

PERPLEXIDADES IDIOMÁTICO-JURÍDICAS (II)

J. M. OTHON SIDOU

SUMÁRIO – *Fenômeno jurídico – Ato jurídico (Negócio Jurídico – Ato ilícito) – Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Domínio e Propriedade – Prescrição e Decadência – Bem. Bens – ‘Esposo’. Nubente – Heterotopia – Direitos fundamentais, direitos individuais – Proventos – Solvível e ‘solvável’ – Re-ratificação e Reti-ratificação – ‘Pode’ e ‘deve’ – Pronúncia restituída do Latim – Hológrafo ou ológrafo – Talião – Ordálio ou ordália.*

Em prosseguimento aos artigos publicados na edição anterior desta Revista, reúnem-se aqui outras expressões jurídicas que induzem ou podem induzir hesitação em quem escreve ou soam duvidosas a quem as lê, não raro empregadas de maneira deturpada e conduzindo a entendimento diverso.

São notas escritas a esmo, sem busca interligação, e não há propósito outro no divulgá-las além de orientar os que manejam a ciência do direito, a qual, mais que qualquer outra, depende da boa comunicação oral e escrita.

Fenômeno jurídico – Fato jurídico – Ato jurídico (Negócio jurídico – Ato ilícito). – Os principiantes no estudo do Direito quedam sempre em perplexidade na distinção dessas figuras, que formam a ossatura da própria ciência jurídica. Entretanto, as dúvidas se esfazem ao se buscar a definição de cada um desses elementos vocabulares sem pomposos rodeios de erudição.

Fenômeno Jurídico é todo acontecimento (natural ou resultante de ação humana) capaz de produzir eficácia na ordem jurídica. Uma vez produzida essa eficácia, tem-se em concretitude o *fato jurídico*, que é o acontecimento de que resulta ou pode eventualmente resultar um vínculo entre as pessoas, uma das quais titular de um direito. A esse vínculo chama-se *relação jurídica*, que tanto pode

exaurir-se na conduta do titular, envolvendo direitos subjetivos oponíveis *erga singulum*, como pode incidir sobre alguma coisa material ou imaterial, envolvendo direitos subjetivos oponíveis *erga omnes*.

Quando o fato jurídico resulta de ação humana recebe a denominação de *ato jurídico*.

Tem-se, pois, que o acontecimento, ou *fenômeno jurídico*, em razão da 'eficácia', gera o *fato jurídico*, o qual, se resultante de ação humana, dá lugar, pelo concurso da vontade, ao *ato jurídico*.

Ato jurídico é, portanto, todo fato jurídico resultante da vontade ou intenção do agente, seja em caráter lícito ou ilícito, seja por nuto próprio ou ficto, e sempre resultante de imperativo legal. No caso da intenção censurada por lei, voluntária ou presumida por essa, diz-se *ato ilícito*; no outro (intenção lícita) é de melhor proveito chamar-se *negócio jurídico*.

De melhor proveito porque, em assim tratando, dá-se um nome específico ao que é espécie e não gênero. Gênero é o *ato jurídico*; espécies desse gênero são o *ato ilícito* e o *negócio jurídico*.

A denominação 'ato jurídico' para os atos lícitos é consignada nas legislações inspiradas no direito francês, inclusive no Código Civil pátrio, quando define o modo de proceder levado a efeito com a intenção lícita e imediata de adquirir, conservar, transferir, modificar ou extinguir direitos (art. 81). A outra denominação provém do direito alemão – *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico), que encima a Seção III, do Livro I (Parte Geral), do *BGB*.

Mais significativa do que a apontada distinção classificatória é a vertente etimológica do termo.

A palavra 'negócio' procede do latim *negotium*, por sua vez derivada de *nec* (não, arcaico) mais *otium* (ócio, omissão). Etimologicamente, negócio é a ausência da inércia, ou do não fazer; é toda atividade, ou ato, 'que *pode* ser feito', o que resulta do pressuposto de que sua fatibilidade é legítima, ou lícita. Ora, nem todo ato jurídico, como acima ressaltado, é lícito, daí porque *ato jurídico* tanto pode ser a conduta permitida como a vedada por lei. A expressão *ato* fica bem empregada, com o qualificativo, para *ato ilícito*, ou aquilo que não pode ser permitido fazer.

O direito romano não constituiu uma teoria geral do ato jurídico. Essa teoria é recente, surgiu no século XIX, daí as sinuosidades que apresenta.

Os códigos civis que se espelharam no sistema francês são em magna parte responsáveis pela apontada perplexidade, por permitirem induzir que o *ato ilícito* não é *ato jurídico*, como o é tanto quanto o *negócio jurídico*, indução que é tanto maior quando, como o nosso, tratam ambas as figuras em *títulos* autônomos.

O Código Civil português, de 1966, já emprega a expressão própria:

negócio jurídico. Mas por outro lado, teimosamente, porque reconhecendo a imprecisão, o Projeto de Código Civil brasileiro (da Câmara dos Deputados) procura acertar, embora persista na cinca: trata os negócios jurídicos como ‘atos jurídicos *lícitos*’ e mantém, sem o duplo qualificativo, a denominação ‘atos ilícitos’, como se esses também não fossem atos jurídicos. E se não são, por que deles cuidar num corpo de leis?

Em resumo de todo o exposto. *Fenômeno jurídico* é todo acontecimento capaz de produzir eficácia na ordem jurídica. Ocorrido o acontecimento por efeito dessa eficácia, há o *fato jurídico*. O nascimento e a morte do ser humano são fenômenos jurídicos de que necessariamente resultam fatos jurídicos, à medida em que produzam eficácia na ordem jurídica. Se ao fato jurídico reunir-se a vontade, ou intensão, temos o *ato jurídico*, unicamente produzido pela ação humana. Se lícita a vontade, caracteriza-se o *negócio jurídico*; por outra forma, o *ato ilícito*.

Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. – A sistemática brasileira deu foros de locução trimembre, e vulgarizou à larga, a expressão deste artigo, ao ponto e deixar induzir pelos menos atentos que são três figuras distintas, quando as duas últimas integram o primeiro elemento enunciativo.

"O direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada" são palavras assim empregadas na primitiva Introdução ao Código Civil, de 1916, em respeito ao cânon emanado das Cartas do Império (art. 179, item 3º) e da primeira República (art. 11, item 3), o qual, em sentido largo, impedia a edição de leis retroativas. Dessa Introdução ao Código, a locução transitou imodificada, como declaração de direitos individuais, ou fundamentais, para as Constituições de 1934 e seguintes, menos a Carta de 1937, que omitiu o preceito. Naquelas, e na atual, substituiu-se apenas o disjuntivo *ou* pelo conjuntivo *e*, o que não altera o sentido destas considerações.

Em primeiro lugar, anote-se que há uma diferença acentuada entre ‘vedar a prescrição de leis retroativas’ (Carta de 1891) ou negar à lei ‘efeito retroativo’ (Carta de 1824), e a locução em estudo; esta retira o sistema jurídico brasileiro do rol de nações que fazem da irretroatividade a regra, para ter como regra, entre nós, a retroatividade e como exceção a irretroatividade. Então, no Brasil a lei pode ter efeito retroativo, desde que – aí a exceção – não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico e/ou a coisa julgada. Este é o raciocínio de Merlin, F. A., exposto no já recuado ano de 1825, em seu ‘Repertoire Universel’, de Bruxelas (vª *Loi*): a índole da lei, uma vez posta em vigor, é ser retroativa, *salvo* as situações que forem preservadas por princípio maior, e que vem a ser o direito adquirido.

Essa locução é abrangente, e tudo o mais que se diga é supérfluo, bastando tomar à letra a mais singela das definições de ‘direito adquirido’, é pioneira, devida a Chabot d’Allier (*Questions transitoires sur le Code Civil* – Dijon, 1829): o direito que está irrevogavelmente conferido e definitivamente obtido antes do fato, do ato ou da lei que se lhe possa opor.

Lógico, exuberantemente lógico, é ter que o ato jurídico perfeito (definitivamente obtido) e a coisa julgada (irrevogavelmente conferida) constituem direito adquirido, e o mais que se possa a ele acrescentar é mera superfetação.

Domínio e Propriedade. – Há uma corrente de juristas que intenta distinguir essas duas expressões de direito real, reservando o ‘domínio’ às coisas corpóreas e a ‘propriedade’ a tudo que é suscetível de entrar no patrimônio de alguém.

Remontando ao direito antigo, que é a única fonte que nos pode propiciar esclarecimento seguro, observa-se que há, naquela distinção, uma troca de conceitos.

A jurisprudência clássica não se deteve na diferenciação entre *dominium* e *proprietas* para qualificar a dominação jurídica sobre uma coisa. Um dos mais antigos empregos da palavra *proprietas* (oriunda de *proprius*) encontra-se no elogio de Murga, já no principado de Augusto, sendo certo que o termo *dominium*, decorrente de *dominus*, por sua vez oriundo de *domus* (= casa, ou universo patrimonial) a ela, *proprietas*, se antecipou, e gozou de exclusivo emprego na jurisprudência pré-clássica e clássica. A vetusta e tabulária *manus* atribuída ao *paterfamilias* é o que se pode considerar de natureza incorpórea; é um poder onímoto. Lê-se em *D.*, 50.16.195,2: “*pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet*” – aquele que tem o domínio sobre a ‘casa’, logo a seguir conceituada essa como ‘certo corpo em que se compreende o direito próprio sobre as pessoas e tudo aquilo que a compõem’, segundo explica o jurisconsulto Paulus, *ad Edictum*, 46, fonte do fragmento citado no Digesto.

Outrossim, presume-se que a distinção entre os dois vocábulos surgiu para efeito da relação do usufruto, confrontando o *dominus usufructus* e o *dominus proprietatis*.

O certo, porém, é que essa distinção repontou dos filósofos gregos, tão pronto absorvida pelos filósofos romanos, dando origem aos conceitos de *res corporales* e *res incorporales*, de antanho inexistente, sabido que, segundo a velha mentalidade romana, coisas (*res*) eram apenas os objetos de natureza corpórea, que se podem tocar, ou segundo Gaio, 2.12.14 – *quae tangi possunt*.

Foi na época romano-helênica, portanto, que as duas expressões se

individualizaram, embora sem constituir institutos distintos. *Dominium* continuou a designar não somente a propriedade, a coisa corpórea, mas também outras situações em que prepondera o direito obrigacional, tais como a herança, o usufruto, as servidões, em suma os direitos hoje ditos imateriais.

Dessume-se daí e sem necessidade de contorcer o sentido puro das expressões, que *domínio* é tudo que forma o patrimônio, abrangendo as coisas materiais, denominadas *propriedade*, e os direitos imateriais; é ele, domínio, o continente, de que a propriedade é um segmento.

Prescrição e Decadência – Aí estão dois institutos cuja discriminação tem-se dito constituir a *crux maxima* dentre todas as *cruces magnae* do direito. Basta dizer que há mais de dois séculos, precisamente a partir de 1764, quando o jurisconsulto Donello visualizou que ambas são figuras distintas, os doutrinadores – e são todos os corifeus do direito civil – se esforçam, em vão, por erigir para a *decadência* uma função própria, departida da que tradicionalmente deu contornos à *prescrição* pleonasticamente chamada *extintiva*, elaborada pelo direito romano, desde o ano 424, por uma constituição de Teodosio II.

Malgrado as características comuns aos dois institutos, que de logo sobressaem em intensidade e por isto lhes dificultam a polarização, antes toleram uma correlação quase íntima, trata-se indubitavelmente de figuras que guardam certa analogia, mas também acentuados antagonismos.

Fazem-se análogos prescrição e decadência quanto – ao decurso do prazo como fator operativo (*tempus omnia solvit*), e à inércia do titular (*dormientibus non succurrit ius*).

Entretanto, postas em confronto, as divergências manifestam-se em que:

a) na decadência, o prazo é fatal, inultrapassável, enquanto na prescrição é suspensivo ou interruptivo, segundo estabelecido em lei (Código Civil, arts. 168-171);

b) a prescrição tem conotação punitiva contra a inércia do titular; a decadência não carrega a idéia de coima, porque, antecipada à inação do titular, previne que aquele dado direito só tem vida se exercido naquele dado prazo;

c) a prescrição é produto exclusivo da lei, como preservativo da ordem jurídica e da estabilidade social, aliás seriamente comprometidas se as faculdades de postular fossem eternas; a decadência, embora também assentada por lei, nesta tem mais um programa do que uma estatuição, é mais regra do que norma, e, com o mesmo intuito disciplinar, pode ser estabelecida por ato de vontade (contrato ou testamento) ou por decisão judicial; o que não ocorre com a prescrição.

d) a prescrição não pode ser declarada de ofício pelo juiz quando se trata

de direitos patrimoniais (Código Civil, art. 166); a decadência, em qualquer caso, há de ser necessariamente declarada, independentemente de arguição da parte interessada.

Num esforço de síntese, que se faz simpática pela singeleza da comunicação embora se debilite quando encarado o rigor científico, tem-se que a prescrição é suscetível de ser interrompida, enquanto a decadência não se interrompe. Isto é simplesmente abordar o efeito sem atentar para a causa. Outra distinção periférica, também despida de maior profundidade, é ter que a prescrição se relaciona com a ação (é ela que se consuma) e a decadência se vincula ao direito (é ela que caduca). Uma, a prescrição, se insere no direito processual. Outra, a decadência, no direito material. E tão periférica é, que dá lugar curiosamente ao sentido inverso. Há os que sustentam que a extinção do direito é que se opera por efeito da prescrição; e a extinção da ação, por efeito na decadência. Assim, o direito prescreve, a ação decai...

A teoria que se reveste de mais substância, no entender de quem ora escreve, é a que erige não a ação nem o direito como elemento da questionada diversidade, porém a *pretensão* do titular. Se a pretensão é de natureza objetiva em torno de um direito, noutras palavras, se ela se concentra no direito apenas, tem-se a decadência. Se, ao contrário, é de índole subjetiva, visando a uma prestação por parte de um sujeito passivo, tem-se a prescrição.

Como é ressabido, o Código Civil brasileiro trata englobadamente, e atabalhoadamente, a prescrição (extintiva) e a decadência (ou caducidade), sob a justificação, pelos juristas da época, de que "o fundamento capital da prescrição extintiva está no interesse patrimonial" e "quando se fala em prescrição, acode à mente o direito patrimonial". São quarenta e oito itens reunidos pelo quilométrico artigo 178, no capítulo titulado "Prescrição", dos quais vinte e oito – em significativa maioria – entendem com a *decadência*.

Observando-se com certa acuidade este artigo 178, pode-se deduzir que os prazos prescritivos dizem apenas com situações subjetivas, ou sejam, as ações destinadas a exigir de outrem prestação de dar ou fazer, enquanto os prazos decadenciais envolvem situações objetivas, dizem com direitos pré-constituídos; a saber, os relacionados com a anulação do casamento, a outorga conjugal, o vício redibitório, a contestação da paternidade, a revogação de doações, a desoneração de imóveis, a nulidade de partilha, a demanda por efeito de avulsão, o desligamento da adoção, o resgate (ou retrato) de imóvel vendido, a anulação ou rescisão de contrato, a impugnação pelo filho do reconhecimento da paternidade, a exclusão de herdeiro e o direito de propor ação rescisória.

Mas a verdade é que, não perfunctórias embora, nenhuma ~~as~~ diversas teorias que têm surgido como novo 'fanal' visando a traçar a raia entre as duas figuras, chegou a preencher seu objetivo no caráter cientificamente desejado.

Bem. Bens – Na linguagem jurídica, ‘bem’, derivado do advérbio latino *bene*, a sua vez relacionado ao substantivo neutro *bonum*, -i (utilidade, vantagem, proveito), é tudo aquilo que o indivíduo ou a coletividade pode dispor, gozar ou fruir, em caráter material ou imaterial. É esse caráter onímodo que aconselha distinguir a expressão singular do plural ‘bens’, reservando essa, geralmente, a tudo que é apto a constituir um patrimônio, e destinando aquela às ações humanas, de natureza abstrata.

Diz-se, então, *bens* – adventícios, alienáveis, antifernais, caducários, ou vagos, comunicáveis, comuns, corpóreos, de raiz, dominicais, ou dominiais, fora de comércio, imóveis, intelectuais, móveis, parafernais, profectícios, públicos, particulares, patrimoniais, registráveis, reservados. E diz-se *bem comum* (o mesmo que ‘justiça social’, ou conjunto de situações de vida social capaz de assegurar a realização dos fins humanos), *bem estar* (comodidade, tranquilidade, segurança), *bem jurídico* (as coisas materiais, quanto ao valor econômico, e imateriais, quanto a um interesse moral, que podem constituir objeto de um direito).

A exceção observa-se quanto a *bem de família*, que é imperioso singularizar em razão de qualificar uma só coisa, o prédio em que o chefe de família, marido ou mulher, institui para domicílio familiar, com a precautela de torná-lo imune de execução por dívidas futuras (Código Civil, arts. 70-73; Dec.-lei nº 3.200, de 19.4.1941, arts. 19-23).

‘Esposo’. Nubente – São duas palavras cujo emprego confunde quem tem o cuidado de bem expressar-se. Uma, por indubitosa inaplicação em face do direito civil atual. Outra, por ampliação do gênero gramatical.

O vocábulo ‘esposo’, masculino ou feminino, singular ou plural, aplicado depois do casamento, desnatura sua origem etimológica. Derivado do latim *sponsa*, para a mulher, e *sponsus*, para o homem, quer dizer prometido (a), e só tem cabimento na condição de promessa, ou compromisso assumido quanto a fazer alguma coisa, não no estado civil constituído. Relaciona-se ao instituto dos ‘esponsais’, também chamado ‘desposório’ ou ‘desponsório’ – simplesmente contrato pré-nupcial.

No direito antigo, mais precisamente no próximo passado, tanto que deixou reminiscência no artigo 1591 do Código Civil português de 1966, os sponsais eram a promessa de casamento formalizado com muita antecedência por escritura firmada pelos pretendentes à boda, por seus pais ou representantes legais, em cujo instrumento se ajustavam pactos ou convenções, com a conseqüente multa penitencial em caso de ruptura. Note-se, tinham cabimento esses ajustes enquanto promessa de casamento, nunca para a situação gerada

pelo vínculo matrimonial, e tanto promessa é que os Códigos civis (v.g., da Bolívia, de 1845, art. 84) estabeleciam idade muito abaixo da puberdade para os futuros consortes, dez anos no dispositivo citado.

‘Esposo’ (*sponsus*) e ‘esponsais’ (*sponsalis*) derivam da mesma fonte latina, o verbo *spondeo*, *spondere*, do qual também resultou *sponsio*, -*onis*, o mais antigo modo ritualístico de compromisso, formalizado por meio da balança e do cobre (*per aes et libram*).

Deste modo, os sponsais, que remontam ao direito arcaico, venceram as Idades humanas e, subsistindo no regime as Ordenações, constam da ‘Consolidação das Leis Civis’, de Teixeira de Freitas, nos artigos 76 e seguintes. Ali, no artigo 88, lê-se que “os *esposos* podem excluir a comunhão de bens, no todo ou em parte”, numa específica referência a pretendentes, posto como o capítulo no qual dito dispositivo está inserido disciplina os “esponsais e pactos nupciais”, não o casamento, objeto do capítulo seguinte. Nesse, não mais tem emprego a palavra ‘esposo’.

Também por coerência, ‘desposar’ significa contrair sponsais, ajustar casamento, e o pretérito do verbo não tem cabimento depois do *coniugium* celebrado.

O Código Civil pátrio, de 1916, eliminou o já de muito ultrapassado instituto dos sponsais, e, por lógica, não emprega uma só vez a palavra ‘esposa’ nem, mais antipático ainda, ‘esposo’.

A propósito, salienta Ruy Barbosa no ‘Parecer sobre a Redação do Código Civil’, comentário ao artigo 199, item I, do Projeto da Câmara: “*Esposos*, propriamente, são os que ajustaram casamento, ou estão para casar, e só por extensão se usa a palavra a respeito dos matrimoniados. Por que, tendo o nome específico (alusão a ‘conjugues’) nos iríamos servir do menos próprio, dúplice no sentido e suscetível de ambigüidades?”

Admitindo o emprego ‘por extensão’, foi reverente o grande Ruy à linguagem popular, não jurídica.

A outra expressão, ‘nubente’ não guarda o gênero gramatical originário. Sua vertente está no verbo *nubo*, *nubere*, que quer dizer casar-se, a mulher, não o homem, e deu origem, ainda em latim, ao adjetivo *nubil*, *nubile*, que significa em idade para casar.

Ora, se *nubere* é termo só apropriado à mulher, por lógica o adjetivo daí derivado segue a mesma característica. Tanto que, como observam os dicionaristas, casar-se (o homem) tinha expressão própria – *ducere uxorem*.

Foi na linguagem vulgar, ou do latim decadente, não clássico, que esse adjetivo passou a ter emprego independentemente de sexo. É a falta de termo próprio masculino (o alemão tem o vocábulo adequado, *heiratsfähig*, capaz de casar) que leva a permissividade no estender ao homem casadouro uma

característica que seu *sexus virilis* não poderia assumir.

O Código Civil, ao diverso do comportamento com o vocábulo 'esposa', consagra mais de uma vez 'nubentes'. No artigo 181 § 2º, lá está a expressão, que não decorre de qualquer dos textos que lhe deram origem, introduzido, com certeza, em redação final. O Projeto Clóvis empregava 'nubentes' no artigo 226, mas já no Projeto da Câmara essa expressão foi corrigida para 'contraentes', e assim está no definitivo artigo 192. No artigo 192, oriundo do artigo 198 do Projeto Clóvis (art. 198), voltou a ter emprego 'nubentes', graças a emenda desta vez da lavra de Ruy Barbosa.

Não foram, portanto, as línguas neolatinas, mui particularmente o português, que operaram a assexualidade; foi o próprio latim vulgar, quicá o latim tardio, do qual aquelas derivaram.

Ninguém contesta que quem faz a língua é o povo. Mas sobre os ombros dos juristas pesa a enorme tarefa de conter as permissividades populares, quando destoam da pureza idiomática. A menos que uma nova Babel se levante confundindo a comunicação dos que falam a mesma língua. E, quanto ao direito, isto seria catastrófico.

'Heterotopia' – Palavra formada do grego *àterós*, na acepção de diferente, e *tópos*, lugar, heterotopia tem emprego com respeito àquilo que está disposto fora do sítio compatível. Na linguagem jurídica, emprega-se para qualificar o defeito de técnica legislativa com relação ao dispositivo da lei situado fora de sua sequência lógica.

O Código Civil oferece exemplo pra a espécie no artigo 76, ao perfilhar a regra nitidamente processual – "para propor ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral" – reminiscência da época em que o processo era servidão do direito civil. Outra mostra oferecida pelo mesmo Código Civil depara-se no artigo 648, sobre a extinção da propriedade por causa outra que não a condição sob a qual foi o direito constituído. Posto no Capítulo sobre 'propriedade resolúvel', seu objeto foge ao conceito-título, que é dedicado à condição resolutiva.

Mas esses são casos de heterotopia inocente, porque não comprometem a interpretação, e poderá dizer-se, com rigor, serem excesso legislativo.

Comprometedor, porém, à exegese afigura-se o princípio inserido na Constituição Federal de 1988 – "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e geral", e configurado como parágrafo 1º do artigo 5º.

O *parágrafo*, em boa técnica legislativa, é complemento do artigo, quando nele não se puder expressar a idéia por inteiro ou se fizer necessário

prosseguir na idéia nele contida, para esclarecê-la, ampliá-la ou reduzi-la. Nunca ele deve conter uma idéia fundamental, ou autônoma. Seu próprio sinal gráfico, duas letras 's' entrelaçadas, é abreviatura de *signus sectionis*, ou sinal de separação. Desse modo, o que se contiver num parágrafo diz apenas com o artigo a que está subordinado, sem trânsito para exprimir uma idéia solta.

Tal como está na Constituição, apenas os 'direitos e garantias fundamentais' que têm aplicação imediata são os constantes do quilométrico elenco do artigo 5º, quando seu propósito é outro.

Esse artigo 5º refere-se aos 'direitos e deveres individuais e coletivos', que é o título do Capítulo do qual é artigo único. Mencionando expressamente 'direitos e garantias fundamentais', o indigitado parágrafo 1º ultrapassa a linha que lhe seria própria, para acobertar todos os direitos e garantias fundamentais constantes do Título II da Carta, assim não somente o que se contém no artigo 5º, mas também todo o elenco dos 'direitos sociais' (arts. 6º a 11), que formam seu Capítulo II e são 'direitos fundamentais' tanto quanto os do Capítulo I.

A preocupação em disfarçar, pelo artifício da concentração de artigos, os numerosos dispositivos que fazem da Constituição Brasileira a mais extensa do Mundo em preceitos, bem maior do que a da Índia, deu lugar a essa heterotopia, com desprezo da técnica legislativa pura.

Direitos fundamentais, direitos individuais – Neste mesmo balaio, embora não como heterotopia, tem azo advertir que a Constituição propicia outra perplexidade no artigo 60 § 4º, ao estipular que não será objeto de deliberação a proposta de emenda (a ela) tendente a abolir (item IV) "os direitos e garantias individuais".

Considerando que seu Título II versa sobre os 'direitos e garantias fundamentais', e que o Capítulo I, desse Título, diz com os 'direitos e deveres individuais', pode a diferença de expressões induzir que apenas ficam resguardados de emenda os setenta e oito itens do artigo 5º.

Ora, não deve ser assim entendido o preceito, muito embora de direito singular, constante do desdobramento do citado artigo 60 § 4º.

A dúvida ressalta da confusão que se faz no emprego da locução 'direitos individuais'.

Direitos fundamentais, direitos coletivos, direitos individuais, direitos do homem e direitos humanos significam uma só coisa, e a expressão 'individuais' não restringe absolutamente nada do programa constitucional dentro da polarização indivíduo-Estado. Assim, direitos fundamentais são não somente os que abrangem as primitivas liberdades de ordem individualista – o homem encarado *ut singuli* – como também os direitos difusos da sociedade e os de

natureza socialista, ou 'direitos sociais', termo empregado à justa na própria Carta, sob o mesmo Título I.

Seria, com efeito, um contra-senso que não pudesse ser emendada a Constituição para abolir, v.c., o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5, XIII) e pudesse sê-lo para eliminar o princípio de isonomia salarial do trabalhador (art. 7º, XXX), deixando a escâncaras a desigualdade social.

A coberto de emendas abolitivas, deste modo, são todos os direitos e garantias constantes do Título II da Carta, trate-se-os como 'fundamentais' ou 'individuais', pouco importa.

Proventos – O artifício lingüístico, se em parte atende aos reclamos do tecnicismo jurídico, por outro tortura o significado etimológico, ensejando distorções incômodas. Tal se dá com o termo 'provento', singular ou plural, que os modernos teóricos do direito administrativo intentam reservar à quantia percebida pelos trabalhadores aposentados. Provento seria apenas o ganho da aposentadoria, sem trânsito para o que é percebido como salário, rendimento ou lucro.

Há aí uma redução forçada do significativo da palavra.

Provento, desde o latim *proventus*, quer dizer produção, aumento, auferimento de qualquer resultado econômico. Portanto, tem o mesmo significado de proveito (*profectus*,-us), ambas as expressões derivadas de *proficisco*...-ere, ou provir de, emanar.

Na linguagem moderna e mesmo nas leis, o elemento preposicional torna-se indispensável para se entender o conceito específico de 'provento', o que não ocorre quando se fala em salário ou juro ou aluguel, e assim porque se salário se relaciona sempre à retribuição pelo trabalho, juro ao rendimento do capital e aluguel ao proveito do arrendamento, a expressão em tela é genérica e assim abrange qualquer espécie de ganho em função do capital, do trabalho ou da terra.

Na linguagem constitucional, o conceito restrito não prevaleceu nem prevalece. Assim, a Constituição de 1967 (Emenda Constitucional nº 1, de 1969) falava, no artigo 99 § 4º, em "a proibição de acumular provento não se aplica aos aposentados", deixando às claras que não há proventos apenas da aposentadoria; e, no artigo 102, repetia a expressão proventos 'da aposentadoria', empregando o elemento qualificativo, dispensável se a palavra tivesse sentido específico.

Aparentemente, a Carta de 1988, não tão afeiçoada à boa linguagem nem à desejável coerência, destinou a palavra 'provento' ao âmbito da aposentado-

ria (art. 40 § 4º). Aparentemente, atalhe-se, porque logo adiante (art. 145, II) dá ao vocábulo a sua acepção clássica: "Compete à União instituir impostos sobre (...) renda E PROVENTOS de qualquer natureza". Aí, a nu, estão incluídos os salários na classe de proventos, como ademais incluídos estão todos os ganhos provenientes do capital e da terra.

O derradeiro argumento tem sentido histórico. A aposentadoria pelo trabalho é conquista recente do assalariado. Em Roma, as magistraturas eram anuais e, para os elevados cargos, eletivas, vedada a reeleição para o período imediato, segundo uma lei *Villia annalis*, do ano 180 a.C. Os cargos baixos do mesmo modo tinham ocupação temporária. E nas milícias, a carreira das armas tinha um limite de idade, 46 anos, e se os milicianos recebiam algo além do *salarium*, era na forma do butim ou da distribuição de terras em razão das vitórias conquistadas. Remuneração por aposentadoria é figura inexistente no direito público romano.

Ora, se assim era, ou foi, com que propósito então teria emprego, no velho latim, a palavra *proventus*?

‘Solvável’ ou ‘solvível’ – São palavras, elas e suas formas derivadas e negativas, de larga freqüência, em ambas as modalidades gramaticais, nos domínios dos direitos creditício e falimentar, para definirem a situação de quem pode (ou não) pagar, ou solver seus compromissos; daquele que tem crédito, por poder solvê-los.

‘Solvável’ e seu substantivo derivado são inspiração do francês *solvable* e *solvabilité*, em virtude talvez da influência, bem próxima em objetivo, de ‘vendável’ (francês, *vendable*). ‘Solvível’ advém do latim *solvere* mais o sufixo bimodal latino (*a*) *bile* ou (*i*) *bila*.

Por este prisma, tanto ‘solvável’ como ‘solvível’ seriam de correto emprego, tal como ‘vendável’ e ‘vendível’.

Não é bem assim. ‘Vendável’ não procede do latim, mas forma-se no próprio português, de ‘venda’ mais ‘ável’; é variante de ‘vendível’ (*vendibilis*, da língua clássica), e por isto é que são corretas ambas as formas. Houve, aliás, entre os lexicógrafos de nomeada quem contestasse o ‘vendável’, para depois reconhecer a procedência do termo.

O mesmo não se dá com o ‘solvável’, que vai ao arrepio da etimologia. Em português não há palavra que lhe dê suporte como no caso de ‘venda’, e sua origem há de buscar-se mesmo no latim *solvere* mais o sufixo *ibile*, peculiar aos verbos da segunda e terceira conjugação (infinitivo presente terminado em *era*, breve ou longo, respectivamente). É o caso de cessível (de *cedere*), consumível (de *consumere*), credível (de *credere*), distinguível (de *destinguere*).

Reserva-se o sufixo *abile* para palavras oriundas de verbos da primeira conjugação latina (infinitivo presente terminado em *are*), tais como amável (de *amare*), durável (de *durare*), palpável (de *palpare*), viável (de *viare*), e assim por diante.

Está, pois, evidenciado que 'solvável' é termo de procedência ou por mera emulação francesa, e nem só por isto de emprego impugnável, mas principalmente porque o idioma pátrio possui a forma castiça — 'solvível', e decorrentemente 'insolvível', 'solvibilidade' e 'insolvibilidade'.

Re-ratificação e Reti-ratificação — Os léxicos averbam a palavra 'rerratificação' como o ato de ratificar de novo, ou tornar a ratificar. Mas não mencionam o termo, usadíssimo na linguagem notarial e normalmente empregado em escrituras públicas, correspondente ao ato de, num só instrumento, o interessado ou as partes corrigirem e ao mesmo tempo confirmarem declarações ou propósitos anteriores.

O elemento prefixal 'reti' (do latim *rectus*, -a, -um) é empregado no sentido de endireitar, corrigir, enquanto o elemento prefixal 'rati' (do latim *ratus*, -a, -um = válido, peremptório) indica repetição para confirmar. Envolvem, pois, conceitos diversos.

'Rerratificação', ou mesmo 're-ratificação' com hífen, como ainda empregado na forma tabelioa, significa tornar a dizer, ou a confirmar, corroborar. A expressão não contém, em si, qualquer idéia de emenda ou corrigenda. Há nela apenas um conceito repetitivo.

Quando se pretenda, num ato só ditado pela economia processual, corrigir e ao mesmo tempo confirmar alguma coisa, há de buscar-se arrimo no outro elemento complementar 'reti', que não pode suportar apócope, pela anfibologia que daí resultaria, ou duplicidade de sentido. Deve-se então dizer 'reti-ratificação', ou retirratificação', ao sabor da nomenclatura gramatical em uso.

Esse termo que, como dito acima, não figura nos léxicos ortodoxos, mas tem largo trânsito na linguagem forense, é alfabetado no '*Dicionário*', da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

'Pode' e 'deve' — Os verbos 'poder' e 'dever' são os de maior extração na contextura legislativa. Rara é a lei em que um ou outro, ou ambos, não figurem. E o fato de um indicar gramaticalmente faculdade e outro, obrigação, leva uma apreciação menos atenta a induzir que, na lei, o 'pode' é empregado como permissividade e o 'deve' como imperatividade, o que nem sempre acontece.

A moderna tendência do direito não dispensa, na interpretação da lei e dos negócios jurídicos, o concurso dos métodos sistemático e teleológico, tanto significando dizer que a hermenêutica jurídica impugna o arrimo exclusivo ao método gramatical. E são exatamente aqueles métodos que fazem dispensar pouca atenção ao significado filológico das duas expressões, para entendê-las com o sentido imperativo, não permissivo.

Em princípio, toda vez que a lei configurar-se na forma negativa 'não pode', fica definitivamente afastada toda idéia de permissividade, por envolver direito singular, que por si não admite interpretação ampla; então, a antinomia entre as duas expressões desaparece, e 'não pode' é o mesmo que 'não deve'.

Em regra, também, o verbo 'poder' perde toda idéia de permissão quando empregado em sentido alternativo. "As benfeitorias *podem* ser voluptuárias, úteis ou necessárias" (Código Civil, art. 63). "O uso comum dos bens públicos *pode* ser gratuito ou retribuído" (id., art. 68). "A condição resolutiva da obrigação *pode* ser expressa ou tácita" (id., art. 119). Essas expressões indicam que se trata de uma coisa ou de outra, isto ou aquilo, e o emprego do modo singular do verbo *ser* talvez tivesse melhor aplicação.

Do mesmo modo, o 'pode' perde todo caráter de arbítrio que lhe dá a gramática quando o objetivo da lei envolve a proteção da pessoa ou da sociedade em resguardo do direito adquirido ou para evitar males que sejam ou possam ser irreparáveis.

A Constituição Federal, no art. 5º, item XXV, previne que – "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular". O arbítrio da autoridade restringe-se em escolher essa ou aquela propriedade particular, alguma ou todas, nunca em eximir-se do utilizá-la, quando o imperativo das circunstâncias assim impuser.

O Código Civil, no artigo 162, dispõe que "a prescrição *pode* ser alegada em qualquer instância". Prevalece aí a facultatividade, conferida à parte ou a quem a prescrição aproveita. Mas, no mesmo Código, quando o artigo 214, parágrafo único, versando sobre o casamento de menores para efeito de evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, orienta que o Juiz *poderá* ordenar a separação de corpos até que os cônjuges alcancem a idade legal, não lhe está conferindo nenhum arbítrio, e sim mandando proceder do modo indicado.

O Código de Processo Penal, no artigo 5º § 3º, assenta que "qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento de infração penal, *poderá*, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial". Ainda aqui não se trata de permissão, mas de obrigação. É dever de todos denunciar ato criminoso, porque a sociedade assim o exige.

O artigo 37 do mesmo corpo de leis contém as duas expressões com o puro sentido gramatical; *verbis* : "As fundações, associações ou sociedades

legalmente constituídas *poderão* exercer a ação penal, *devendo* ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem". O 'poderão' é facultativo, ou diretório, o 'deverão', imperativo, ou mandatório.

Esses exemplos mostram que, na lei, nem sempre há adversão entre *pode* e *deve*, e somente o emprego dos métodos sistemático e teleológico permite apurar-lhes a verdadeira extensão.

'Pronúncia restituída' do latim – Surpreendem-se muita vez pessoas instruídas segundo o tradicional ensinamento do latim, sobretudo ministrado em seminários católicos ou por professores dali provindos, quando se pronunciam as palavras da língua mãe escandindo todas as letras e dando-lhes quase o mesmo valor prosódico do idioma pátrio.

Assim falando, segue-se a 'pronúncia restituída', ou com a devolução ao modo de falar da Roma antiga. Proscreeve-se, por essa forma, a articulação introduzida pelo latim vulgar, ou vulgarizado sobretudo pela igreja, cujos sermonários, desde o 2º século, sentiam necessidade não somente de criar termos peculiares e acessíveis à catequese da massa humana heterogênea que habitava o espalhado Império, como também de assimilar o modo heterólogo de falar do populacho crente. Basta dizer que a Tertuliano – Quintus Septimius Florens Tertulianus, um dos mais férteis escritores eclesiásticos, vivido *circa* 155 a 230 da era vulgar – atribui-se a criação de mais de trezentas novas palavras latinas com significado cristão. Um só exemplo: *deitas, deitatis* (natureza divina, deidade) não é do latim clássico, ao qual corresponde *divinitas, divinitatis*.

O latim vulgar, cuja origem aí está e que não deve ser confundido com o latim tardio, é assim chamado por ser a linguagem do povo, não a empregada na literatura clássica nem falada pelas camadas mais cultas da população romana. O latim tardio já é um desdobramento, no tempo, do latim vulgar; dele se originou o linguajar denominado *romance*, falado pelos povos europeus depois da dominação de Roma, e é ele a fonte mais próxima dos idiomas neo ou novilatinos, entre eles o português.

Em face deste, e salvo poucas particularidades, todas as vogais e consoantes, devidamente destacadas, tem o mesmo efeito acústico na restituição ao falar da antiga Roma. Mesmo os ditongos são pronunciados separadamente, *a-e* e *o-e*, a não *e*. Assim, *caelum*, não 'celum'; *poena*, não 'pena'.

As exceções da 'pronúncia restituída' dizem com o *c*, que, diante do *e* e do *i* tem o mesmo timbre como se diante das demais vogais (*locus, loci*, pronunciavam-se 'locus', 'loqui'); com o *g*, que é gutural sempre, tal como em alemão (*egregius* pronuncia-se 'egreguius'; *regina* 'reguína'); com o *j*, que

apareceu na Idade Média em diversificação do *i* (donde *ius* e não 'jus'); e com o *t*, que se mantém como consoante oclusiva linguodental surda precedendo qualquer vogal (*Neratius*, não 'Neracius'; *manus iniectio* e não 'manus injec-cio').

O método restituído trouxe a vantagem da uniformização universal prosódica do idioma latino, doutra maneira crescentemente deturpado em função das mutações constantes dos idiomas vivos. É uma convenção necessariamente seguida em preservação de uma língua que, conquanto morta, continua prestante, sobretudo em face da Ciência do direito, por outra forma duplamente morta, porque ininteligível far-se-ia se um preceito da espécie não a mantivesse a salvo de corrupção no tempo e no espaço.

Hológrafo ou Ológrafo – O direito sucessoral pátrio conhece como testamentos ordinários o público, o cerrado e o particular. Abstraído o primeiro, que é sabidamente o instrumento lavrado pelo oficial em suas notas, diferem os dois outros no ser escrito pelo testador *ou por outra pessoa* a seu rogo, o testamento cerrado; e tão-somente pelo testador, ninguém mais, o último, que tem outras denominações: privado, aberto, ológrafo (ou hológrafo).

É quanto a essa última expressão que reponta a perplexidade ortográfica: escreve-se com *h* inicial ou sem essa consoante muda?

O testamento nessa forma é de origem romana, consta do *Digesto*, 31.88,17, antiquíssimo, posto como o fragmento é recolhido das *Responsarum* de Q. Mucio Scaevola, jurisconsulto do 1º século antes de nossa era. Ali está: "Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi *ullo iurisperito*.../ meu testamento escrito sem (a interferência de) *iurisperito* algum". Depois de explicar que o testamento hológrafo tem origem formal com Valentiniano III (imperador romano do Ocidente = século V), via das Novelas, 20.2.1, Planiol, no 'Traité élémentaire de Droit Civil' (vol. III/773 da 2ª edição; Pichon, Paris, 1903) ensina que a palavra *olographe* "existait déjà en grec". No correr do tempo, foi mais empregado nos países de direito costumeiro do que nos ditos de direito escrito. As Ordenações desconhecaram-no. Mas o Código Napoleão consagrou-o, no artigo 970, perfilhando velha Ordenança de 1735.

O termo é de origem helênica, em cujo alfabeto, sabidamente por qualquer principiante no estudo do idioma grego clássico, não existe a letra *h*. Assim, é resultante dos elementos *òlos* (ômicron, lambda, ômicron e sigma), designando inteiro, completo, e *graphéin* (o 'ph' representado pela letra 'phi'), que quer dizer escrever, e já é formado, como exposto, no próprio idioma helênico, para designar aquilo que é todo escrito do próprio punho pelo autor; exatamente como se exige para o testamento particular.

Partindo da lexicografia (grande parte destas obras objeto da obsequiosa pesquisa do mestre e confrade Dulcydides de Toledo Piza), a dissensão é manifesta na grafia da palavra.

Adotam a forma 'hológrafo': 'Dictionário de la Langue Française', de Émile Littré (4ª ed., Guillimard-Hachette; Paris, 1975); 'Nouveau Dictionaire Etymologique et Historique', de Dauzat, Dubois et Mitterrand (3ª ed., Larousse; Paris, 1964); 'Dictionaire de Commerce, Finance et Droit', de Robert Herbst, em francês, inglês e alemão (Suíça, 1966); 'A concise Law Dictionary' (4ª ed., Sweet & Maxwell; Londres, 1954); 'Diccionario Critico y Etimologico', de Joan Coraminas (Ed. Gredos; Madrid, 1974); 'Diccionario de Derecho Romano', de Gutierrez (2ª ed., Reus; Madrid); 'Diccionario Latim-Português', de Antonio Gomes Ferreira (Porto, ed., Lisboa, 1983).

Por seu lado, empregam a grafia *ológrafo* os seguintes léxicos: 'Dictionaire Français-Latin', de Émile Chatelain (Ed. Quicherat, Paris); 'Dictionaire pratique de Droit', de Gaston Griot et Charles Vergé (12. ed., II vol., Dalloz; Paris); 'Petit Dictionaire de Droit' de Perraud-Charmantier (Lib. Générale, Paris); 'Dictionaire General de la Langue Française', de Adolphe Hatzfeld (Delagrave, ed., Paris, 1964); 'Dictionaire des Difficultés françaises', de Jean Paul Colin (Le Robert; Paris, 1978); 'Diccionario Prático Ilustrado', de Jaime Seguíer (Liv. Chardron, Lisboa); 'Novo Dicionário Francês-Português', de José da Fonseca (Aillaud, ed., Paris, 1885).

Há a terceira tendência, no emprego de ambas as grafias 'hológrafo' e 'ológrafo'. Anotam-se: 'Grand Dictionaire de la Langue Française', de Jean Girodet (Bordas, 1976); 'Black's Dictionary' de Henry Campbell Black (4. ed., West Publishing Co.; Minnesota, USA, 1968); 'Diccionario Etimologico de Helenismos Españoles', de Crisostomo Esevenri Huale (Imprenta Aldecoa; Burgos, 1945); e 'Dicionário Jurídico' da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Forense Universitária, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1991).

Como se vê, há desiludido empate.

Na legislação dos diversos povos, e excluído o Código Civil francês, que adota o instituto testamentário sem empregar o nome em causa, registram 'ológrafo', sem o *h* inicial, os Códigos Civis da Itália (antigo, 1865, art. 774; vigente, 1942, art. 602); Espanha (1889, art. 676); Argentina (1869, art. 3639); Panamá (1916, art. 710); Grécia (1946, art. 1721); Etiópia (1960, art. 884); Peru (1984, art. 707); México (diversos Códigos estaduais); e Suíça (1907), do qual consta: "Art. 505. Le testament *olographe* est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur".

Ao diverso, o Código Civil do Japão, de 1896, sabidamente de inspiração francesa, emprega a outra grafia: "Art. 967. A will shall be made by means of a *holographic*, or a notarial, or a secret document".

O Código Civil Brasileiro, de 1916, consagra o instituto no artigo 1645, nomeando-o 'testamento particular'. O direito português (Códigos de 1867 e de 1966) não conhece o testamento particular, apenas o público e o cerrado.

Não é menor a divergência gráfica na doutrina. Os autores de língua francesa uniformizam na grafia *olographe*. Assim, Mourlon, Frédéric, 'Repetitions écrites sur le Code Civil' (12ª ed., pág. II/415 – Garnier, ed., Paris, 1895); Aubry et Rau, 'Cours de Droit Civil français' (5ª ed., pág. X/593 – Recueil, ed., Paris, 1910); Laurent, F., 'Cours élémentaire de Droit Civil' (pág. II/243 – Bruylant, ed., Bruxelas, 1887); Baudry-Lancantinerie, G., 'Précis de Droit Civil' (10ª ed., pág. III/683 – Recueil, ed., Paris, 1910); Planiol, Marcel, obra e local citados. Do mesmo modo procede o italiano Chironi, G.P., 'Questioni di diritto civile' (pág. 410; Fratelli Bocca, ed.; Roma, 1890), e, na literatura jurídica pátria, Vandick L. da Nobrega, 'Sistema de Direito Privado Romano' (2ª ed., pág. 558 – Freitas Bastos, ed.; Rio de Janeiro, 1959); Chamoun, Ebert, 'Instituições de Direito Romano' (2ª. ed., 413; Forense, ed., Rio de Janeiro, 1954); e Pinto Ferreira, 'Tratado das Heranças e Testamentos' (pág. 184; Saraiva, ed., São Paulo, 1983).

Em oposto, grafam *hológrafo*, Clovis Bevilacqua, 'Direito das Sucessões' (pág. 241 – Liv. Magalhães, ed., Bahia, 1899), Pontes de Miranda, 'Tratado de Direito Privado' (Tomo LVIII § 5862); João de Oliveira Filho, 'Testamento cerrado' (*in rev.* 'Jurídica', Rio de Janeiro, 1969); Itabaiana de Oliveira, Arthur Vasco, 'Direito das Sucessões' (2ª vol., pág. 71; Jacinto ed., Rio de Janeiro, 1936). Note-se que na 5ª edição, revista por Decio Itabaiana Gomes da Silva, Paulo Dourado de Gusmão e Paulo Pinto, há correção para *ológrafo*).

Para acentuar a discrepância, Littré, no Dicionário citado, reage que a forma *ológrafo* é uma ortografia viciosa; o filósofo Ismael de Lima Coutinho, na 'Gramática Histórica' (6ª ed.; Liv. Acadêmica, 1969), ao tratar dos elementos gregos, inclui o vocábulo *holos*, assim grafado; e o dicionarista Laudelino Freire ressalta que a grafia *hológrafo* é a correta. Não explicam esses mestres o motivo da transformação do grego *òlos* para o latim *holos*.

A razão pode ser esta. Em grego clássico, toda palavra que principia por vogal tem sobre essa letra um sinal, denominado 'espírito', de duas espécies: 'brando', que se não percebe na pronúncia, e 'áspero', indicativo de vogal aspirada. O 'ômicron', correspondente ao 'o' do alfabeto moderno, é breve; ou é fechado, aspirado ou áspero. Em *òlos* a vogal é dessa espécie, e, como tal, na absorção pelo latim, esse indicativo, ou 'espírito', manifestou-se no 'h' inicial. *Òlosgraphéin* converteu-se no adjetivo *holographus*, *a, um*. E uma vez que as línguas neolatinas, notadamente o português, originam-se do latim, não do grego, não há razão em buscar a origem remota, o que leva à adoção da grafia *hológrafo*.

Talião – Generalizadamente e vencendo os tempos, *talião* tem sido considerado uma pena, quando com rigor é um mensurador de pena. É o mesmo que ocorre quando se diz na linguagem correnteia – "foi condenado à pena de *n* anos", no entendimento de que alguém foi apenado da privação a liberdade corpórea por aquele período. Desse mesmo modo diz-se 'lei de talião', pois lei não deixa de ser embora sem a acepção que a sociedade estatizada dá à lei jurídica.

Não chega a ser um erro dizer-se que os povos antigos aplicaram a 'pena de talião' ou empregaram a 'lei de talião', porque o que está é sendo empregado para a causa uma denominação tirada da consequência.

Método arcaico de justiça privada, que, das sociedades sem estado, transitou para as embrionárias sociedades estatizadas, consistia o *talião* em aplicar no corpo do agressor o mesmo dano ou mal por ele infligido no corpo da vítima – o 'olho por olho, dente por dente' das Escrituras – tendo como ponto fundamental a equivalência, daí ser considerado um estágio evoluído da compensação da injúria, ou um princípio limitativo da vingança, quando mais remotamente ainda não se conhecia equivalência compensatória.

No Código de Hammurabi, consolidação do direito sumeriano empreendida pelo rei da Babilônia (1782-1686 a.C.), que lhe deu nome, há dezenas de referências ao método talionário, enquanto, prova da evolutiva mitigação experimentada pelo dito método, ele aparece apenas uma vez na Lei das Doze Tábuas (452 a.C.). Lê-se ali, na Tábua VIII, lei 11: "Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto", ou seja mutilado um membro e inexistindo transação, imponha-se (ao autor) o talião – segundo o texto recomposto de Festus, vocábulo *talionis*, e de Aulus Gellius, 'Noites áticas', 20.1.14.

Como se observa, trata-se de um método punitivo, cuja denominação decorre do latim *tallio*, *-onis*, designativo de corte ou extirpação, substantivo comum, que não autoriza a grafia com letra maiúscula reservada aos substantivos próprios.

Ordálio ou ordália – Os povos antigos e mesmo alguns da Idade Média empregavam, como prova judicial de inocência, métodos hoje curiosos, vinculados à resistência corporal daquele increpado da prática de certos delitos graves e sempre inspirados na interferência de forças sobrenaturais. Então, era devolvida à manifestação da divindade aquilo que à evidência humana era frustrado.

Na Europa como na Ásia tal era o método de julgamento, também denominado 'juízo de Deus', em razão de sua forte conotação metafísica e da generalizada credence primitiva.

A Lei Sálica, o mais antigo conjunto de regras costumeiras dos povos germânicos, aplicada pelos francos sállicos, buscava a verdade judicial com o emprego dos elementos primários da natureza, a água e o fogo, a que, certamente depois, se deve ter incorporado a prova física da cruz. Uma dessas provas consistia em retirar um objeto do fundo de um caldeirão com água fervente, deixando presumir inocente o acusado que, ao fim de três dias, não apresentasse na mão sinal de queimadura. Outra resumia-se em vencer o acusado certo percurso conduzindo à mão nua uma barra de ferro em brasa e sem se queimar. Outra ainda, em resistir o provando ao nado em água gelada durante dado percurso sem se exaurir. Outra, finalmente, em deixarem-se ficar os disputantes de um direito em face um do outro, de braços em forma de cruz, considerando-se sem justiça o que primeiro fraquejasse.

Esses eram os meios probatórios únicos disponíveis, das sociedades de então, em face de certas circunstâncias que de outros não dispunham sem invocar a interferência da divindade. E algumas vezes era o próprio incriminado, falto de elemento de contraprova, que se submetia ao insólito teste, confiado no juízo divino.

Como quer que seja, a denominação desses métodos provém do latim tardio *ordalium*, oriundo do franco *ordal*, e de que, do anglo-saxão *ordal*, resultou em alemão *Urteil*, sempre na acepção de juízo, julgamento ou sentença.

Substantivo neutro em latim, *ordalium* deu lugar ao masculino 'ordálio', e a forma feminina, certamente tomada do plural latino *ordalia*, é menos correta. Desejando-se empregar esse plural em vernáculo, deve-se grafar e dizer 'ordálios', nunca 'ordálias'.

NOTA

Com referência a *USUCAPIÃO*. Quando escrevemos esse artigo, na Parte I deste trabalho (nº anterior da *Revista*, 1991), não conhecíamos um dos preciosos estudos de José Paulo Cavalcanti (Separata da Rev. do Instituto dos Advogados de Pernambuco, 2ª ed., nº de 1990), titulado 'A falsa posse indireta', em cuja página 25 o egrégio mestre, apontando o gênero feminino para *usucapião*, considera "idiotismo jurídico brasileiro" o emprego do masculino. Naquele opúsculo, o jurista menciona autores que escrevem *a usucapião* e que foram omitidos em nossa perfunctória pesquisa. Acrescentem-se, portanto, joeirados pelo *magister magnus* José Paulo Cavalcanti: – Lafayette, Coelho da Rocha, Lacerda de Almeida, Almeida e Souza, Conselheiro Ribas, Carpenter, Pontes de Miranda, José Lopes de Oliveira, todos empregando *usucapião* como substantivo feminino. Dedução lógica: tratando-se, como se trata, de "palavra técnica de rara utilização no falar comum", o idiotismo é dos juristas e não do povo, que faz a língua.