1940).

A culpa consciente limita-se com o dolo eventual (CP, art. 18, I, in fine). A diferença é que, na culpa consciente, o agente não quer o resultado nem assume deliberadamente o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, acredita sinceramente poder evitá-lo, o que só não acontece por erro de cálculo ou por erro na execução.

No dolo eventual, o agente não só prevê o resultado danoso como também o aceita como uma das alternativas possíveis. É como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dé no que der, vou praticar o ato arriscado.

A lei também não distingue o dolo direto do eventual, punindo o autor por crime doloso.

Feitas tais ponderações encerra-se o exame do tipo culposo, passando-se, incontinenter, à análise do tipo doloso.

De plano, devemos destacar que três são as teorias que procuram estabelecer o conteúdo do dolo: a da vontade, a da representação e a do assentimento.

Para a teoria da vontade, que foi exposta de forma orgânica na obra de Carrara, "dolo é intenção mais ou menos perfeita de praticar um fato que se conhece contrário à lei" (In Puscoli di diritto criminale, Prato, 1.885, t. 1, p. 293, apud Fontán Balestra, El elemento subjetivo del delito, Buenos Aires, Depalma, 1.957, p. 102). Age dolosamente, então, quem pratica a ação consciente e voluntariamente. É necessário para a sua existência, portanto, a consciência da conduta e do resultado e que o agente a pratique voluntariamente.

Segundo a teoria da representação, o dolo é a simples previsão do resultado. É suficiente que o resultado seja previsto pelo sujeito. Embora não se negue a existência da vontade na ação, o que importa para essa posição é a consciência de que a conduta provocará o resultado. Argumenta-se, contudo, que a simples previsão do resultado, sem a vontade efetivamente exercida na ação, nada representa e que, além disto, quem tem vontade de causar o resultado evidentemente tem a representação deste. Nesses termos, a representação já está prevista na teoria da vontade.

Para a teoria do assentimento (ou do consentimento), faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o queira. Para a teoria em apreço, portanto, existe dolo simplesmente quando o agente consente em causar o resultado ao praticar a conduta.

Requer a previsão ou representação do resultado como certo, provável ou possível, não exigindo que o sujeito queira produzi-lo. É suficiente seu assentimento.

O Código Penal adotou a teoria da vontade quanto ao dolo direto e a teoria do assentimento ao conceituar o dolo eventual.

Prevê o artigo 18, inciso I, do CP: "Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

Na primeira parte do dispositivo a lei refere-se ao agente que quer o resultado. É o que se denomina dolo direto. O agente realiza a conduta com o fim de obter o resultado.

Na segunda parte do inciso, a lei trata do dolo eventual. Nessa hipótese, a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado. O que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo. Há dolo eventual, portanto, quando o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal se praticar a conduta e se conforma com isso. Exemplos disto podem se facilmente lembrados: dirigir caminhão em alta velocidade, na contramão, embriagado, batendo em automóvel que trafegava regularmente e matando várias pessoas; praticar o militar a chamada "roleta russa", acionando por vezes o revólver carregado com um cartucho só e apontando-o sucessivamente a cada um de seus subordinados, para experimentar a sorte deles; atropelar ciclista e, em vez de deter a marcha do veículo, acelerá-lo, visando arremessar ao solo a vítima que caíra sobre o carro; avançar com o automóvel contra uma multidão, por estar com pressa de chegar ao destino, aceitando o risco da morte de um dos pedestres; ministrar, o médico, medicamento que sabe poder conduzir a morte o paciente, apenas para testar o produto, etc.

Age também com dolo eventual o agente que, na dúvida a respeito de um dos elementos do tipo, se arrisca em concretizá-lo. Atua com dolo eventual, por exemplo, aquele que pratica ato libidinoso com jovem na dúvida de que tenha a mulher mais dec 18 anos, cometendo o crime de corrupção de menores (art 218).

MAS, EM QUE CONSISTE PROPRIAMENTE O DOLO?

Como se sabe, toda ação consciente é dirigida pela consciência do que se quer e pela decisão de querer realizá-la, ou seja, pela vontade. A vontade é querer alguma coisa e o dolo é a vontade dirigida à realização do tipo penal. Assim, pode-se definir o dolo como

a consciência e a vontade na realização da conduta típica, ou a vontade da ação orientada para a realização do tipo.

Para Enrique Bacigalupo, "dolo é o conhecimento e a vontade de realização do tipo. Em outras palavras, é a atitude subjetiva de decidir-se pela execução de uma ação lesiva a um bem jurídico, quer dizer, de uma ação que realiza um tipo penal" (In Manual de Derecho Penal, 1984, p.103).

Sobre o assunto o E. Tribunal de Alçada Criminal se pronunciou da seguinte forma :

"Dolo, perante o Direito pátrio, é a vontade dirigida ao resultado bem como a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou assume o risco de produzi-lo"

TACRIM-SP Rel. Galvão Coelho JUTACRIM 43/297

São elementos do dolo, portanto, a consciência (conhecimento do fato - que constitui a ação típica) e a vontade (elemento volitivo de realizar esse fato) .

A consciência do autor deve referir-se a todos os elementos do tipo, prevendo ele os dados essenciais dos elementos típicos futuros, em especial o resultado e o nexo causal.

A vontade consiste em resolver executar a ação típica, estendendo-a a todos os elementos objetivos conhecidos pelo autor que servem de base à sua decisão em praticá-la.

Numa concepção psicodinâmica, inspirada na psicanálise de Sigmund Freud, também se tem definido o dolo como "a atitude interior de adesão aos próprios impulsos intrapsíquicos anti-sociais", em que predomina a idéia do animus, ou seja, a má-fé criminosa.

O dolo inclui não só o objetivo que o agente pretende alcançar, mas também os meios empregados e as conseqüências secundárias de sua atuação. Há duas fases na conduta: uma interna e outra externa. A interna opera-se no pensamento do autor (e se não passa disso é penalmente indiferente) e a segunda consiste em exteriorizar a conduta.

Na primeira fase, o agente propõe-se a um fim, seleciona os meios para realizar essa atividade e considera os efeitos concomitantes que se unem ao fim pretendido.

Na segunda fase, utilizam-se os meios selecionados, exteriorizando-se a conduta.

O dolo deve abranger os elementos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o sujeito agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha se estendido às elementares e às circunstâncias do delito. Toda figura típica contém uma série de elementos que, relacionados com a conduta culpável do agente, ensejam a aplicação da pena. Assim, no caso do crime de furto, é imprescindível que o sujeito saiba que a coisa móvel é "alheia". Se não conhece a qualidade da coisa ou tem uma falsa apreciação sobre ela, fica afastado o dolo e, por consequência, o próprio fato típico.

Embora o dolo conceitualmente seja o mesmo em todos os crimes, a sua forma de expressão varia de acordo com os elementos da figura típica. Deste modo, o dolo do homicídio não é igual ao do furto, uma vez que as elementares dos tipos são diferentes e se exige que esse elemento subjetivo abranja todos os componentes da figura típica. Em face disso, e por força do disposto no art.18, I, do CP, que trata da forma dolosa, a doutrina costuma apresentar várias espécies de dolo, conforme passo a expor.

A doutrina distingue o dolo direto ou determinado do dolo indireto ou indeterminado.

No dolo direto, o sujeito visa a certo e determinado resultado. Ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com a intenção de matá-la. O dolo se projeta de forma direta no resultado morte.

Como se vê, há dolo direto quando o resultado no mundo exterior corresponde perfeitamente à intenção e vontade do agente. O objetivo por ele representado e a direção da vontade se coadunam com o resultado do fato praticado"

Na hipótese de dolo indireto a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado. No dolo indireto ou indeterminado o querer do agente se degrada, não é tão definido em relação ao resultado como no determinado ou direto propriamente dito. Não há, então, uma direção segura da vontade. O agente prevê e admite a ocorrência eventual de um resultado, ou quer um ou outro entre os vários resultados previstos.

Possui duas formas: a) dolo alternativo; e b) dolo eventual.

Há dolo alternativo quando a vontade do sujeito se dirige a um ou outro resultado. Ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com intenção alternativa; ferir ou matar.

Ocorre o dolo eventual, conforme já exposto, quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo.

A doutrina tradicional separa as espécies de dolo em dolo genérico e dolo específico. Dolo genérico é a vontade de realizar o fato descrito na lei, em seu núcleo (vontade de matar, de subtrair, de raptar, etc). Dolo específico é a vontade de realizar o fato com um fim especial (fim libidinoso, de obter vantagem indevida, etc.).

A distinção que os autores fazem a respeito deve ser apreciada em face do "fato material" (conduta, resultado e nexo de causalidade). Quando a intenção do sujeito se esgota na produção do fato material, fala-se em dolo genérico. Ex.: o crime de aborto é composto da conduta de provocar e da interrupção da gravidez com a morte do feto (resultado naturalístico), ligados pelo nexo de causalidade objetiva. O dolo é genérico, uma vez que a vontade do agente não vai além do fato material. O crime de rapto é composto do fato material (raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude). Aí se encontra a conduta e o resultado. O agente, porém pretende outro resultado: "para fim libidinoso". Então, de acordo com a doutrina, o crime exige dolo específico, que pressupõe o genérico.

Para Damásio Evangelista de Jesus a distinção não tem razão de ser: "Entendemos, seguindo a orientação de Asúa, que não

existem dolo específico e dolo genérico. O dolo é um só, variando de acordo com a figuração típica. Nos termos da orientação, o chamado dolo com intenção ulterior (dolo específico), que em si expressa um fim (o rapto é a subtração da mulher para casar-se com ela ou para corrompê-la), assim como o animus que certos delitos exigem, não são propriamente dolos com intenção ulterior, e sim elementos subjetivos do tipo. Vimos que o dolo exige os seguintes elementos: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência da relação de causalidade; c) vontade de realizar o comportamento e de produzir o resultado. Assim, na própria noção do dolo já existe a vontade de produzir o resultado. Se na própria noção de dolo já existe a exigência de o agente ter a vontade de produzir o resultado, tanto faz que este se encontre no fato material ou fora dele. A vontade é a mesma; o dolo é o mesmo." (In Direito Penal - 1º Volume - Parte Geral - Editora Saraiva - 1.997, p. 287).

Tema afeto à matéria consiste no chamado dolo geral. Existe este nos casos em que o agente, supondo ter conseguido o resultado pretendido, pratica nova ação que, esta sim, vem a resultar no evento. É o exemplo da vítima de golpes de faca em tentativa de homicídio que é atirada ao mar pelo agente, na suposição de já tê-lo eliminado, causando-lhe a morte por afogamento. Responderá ele por homicídio doloso consumado em decorrência do denominado dolo geral quando, tecnicamente, haveria tentativa de homicídio seguida de homicídio culposo.

Antes de encerrarmos a presente análise devemos fazer referência à questão dolo e pena.

A quantidade da pena não varia segundo a espécie de dolo como previsto no artigo 18, inciso I do CP. Assim, em homicídio simples, a pena será a cominada abstratamente para o crime (reclusão de 6 a 20 anos), quer ocorra o dolo direto, quer tenha o agente atuado com dolo eventual. Na aplicação da pena, porém, o juiz poderá levar em consideração a espécie de dolo.

Contra esta posição se insurge Damásio E. de Jesus: "O dolo, no CP de 1940, fazia parte da culpabilidade. Por isso, sua maior ou menor intensidade era considerada na dosagem concreta da pena (art. 42). Na reforma penal de 1984, porém, deslocado da culpabilidade para o tipo, nenhuma influência tenna aplicação da pena concreta. Daí a razão por que o art. 59 nenhuma referência faz a esse elemento subjetivo do tipo" (In Direito Penal - 1^o Volume - Editora Saraiva - 1997 - p. 288).

Estas as breves linhas que se podem traçar acerca do dolo e da culpa no direito penal.

A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E A LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO EM FACE DAS PROVAS

Susy Gomes HOFFMANN

1. A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A presunção de legitimidade caracteriza os atos administrativos. Segundo nosso entendimento, essa presunção impera para o lançamento tributário que é um ato administrativo, tornando-o válido e apto a produzir efeitos; todavia, uma vez impugnado esse lançamento, não pode militar em favor de qualquer das partes a presunção de veracidade, devendo a administração e o administrado provar o alegado.

Segundo os ensinamentos do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello¹, a presunção de legitimidade “é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é, milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta característica é comum aos atos administrativos em geral.”

Então, a presunção de legitimidade não vigora sobre o conteúdo do ato administrativo, mas sobre a sua existência válida no mundo jurídico. Em vista de tal afirmação, podemos concluir que ele é legítimo até que seja impugnado e posto fora do sistema se assim for

decidido; mas, ao ser impugnado caberá a verificação sobre o seu conteúdo, não lhe sendo imputada qualquer presunção em seu favor.

2. A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Consoante o entendimento da doutrina, ao lançamento tributário emitido por um agente administrativo será imputada a presunção de legitimidade de sorte que, nas palavras do Prof. Estevão Horvath, “posto no mundo jurídico pelo agente público competente, mediante o cumprimento dos requisitos colocados na lei para a sua emanção, diremos que o lançamento é válido e, portanto, na linguagem Kelseniana, existente. Estando, depois disso, em vigor o ato administrativo tributário, ou seja, apto a reger comportamentos dos sujeitos passivos e a produzir conseqüências de Direito que o ordenamento jurídico lhe atribui, somente pode ser modificado pela autoridade administrativa competente e de conformidade com o procedimento que a lei determina, ou pelo Judiciário.”²

Paulo de Barros Carvalho afirma que “a presunção de legitimidade está presente em todos o atos praticados pela Administração e, certamente, também qualifica o lançamento. Dado a conhecer ao sujeito passivo, será tido como autêntico e válido, até que se prove o contrário, operando em seu benefício a presunção *juris tantum*. Por mais absurda que se apresente a pretensão tributária nele contida, o ato se sustenta, esperando que outra decisão de hierarquia superior o desconstitua, quer por iniciativa do sujeito passivo, quer por providência de ofício, nos sucessivos controles de legalidade a que os atos administrativos estão subordinados.”³

Não pretendemos discutir a validade do lançamento tributário, pois é certo que uma vez enunciado o ato administrativo do lançamento tributário, somente será retirado do sistema por outra norma jurídica hierarquicamente superior.

Porém, para nós, havendo a impugnação ao lançamento tributário não há que prevalecer a presunção em seu favor, visto que a sua legitimidade não se encontra no fato de ter sido emitida por agente competente, mas, em corresponder a um enunciado fáctico que se enquadra a uma hipótese legal. Para tanto, é preciso que o relato constante do antecedente da norma individual e concreta do lançamento tributário esteja corroborado pelo relato sobre os fatos tributários e que se constituem em meios de prova aceitos pelo direito.

Assim, o lançamento tributário não se sustenta por si só. Uma vez enunciado, será dado conhecimento de seu teor ao sujeito passivo que pode reconhecer a imposição e pagar o tributo porque admitiu como verdadeiro o enunciado nele contido ou pode impugnar tal imposição porque não reconheceu como verdadeiro o enunciado nele contido e não concordou com a relação obrigacional imposta.

Daí que a presunção de legitimidade está para o ato administrativo do lançamento tributário da mesma forma que para todas as normas do sistema jurídico, isto é, para que o sistema possa funcionar é preciso presumir que todas as normas jurídicas são válidas até que se prove o contrário.

Porém, a presunção de legitimidade não pode ser confundida com presunção de veracidade.

Por conseguinte, não é porque o funcionamento do sistema de direito exige a presunção de que todas as normas postas são válidas até prova em contrário que se pode concluir que o conteúdo dessas normas está em sintonia com as regras do sistema e com os enunciados fácticos a que devem corresponder.

Além do mais, não pode ser invocado o princípio da supremacia do interesse público ao interesse particular para fortalecer o entendimento de que há a presunção de legitimidade ao conteúdo do ato administrativo do lançamento tributário, posto que o interesse público é pelo cumprimento da lei, de modo que se for verificado que no ato do lançamento tributário não se observou a necessária adequação

do fato e da relação jurídica instaurada aos padrões definidos na norma geral e abstrata não deve prevalecer tal ato, devendo ser expulso do sistema em detrimento do fato de que da sua manutenção no sistema poderia advir receita ao Estado.

O cumprimento da lei é mais importante no Estado de Direito do que a obtenção de receitas. Aí se pode observar o papel dos valores como um *consenso retórico* fruto de uma convenção de representantes da sociedade que elegeram os valores da justiça e da supremacia a lei como superiores ao da utilidade.

Ainda, é oportuno observar que, em nosso sistema positivo, não há normas jurídicas que imponham a presunção de legitimidade ao lançamento tributário no que se refere ao seu conteúdo, sendo que ao ser analisado por órgão ou pessoa hierarquicamente superior a quem o emitiu poderá e deverá ser revisto integralmente. É o que determina o artigo 145 do Código Tributário Nacional ao enunciar que "o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I - impugnação do sujeito passivo; II - recurso de ofício e III - iniciativa da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149."

Então, temos por certo que não há presunção da legitimidade do conteúdo do ato do enunciado fáctico do acontecimento e da relação jurídica, mas da validade do ato no sentido de existir no sistema do direito como norma válida e eficaz até prova em contrário.

3. A LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO EM FACE DAS PROVAS

Ao ser enunciado o lançamento tributário teremos uma norma individual e concreta que irá, no antecedente, relatar a ocorrência de um fato, especificando esse acontecimento a fim de caracterizá-lo como pertencente à classe de fatos hipoteticamente prevista na hipótese da norma geral e abstrata, no caso norma enunciativa da regra-matriz de incidência tributária.

Ao especificar esse fato, será necessário apresentar todos os elementos que o constituem, sempre por meio de uma linguagem admitida pelo direito.

E tal conclusão decorre da análise das normas constitucionais que são tidas como princípios de nosso sistema positivo. A primeira delas que pode ser mencionada está contida no artigo 5º, LV da Constituição Federal que determina "que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Então, se o lançamento tributário é passível de impugnação, é necessário que em vista do direito constitucional à ampla defesa, o sujeito passivo tenha acesso não só ao enunciado fáctico constante da norma individual e concreta do lançamento tributário, mas também que lhe seja dado acesso às provas que levaram o agente administrativo a enunciar tal norma, imputando-lhe a ocorrência de um fato jurídico tributário e determinando a obrigação de pagar um determinado valor a título de tributo.

É imperioso destacar que as provas devem ser apresentadas ao sujeito passivo juntamente com a notificação do lançamento tributário, fazendo parte integrante do mesmo.

Então, para nós, a legitimidade do lançamento tributário - entendendo legítimo como o que é realizado de acordo com as regras do sistema e que portanto deverá prevalecer - será reconhecida pela verificação de que o acontecimento fáctico narrado e a relação jurídica instaurada estão relacionados com as provas - que se apresentam por meio de uma forma e linguagem imposta pelo direito.

4. ALTERABILIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Para se alterar o lançamento tributário será necessária a expedição de uma norma individual e concreta emanada por agente

competente e de hierarquia superior ao que expediu a norma que se pretende alterar.

Sobre esse tema escreveu o Prof. Eurico Marcos Diniz de Santi:

“Uma norma jurídica só pode ser invalidada por outra norma jurídica que como norma nasce de fato jurídico juridicizado por outra norma jurídica.

Desta forma, o ato-norma de lançamento tributário só poderá ser alterado de acordo com os modos de produção dessas normas jurídicas que alteram outras normas, as quais incidem conforme disposição do ordenamento jurídico.”

O ordenamento jurídico prevê a alteração do lançamento tributário de acordo com regras gerais que estão previstas no Código Tributário Nacional e por meio de normas específicas, impostas nas legislações relativas a cada tributo.

Todavia, é certo que entre os diversos motivos elencados para a anulação ou alteração do lançamento tributário estarão veiculados motivos na maioria das vezes relacionados às provas.

Ora, se afastarmos os motivos de ordem formal, tais como lançamentos feitos por agentes incompetentes ou sem as observações formais e processuais necessárias, e os motivos de inconstitucionalidade da norma geral e abstrata que impôs a regra-matriz de incidência, todos os outros motivos de alteração ou de anulação do lançamento tributário são relativos à prova e a sua relação aos fatos.

5. A ALTERABILIDADE DO LANÇAMENTO EM FACE DAS PROVAS QUE FUNDAMENTAM O FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO

O lançamento tributário pode ser anulado por se verificar que não há provas que sustentem o relato contido em seu enunciado,

ou, porque não há relação de equivalência entre a linguagem das provas e a linguagem que relata o fato jurídico tributário que compõe a norma individual e concreta do lançamento, ou, porque se constata que as provas tomadas não se sustentam em face de outras provas apresentadas; ou porque a partir da análise das provas se verifica a ocorrência de fato diverso ao relatado; ou, ainda, porque houve dolo, erro, fraude na tomada das provas que sustentam o fato.

Desse modo, grande parte dos motivos que resultam na alteração ou anulação do lançamento tributário reside nas provas.

Ora, de acordo com os artigos 145 e 149 do Código Tributário Nacional o lançamento tributário que é regularmente notificado ao sujeito passivo somente será alterado pela impugnação do sujeito passivo ou por recurso de ofício da autoridade administrativa.

O Código Tributário Nacional não especifica os requisitos para que o sujeito passivo apresente impugnação ao lançamento tributário, mas, pela análise do sistema, poderá se concluir que são os motivos a que nos referimos no início desse item, e pela análise do teor do artigo 149 do Código Tributário Nacional, os motivos para a revisão de ofício do lançamento tributário, serão de formação da prova que sustenta o ato administrativo do lançamento tributário.

Então, resta evidente que o ordenamento jurídico positivo requer que o fato jurídico tributário tomado pelo agente administrativo para instaurar a relação obrigacional tributária, esteja referido a uma prova.

E, disto resulta, que a alteração desse ato administrativo, em geral, se dará pela impugnação à prova.

É de se concluir que um dos caminhos para se alterar o lançamento tributário é a impugnação à prova ou à sua relação ao fato jurídico tributário relatado no lançamento tributário. E é notório que é elemento necessário ao ato-norma enunciador do fato jurídico tributário e que institui a relação jurídica tributária - o lançamento tributário - a indicação e apresentação das provas que foram tomadas.

Daí que se faz necessário, segundo nosso entendimento, que o sujeito passivo sempre tenha acesso a todas as provas que serviram de base para que pudesse ser enunciada a norma individual e concreta do lançamento tributário e que o sujeito passivo participe da produção dessa prova

CONCLUSÃO

O lançamento tributário, como norma jurídica individual e concreta que é, está inserido num sistema símbolo 150\ f “Kino MT” \s 12 o sistema das normas jurídicas símbolo 150\ f “Kino MT” \s 12 que possui seu critério definidor e suas regras de estrutura.

O fato jurídico tributário, por óbvio, também somente será conhecido pela linguagem, que deve ser elaborada de acordo com as regras do sistema.

Temos que o lançamento tributário é uma norma individual e concreta, que se apresenta como ato administrativo que relata a ocorrência do fato jurídico tributário e que constitui a relação jurídica tributária decorrente.

O lançamento tributário para estar em conformidade com as regras do sistema, deverá enunciar um fato e ter as provas, por linguagem admitida pelo direito, que sustentem tal fato; de modo que, há a presunção de legitimidade ao lançamento tributário relativa à sua inclusão no sistema de normas, todavia, a veracidade de seu relato, será aferida pela correspondência à linguagem das provas sobre o fato enunciado.

Então, se não houver provas sobre o enunciado no lançamento tributário, ele deverá ser retirado do sistema.

Todavia, concluímos que quando o lançamento tributário é enunciado como resultado de um procedimento fiscalizatório, as provas que sustentam o enunciado além de ter de guardar relação com o fato, deverão ser obtidas com o acompanhamento do sujeito passivo

que deverá, inclusive, ter o direito de impugná-las e acrescentar novos dados àqueles já relatados.

Tal conclusão é necessária, posto que o nosso sistema não atribui mais força ao Estado em detrimento do sujeito passivo no momento da colheita de provas para a enunciação do lançamento tributário. É certo que o Estado tem o direito de fiscalizar e ao sujeito passivo cabe cumprir o dever de exhibir os dados e documentos requeridos; todavia, entre o exame de documentos e a enunciação do lançamento tributário, há o momento da enunciação do relato das provas.

Nesse item da colheita e enunciação do relato das provas, é imperiosa a participação do sujeito passivo, visto que, se não se conhece o fato, mas o relato sobre ele, é indispensável que o relato seja feito entre as duas partes, ou, ao menos que as duas partes participem dessa elaboração.

Tal conclusão, além do mais, é um desdobramento do princípio do devido processo legal, de modo que, para que o lançamento tributário, como fruto de um procedimento fiscalizatório, esteja enquadrado nas regras do sistema, é necessário que respeite o citado princípio e, para tanto, as provas que embasam o relato do fato, deverão ser colhidas com a anuência e acompanhamento das duas partes interessadas, em conjunto.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 9ª ed. Atualizada. São Paulo, Saraiva, 1997.

_____. Apostila do Curso de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na disciplina de Direito Tributário III, 1º semestre, inédito, São Paulo, 1997.

HORVATH, Estevão. Lançamento Tributário e Autolancamento. 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. 1ª ed. São Paulo, Max Limonad, 1996.

NOTAS

- (1) Curso de Direito Administrativo, p. 221.
- (2) Lançamento Tributário e "Autolancamento", p. 63.
- (3) Texto 8 "Sobre a norma individual e concreta que documenta a incidência tributária" p.12, da Apostila do Curso de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na disciplina de Direito Tributário III, 1º semestre, 1997.

SÚMULA VINCULANTE

Roberto Telles SAMPAIO

O assunto parece dizer respeito apenas aos advogados e juízes, mas a todos interessa, dado que se trata de uma das medidas visando tornar a Justiça mais rápida, não esse sonho dourado que acaba em pesadelo e tanto perturba a vida nacional.

Desejo apresentar uma pálida idéia dessa questão hoje versada na imprensa, no Fórum, nos Tribunais, e no Congresso.

Na administração vigora o princípio hierárquico. O superior dá ordens ao inferior. No Judiciário não. Os órgãos de instância inferior são independentes para julgar. Não são obrigados a aplicar o entendimento dos Tribunais, salvo se do mesmo modo entenderem a questão. O juiz, ao julgar, só deve obediência à lei e à sua consciência, embora obrigado a fundamentar.

Dir-se-á, no entanto, que os Tribunais, apreciando recursos da parte vencida, podem reformar as decisões dos órgãos inferiores. Isso porém não desnatura a independência jurídica do juiz, nem equivale a uma subordinação hierárquica.

Para garantir essa autonomia, a lei maior cerca o juiz de prerrogativas constitucionais que a asseguram (art. 95 da C. Federal).

Por outro lado, o uso abusivo dos recursos retarda sobremaneira a decisão final da Justiça. Hoje os juízes admitem, sem titubear, que é comum ações consumirem dez ou mais anos para decisão final e cabal execução.

Não há uniformidade entre os operadores do direito acerca das verdadeiras causas da demora. Cada um apresenta solução "porreta" para a almejada celeridade da Justiça. Com a penúria de dados, os "achismos" proliferam, as "impressões" ganham corpo. Disse bem alguém devamos deixar os "impressionismos às artes", e cuidar dos entraves com estatísticas.

Alguns desses entraves são muito evidentes: são manifestamente excessivos os recursos; o Poder Público é quem mais abarrotava a Justiça; são poucos os juizes; má a infra-estrutura do Judiciário; formalistas em demasia as leis de processo; e muitos os mitos, como o da ampla defesa, o da melhor justiça das instâncias superiores, etc.

Para combater o lado tardinho da Justiça muitas são as soluções, e uma delas a da súmula vinculante.

Parece que por volta de 60 o Supremo criou a Súmula, sem o qualificativo de "vinculante". A experiência sugeria que temas repetitivos ali debatidos, e que alcançavam entendimento predominante deviam ser sumulados para serem seguidos, embora sem obrigatoriedade. Nascia, assim, a súmula que, como todos sabem, é síntese, resumo, sinopse de algum conhecimento. Ela, desde então passou a facilitar a vida diária do Supremo, e os órgãos inferiores eram instados a aplicá-la, embora não estivessem obrigados.

Hoje, o efeito vinculante, por lei, está restrito às decisões do STF. nas declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo. E o Código de Processo Civil, no seu artigo 557, com a nova redação dada pela lei 9.139, de 95, a prevê para o relator negar seguimento ao recurso.

O que se quer agora, com a reforma da Constituição? Quer-se tornar a súmula obrigatória nas situações previstas na proposta. Consoante dispõe a Emenda ao par. 2. do art. 102 da C. Federal, aprovada no Senado, e ainda não referendada pela Câmara, amplia-se o efeito vinculante para as decisões do Supremo nas diretas de inconstitucionalidade e nas definitivas de mérito, desde que declarado

pelo voto de dois terços dos seus membros. Se aprovada a emenda deverão aplicá-las obrigatoriamente, os demais órgãos do Judiciário e da administração direta e indireta. Até crime de responsabilidade poderá configurar o seu descumprimento.

Com isso, pretende-se reduzir o número de recursos, abreviar os provimentos judiciais e a satisfação dos direitos.

A oposição que enfrenta é a de que os juízes teriam sua função amesquinhada, transformados em meros chanceladores das súmulas.

Importa mais saber se realmente elas contribuiriam, pouco que fosse, para dar maior rapidez à Justiça. Ou se aliviaria apenas o Supremo de uma sobrecarga de serviço.

Não se me afigura depreciativa da função aplicar decisões sumuladas. Os juízes não estão vinculados à lei, tantas vezes feitas por pessoas menos preparadas? As sumulas refletirão o pensamento cristalizado de dois terços dos ministros da mais alta Corte de Justiça. Se elas não puderem ser um guia a iluminar a nobre missão de julgar, então, o que se pensar do resto. E mesmo, elas também não são eternas. Tanto quanto as leis, que podem ser revogadas, as súmulas podem ser revistas.

O que, todavia, não se deve é pensar ingenuamente que só com elas a Justiça vai ficar muito mais rápida. Ela não é "solução mirífica, maravilhosa para todos os males" como lembrava o ex-presidente Pertence. Muitas outras medidas deverão ser implementadas para, quem sabe, se alcançar um grau razoável de celeridade, sem a qual não há falar-se em efetividade e muito menos verdadeiramente em Justiça.

RESENHAS

CESAR, Constança Marcondes. **A Hermenêutica Francesa: Bachelard**; Campinas/SP; Editoria Alínea; 1996

Atualmente integrando o corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, junto às Faculdades de Filosofia e Direito, a autora concluiu seu Doutorado em 1973, Livre-Docência em 1981 e Pós-Doutorado em Toulouse - Le Mirail (França) no ano de 1984, todos na área de Filosofia. É reconhecida internacionalmente pelos trabalhos publicados em revistas da área. No Brasil é autora de outros livros, todos enfocando o tema da Filosofia.

A presente obra foi escrita em duas etapas. A primeira está entre os anos de 1971 e 1973, coincide com a época de preparação de sua tese de Doutorado; a segunda, bem mais recente, já revela a autora em uma nova fase de seu processo de amadurecimento filosófico.

Analisando a obra como um todo, tem-se a esclarecer que a primeira parte destina-se a comprovar a influência de Brunschvicg sobre Bachelard, enquanto a segunda parte reserva-se a analisar singularmente a obra de Bachelard, suas concepções epistemológicas, as influências sofridas ao longo de sua formação e suas implicações sobre a ética na ciência.

A Parte I desta obra divide-se em quatro capítulos. No primeiro deles, "Questão de Método"; a autora relata brevemente os passos seguidos para averiguar a possibilidade de influência de Brunschvicg sobre Bachelard e, após, para comprovar essa influência, objetivo que atinge apenas no quarto e último capítulo.

No segundo capítulo, "Relações entre os Filósofos", a autora apresenta um apanhado cronológico das obras de um e de outro dos filósofos estudados, demonstrando que em ambos é possível encontrar um ponto-chave comum, qual seja a adoção do método histórico-crítico de Comte no estudo da evolução do conhecimento. Aponta, contudo, um essencial diferença: para Comte o núcleo do conhecimento é o objeto. Já para Brunshvicg e Bachelard, o núcleo é o próprio sujeito cognoscente.

Ainda nesse capítulo, a autora introduz o conceito de "esprit de geometrie" e "esprit de finesse" como sendo a fusão existente entre a sistematização de conhecimentos e a invenção/descoberta/criação. Procura demonstrar que o método histórico-crítico de Brunshvicg e Bachelard não se limita à busca da história das ciências e sim pretende mostrar o progresso do conhecimento ou, como Bachelard a ele se refere, a caminhada rumo ao espírito. Ao final, através da comparação de uma obra de Bachelard e uma de Brunshvicg, a autora demonstra mais um ponto em comum entre ambos: a distinção que fazem entre saber comum e saber científico, revelando a influência que um exerceu sobre o outro.

No terceiro capítulo, "Gênese Histórica do Problema da Evolução do Conhecimento Científico", a autora explana brevemente sobre as três grandes correntes que, cada uma a seu modo, abordaram a problemática da evolução do conhecimento científico: Positivismo Empirista e Científico; Idealismo Crítico e Espiritualismo para, ao final, estabelecer a influência que cada uma delas, por seus expoentes, exerceu sobre Brunshvicg e Bachelard quando trataram da gênese de seus questionamentos epistemológicos. Conclui, ao final do capítulo; que os filósofos estudados utilizaram fontes filosóficas e científicas comuns, atingindo seu primeiro objetivo proposto com esta obra, qual seja demonstrar a possibilidade de influência de Brunshvicg sobre Bachelard.

Somente no quarto capítulo é que a autora alcança seu segundo objetivo proposto: provar que efetivamente Brunshvicg

influenciou na obra de Bachelard. Para tanto, tomou os sete temas mais importantes trazidos nos estudos sobre a evolução do conhecimento em cada autor, demonstrando a identidade de pensamentos.

A Parte II desta obra buscou avaliar se o conceito de verdade aproximativa de Bachelard poderia superar o dogmatismo filosófico e suscitar uma nova ética na ciência. Dividida em quatro capítulos, é no primeiro e segundo que a autora discorre sobre o papel exercido pela Teoria da Relatividade de Einstein sobre o Apriorismo de Kant e sobre as concepções de ciência, verdade, método, tempo e espaço adotadas por Bachelard. Revela, ainda, a teoria desenvolvida por ele diante dessa influência einsteniana, consubstanciada em um anticeticismo e um antidogmatismo. Sua teoria embasa-se em duas noções fundamentais: a filosofia do não e a verdade aproximativa.

O terceiro capítulo destina-se, precipuamente, a fortalecer a noção de verdade aproximativa, através da crítica que Bachelard faz ao cartesianismo e à racionalidade, lógica e epistemologia clássicas.

No quarto e último capítulo, a autora expõe dois pontos de grande importância na obra de Bachelard: os valores éticos do cientista e a finalidade moral do conhecimento. É nesse tópico que reside a principal questão a que se buscava responder no início da Parte II: a teoria de Bachelard é capaz de introduzir uma nova ética na ciência? Também aqui tem lugar um paralelo que Bachelard faz entre a ciência e poesia, ambas como formas de buscar a felicidade intelectual.

Após tecidos esses comentários sobre o conteúdo da obra, cumpre esclarecer ao leitor tratar-se de livro capaz de despertar o interesse de estudiosos da teoria do conhecimento à medida que não aborda de forma singular pensamento filosófico de Bachelard, como pode o título sugerir, mas dá ao leitor uma ampla visão do pensamento de tantos outros filósofos que ao longo da História ocuparam-se desse

estudo, contrapondo seus postulados à teoria de Bachelard. Destina-se a obra a estudantes de Filosofia e de outros cursos de graduação e pós-graduação cuja preocupação momentânea seja o estudo da gênese e evolução do conhecimento, aí ressaltado o conhecimento científico.

Kathleen Mecchi Zarins Stamato

Curso de Especialização em Direito - PUC-Campinas

GRECO FILHO, Vicente: **Direito Processual Civil Brasileira, Volume 1**, São Paulo, Editora Saraiva, 1992.

O autor é Professor Associado de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba e Procurador de Justiça de São Paulo. É autor dos seguintes livros: "Intervenção de Terceiros no Processo Civil", "Tóxicos; prevenção e repressão", "Execução Contra a Fazenda Pública", "Homologação de Sentença Estrangeira", "Tutela Constitucional das Liberdades", entre outros.

O livro é uma abordagem do Direito Processual Civil Brasileiro, constituído de 03 volumes que esgotam toda a matéria. A resenha em tela, a respeito do volume 01, comenta sobre a parte inicial do Processo Civil, abrangendo: Teoria Geral da Processo a Auxiliares da Justiça.

No Livro, em seu volume primeiro, há noções gerais de Direito e realização de valores, como o da pessoa humana como valor supremo do Direito, aborda a evolução do pensamento filosófico e o processo como instrumento dos direitos subjetivos, desde a antiguidade greco-romana, com Sócrates, Platão e Aristóteles, até a época contemporânea.

Depois, faz distinção entre Direito material e Direito processual, fala sobre as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional, traçando suas diferenças e semelhanças, e sobre as garantias constitucionais do processo, como o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, o Princípio do Contraditório, entre outras garantias previstas em nossa Constituição.

Em seguida, passa a tecer comentários sobre nosso processo civil propriamente dito, sempre em sintonia com a numeração dos artigos do Código de Processo Civil a começar pelo conceito de ação, dando suas condições, seus elementos e a sua classificação. Sucessivamente, trata das partes e dos seus procuradores, trazendo

seus deveres e responsabilidades dentro do processo civil, fala do Ministério Público, seu conceito, suas funções, e sua organização, aborda a questão da jurisdição e da competência, para, finalmente explicar os poderes, os deveres, as funções, a responsabilidade, os impedimentos de um juiz, além de abranger seus auxiliares diretos, quais sejam, os serventuários, os oficiais de justiça, os peritos etc.

Em relação a essa última matéria, traz as garantias que possui um juiz pelo nosso sistema processual a fim de que ele possa decidir uma questão de fato de maneira imparcial, tendo a mais ampla liberdade para tanto.

A obra, como o próprio autor a define em seu Prefácio, é intermediária, compreensível aos estudantes e que resolve os problemas dos profissionais militantes, fornecendo um conjunto de princípios seguros e coerentes que dê ao profissional elementos para a sustentação de posições juridicamente fundamentadas.

De renome no meio jurídico nacional, com um amplo conhecimento jurídico, o autor, de forma expositiva e clara, nos fornece as noções basilares no processo civil, nos possibilitando soluções a questões jurídicas sob um prisma crítico, e prático.

Mário Antonio Gomes,
Especialização em Direito - PUC-Campinas

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**, SP, Editora Martins Fontes. 1988

Henri Lévy-Bruhl, professor honorário da *Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris*, com diversas obras publicadas e traduzidas em diversos países, prestou com seus estudos grande contribuição para o mundo jurídico. Este livro, juntamente, com a obra intitulada *Aspects Sociologiques du Droit*, 1955, revelam os estudos do autor no campo da sociologia jurídica.

Esta obra é apresentada em duas partes. Na primeira, que possui três capítulos, descobre-se o que é, como nasce e evolui o fenômeno social chamado Direito; na segunda parte, apresentada em dois capítulos, aprende-se algo sobre a ciência que tem por objeto o direito.

Em um primeiro momento, leva-se o leitor a recordar as várias concepções sobre o direito, desde a antiguidade, com lições de Aristóteles, até chegarmos ao século XIX, com a visão de Marx. Neste ponto, o autor, embora criticando a teoria marxista sobre o direito, destaca a sua primordial contribuição para a escola sociológica, a qual considera o direito como um fenômeno social.

No segundo capítulo, a preocupação central é responder à indagação "de onde vem o direito", ou seja, qual a origem das normas jurídicas. Afirma o autor que "para o sociólogo, as fontes formais do direito, que os juristas distinguem, não passam de variedades de uma só e mesma fonte, que é a vontade do grupo social" (pág 38). Nesta publicação são enumeradas como fontes do direito o costume, lei e jurisprudência. Aqui, importa ressaltar que o costume é elevado a categoria de principal fonte do direito, na verdade, o autor afirma, categoricamente, que "não seria exagerado dizer que é a única fonte de direito." (pág. 39).

Por fim, fechando a primeira parte do livro, discorre-se sobre os fatores econômicos, políticos e culturais que determinam a evolução do direito.

Em um segundo momento, esta publicação nos leva a conhecer a face da ciência do direito, contudo não nos leva a conhecer a sua alma. Discorre sobre as origens dessa ciência que tem por objeto preceitos normativos, lembrando Montesquieu, o fundador da ciência jurídica e Emile Durkheim, que fixou definitivamente as relações entre o direito e sociologia. Importa ressaltar que, esta obra procura, ainda, estabelecer a diferenciação entre técnica e ciência, bem como os métodos utilizados pela ciência do direito e ao final discorre-se sobre a unificação do direito.

Esta pequena obra, escrita em linguagem didática e objetiva, procura dar uma visão do direito sobre o prisma da concepção sociológica, bem como, da ciência do direito, destinando-se tanto aqueles que iniciam o estudo do direito, como da sociologia e filosofia. É uma importante publicação pois ensina a ver o direito no seu aspecto dinâmico, como fato social, apresentando fundamentos teóricos que ajudam a compreender as concepções do Direito Alternativo, e até a mesmo da Teoria Tridimensional do Direito, quando esta analisa o aspecto fato.

Cristina Paula Pera

Especialização em Direito - PUC-Campinas

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro - RJ, Lumen Juris, 1997

O autor, além de ser mestre e doutor em Filosofia, é bacharel em Direito. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ), implantou as disciplinas **Filosofia do Direito** no curso de graduação e **Teorias da Justiça** no curso de mestrado em Direito. Desde 1970 integra o Departamento de Filosofia daquela faculdade.

Percebe-se a grande influência do pensamento **fenomenológico existencial** na formação do autor, que, em 1945 apresentou como tese de Cátedra, o trabalho intitulado *O método fenomenológico na psicologia*. Sob essa influência, que é feita a abordagem da obra.

O livro analisa o tema *Filosofia do Direito* e, como o próprio título revela, está dividido em cinco partes ou cinco lições, como quer o autor.

Curiosamente, não existem citações doutrinárias durante toda a apresentação do tema, o que torna a obra peculiarmente interessante, uma vez que se baseia nas várias categorias históricas já consolidadas. No entanto, ao final do livro, nos é apresentada bibliografia crítica, com a indicação das obras indispensáveis para análise do assunto.

A obra é um verdadeiro convite ao debate do tema Filosofia do Direito, sob o prisma do pensamento fenomenológico existencial.

A primeira parte do livro nos apresenta a indagação do que é a Filosofia. A preocupação não é a de fornecer uma resposta objetiva à pergunta proposta, mesmo porque, tal resposta é impossível de ser obtida, conclui o autor. Ao contrário, procura traçar uma visão ampla de algumas questões que desafiam o pensamento filosófico. Se por um lado não é possível chegar a uma resposta do que é Filosofia, é nesta primeira parte, ainda, que Cortês Guimarães nos aponta qual o seu objeto, ou seja, o **fundamento**.

O filósofo adverte, outrossim, que a questão do método não deve ser preocupação da Filosofia, eis que sua questão precípua deve ser a **questão dos fundamentos** e finaliza com a advertência de que à atividade filosófica deve estar sempre inerente à reflexão.

A segunda parte da obra analisa os **fundamentos do Direito**. Em síntese, a crítica que se faz é de que o fundamento último do Direito, ao contrário do que pugnam alguns doutrinadores, não está no Estado, através da edição de normas legais. Para Cortês Guimarães, os fundamentos do Direito devem ser entendidos como as raízes, os princípios das origens, a própria consciência humana.

Nesta visão, deve-se compreender que tudo depende do modo pelo qual o homem apreende os **valores**. Daí, concluirmos com o autor que não há como se falar em fundamentos do direito fora de um contexto histórico do *mundo da vida*.

A terceira lição trata dos **fundamentos da justiça**. O autor nos lança a seguinte indagação: "O que é justiça?". A leitura do capítulo evidencia que não se pode fazer uma dicotomia do conceito de justiça e da própria consciência humana. A Justiça encontra fundamento na própria consciência. E somente através de seus valores, da distinção do bem e do mal, do justo e do injusto é que chegaremos próximo aos fundamentos da justiça.

A questão dos valores é analisada na quarta parte da obra. Da mesma forma que não se pode entender a justiça separando-a da consciência humana, não podemos isolar os valores sem considerarmos o segundo elemento. Para que possamos considerar os valores, devemos fazê-lo face à consciência de quem valora. Falar de valor é falar da intuição emocional da consciência.

Com perspicácia, o autor conclui, neste momento da obra, que a valoração quase sempre ocorre em razão das urgências abrigadas pelo Direito, ao invés de decorrer da reflexão.

O derradeiro capítulo do livro é reservado à análise dos fundamentos do direito de punir. A análise feita, gira em torno da *necessidade de coexistência*, ou se aceita o direito de punir ou se

admite que a própria liberdade do homem o leve ao caos. Na visão do autor este é o drama da existência humana, visto que "a punição é ato de afirmação da idéia de justiça em direção à realização das infinitas possibilidades da existência humana, enquanto queda, abandono, temor e preocupação. Buscar aquilo que funda o direito de punir, em última análise, é interrogar sobre o paradoxo da existência.

A leitura da obra nos leva a profundas reflexões, principalmente dos conceitos e fundamentos do Direito, da Justiça e dos valores que os formam.

A linguagem é clara e objetiva, nos incitando ao raciocínio constante dos temas propostos. Leitura indispensável, não só para os debutantes da Filosofia do Direito, mas também para todos os juristas que pretendam aprofundar seus conhecimentos culturais e filosóficos.

Rodrigo Otávio Coelho de Souza

Especialização em Direito - PUC-Campinas

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1994

O tema "dano moral" ganhou especial relevância com o advento da Constituição Federal de 1988, que sufragou a tese de sua reparabilidade, incluindo a matéria no artigo 5º, que dispõe sobre os direitos fundamentais das pessoas.

Inúmeros doutrinadores têm dedicado grande atenção ao assunto e diversas obras surgiram abordando a questão. Neste contexto, podemos destacar a excelente monografia de Carlos Alberto Bittar.

O autor, Juiz do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo e Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da USP, esgrime o tema de forma clara e precisa, tanto sob o aspecto doutrinário, como pelo prisma jurisprudencial.

O livro é resultado de inúmeras pesquisas doutrinárias realizadas pelo autor que se valeu de vasta bibliografia para sua elaboração. Oferece ao estudioso uma visão sistemática e atualizada da Reparação Civil por Danos Morais.

A obra está dividida em quatro partes. Na primeira, o autor parte da noção de dano no âmbito jurídico e evolui para análise dos danos morais, suas diferentes perspectivas de classificação, os reflexos na esfera jurídica e acaba por cotejá-lo aos danos materiais.

A segunda parte é reservada à análise dos danos morais inserida na teoria da responsabilidade civil. Neste aspecto, o autor analisa a extensão jurídica dos danos morais, sua forma de reparabilidade à luz da jurisprudência moderna, o posicionamento da matéria na legislação pátria e a situação no direito comparado. Como desfecho desta parte, o autor tece comentários sobre a teoria da reparabilidade plena.

A penúltima parte do livro destina-se ao estudo do direito à reparação, dos fatos geradores, o momento da caracterização dos

danos morais, seus fundamentos, os responsáveis e titulares do direito à reparação e as áreas em que se projeta. O desfecho desta parte ocorre com a abordagem do estágio atual da teoria da reparação por danos morais.

Por fim, o autor encerra a obra fazendo algumas reflexões sobre o tema, em verdadeira síntese do trabalho, fornecendo ao profissional do direito algumas orientações básicas sobre a reparabilidade dos danos morais.

A obra é rica em indicações bibliográficas e jurisprudências e, por isso, torna-se leitura obrigatória para os neófitos no tema e para os profissionais que operam com o Direito Civil.

Rodrigo Otávio Coelho de Souza

Curso de Especialização em Direito PUC-Campinas

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.7.95.**
São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A obra em pauta, do proeminente e renomado jurista e professor José Rogério Cruz e Tucci, vem apresentar-se como uma das primeiras publicações sobre Ação Monitória, voltadas para o ordenamento jurídico brasileiro. A análise desta obra, possibilita vislumbrar as propostas de inovações de ordem processual implementadas pela lei nº 9.079/95, as quais, a partir da publicação da lei, começam a fazer parte da rotina dos estudiosos e profissionais da ciência jurídica.

O autor traça as linhas do que é o procedimento monitorio, sua origem, ou seja, seu histórico, e as vicissitudes do instituto em apreciação. Após estes aspectos introdutórios e históricos, passa a discorrer sobre os aspectos teóricos e práticos condizentes a legislação brasileira.

Na primeira parte da obra, o autor deixa claro as dificuldades, de ordem procedimental, causadas pela falta de agilidade e, pode-se dizer a falta de eficácia do procedimento comum quando este é invocado para a prestação da tutela jurisdicional. Num segundo momento, na narrativa dos fatores de ordem histórica, é por demais evidente a sistemática análise das origens do procedimento monitorio ou injuntivo, vislumbrando o entendimento da evolução do mesmo até chegar à legislação brasileira.

Na terceira parte da obra, temos a exposição dos fundamentos dogmáticos, pressupostos e cabimentos, aos quais serão admissíveis o procedimento monitorio. Por fim, na quarta e última parte da obra, nos é apresentado o procedimento monitorio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, delimitado seu conceito, hipóteses, cabimento, natureza, conduta do autor e do réu em face ao procedimento e seus requisitos fundamentais.

Da análise da obra, temos, como enfoque principal, que o procedimento monitorio tutela prontamente o direito subjetivo do

credor, o qual ao se encontrar desprovido de título executivo e sofrendo frustração em seu crédito pela falta do mesmo, de que este possa buscar sua pretensão pelo procedimento monitório, efetivando com maior eficácia e agilidade sua pretensão. Deixará, assim, o credor de se submeter ao procedimento comum, via de regra cada vez mais demorado, e possa buscar a propósito de sua circunstância e na qualidade de credor, o procedimento monitório para satisfazer sua pretensão, conseqüentemente cumprindo o Estado a prestação da tutela jurisdicional com a celeridade exigida para a pretensão de se fazer cumprir a justiça.

Contudo, devemos salientar e perceber que o procedimento monitório somente é recomendado e aplicável para lides onde não ocorram questões de alta indagação, tanto a nível teórico como fático. Somente em matérias onde o contencioso estabeleça-se como simples, como por exemplo cobrança de honorários por profissionais liberais, títulos cambiais que carecem de requisito de ordem formal e, ou estejam prescritos, etc., se admitirá a aplicabilidade do procedimento monitório.

Diante das colocações, ressalta-se, oportunamente dentro do entendimento de quem subscreve, que a ação monitória como um todo, veio a inovar nosso sistema jurídico, dado ser esta de extrema necessidade devido as suas peculiaridades procedimentais de rito especial, dado agilidade e rapidez ao andamento de algumas questões onde a tutela jurisdicional do Estado é mais rapidamente alcançada.

O Poder Judiciário, responsável por uma gama cada vez maior de processos, submete-se a ineficiência do rito ordinário, comumente empregado na maioria das ações cíveis. A tutela jurisdicional invocada ao Estado fica cada vez mais longe de ser alcançada com eficiência e rapidez, e por que não dizer com imediatividade, requisitos sempre necessários e exigidos por uma sociedade moderna.

Finalmente, creio que a obra analisada evidencia a preocupação e, mesmo a tendência por parte do legislador de se buscar mecanismos procedimentais que possam dar celeridade ao processo, almejando a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Maria Aparecida Bruno de Moraes

Especialização em Direito - Área Direito Processual Civil.
Matérias Complementares - PUC-Campinas.

Editoração e Impressão
Deptos. de Composição e Gráfica da
PUC-Campinas