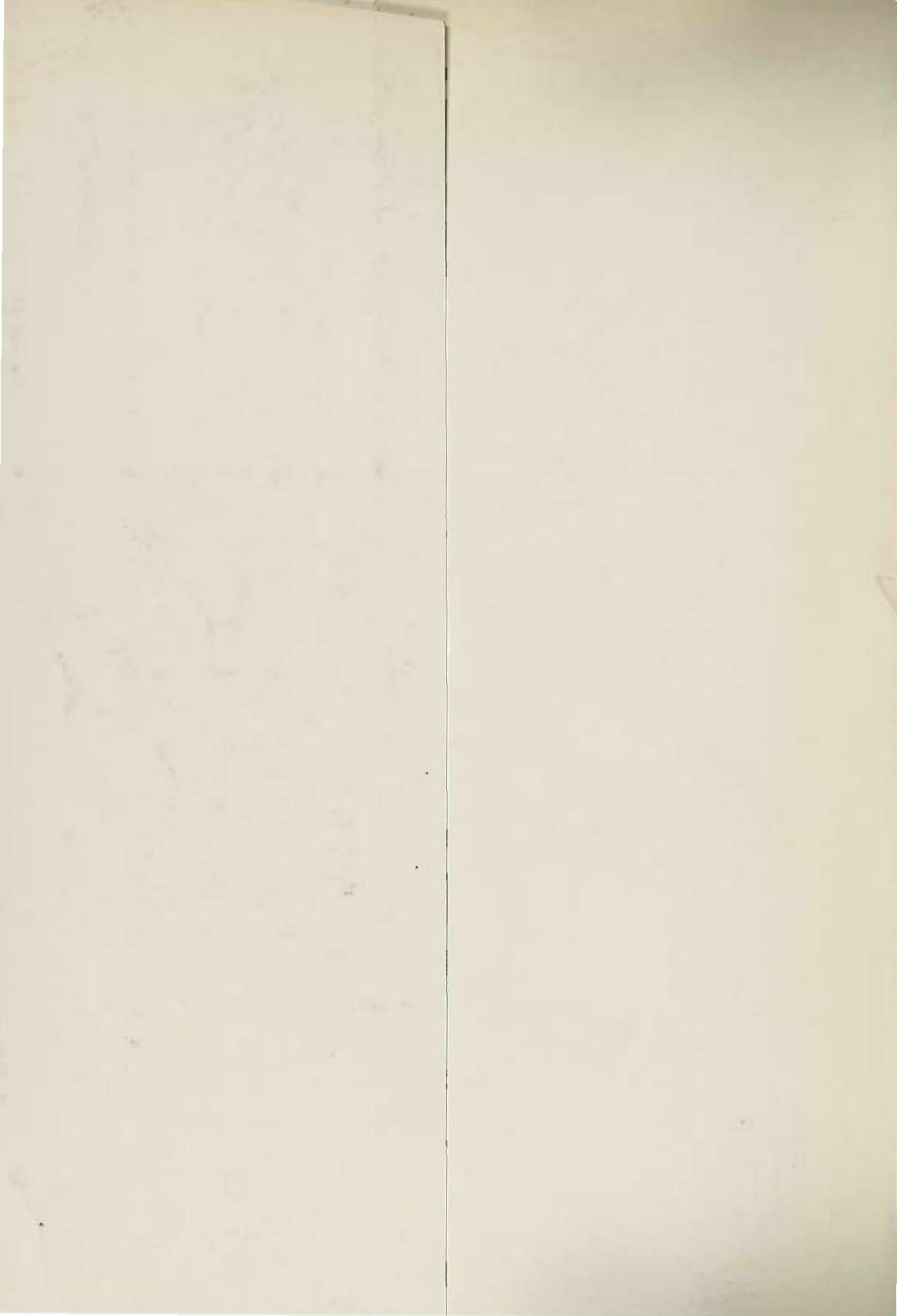


UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**



**“REVISTA DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE
SÃO PAULO”**

Largo São Francisco, 95.

Térreo, CEP 01005.

01000 — São Paulo, S.P.

NOTAS: 1. As expedições futuras dependem da devolução deste cartão anexo.

Les expéditions ultérieures dépendent du renvoi de cette carte.

Further mailings depend on the return of this card.

2. Solicitamos permuta com publicação congênere.

Nous demandons l'échange avec publication congénère.

Please exchange with similar publication.

* (Modelo do Redator Antonio Augusto Machado de Campos)

Falta-nos: .
Il nous manque:
We are in want of:

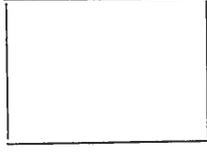
Recebemos e agradecemos:
Nous avons reçu et vous remercions:
We have received and thanks:

NOME _____
ENDEREÇO _____
CÓDIGO POSTAL _____
DATA _____
ASSINATURA _____

**REVISTA
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO**

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
01005 - Largo de São Francisco, 95. Térreo. 01000 - São Paulo - S.P. - BRASIL

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO



01005 — Largo São Francisco, 95, Térreo
01000 — São Paulo, Brasil

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

Bibl. Central - F. D. U. S. P.
Recebido: 04.04.84

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

PROFESSOR DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

VICE-DIRETOR

PROFESSOR DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

Professores Membros:

DR. ANTÔNIO CHAVES
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA
DR. MAURO BRANDÃO LOPES
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO
DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLÓVIS BEVILACQUA (1859-1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869-1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA
MIGUEL SEABRA FAGUNDES

PROFESSORES EMERITOS

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
REINALDO PORCHAT (1868-1957)
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)
CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1945)
ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1965)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
ALVINO FERREIRA LIMA (1888-1975)
VICENTE RÃO (1892-1978)
JORGE AMERICANO (1891-1969)
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892-1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
NICOLAU NAZO (1895-1974)
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897-1977)
NOÉ AZEVEDO (1896-1972)
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS

BASILEU GARCIA
ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR
SYLVIO MARCONDES MACHADO (1906-1980)
JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA
PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA
WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO
JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA e COSTA JÚNIOR

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. ALFREDO BUZUID, de Direito Processual Civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DR. SILVIO RODRIGUES, de Direito Civil
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA, de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA, de Direito Tributário
DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Civil
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL, de Direito Internacional Público
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, de Direito Civil
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL, de Direito Penal
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de Direito Constitucional
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, de Direito Penal
DR. CELSO NEVES, de Direito Processual Civil
DR. IRINEU STRENGER, de Direito Internacional Privado
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, de Direito Financeiro
DR. DALMO DE ABREU DALLARI, de Teoria do Estado
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA, de Legislação Tributária
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, de Direito Processual Civil
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO, de Direito Comercial
DR. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, de Direito Penal
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, de Direito Econômico
DR. MAURO BRANDÃO LOPES, de Direito Comercial
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO, de Direito do Trabalho
DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER, de Direito Processual Penal
DR. ODON RAMOS MARANHÃO, de Medicina Forense

PROFESSORES-ADJUNTOS

DR. RENATO CIRELL CZERNA, de Filosofia do Direito
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA, de Direito Civil
DR. GERALDO ATALIBA, de Direito Financeiro
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARA FILHO, de Direito Processual Civil
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. MOACYR LOBO DA COSTA, de Direito Processual Civil
DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA, de Direito Internacional
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO, de Direito Civil
DR. JOSÉ LUIS DE ANHAIA MELLO, de Direito do Estado
DR. ROGÉRIO LAURIA TUCCI, de Direito Processual Penal
DR. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, de Direito Processual Civil
DR. OCTÁVIO BUENO MAGANO, de Direito do Trabalho
DR. WALTER BARBOSA CORREIA, de Direito Tributário
DR. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, de Direito Comercial
DR. LUÍS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, de Direito Comercial
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, de Direito Penal
DR. WALDIRIO BULGARELLI, de Direito Comercial
DR. WAGNER D. GIGLIO, de Direito do Trabalho
DR. EROS ROBERTO GRAU, de Direito Econômico
DR. CELSO LAFER, de Filosofia do Direito
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, de Direito Processual Civil

PROFESSORES LIVRES-DOCENTES

DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR, de Direito Processual Civil
DR. WALTER MORAES, de Direito Civil
DR. YUSSEF SAID CAHALI, de Direito Civil
DR. MIGUEL REALE JÚNIOR, de Direito Penal
DR. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, de Direito Penal
DR. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. NELSON ABRÃO, de Direito Comercial
DR. ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. FABIO MARIA DE MATTIA, de Direito Civil
DR. JOÃO GRANDINO RODAS, de Direito Internacional Privado
DR. ALCIDES JORGE COSTA, de Direito Tributário
DR. FÁBIO NUSDEO, de Direito Econômico
DR. CÁSSIO DE MESQUITA BARROS JÚNIOR, de Direito do Trabalho
DR. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, de Filosofia do Direito
DR. PEDRO PAES FILHO, de Direito Civil
DR. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, de Direito Internacional
DRA. ODETE MEDAUAR, de Direito Administrativo

Assistente Técnico para Assuntos Acadêmicos

BEL. ODILA REGINA INDOLFO

Assistente Técnico para Assuntos Administrativos

BEL. HENRIQUE SCALFI

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME LXXVII

(Janeiro-Dezembro)

1982

Comissão de Redação:

Professor Dr. Goffredo da Silva Telles Júnior

Professor Dr. Antônio Chaves

Professor Dr. José Cretella Júnior

Redator Secretário:

Bel. em Direito e Jornalismo: Antonio Augusto Machado de Campos

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

A “REVISTA” EM NOVA FASE

Entende a Comissão de Redação indispensável, para acompanhar os tempos novos, uma maior “abertura” desta Revista, para melhor veiculação de idéias e conhecimentos junto aos corpos docente e discente desta Unidade de Ensino e das congêneres, bem como, junto aos advogados em geral.

É preciso, com efeito, que Professores, alunos, ex-alunos e simpatizantes desta Casa tenham, com maior facilidade, acesso aos trabalhos aqui desenvolvidos e aos acontecimentos mais marcantes, e guardem um registro dos eventos e das contribuições mais significativos.

Que outro veículo poderia prestar-se melhor, para tal fim, do que esta Revista?

Infelizmente, ela pouco é conhecida além do estreito círculo dos que a ela se sentem intimamente vinculados.

Esta nova fase visa justamente quebrar o isolamento. Outra apresentação externa, outra composição gráfica, espaço aberto à colaboração dos alunos, que, por essa forma, terão oportunidade de iniciar bem antes do que o habitual o seu currículo de publicistas, ficando a critério dos Professores recomendar, após rigorosa seleção, trabalhos ou mesmo provas que julguem de mérito.

Para que os textos tenham maior uniformidade torna-se todavia necessário seguir algumas regras que a Comissão de Redação houve por bem aprovar:

1. Os textos devem ser objetivos e divididos em tópicos pertinentes, com os respectivos títulos, e subordinados a um sumário inicial;
2. Não poderão exceder de 20 páginas;
3. As referências bibliográficas não poderão exceder de cinco, compreendendo apenas as fundamentais; as citações meramente incidentes serão indicadas no próprio contexto;
4. Terão que ser evitadas ao máximo as notas de rodapé, procurando-se inserir a referência no próprio texto;
5. Os artigos terão que ser enviados no original, devidamente assinados, ou mediante xerox, não se aceitando cópias em carbono;
6. Não serão publicados trabalhos em língua estrangeira de autores nacionais.

Com a entrega dos textos em desacordo com essas normas, entende-se anuir o autor às necessárias adaptações pela Redação, o que, no entanto, acarretará maior demora na publicação.

A Comissão

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Em seu septuagésimo sétimo volume.

Fundada em 1893, é publicada em um ou mais fascículos anuais e distribuída em permuta com REVISTAS DE DIREITO, internacionais, do mesmo nível científico e editorial, em português, francês, inglês, alemão, castelhano e italiano.

Pode, também, ser adquirida nas Livrarias indicadas abaixo a Cr\$ 2.000,00 os fascículos mais porte de correio. Para o exterior, a US\$ 50,00 mais porte de correio.

Endereço correto para permuta:

“Revista da Faculdade de Direito”

01005 — Largo de São Francisco, nº 95, térreo — Tel.: 239-3083

01000 — São Paulo — Brasil

Endereço para aquisição no Brasil:

Livraria e Papelaria Saraiva, S.A.

01003 — Rua José Bonifácio, nº 203 — Tels.: 32:0046, 32-0619, 32-5104 e 33-6921

01000 — São Paulo — Brasil

Endereço para aquisição internacional:

Livraria Internacional — Publicações Científicas e Técnicas

01008 — Rua Líbero Badaró, nº 92 — 7º and. — Tel.: 32-1225 — Caixa Postal 1405

01000 — São Paulo — Brasil

IN MEMORIAM

In Memoriam de Pontes de Miranda

SUMÁRIO: I. *A Redação*; II. *Discurso de Saudação do Professor Doutor Djacir Menezes, ex-Reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro*; III. *Discurso do Doutor Henrique Sérgio Gregori, presidente da Xerox do Brasil S.A.*; IV. *Palavras do Professor Doutor Amauri Mascaro Nascimento, em nome da Congregação.*

I — A Redação

No dia 11 de agosto de 1982, no Salão Nobre, sob a presidência do Magnífico Vice-Reitor da Universidade de São Paulo, Professor Antônio Guimarães Ferri, realizou-se sessão solene da Congregação comemorativa à data da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil. A finalidade primordial foi homenagear o Professor Doutor Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, cuja Congregação, cumpre salientar, já o havia outorgado o título de Professor Honorário em solenidade realizada a 14 de dezembro de 1966. Naquela ocasião, o Professor Pontes de Miranda foi saudado por expressivas palavras do Professor Doutor Canuto Mendes de Almeida.

Abertos os trabalhos, o Vice-Reitor passou a presidência ao novo Diretor das Arcadas, Professor Vicente Marotta Rangel, que, por sua vez, passou a palavra ao Professor Djacir Menezes, ex-Reitor e Professor Emérito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, convidado a saudar o homenageado. Na oportunidade falou o presidente da Xerox do Brasil S.A., Doutor Henrique Sérgio Gregori, e, em nome da Congregação, o Professor Amauri Mascaro Nascimento. Dentre os ilustres convidados presentes, a Exma. Embaixatriz Amnéris Pontes de Miranda, viúva do saudoso jurista.

II — Discurso de Saudação do Prof. Dr. Djacir Menezes

Excelentíssimo Senhor Diretor Vicente Marotta Rangel. Excelentíssima Senhora Embaixatriz Amnéris Pontes de Miranda. Eminentíssimas colegas. Senhoras e Senhores.

Convidado a participar desta homenagem a Pontes de Miranda, promovida, neste recinto de tão gloriosas tradições no ensino do Direito, busquei, comovido e agradecido no temário do Mestre, o motivo jurídico e filosófico que, por suas raízes no passado, tivesse forte ressonância nas preocupações do presente.

O meio século de convivência com a Obra, oferecia a meus olhos teses que continuam desafiando análise e debate, e que haurem vitalidade nas próprias contradições do mundo contemporâneo. Contradições profundas entre sistemas e ideologias que animam estruturas econômicas em dissidências perigosas ao futuro da humanidade. Nessa atmosfera pressaga — qual a obra de Pontes de Miranda que mais de perto refletiria sua visão e sua interpretação das grandes interrogações deste século?

Não tenho dúvidas: agora, que tanto se fala nos métodos de reconstrução do Estado fora das inspirações ditatoriais, o livro por excelência a apontar aos estudiosos seria a alentada análise *Democracia, Igualdade, Liberdade — Os Três Caminhos*, livro publicado em 1945, quando se calavam os bombardeios da segunda guerra mundial e abria-se a devassa sobre a infâmia dos campos de extermínio. Livro que surgiu na hora em que crescia nos horizontes humanos as aspirações de Paz e Justiça Social.

Não era, entretanto, a primeira vez que o pensador brasileiro enfrentava os enormes e permanentes problemas. Em várias fases anteriores, no curso de seu itinerário mental, abordou, como jurista, como sociólogo e como cientista, o tríplice aspecto da interrogação que se desdobra, por solicitação didática de sua exposição, naqueles três patamares epistemológicos.

Ninguém habituado às suas páginas, por mais insensível às indagações filosóficas, deixaria de perceber-lhes a energia especulativa, evidência de sua criatividade nas diversas áreas do Conhecimento que a curiosidade do sábio perlustrou. Quer no campo do Direito Público ou Privado, da Processualística, da Hermenêutica, do Direito Inter-temporal, quer no da Epistemologia e Gnosiologia jurídica ou da jurigenia, — seu “instinto” especulativo surpreende o leitor pelo aguçado discernir de novas conotações ao repassar o pensamento alheio reformulando conceitos e direções capazes de excitar as inteligências receptivas.

Não caberia nos limites desta palestra o repasse sinóptico de sua vasta experiência literária e jurídica. Contentar-me-ei, pois, em apanhar flagrantes de três ou quatro obras onde as interrogações nos agridem com mais nitidez e com mais alento na realidade nacional.

Os três enfoques

Para assinalar as interferências dos três enfoques — o da democracia, o da igualdade e o da liberdade — Pontes de Miranda adota o seguinte critério pedagógico:

- democracia é *forma* de ação política;
- liberdade e igualdade são *conteúdos*.

Ouçamô-lo: “Muita gente pensa que, tendo-se democracia, tem-se liberdade. Portanto, para esses espíritos desatentos ou ingênuos, de-

mocracia é liberdade. Aí está um dos mais graves erros dos que não estudaram a fundo os sistemas políticos e a técnica constitucional. Pode haver democracia sem que haja segurança suficiente para a liberdade”.

Se democracia é a participação do “povo” na construção e reconstrução do Estado, a praxis histórica será irresistivelmente a força primigênia do processo: e é nessa dialética primordial que se descobrem os dois vetores essenciais da evolução política — ação que implica pensamento, tecitura ou trama vital do Espírito. Mas já nesse enfoque gnosiológico do problema, na obscuridade de seu nascer, adivinha-se o pressuposto da *liberdade*. “Pensar”, no sentido etiológico aqui fixado, não se desprende das formas essenciais da atividade humana — e vem a calhar a citação de Heráclito sobre a “racionalidade imanente do real” (ginomenon panton ton lógon). E para superar o impasse que se levanta entre a ontologia do efésio e a do eleata, entre o Ser e o Devenir, há a distância de mais de dois mil anos, distância que se apaga no silêncio até que se ouça a voz de Hegel. Então se descobriu que “pensar” não é uma atividade individual, mas processo polivalente, que se desenvolve historicamente na intersubjetividade. O papel dialógico configura-se na noética da comunidade dos sábios, onde se apreende o sentido deictico na tensão da polarização semântica. *Pensar* não é verbo intransitivo conforme presentiu a lógica clássica, onde houve a esclerose assética do *logos* heraclitiano. Urge revitalizar a intimidade com o *ontos* — e essa autenticação insere o “pensar” na realidade do Ser, graças à vigilância de Hegel atento ao conflito onde pulsa o coração da Filosofia. Reparem que não invoco uma *adaequantio intellectum ad rem* dos perquiridores da verdade que transitam nestas encruzilhadas palmilhando veredas aristotélicas.

O pensar íntimo — conforme bem o intuiu Pontes de Miranda sem o apelo a Hegel — já é fruto de um longo processo de interiorização da *Agora*, dos encontros coletivos dos *homoioi*, a fonte das assembléias que estimularam, através das experiências arcaicas da vida consensual, o fortalecimento da racionalidade alvorescente.

O que vinha *de fora* se harmonizava com o que vinha *de dentro*, na trama dialética do *cognoscere*. Não vou insistir agora sobre as magistrais lições que vêem no *Garra, Mão e Dedo*, onde se encontram originalíssimas intuições do problema. Apenas anotarei que o sábio brasileiro não levou na devida conta o hegelianismo que se continha nesse momento transitivo do pensamento conceitual. Beirou o problema; mas beirou-o genialmente.

A formalização da tricotomia

Regredindo ao núcleo do nosso tema. A abordagem nimiamente didático com que Pontes de Miranda tricotomizou o problema na dimensão *democrática*, na da *igualdade* e na *liberdade*, insinua uma

perspectiva mecanicista que convida a meditação mais séria sobre aqueles valores.

A redução do problema jurídico da liberdade à normatividade fática para acentuar-lhe os lineamentos normativos é um erro. E tal erro se origina na redução do direito como formas objetivas de comportamento a ser disciplinado, segundo certos padrões culturais vigentes em dado momento histórico. Ao enunciar que o homem age à vista de *fins*, rasga-se, nessa simples proposição, todo um horizonte de idéias onde se alarga a zona da chamada “liberdade do pensamento”. Destarte, a clareira por que se descortina o problema da “liberdade” foge aos dimensionamentos positivistas que assolam agora o terreno da filosofia jurídica.

Considerando as teses mirandistas, é fácil resvalar para as soluções formalizantes, das quais ele se esquivou. Assim, tomando-se a assertiva de que “só há democracia se existe a co-decisão, ou melhor, com a participação do povo na criação da ordem estatal”, algumas objeções se poderiam levantar. Transcrevemos suas palavras tão didáticas na colocação do problema:

“Liberdade (fundo), igualdade (fundo) e democracia (forma) são três conceitos distintos, preciosos, claros. São três caminhos, três dimensões, pelas quais se anda: sobe-se por uma; por outra, vai-se para os lados, pela terceira, marcha-se para frente ou para trás. Não se pode, por uma só linha, caminhar pelas três; nem avançar de um ponto por uma delas, o que significa avançar pelas três. Cada uma existe, independente das outras. A evolução delas tem que se processar nas três”.

Minha relutância ao exemplo se explica pelo fato de atraiçoar o sentido inerente de flexibilidade dialética que reside na intimidade do problema, onde pervivem intuições emanadas da praxis histórica. Tanto assim, que a certa altura, Pontes de Miranda, num relance de excepcional penetração, denunciou a mistura das formas democráticas na “dissimulação das estruturas autocráticas, oligocráticas ou plutocráticas”, aludindo mesmo a “democracias ocas”, “fracionárias”, etc.

As duas alternativas

A liberdade moderna iria plasmar-se constitucionalmente com o exercício das instituições representativas mediante a diferenciação das categorias dicotômicas da “sociedade civil” e do “Estado” no nível da teorização política. Foi o mais clarificante fator para a formalização do conceito jurídico das liberdades modernas. Pesquisando a maneira por que aflora, gnosiologicamente, na consciência ocidental, o conceito de liberdade política, aprende-se o pulsar da bivalência através do *devenir* histórico que lhe vai definindo a forma lógica. Componentes indissociáveis, revelando o ritmo binário heraclitiano entre o “racional” e o “empírico”. Poderia mesmo dizer (embora com certa desconfiança

por falta de maior meditação da tese), que a história do pensamento político é a expressão da ação recíproca entre “direito” e “força”, entre “lei” e “poder”, que a cosmovidência tradicional opõe, desvinculando-os, na sua estranheza, ao questionar o dialético.

A concepção positivista erra porque exclui do intuir o *fieri* do processo, insulando a “democracia” dos elementos cognitivos e volitivos da “liberdade” e da “igualdade”, apartando-os como *fundos*. Tudo isso refluí perigosamente à ourela de um novo escolasticismo, que está sendo fabricado nas matrizes do pensamento conservador das oligarquias políticas atemorizadas. Demos logo o passo definitivo: porque, neste negacear, obscurecendo-se o valor gnosiológico da liberdade, escapa a magnitude do problema.

Não se confunda a idéia definida aqui com a liberdade cantada nas palinódias da democracia e do *Rechtsstaat*, pretextos políticos com que se suaviza a decadência dos sistemas plutocráticos a cata de soluções aflitivas. Receioso da emergência progressiva de outros sistemas, acabou namorando disfarçadas variações do totalitarismo. Nessa inflexão ideológica, a segurança prima sobre a liberdade e a burocracia assume o papel condicionante na máquina do Estado. Nesse clima, no campo jurídico, os modelos jusnaturalísticos tornam-se, gradativamente, mais atrativos às inteligências renovadoras.

Resumindo: erguem-se a nossas vistas duas alternativas, e por sua vez, cada uma delas se bifurca em duas outras:

TRANSIÇÃO A — *status* natural e *status* civil (transição gnosiológica da liberdade física para a liberdade jurídica);

TRANSIÇÃO B — sociedade civil e sociedade política (Estado), transição política da liberdade jurídica para as liberdades constitucionais.

As crises que assinalam o curso dessa evolução do Poder se manifestam no desenvolvimento da *ordem civil*. Mas que ordem civil está em jogo? “O que está em crise — adverte Pontes de Miranda — é o direito romano, o direito medieval, o direito capitalístico e não o *direito processual social*. Cumpre achar a fórmula e construir o *novo direito*” (*Os 5 Direitos do Homem*, p. 44, Editora Alba, Rio 1933).

Este novo direito ganhará delimitação preciosa no Estado de Fim Único, o que não possui estruturas vacilantes, dócil às exigências das oligarquias econômicas e pode “convocar a todos, civis e classes armadas para a defesa do Fim do Estado” — que exprimirá o *telos* superior da organização da vida coletiva.

O sentido inelutável desse processo total se polizará para a liberdade e não poderá ser frustrado pelas recrudescências clandestinas e minazes de ideologias já desmascaradas do exercício autocrático do Poder por minorias audazes. Nelas, todo o *convivium* humano é corroído por aquela violência pregressa imaginada por Hobbes o *bel-*

lum omnium contra omnes, revivescenciar a tona da história contemporânea dos arquétipos da agressividade primitiva. Identificou-se então o estado natural com o estado primitivo. Pacífico como visionara Rousseau ou belicoso como pressentiram Spinoza e Hobbes?

Opinamos por Hobbes e Spinoza. *O convivium civile* aflora de um *prius* de sociedade onde estão as dissimetrias originárias da praxis fundamental.

A condição do ser pensante

Diz-nos Pontes de Miranda a certa altura de suas reflexões políticas:

“Se tentarmos executar o que pensamos, prendem-nos, porque só nos deram a liberdade de pensar. Se podemos pensar e não podemos ser livres fisicamente, não é certo que podemos pensar. Cindiríamos pensamento e ação; e eles reaparecem juntos, incindidos. *Tal a condição humana do ser pensante*”.

Teve razão Miguel Reale em vê-lo como um romântico da cosmovidência racionalista, filósofo brasileiro que toca o *punctum dolens* do problema da liberdade política. “Pensar”, sem a sintonia da comunhão pensante, é a trapaça que arma o Poder contra a dignidade do filósofo, porque lhe oferece um simulacro de liberdade, que somente atenderia as necessidades mentais do idiota, do ser humano cujos vínculos vitais de contato com a comunidade, se debilitaram. Prossegue Pontes: “Se pensamos de modo diferente dos que nos dominam, somos presos. Portanto, a primeira premissa é falsa. Se podemos mover-nos e não pensar livremente, não podemos mover-nos”.

As teses definidas são corolários autênticos da psicologia moderna: a conduta humana, processo integrativo de funções localizadas nas diferentes áreas da cortiça cerebral responsável (por gestos, atitudes, percepções, pensamento conceitual, etc.), entranha-se tão profundamente nos valores da emocionalidade que a análise gnosiológica da liberdade retrocede ao nível dos movimentos reflexos e afetivo-instintivos do *in-fans*. Já os glotólogos perceberam, nas manifestações da linguagem, o sentido de *gestos vocálicos*.

Creio azada a oportunidade de afirmar que se a *opção* do exercício da liberdade parte da opção, a vivência da liberdade está na desinção. Assim, romperemos o segmintarismo em que *volição* se aparta da *cognição*, qual nos apresentava a psicologia intelectualista. Partindo de tais princípios, torna-se impossível qualquer teorização que possa justificar, no plano do racionalismo científico, os sistemas ou as ortodoxias.

Como iludem essas marchas e contramarchas na história do pensamento! O parcelamento da unidade do saber, principalmente a que desune *teoria* e *praxis*, insiste, no campo da ciência jurídica, em fazer

do Direito a ciência normativa por excelência, corroendo-lhe os ligamentos da organicidade do processo. Daí o sentido de instrumentalização que lhe dá o enfoque positivístico, adversário da *totalidade* inspirada no racionalismo dialético. A pretexto de objetividade, a intuição positivista sempre alienou as conexões entre a consciência e os interesses. Ou, de modo geral, obstruiu a via cognoscitiva capaz de abrir caminho a uma teologia de tipo hostil ao mecanismo pré-relativístico.

As duas hierarquias

Sob velhos estilos ideológicos dissimulam-se valores jurídicos obsoletos de uma civilização em mudança. O esforço de adequação constitui parte da metodologia do Direito Público atual. Os órgãos responsáveis pela elaboração da decisão política não refletem a conscientização progressiva da lógica do desenvolvimento histórico. Designarei o fenômeno como “método de frustração racionalizante do contexto constitucional”, pois permite amainar a área conflitual com técnicas de planificação voltadas ao fracasso pelos golpes de contradições inerentes à armadura social de resistência.

Persuado-me de que poderia, cientificamente, acelerar a agonia do Leviatã se os meios científicos estivessem nas mãos das classes intelectuais mais desinteressadas. Os surtos paroxísticos seriam tratados pela terapêutica eutanásica de reformas sérias. No centro dessas reformas estaria a pergunta: como transformar as *hierarquias de subordinação* de essência coercitiva em hierarquias de *coordenação*, de essência racional? Quem diz racional, diz ética: isto é, hegemonia política de valores universais humanos.

Pontes de Miranda jamais esqueceu, no seu roteiro de pensador, que vivemos ainda no regime de empirismo político, onde as estruturas revelam, a cada momento, a persistência da velha mentalidade regalista. Todavia, quanto mais turvo é o céu, mais ansiosa é a espera do amanhecer. A força recondita, que anima o Direito, nasce desse “instinto” da Razão, que é o segredo da ascensão humana.

Ilusão? Que seja! Mas ilusão inelutavelmente criadora. Ilusão simbolizada na data de hoje, revivendo nas grandes horas como está, onde se ouvem os acordes nos altares indivisíveis desse culto, através das aberturas de luz e esperança e nas alegrias estudiosas destes claustros e dessas cátedras cheias de reminiscências do passado, das convicções do presente e da confiança no futuro.

Não terminarei, meus eminentes Colegas, sem menção a uma lei enunciada pelo Mestre Pontes de Miranda, a lei da transformação do “*quantum*” despótico em *energia civil*. Na sua essência, é a formulação da ascensão para a liberdade, com a difusão da energia moral e o prelúdio histórico do desaparecimento das técnicas de compulsividade. A *vis coercitiva* se transfigura na *vis rationale*, reduzindo as

imperfeições dos processos sociais de adaptação na aproximação assintótica da justiça.

Cingi-me, como adverti de início, as teses de mais atualidade política e jurídica levantadas nas fronteiras mais avançadas do pensamento de Pontes de Miranda, ainda mal visíveis e apenas esboçadas nos perfis do mundo que se gesta. Que para ele se voltem o olhar e a meditação dos homens clarificadores capazes de alterar a inteligência por cima do medo e da coligação tenebrosa dos interesses internacionais. Há muito que lavrar e colher na órbita que ele gizou e nas provocações que fez durante longa e fecundíssima vida de gigantesco trabalhador intelectual. O tempo que me reservastes, dediquei-o ao relance de um setor da mais alta expressão política.

Pela honra de estar nesta Casa, onde se recordam tantas batalhas memoráveis do Espírito, confesso-vos a todos, mestres e alunos, amigos e confrades, a sincera simpatia do Professor que já contempla com saudade o cenário onde viveu os cinqüenta anos de seu exercício docente.

Reitero, em especial homenagem, minha deferência à esposa do Mestre, Exma. Sra. Embaixatriz Amnésis Pontes de Miranda, cuja presença enaltece este ato, no dia de mais alta significação para todos os estudiosos do Direito. E permiti que, depois de tantas perplexidades eruditas, conclua singelamente com o dizer do romano: *quid est enim libertas? Potestas vivendi ut vellis.*

III — Discurso do Doutor Henrique Sérgio Gregori

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Doutor Vicente Marotta Rangel. Eminentes Mestres. Excelentíssimas autoridades. Senhor Presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto. Bacharelandos. Prezados estudantes. Senhoras e Senhores. Excelentíssima Senhora Embaixatriz Dona Amnésis Pontes de Miranda.

Acentua-se cada vez mais, como louvável característica, a colaboração espontânea da classe empresarial às iniciativas culturais aos Programas de Desenvolvimento Científico.

Nessa privilegiada condição, e fiel à tradição que se impôs, desde sua origem em 1965, encontro-me, neste momento, representando a Xerox do Brasil. Sinto-me em ambiente familiar por ser bacharel em Ciências Jurídicas e nessa dupla qualidade, bacharel e empresário, transponho, com respeito, estes umbrais solenes, os pórticos famosos desta gloriosa faculdade, principal responsável pela Estruturação Jurídica da Nação, Catedral Ecumênica, desde 1827, em cujos púlpitos se ensinam e se forjam as doutrinas que alicerçam a Justiça e orientam os jovens no seu destino de futuros condutores da pátria!

Por isso, consideramos feliz e apropriada a iniciativa da Excelentíssima Senhora Embaixatriz Amnéris Pontes de Miranda, à qual a Xerox do Brasil deu integral apoio, tornando possível tão valiosa doação.

Quis a elevada e desprendida compreensão da Senhora Pontes de Miranda transferir para o Supremo Tribunal Federal, por valor quase simbólico, a riquíssima e selecionada biblioteca de seu marido. Diria que, em verdade, tratou-se de uma doação.

Entretanto, além do valioso acervo de livros que compunham a biblioteca do eminente jurisconsulto, decidi a Senhora Pontes de Miranda entregar também ao Supremo Tribunal o arquivo organizado pelo jurista eminente, além dos próprios móveis, estantes, mesa e poltrona feitos pelas próprias mãos do insigne e versátil cientista, que demonstrava no desempenho da carpintaria a mesma competência incomum de quem tudo sabia fazer à perfeição.

Decidida a entregar o monumental arquivo à Suprema Corte, procurou-nos a Embaixatriz Pontes de Miranda para obter da Xerox a reprodução fac-similar do arquivo para guardá-lo em família. Ventilamos então a conveniência de uma tiragem em microfilme, em duas vias, uma para a família e outra para a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Realmente, nenhum recinto mais apropriado que estas arcadas seculares para acolher e resguardar a herança intelectual, o sábio pensamento do inolvidável Mestre Pontes de Miranda. Os documentos que aqui encontram guarida, constituem, de fato, a memória viva — como se ele aqui estivesse — do grande jurista, pois se compõem dos seus apontamentos diários, dos seus doutos comentários, da sua lúcida interpretação dos fenômenos jurídicos, dos seus preciosos ensinamentos que se estendem por uma vasta gama do saber, que compreende a Ciência Jurídica, a Sociologia, a Filosofia e a Literatura, paciente e laboriosamente registrados em mais de 170.000 fichas, inclusive com índice remissivo.

Pontes de Miranda foi, em verdade, um sábio cujo nome sempre ressoou com o maior respeito, não somente no Brasil, como na consagração dos mais famosos institutos de Cultura internacionais: faculdades, tribunais, organismos internacionais, congressos e academias. A última delas, a Academia Brasileira de Letras, ao recebê-lo, traduziu o reconhecimento da intelectualidade do país.

Senhor Diretor

Pensamos que, com este ato solene, a que a Xerox, feliz, deu sua colaboração, estamos preservando e divulgando um extraordinário patrimônio cultural, fonte científica do genial pensador, entregue, neste instante, pelas mãos da Embaixatriz Pontes de Miranda à esta

Casa, para que a luminosidade dos conceitos aí amadurecidos contribua para enriquecer, mais ainda, a tradição de “*Cultura com Dignidade*” que esta Escola ensinou, ensina e ensinará, para a glória da Ciência Jurídica do Brasil!

Era o que, Senhor Diretor, felicitando a Excelentíssima Senhora Pontes de Miranda pelo gesto patriótico, desejava expressar, em nome da Xerox, orgulhosa de sua participação em ato tão significativo.

Muito obrigado!

(155º Aniversário da Fundação dos Cursos Jurídicos
Arcadas, 11 de Agosto de 1982.)

IV — Palavras do Professor Doutor Amauri Mascaro Nascimento, em nome da Congregação

“Entre le génie et l’actualité, il y a toujours une collision. Le génie se donne tout entier, mais ses contemporains prennent de lui seulement ce qu’ils sont capables de prendre”

Evhen Malaniouk
(1897-1968)

Recebi do Senhor Diretor desta Faculdade, o eminente Professor Vicente Marotta Rangel, a honrosa incumbência de apresentar aos familiares do insigne Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, os agradecimentos da Academia do Largo de São Francisco, pela doação que lhe é feita da cópia integral do fichário da biblioteca do ilustre jurista.

Formulo os meus agradecimentos ao Prof. Marotta Rangel pela atribuição que me confiou e que é duplamente significativa: falar em nome desta Faculdade e fazê-lo para os familiares e amigos de Pontes de Miranda.

Não creio ser oportuno repetir nesta ocasião os dados biográficos de Pontes de Miranda. Apenas direi, sem a pretensão de julgar, como sinto a sua obra. Os gênios não podem ser julgados pelos seus contemporâneos. O que vive no povo inconscientemente e em estado virtual, nos gênios encontra-se revelado e realizado.

Os dois traços fundamentais da obra de Pontes de Miranda estão no naturalismo do seu pensamento científico e no polimorfismo do seu talento inventivo.

Não há ciência fora da natureza, nem a sociologia nem o direito. A sociologia é o pressuposto da compreensão do direito. É indispensável para o jurista. “Legislador, intérprete ou juiz, não se compreende que use de outros métodos antes de empregar o da ciência principal, que é a sociologia (in, Sistema, 1922). Nas portas das Faculdades

de Direito é preciso escrever: “aqui não entrará quem não for sociólogo”.

Não foi indiferente à função desempenhada pelos valores. Dá aos valores a função de adaptação. Os valores exercem influências. São influências positivas ou negativas de adaptação. Os valores positivos levam à adaptação dos sujeitos e dos grupos. Os valores negativos atuam no sentido da inadaptação das pessoas e dos grupos. A estabilidade da ordem social é, portanto, efeito dos valores que a presidem e que desempenham um papel regulador da harmonia das relações sociais. Eis como chega a afirmar que o ato bom enriquece e o ato mau é nocivo à ordem social.

A cultura polimorfa de Pontes de Miranda está evidenciada pela sua produção científica sempre enaltecida.

De Clóvis Bevilacqua mereceu em 1923 as seguintes palavras:

“Admiro em vós o esforço continuado que resiste a todos os embates e domina todas as dificuldades, expressão da fé científica em vós tão forte quanto em outros a fé religiosa. Admiro em vós a inteligência superior que ilumina e escolhe, que apreende e produz, que, na embaraçosa complexidade dos fenômenos, descobre a ordem a que estão submetidos. Admiro em vós a convicção do que sois e do que podeis, sem a qual vos faltaria a coragem de enfrentar a empresa ingente que tomastes sobre os ombros com a serenidade de quem cumpre a sua missão”.

Não poderiam ser mais precisas e justas essas palavras, confirmadas pelo tempo.

O talento de Pontes de Miranda reflete-se em todos os seus atos.

Está presente no advogado das grandes causas e no intransigente defensor da advocacia que sempre apregoou: o juiz fala pelo Estado, o advogado pelo cliente, pelo povo e pela pátria.

Está viva no magistrado do Tribunal de Justiça da Guanabara registrada nas decisões brilhantes que proferiu.

Está realçada no cientista que divergiu de Eistein com quem discutiu o conceito de espaço social em tese aprovada pelo V Congresso Internacional de Filosofia, de Nápoles (1924).

Está mostrada no embaixador do Brasil na Colômbia, no assessor do Governo dos Estados Unidos, no chefe da delegação brasileira à Assembléia da Organização Internacional do Trabalho (1941), no poeta de “Poèmes et chansons” publicado em Mônaco (1929), no escritor de “A sabedoria dos instintos”, premiado pela Academia Brasileira de Letras (1929), no comentarista das Constituições de 1934, 1937,

1964 e 1967, no privatista do “Tratado de Direito Privado”, no estudioso incansável, cercado por 70.000 volumes de que se compunha a sua biblioteca pessoal e da qual agora poderemos ter uma noção mais precisa, bem mais ampla que a permitida pelos 35 títulos e 118 volumes de sua autoria que temos em nossa biblioteca. Pontes de Miranda sempre esteve ligado ao Largo de São Francisco. Exerceu acentuada influência sobre nossos estudantes.

Eu mesmo, quando estudante, assisti neste mesmo salão, conferência que proferiu para um auditório repleto. Falou sobre as ações no direito processual civil. Como guardo bem, passados mais de 25 anos, as suas lições e a sua marcante personalidade. Toda ação, dizia, “tem um tanto de declaratividade e um tanto de constitutividade ou de condenatividade. Uma ação será declaratória, antes de ser constitutiva ou condenatória. Definir a natureza de uma ação dependerá da preponderância de um dos aspectos. Declaratória, toda ação sempre será”.

Seu pai, Joaquim Pontes de Miranda, fez os primeiros anos do curso jurídico nesta Academia. Sua tia, Dona Francisca Menezes, sempre quis que o sobrinho viesse aqui estudar. Pontes foi para Recife onde se formou. Não o tivemos como estudante mas sempre esteve presente entre nós. Dele recebemos seguidas manifestações de estima.

“Quando se lê — disse certa vez — a lista dos que se formaram na Faculdade de Direito de São Paulo, no Império e na República, tem-se a certeza de que a Faculdade de Direito das Arcadas foi a caixa de tintas e de pincéis com que se pintaram dois terços ou mais da história do Império e da República”.

Não o tivemos como estudante mas o tivemos como professor. Em 14 de dezembro de 1966 recebeu o título de Professor Honorário desta Faculdade. Na ocasião foi saudado pelo Professor Canuto Mendes de Almeida.

«Sentíamos — disse o Professor Canuto — o dever de convocar para ser um dos nossos, àquele que sem dúvida, no transcurso de mais de meio século de infatigável labor, conseguiu projetar, nos altos meios culturais do país e no estrangeiro, sublime nome de jurista excelso, e o prestígio do Brasil, como país de superior e secular formação jurídica”.

Esses mesmos sentimentos continuam a existir entre nós, aumentados agora com a entrega da cópia do fichário de Pontes de Miranda que neste ato nos fazem os seus familiares e amigos, pelas mãos do Professor Djacir Menezes. Na partilha dos bens culturais de Pontes de Miranda só haveria um herdeiro, o seu mais dileto discípulo, o Professor Djacir Menezes a quem apresento os nossos agradecimentos. Esta entrega é um ato de renúncia cuja grandeza confirma os méritos que nunca faltaram no Professor Menezes.

Senhores.

As origens da biblioteca desta Faculdade são encontradas antes mesmo de 11 de agosto de 1827, quando foi criada por decreto imperial. Dos frades franciscanos já recebera 6.000 livros de teologia, filosofia, ética e direito canônico. Por doação ou aquisição esse acervo cresceu somando-se tantos livros que posso dizer que o ambiente espiritual de cada época, o jusnaturalismo, o positivismo, o liberalismo, a dialética e tantas outras manifestações do pensamento estão aqui retratadas nos 140.000 livros da biblioteca central, nos 30.000 livros da biblioteca circulante e nos 50.000 livros das bibliotecas dos Departamentos. Somam o apreciável número de 220.000 obras catalogadas em numerosas fichas.

É um patrimônio valioso.

Está agora enriquecido com o fichário de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

O Divórcio em Roma na Antiguidade

Alexandre Augusto de Castro Correa

Professor Titular de Direito Romano da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Os termos “repudium” e “divortium” — 2. História do divórcio em Roma — 3. Vontade dos cônjuges e divórcio — 4. Formas do divórcio — 5. Regulamentação do divórcio pelos imperadores cristãos — 6. Direito de Justiniano — 7. Exemplos de motivos de divórcio nos fins da República.

OS TERMOS “REPUDIUM” E “DIVORTIUM”

1. O casamento romano dissolvia-se, entre outras causas, também pelo divórcio, indicado nos textos por duas expressões: “repudium” e “divortium”. A primeira, entretanto, aplica-se tanto ao casamento quanto aos esponsais (“*Mentio et repromissio nuptiarum futurarum*”), enquanto a segunda reserva-se ao casamento já contraído. (D. 50, 16, 101, 1; 191).

HISTÓRIA DO DIVÓRCIO EM ROMA

2. O divórcio é ato solene, tendo por fim dissolver o casamento. “Divortium autem vel a *diversitate* mentium dictum est vel quia in *diversas partes* eunt qui distrahunt matrimonium”. (D. 24,2, “De divortiis et repudiis”, 2).

O instituto existiu sempre, em Roma, sendo, porém, pouco usado no mais antigo período, muito embora não seja possível aceitar como verdadeira a tradição fazendo remontar a Calvisio Ruga (no ano 231 a.C.) o primeiro caso de divórcio, motivado pela esterilidade da mulher. Os dois cônjuges não tinham *igual* direito de se repudiar: a mulher “in manu” não podia fazê-lo ao contrário daquela que conservara sua independência.

Se a mulher, entretanto, fosse antiga escrava manumitida pelo dono para fim de casamento, só o marido podia romper a união contraída (D. 24,2. “De d. et repudiis”, 10). *Aulo-Gelio*, finalmente,

observa no livro X, cap. XV, que o casamento dos “flamines” só se dissolve pela morte, sendo-lhes vedado o divórcio.

VONTADE DOS CÔNJUGES E DIVÓRCIO

3. No antigo direito o divórcio podia emanar do “*pater-famílias*” tendo “*in potestate*” o marido ou a mulher. Era a consequência do princípio proibindo aos filhos modificarem a condição do pai contra a vontade deste (Fr. Vat. § 116; D. 24, 2, 4; C. 5, 17, 5). Sob *Antonino*, o *Pio*, os ascendentes perderam o direito de separar os cônjuges contra a vontade dos mesmos: “*Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit*” (Paulo, “*Sent*”, V, VI, 15).

A mãe, sem “*potestas*”, jamais podia enviar ordem de divórcio ao cônjuge de seu filho ou filha.

Formas de Divórcio

4. Antes da lei Julia “*de adulteriis*” não havia forma especial para o divórcio. Só na prática a mulher devolvia ao marido as chaves recebidas ao entrar no domicílio conjugal. A lei Julia, sob pena de nulidade, exigiu forma solene (D. 38, 11, 1,1). Cumpria convocar sete testemunhas púberes e cidadãs romanas, mais um liberto, encarregado de levar a declaração de divórcio, assim concebida: “*Res tuas tibi habeto*”. A estas formalidades acrescentou-se, mais tarde, a destruição dos “*acta dotalia*” e a menção do divórcio nos registros competentes (D. 24,2,2,1; 24,2,9).

Livre, a princípio, o divórcio foi depois regulamentado. Durante muito tempo o divórcio foi livre: a única sanção consistia nas retenções sobre o dote, facultadas ao marido ou na perda do prazo para a restituição daquele, conforme a culpa fosse dum ou doutro cônjuge. (*Ulp.*, “*Reg.*” 6,13). Esta facilidade dera lugar a grandes abusos: todos conhecem a história das mulheres romanas mudando de marido mais freqüentemente do que o Estado mudava de cônsules.

Regulamentação do divórcio pelos imperadores cristãos

5. Os imperadores cristãos procuraram regulamentar o divórcio de modo a combinar a estabilidade do casamento com as condições de boa união, devendo existir entre os cônjuges. Teodósio e Valentiniano enumeram as causas do divórcio: a mulher podia deixar o marido homicida, adúltero, ladrão, etc.* bem como aquela freqüentando circos, arenas e teatros contra proibição do marido.

* O marido podia repudiar a mulher adúltera, homicida, envenenadora, etc.

Penalidade — Divorciando-se fora desses casos a mulher perdia o dote e a doação antenupcial, não podendo recasar-se durante cinco anos, sob pena de infâmia. Repudiando a mulher, sem motivo, o marido perdia a doação antenupcial (C. 17, 8, §§ 2, 3 e 4).

Direito de Justiniano — Justiniano continuou essa legislação: na Novela 117, Caps. 8 e 9, enumera as causas de divórcio.

No Cap. X proíbe o divórcio por consentimento mútuo, mas na Novela 140 revoga tal proibição. Divorciando-se, sem motivo, a mulher perde o dote e é recolhida a um mosteiro. Dois terços de seus bens são atribuídos aos filhos e um terço ao mosteiro que a recebesse. O marido submetido, a princípio, só a pena pecuniária foi também recolhido a claustro, e privado de seus bens (Nov. 117, C. 13; 134, C. 1.). Depois do divórcio os filhos eram confiados ao progenitor considerado pelo juiz mais capaz de educá-los.

Justiniano determinou fossem eles entregues ao cônjuge inocente (C. 5, 24, 1. única — Nov. 117, 7).

Todos os acordos visando excluir ou limitar o divórcio são nulos, sendo impossível estipular penalidade contra o mesmo. Esta liberdade ilimitada de se divorciar foi muito criticada pelos juristas e moralistas modernos os quais acreditaram ver nela sinal claro da decadência romana. Na verdade, tal liberdade é a *pedra angular* na qual se baseia a concepção humanística do matrimônio por parte do direito clássico. Isto resulta claramente das fontes. Em rescrito do ano 223 o imperador Alexandre afirma:

“*Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes quibus poenae irrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat*”.

D. 45, 1, 134,1 — Paulo “ *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta*”.

Pode-se renunciar à “*societas*” a qualquer tempo, sendo nula qualquer cláusula, limitando perpetuamente tal direito do sócio. A liberdade plena de divorciar foi a consequência inevitável pois a liberdade pessoal é muito mais afetada no matrimônio do que na sociedade.

Em contraste com os juristas gregos e orientais os jurisconsultos romanos compreenderam perfeitamente que o instrumento adequado para evitar nos matrimônios as lamentáveis consequências do capricho individual dos cônjuges não deve ser o direito, o qual, mesmo querendo-o, não pode impor-lhes vida pacífica e exemplar.

O Direito pode, certamente, conservar os casamentos, no sentido estritamente jurídico da palavra, mas a ética e a comunidade política não têm o menor interesse em manter uniões, as quais não passem de meras fachadas legais. Na grande maioria dos casos a subsistência coercitiva do matrimônio gera a irresistível propensão dos cônjuges ao

concubinato ou a outras uniões ilegítimas, para não falar dos múltiplos expedientes imaginados pelas partes e seus advogados a fim de contornarem os preceitos da lei.

Estabilidade do Matrimônio — Não dispomos de dados seguros relativos aos efeitos sociais da clássica liberdade do divórcio em Roma.

No último século da República, é certo, o número de divórcios ultrapassou o dos tempos antigos o que não significa necessariamente decadência moral, pois o desenvolvimento da personalidade individual do homem e da mulher aumenta, inevitavelmente, as dificuldades oferecidas pela vida matrimonial permanente. Bom exemplo disto é o casamento de *Cícero* com *Terência* a qual, sob muitos aspectos, foi superior ao marido. Além disso os efeitos próprios dos tempos revolucionários, produziram graves danos para o matrimônio, sobretudo no estrato social elevado que era a sementeira donde procediam as figuras da política.

O marido de *Túria* declarava: “Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte, non divortio interrupta: nam contigit nobis ut ad annum XXXI sine offensa perduceretur”.

De qualquer forma, os matrimônios de 40 anos são sempre raros. Durante o Principado a duração dos casamentos foi normal e nas inscrições da época encontramos referências a matrimônios de longa duração. No “*Satiricon*”, de *Petrono* (74,16) *Trimalcião*, falando como autêntico romano, diz: “Sugeriram-me o divórcio pelo fato de eu não ter filhos. Mas recusei separar-me pois sou homem de bem e não quero parecer frívolo (“dum bonatus ago et nolo videri levis”). A “gravitas” romana respeitava mais a sanção dos costumes do que as proibições legais.

As penas castigando os divórcios por causas frívolas não existiram durante o período republicano. Mas, a obrigação do marido restituir o dote atuava de certo modo à guisa de pena. *Cícero* passou por difíceis momentos quando obrigado a restituir o dote pertencente a *Terência*, o mesmo acontecendo a seu genro *Dorabella* quando se divorciou de *Túlia*. A “retentio proter liberos” produziu efeito semelhante.

No caso mencionado, da proibição estabelecida por *Augusto*, *contra a liberta*, se esta violasse a regra o casamento se dissolvia mas a mulher perdia o “*conubium*” necessário para contrair novo casamento.

Forma do Divórcio — Convenção não solene ou declaração dum dos cônjuges. Exigia-se sempre a cessação da vida em comum.

No caso de adultério, o marido era obrigado pela “*Lex Julia de adulteris*” a divorciar-se sob pena de incorrer em “*tenocinium*” (Caso do marido que se aproveita do adultério da mulher sem propor contra ela a competente ação de divórcio).

Exigia-se alguma prova da intenção de se divorciar. Sabemos do emprego de palavras usuais ou da remessa dum documento (“*libellus*”).

repudi) exatamente como sabemos de palavras e cerimônias costumeiras para a instauração do casamento. Mas nada disso era legalmente necessário.

Até os fins da República a completa liberdade do Divórcio era contrariada pela opinião pública e pelo costume romano de convocar um "*consilium domesticum*" antes de qualquer decisão importante.

Eram também cabíveis sanções aplicadas pelo Censor. Assim, em 307 a.C. um senador perdeu o cargo pelo fato de se ter divorciado sem consultar o Conselho de Família. No último século antes de Cristo, entretanto, o Divórcio tornou-se *corrente*, pelo menos nas classes elevadas, a respeito de cujos costumes somente temos algumas provas.

O respeitável Cícero separou-se da mulher, depois de trinta anos de casado, para contrair novo matrimônio com mulher rica e jovem. E Catão de Útica não hesitou em casar novamente com sua mulher (da qual se divorciara), quando esta ficou viúva e rica por morte do segundo marido. O próprio Augusto se divorciou da primeira mulher, antes de se casar com Livia. A famosa inscrição da época ("*Laudatio Turiae*") refere quão raros eram os casamentos dissolvendo-se por morte e não por divórcio.

Sêneca, cinquenta anos depois, nota: as mulheres contavam a idade não pelo número de cônsules, como outrora, mas pelo de maridos.

O único obstáculo eficaz contra o divórcio era constituído pelas regras governando a restituição ou a retenção do dote da mulher.

O marido podia reter parte do dote pelas seguintes causas:

- a) "*propter liberos*": 1/6 do dote em razão de cada filho; em nenhum caso, porém, a retenção podia ultrapassar metade do dote;
- b) *propter mores uxoris* — por conduta licenciosa da mulher; 1/8 do dote em casos leves e 1/6 em casos graves.
- c) "*propter res amotas*" — Quando a mulher, depois de consumado o divórcio, apossava-se de coisas pertencentes ao marido, querendo, assim, reaver seu dote mediante ato de defesa privada, tal ato não se considerava "*furtum*"; as coisas subtraídas pela mulher não eram chamadas "*res furtivae*" e sim "*res amote*" ou "subtraídas" em atenção à dignidade do casamento impedindo a propositura entre os cônjuges duma ação infamante qual a "*actio furti*".

DIREITO DE JUSTINIANO

6. Justiniano reformou drasticamente a ação clássica para recuperar o dote, o qual devia ser sempre restituído e a correspondente ação tornou-se transmissível aos herdeiros da pessoa legitimada a pro-

pô-la. Os imóveis deviam restituir-se imediatamente e os móveis no prazo dum ano. A “*actio de dote*” como se chama agora é fortalecida por “*hypotheca generalis*” sobre os bens do marido.

Assim, um marido indiferente ao divórcio poderia hesitar em perder o dote reciprocamente, havendo filhos, o direito de retenção do marido seria capaz de inibir a mulher. Tais motivos, entretanto, não bastariam diante da perspectiva de casamento mais rico.

Com o advento do Cristianismo como religião oficial do império era de se esperar a mudança radical no modo de encarar o divórcio.

O consentimento constituía de fato a base do casamento cristão, como do romano, mas para o cristão o poder da vontade se esgotava na criação do vínculo, excluindo a idéia pagã romana, segundo a qual o que fora criado mediante acordo pudesse dissolver-se por força de acordo contrário ou distrato. Tal era a doutrina cristã e o Império era oficialmente cristão; ele abrangia, porém, dentro de suas fronteiras, uma população mui heterogênea, boa parte da qual não obedecia ao novo ensinamento. Por isso, eram comuns as penalidades eclesiásticas contra divorciados que contraíam novo casamento. Mesmo os mais enérgicos imperadores cristãos não ousaram erradicar completamente a velha lei, procurando antes restringir sua aplicação. Impuseram penalidades cada vez mais severas (vimô-lo, já) contra o divórcio, salvo nos casos reconhecidos pelo legislador.

As causas de divórcio, admitidas por Justiniano, são as seguintes:

- a) “*Divortium ex justa causa*”, repúdio em casos determinados por lei e acarretando graves sanções a cargo do culpado;
- b) “*Divortium sine causa*” — punido, mas válido;
- c) “*Divortium ex communi consensu*”, vedado por Justiniano, mas restabelecido por seu sucessor;
- d) “*Divortium bona gratia* (no tempo de Justiniano) causado por motivos não imputáveis a nenhum dos cônjuges, tais como esterilidade durante três anos consecutivos, deficiência física de qualquer deles, ausência do marido por cinco anos, como prisioneiro de guerra, doença mental ou voto de castidade dum dos cônjuges. Não acarreta sanção alguma.

Portanto, mesmo o divórcio injustificado, embora punido, era *válido* exceto no caso da mulher culpada e condenada por Justiniano ao confinamento perpétuo em convento.

A proibição ao “*divortium ex communi consensu*” foi imposta em 542 por Justiniano. Mas, os costumes arraigados resistiram e cinco anos depois da morte do imperador ele foi restabelecido.

Sob este aspecto, entretanto, o Direito Romano não perdurou: a lei do casamento da Europa Ocidental estava destinada a ser ditada

pelo Direito Canônico. Ora, este, embora de origem romanística, rejeitou inevitavelmente a concepção pagã do Divórcio. Além disso, o divórcio moderno envolve necessariamente a intervenção judicial, enquanto o divórcio romano era assunto puramente privado.

EXEMPLOS DE MOTIVOS DE DIVÓRCIO NOS FINS DA REPÚBLICA

7 Não faltam; e Carcopino em "*La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*", (pp. 118-124), nó-los oferece.

Mesmo nos tempos lendários, aos quais a Roma clássica amava-se reportar em pensamento, a fim de neles descobrir imagem de si própria, próxima do ideal, que se afastava sempre mais, o casamento nunca fora indissolúvel. No casamento "*cum manu*", dos primeiros séculos, o repúdio do marido pela mulher, colocada sob a autoridade daquele, era impossível; o repúdio da mulher pelo marido era, pelo contrário, prerrogativa deste.

Sobre a futilidade dos motivos de Divórcio, nos fins da República. Ver Carcopino, op. cit. p. 119.

O casamento "*sine manu*" concedeu também à mulher a faculdade de anular à vontade as uniões contraídas. Em consequência, na época de Cícero, o "*divortium communi consensu*" ou por vontade unilateral tornou-se moeda corrente nas relações de família.

Sylla, na velhice, casara-se pela quinta vez com uma jovem divorciada, Valéria, meia-irmã do orador Hortênsio.

Pompeu, duas vezes viúvo, de Emília e Júlia, divorciara-se primeiro daquela e depois desta, duas vezes, portanto; de Antístia, mais tarde, com quem se casara para obter as boas graças do pretor, do qual dependia o mandado de imissão na posse de sua imensa fortuna paterna. O apego, porém, da terceira mulher ameaçou entrar a carreira política de Pompeu, que se divorciou, finalmente, de Múcia, cuja conduta deixaria a desejar durante a longa ausência do marido, nas campanhas no ultramar.

Viúvo de Cornélia, César repudiou Pompéia, com a qual se casara, depois da morte da filha de Cinna, pelo simples motivo de, mesmo inocente, a mulher de César não dever ser alvo de suspeitas.

Sem falsos pudores, Cícero, aos 57 anos de idade, para restaurar suas finanças com dote da jovem e rica Publília hesitou, depois de trinta anos de vida em comum, em repudiar Terênciã, mãe de seus filhos, a qual, aliás, parece ter suportado serenamente o infortúnio, pois deveria casar-se duas vezes ainda, primeiro com Salústio e depois com Messala Corvino, morrendo mais que centenária.

Os Primórdios da Perícia Médica

João Baptista de Oliveira e Costa Júnior

Catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: *Conceito. Seu aparecimento na Antigüidade. Na Idade Média. No Renascimento. O Código Carolino. Ambrosio Paré e Paulo Zacchia.*

Conceito — Para Agostinho José de Souza Lima (*Tratado de Medicina Legal* — 4ª edição 1923 — pág. 48) a perícia médica é “toda a sindicância promovida por autoridade policial ou judiciária, acompanhada de exame que, pela natureza do mesmo, os peritos são ou devem ser médicos”. É, pois, o esclarecimento de um fato, mais ou menos duradouro, que pela sua natureza só poderá ser esclarecido por quem possua conhecimentos de medicina, isto é, o médico. Disso decorre que o perito médico é a pessoa entendida e experimentada em temas de medicina, que designado pela autoridade competente, deverá esclarecer um fato de natureza médica mais ou menos duradouro. Cabe-lhe, portanto, o *visum et repertum*, segundo exigência antiga.

A perícia médico-legal surgiu pela necessidade de solução para casos concretos. A princípio eram vestígios mal percebidos nas legislações primitivas, depois de forma mais evidente, principalmente na Idade Média até definir-se e concretizar-se na Renascença, com a sua instituição oficial no Código Carolino em 1532.

Na Antigüidade — A perícia médico-legal foi tarefa do Estado desde o tempo dos egípcios, conforme consta dos papiros da época, todavia ficou sempre uma dúvida a respeito do aparecimento gradual dos regulamentos durante longo período e da possibilidade de sua origem.

Imhotep, o grão visir, no Egito, chefe da Justiça e médico do rei Zoser, arquiteto da primeira grande pirâmide de Sakkara foi o primeiro a relacionar a medicina com a lei e talvez quem realizou a primeira perícia médico-legal (in R.B.H. Gradwohl-Legal Medicine 1954, pág. 3).

Embora a medicina egípcia estivesse impregnada de magia e divindade, empregando, na cura das doenças, os encantamentos, os amuletos e o exorcismo, alguns historiadores viam traços de perícia nesse país. Assim os sacerdotes médicos verificavam se a morte fora violenta ou natural; a prática do embalsamento exigia a mesma verificação. As leis de Menès, o mais antigo faraó da história, mandavam

adiar o castigo das mulheres grávidas, excluindo-as das penas aflitivas, o que implicava na intervenção do perito para o diagnóstico da gravidez. Nos crimes de violência sexual, o suspeito era amarrado sobre o leito em uma das salas do templo, assistia uma hieródula nua, ou apenas com vestes transparentes, dançar ao seu redor, sendo considerado culpado se o “órgão” o traísse, caso contrário inocente.

Na Caldeia, exercia a função de médico o astrólogo, que analisava o planeta da vítima e do acusado, infeliz este se os *signos* não fossem concordantes, recorrendo então aos presságios e às flechas divinas.

No tempo das leis sumerianas, um bloco de argila fala do julgamento de um homicida, datado de 1850 a.C.

O Código de Hammurabi, compilação de leis sumerianas prevê penas severas para os casos de erro médico, o que subtendia a prova do erro.

As primeiras indicações relativas à perícia médica estão nas leis de Manu, dos indus, onde alguns crimes são comprovados por exames. Aquele que matar um brâmane, cometer adultério, violentar uma virgem, provocar aborto, tocar nos seios de uma mulher casada ou deixar-se tocar por ela, violar uma virgem com os dedos, pratica crime passível de castigos severos (cap. VIII, 358, 364, 367; XI, 87).

As práticas lésbicas de pederastia e a bestialidade eram punidas por lei (cap. VIII, 369, 370; XI, 173, 174); cabia ao brâmane examinar o culpado e a vítima. Antes do exame, porém, ele pronunciava fórmulas médicas, invocando a divindade e usando dizer somente a verdade.

Na Pérsia, o Zend Avesta dá pormenores a respeito dos crimes de sangue e de costumes; classifica os ferimentos em sete categorias, da simples equimose até os ferimentos mortais.

A legislação hebraica, superior às precedentes, porque exigia duas testemunhas para a condenação do suspeito, a responsabilidade das testemunhas e do juiz, a garantia dos tribunais, a publicidade dos debates, a igualdade perante a lei, ausência de meios de tortura, mostrava o sentimento de justiça unido à rigidez do dogma religioso. Nela, os conhecimentos médicos relacionados com vários textos eram aplicados pelo sacerdote, que também exercia a função de médico.

No Deuterônomo — cap. XVII - vols. 8 e 9 — tal função cabia ao sacerdote. Assim “quando foi difícil distinguir entre o sangue e o sangue; uma causa e outra causa; entre a lepra e a lepra, procurai os sacerdotes que o esclarecerão sobre a verdade”. O Êxodo e o Levítico contêm preceitos relativos aos costumes. Aquele que “comerciar” com um animal será punido de morte (Êxodo XXII, 19), “Aquele que bater numa mulher grávida e a fizer abortar, pagará uma multa ao marido”. “Não se deitará com um homem como se deita com uma mulher; é abominação”; “a mulher não se prostituirá com um animal;

é abominação". Cite-se o caso de os velhos competentes da cidade analisarem as vestes da vítima nos casos de desvirginamento (Deuterônimo XXII, 13, 14 e 15).

Nos casos de agressão, a vítima e o acusado eram examinados pelos sacrificadores da tribo de Levi. (André Cousin "Essai sur les origines de la Médecine Légale", pág. 13, 1905).

Na Grécia, os asclepiades examinavam os cadáveres com equimoses e feridas para o diagnóstico da morte natural ou criminoso.

De acordo com as leis de Dracon, todo o processo criminal devia ser instruído pelo archonte. Um médico dava sua opinião depois de terorado previamente, junto ao altar de Eunéides (chamadas também de Fúrias, tinham a missão de punir os criminosos quando chegassem ao inferno e eram três: Alecto, Megeira e Tisífone). A sentença era proferida pelos Êfetos, juizes do Tribunal Criminal, instituído por Dracon.

Hipócrates (460 a 370 a.C.) opinou sobre os nascimentos precoces e tardios. Aristóteles (384 a 322 a.C.) estabeleceu o quadragésimo dia, a época da animação do feto e de 80 dias para o feto do sexo feminino, prazos esses seguidos pelos magistrados do Areópago na apreciação do aborto.

No período romano, antes de Justiniano, a primeira determinação relativa à perícia médico-legal foi atribuída a Numa Pompílio, primeiro rei lendário de Roma e que, segundo consta, fora inspirado pela ninfa Egéria quando permitiu a histerectomia nas mulheres mortas e grávidas. As vestais que violassem o véu da castidade eram enterradas vivas depois de examinadas pelas matronas.

Em todos os casos de morte violenta, o cadáver deveria ficar exposto em local público para que qualquer pessoa pudesse opinar a respeito do evento. A Lei das Doze Tábuas, que sucederam às Questões Perpétuas redigidas pelos decenviros estabelecia a avaliação dos danos existentes nas pessoas com ferimentos.

A partir de Constantino (ano 313), sob a influência do cristianismo e principalmente no Código Teodosiano (438) trata a respeito dos problemas relacionados com o casamento.

No século VI, Justiniano determinou aos jurisconsultos que reunissem as legislações esparsas para elaborarem a lei romana: *Pandecta, Digesto, Institutos, Novelas*, e que, segundo Carlos Magno, mereceu ser denominada a mãe de todas as leis humanas. No *Digesto* está escrito: "*Medici non sunt proprie testes, sed magis est iudicium quam testimonium*".

O Código Justiniano contém muitas disposições relativas à perícia médica, no que se refere ao casamento, à impotência, ao aborto, ao parto, à interdição, às doenças simuladas, etc.

Entre os romanos já aparece a medicina legal “orientando o legislador na definição do direito positivo e auxiliando o juiz na sua aplicação”. (Alcântara Machado, J. *“Revista de Criminologia e Medicina Legal — Ano I — nº 1 — julho de 1928, págs. 5 e 6*). Parece que as doutrinas biológicas influenciaram no espírito dos juriconsultos romanos. Paulo (Dig. 1.5.12) e Ulpiano (Dig. 38.16.3.12) respeitam a autoridade “doctissimi viri Hippocratis”. A regulamentação da curatela do “fatuus” e do “furiosus” revela conhecimento de formas da doença mental.

Não existia, porém, uma ordem geral que impusesse ou autorizasse a audiência de peritos médicos nas questões de ordem civil ou penal. Encontra-se, entretanto, no Digesto (25.4.1 e 10) a verificação da prenhez (inspiciendo ventre custodiendoque partu”), justificando a diligência no caso de mulher que se engravida antes da viuvez e no caso de divórcio quando o marido afirmava que engravidara a mulher. Em ambos os casos o exame seria realizado: no primeiro caso, por cinco mulheres livres, as quais poderiam tocar ou palpar o ventre da gestante, sem o seu consentimento; e no segundo caso, após a mulher ser ouvida pelo pretor e se negasse o fato seria examinada por três “obstetrices probatae et artis et fidei”.

Em Roma, como em qualquer outro lugar, o exame ou inspeção ocular, afirma Alcântara Machado (ob. cit. pág. 8) “começou por ser um ato pessoal e exclusivo do juiz”. É este, primitivamente, quem se certifica, por seus próprios olhos, da materialidade dos fatos atuais, dos resíduos sensíveis dos fatos pregressos”. Só mais tarde é que se fez necessário ouvir pessoas entendidas, isto é, a função pericial separou-se da função judicante. Os exames periciais surgiram com mais freqüência, no direito judiciário, quando desapareceu a distinção entre o “jus” e o “judicium”, critério dominante antes de Deocleciano. Assim, o processo se desenvolve inicialmente perante aquele que “jus dicit” e depois de estabelecido o direito, perante o juiz que “judicat”, nomeado pelas partes e, não havendo acordo, pelo magistrado. Procuravam-no, as partes, entre as pessoas entendidas na matéria. Isso tudo, porém, de forma excepcional, lembrando-se que os agrimensores eram obrigatoriamente nomeados nas questões de terras.

Tornaram-se mais freqüentes ao tempo de Deocleciano e maior a procura de pessoas com conhecimentos técnicos, embora não houvesse norma geral que autorizasse o exame pericial.

Maior era o silêncio quanto ao Processo Penal. A princípio o próprio julgador observava o fato material. Nas Ordenações Manue-linas de 1521, o ofendido era obrigado a mostrar a lesão ao juiz, ou, na ausência deste, a um tabelião. Todavia, apesar disso o juiz delegava tal missão a pessoas entendidas e principalmente a médicos.

Está provado, segundo A. Machado (ob. cit. págs. 11 e 12), que, sem dúvida alguma, a perícia médica figurava na prática forense de

Roma Imperial, bastando lembrar trechos do laudo de Caio Minucio Valeriano determinado por Heraclides e constante do papiro mencionado por Dareste “e cuja perícia foi assistida por Phaesis e Esuris (decanos da aldeia de Caranis): “Mandou-nos Heraclides verificar o estado de saúde de Mystherion, filho de Cameu, em presença de Petesucho, seu irmão. Declaramos e juramos pela fortuna do imperador Adriano Trajano Augusto: eu, Caio Minucio Valeriano, que, no quinto dia depois de ferido Mystherion, encontrei uma ferida contusa na parte esquerda da cabeça e nela descobri fragmentos de pedra; nós, Phaesis e Esuris, que juntamente com Minucio, vimos a ferida em questão, o que afirmamos sob juramento. Eu, Heraclides, estive presente”. Esse laudo pericial está completo: requisição da autoridade, intervenção profissional, juramento prévio, inspeção ocular em presença de testemunhas, descrição da ferida com indicação da sede, da profundidade e da natureza do instrumento vulnerante, redação do auto pelo escrivão.

Na Idade Média — Com a invasão dos povos germânicos e eslavos (alemães, burgondes, góticos, frisões, franco ripuares e salianos) na Europa Ocidental, dominando o Império Romano a “wehrgeld” ou o “preço do sangue” foi o princípio que regulou a legislação dos vencedores. Não se punia em nome de um ideal de justiça ou de moral, mas, para evitar as vinganças continuadas, os legisladores encontraram nas indenizações pecuniárias o meio de evitar a destruição de famílias e tribos. Assim, a lei dos alemães dava pormenores em relação à sede e grau dos ferimentos. A lei sálica continha algumas disposições, tais como:

● “Si quis alterum voluerit occidere et colpos falierit, quid fuerit adprobatum, MMD dinarios qui faciunt solidos LXXX culpabilis judicetur”.

● “Si quis alterum in caput placaverit ut cerebrum apareat, et exinde tria ossa, quae super ipso cerebro jacent, exierint, MCC dinários. ”.

● “Si inter costas fuerit ant in ventrem ita ut volvus apareat, et usque ad intrania perveniat MCC dinarios, praetermedicatura, solidos V ”.

● “Si quis hominem placaverit ita ut sanguis in terra cadat, DC dinarios culpabilis judicetur”.

A mulher grávida era também protegida de modo especial:

● “Si quis feminam ingenuam et gravidam trabaterit, si moritur XXVIII dinarios. Si vero infantem in utero matris suae occiderit ante quod nomen habeat, quid fuerit adprobatum, IVM dinarios culpabilis judicetur”.

De acordo com Mende, Siebolt e Buchner sondavam as feridas e apresentavam relatório ao tribunal. (in A. Cousin — “*Essai sur les Origines de la Médecine Légale*” — págs. 19 e 20).

Carlos Magno, no início do século IX, desejando restaurar o Império Romano, procurou dar uma unidade legislativa aos povos subjugados, determinando aos seus bispos que redigissem uma compilação das leis germânicas, dos antigos códigos merovíngios e do direito romano, espalhassem-na por todos os seus domínios e que ficou conhecida com o nome de Capitulares. Nessas, alguns artigos se referiam à intervenção direta do médico e, recomendando que o juiz se baseasse na opinião dele, principalmente em casos de ferimentos, infanticídio, suicídio, violação, bestialidade e de impotência.

Carlos Magno, nas Capitulares de 805 e 807, afirmava que se iniciara também na arte médica, em sua juventude. Parecia que tudo contribuía para um melhor desenvolvimento da perícia médica, entretanto, o império de Carlos Magno foi dividido, passando a instalar-se o regime feudal, isto é, dos usos e costumes locais predominando no direito. Dest'arte as superstições, o sobrenatural reapareceram com a mística dos germanos, a honra dos franks, sendo as paixões causa de todas as injustiças.

As investigações eram baseadas em provas (Ordalios) como a do fogo, da água fervente e da água fria. Na primeira prova, o acusado para ser considerado inocente deveria carregar nas mãos uma barra de ferro aquecida ao rubro; na segunda, exigia que o acusado retirasse um anel do fundo de um recipiente contendo água fervente; e na terceira, o acusado seria atirado à água com os punhos e os pés atados: se inocente, o corpo afundaria, se culpado boiaria.

Em alguns casos os litigantes deveriam comer certa quantidade de pão e queijo colocados sobre o altar: se o acusado vomitasse convulsivamente era considerado culpado. Prova curiosa era a da cruentação, considerada manifestação do poder divino. O suposto assassino, de uma certa distância do cadáver da vítima, aproximava-se dele, pronunciando-lhe o nome várias vezes, rodeava 2 a 3 vezes o corpo e depois roçava o dedo levemente sobre o ferimento: surgindo sangue era considerado culpado, caso contrário, inocente. Tal prova chegou a ser usada até o século XVII, depois da Idade Medieval. Vários autores discutiram o valor dessa prova: Libavius, em 1594, no seu trabalho "De cruentatione cadaverorum", Blancus em 1547 no seu "Tractatus de incidiis homicidii" e até mesmo Michel Albertus, em 1726, na sua obra "De hemorrhagiis mortuorum et jure cruentationis".

Verifica-se pois que, embora o Direito nessa época medieval se desenvolvesse com lentidão as mulheres entendidas, os médicos e os cirurgiões eram convocados, segundo o caso, para opinar sob juramento, ao mesmo tempo que empregavam provas judiciárias pela "disputa", pelo "fogo" ou pela "água".

Assim, no édito de Godefroy de Bouillon (1058-1100), conhecido também como "Assises et bons Usages du Royaume de Jérusalem", havia uma referência às visitas médicas determinadas pela Justiça.

Lembre-se do julgamento pela peleja, gênero de prova que exigia muito vigor dos pleiteantes. “O “Senhor” mandava que um médico, um cirurgião e um apotecário realizassem os exames necessários. Lê-se, também, num “Recueil d’Etablissements et Coutumes, Assises et Arrêts de l’Echiquier de Normandie”, correspondente ao período de 1207 a 1245, entre outras coisas, que quando alguma mulher se queixasse de ter sido violentada, a Justiça exigia o exame realizado por mulheres conhecedoras do assunto.

No ducado da Normandia eram obrigatórios os exames nos casos de homicídio, desvirginamento, de ferimentos, etc.

Registre-se ainda o “Costumes de Paris” ou “Estatuto de São Luiz” de 1260, que suprimiu o duelo judiciário substituindo-o pelas provas, contribuiu para o desenvolvimento da perícia médica. Nessa época, o Direito Canônico influi cada vez mais na jurisdição dos povos. O papa Gregório IX, reunindo as decisões de todos os Concílios, publicou-as sob o nome de Decretais, onde certas questões dependiam de intervenção médica. Para casos de impotência havia a famosa prova do congresso: essas Decretais exigiam exame médico dos órgãos sexuais, bem como a prova da conjunção carnal na presença de testemunhas. O médico autorizado pelo magistrado examinava o “temperamento e a conformação das partes”. Uma matrona, conhecedora e experimentada nessa matéria, exortava o marido e a mulher deitados juntos, inclusive untava as partes genitais com unguento apropriado, devendo depois relatar fielmente ao médico tudo o que observara. Se o caso não ficasse esclarecido, a matrona era substituída por uma comissão constituída por 3 médicos, 3 cirurgiões e 3 mulheres sábias, que separados do casal apenas por uma cortina deviam verificar “an facta esset emissio, ubi, quid, et quale esset emissum”. Além dos casos de impotência eram de verificação médica os casos de bruxaria, casamento, atentados ao pudor e de aborto. Quando, porém, os casos se relacionavam com dogmas religiosos o julgamento era feito por tribunais eclesiásticos. Assim, um decreto de Inocente III, de 1209, determina o exame médico de pessoas feridas. Num caso de ladrão de igreja, ferido com um golpe de enxada, o tribunal indagou se o ferimento era leve “ut peritorum judicio medicorum talis percussio assereretur non fuisse lethalis”.

A partir do século XIII até o século XVII a influência da religião na mentalidade social refletia-se nos processos civis e criminais. O Direito Canônico predominava nas regras de separação dos corpos, nos processos contra a bruxaria e nas decisões dos Papas, porque os médicos quase todos eram eclesiásticos que se baseavam nos ensinamentos de Aristóteles, Hipócrates, Galeno e Avicena.

Todavia, no fim do século XII, as Cartas Batentes de Felipe, o Audaz ou o Temerário, de 1278, dão conta das verificações judiciárias por cirurgiões juramentados junto ao rei e aos intendentés de algumas

cidadas “Per dictum Chirurgorum ad hoc Nobis et Majori et civibus juratorum”.

Felipe, o Belo, o rei legista, regulamentou o exercício da cirurgia, dando algumas garantias à perícia quando o exercício da medicina era permitido a quem quer que fosse. O Édito de novembro de 1311 proíbe a atividade cirúrgica àqueles que não tenham sido examinados por cirurgiões juramentados instituídos pelo “Châtelet” (“Antiga Jurisdição em Paris”). Médicos e cirurgiões examinavam pessoas feridas ou mortas encontradas na via pública.

É curioso o exame realizado pelo mestre Henri Tristan em 25/8/1332, que afirma ter examinado o corpo de Tristan Jehannin de Troyes, morto sem qualquer ferimento, tendo concluído pela morte por apoplexia, o qual expurgava pelos ouvidos, narinas e boca.

Há inúmeras perícias desse gênero referidas nas obras especializadas em Medicina Legal. Curiosa, entretanto, é a que está relatada no “Traité des erreurs populaires en Médecine”, Lyon 1534, de Laurent Joubert, grão-chanceler da Universidade de Montpellier.

“Nous Marian Teste, Jeanne de Means, Jeanne de la Guigan et Magdeleine da la Lippue”, matrones jurées de la Ville de Paris, certifions à tous qu’il appartiendra que la quatorzième de juin 1532, par l’ordonnance de M. Prévost de Paris, nous sommes transportées en la rue de Frépant, où pend pour enseigne la Pantoufle, où nous avons vu et visité Henriette Pélicière, jeune fille âgé de quinze ans, sur la plainte faite par elle en justice contre Simon de Bragard, duquel elle a dit avoir été forcées et déforée. Et le tout vu et visité ou doigt et à l’oeil, nous trouvons qu’elle a: les barres froissés, le haleron démis, la dame du milieu retirée, le ponant débiffé, les toutons devyez, l’achenart retourné, la babbole abbatuë, l’entrepent riddé, l’arrière-fosse ouverte, le guilboquet fendu, le lippon recroquevillé, le barbidant tout escorché; et le tout vu et visité feuillet, avons trouvé qu’il y avait trace de v ”. Assinale-se que Malgaigne tentou traduzir, mas desistiu.

Tais exames demonstravam os fracos conhecimentos anatômicos e o total desconhecimento da fisiologia. Exigia-se, nos relatórios, o interrogatório sobre o estado da vítima, o prognóstico dos ferimentos; de perigo de vida; se a morte era voluntária, criminosa ou provocada por doença. Que valor, porém, teriam tais relatórios sem necrópsias e conhecimentos anatômicos?

Michelet afirma, na sua *História da França*, que os primeiros anos de século XIV foram um “longo processo”. “O fim do processo do Templo foi o começo de vinte outros”. Essas tragédias tinham perturbado as imaginações: as penas, os suplícios, eram eles mesmos verdadeiros crimes. Acusações não param: envenenamentos, adultérios, falsidades e principalmente bruxarias. As peças de convicção,

amuletos, filtros, sapos, gato negro, imagens cravadas de agulhas eram apresentadas aos tribunais. A tortura campeava a larga: cordas, esfriamentos, banquetas, pinças, tenazes, tornos, tripeça ao rubro, a prova de água, o borzeguim, o enxofre derretido sobre o corpo, etc. As penas eram ferozes.

Equiparava-se a sodomia à heresia. Queimava-se o culpado vivo. Assim, Didier Lengarat, de 37 anos, sapateiro em Joinville, acusado de bestialidade é queimado vivo juntamente com uma jumenta no dia 27/10/1604. Do mesmo modo, em 23/08/1609, Pierre Dupin, apotícaro, foi queimado com uma vaca; em 8 de maio de 1617 Julien Largereux sofreu a mesma pena com uma égua. Muitos outros casos foram registrados em França e em outros países. A fornicação com infiel era considerado caso de bestialidade.

Os processos contra bruxaria e possessão foram numerosos. O número de doentes mentais aumentava sempre. Epidemias estranhas surgiam por toda a parte: dos dançarinos de S. João, do tarantelismo na Itália, dos ladradores, dos flageladores, da possessão das Ursulinas, das convulsionárias de S. Medardo.

Assustado com a presença de tanto demônio na população, Inocente VIII lança em 1484, a bula contra a diabrura. Para a prova da demonopatia, os médicos pesquisavam os “stigmata diaboli” debaixo da língua, dentro dos lábios, dentro do nariz, no pêlo da cabeça, entre os dedos, na unha, no “fundamento” do homem e “natureza” da mulher.

A Idade Média passa e na Renascença a perícia encontra o período favorável para o seu florescimento.

Em 1507, Jean de Schwatzemberg, chanceler do bispo de Bamberg redigiu uma Ordenação para esse príncipe, na qual estabeleceu e regulou a intervenção dos médicos na Justiça e que mais tarde serviu de base para a Constituição de Carlos V

Foi decisiva, para o desenvolvimento da perícia médica, a promulgação da referida Constituição Carolina, na Dieta de Ratis bonne em 1532, como lei do Império Germânico. Há artigos da Constituição Carolina que autorizam a intervenção de médicos e de mulheres, conhecedoras do assunto, e alguns que indicam uma iniciativa inclusive para a prática da autópsia.

Assim: “art. 35 — Se uma jovem é suspeita de estar clandestinamente grávida e de ter matado o produto da concepção, dever-se-á antes de informar que ela tenha sido vista em estado muito aparente de gravidez, e se em seguida essa gravidez tenha diminuído, se ela se tornou pálida e fraca. Se esses sinais e indícios são encontrados de tal modo que se possa suspeitar, convém ir mais longe e fazer com que matronas honestas e experimentadas a examinem secretamente. Se essa visita confirmar a suspeita e não obstante ela não tenha confessado o delito, poderá ser torturada”.

“art. 36 — Quando depois de pouco tempo da morte da criança a mãe não tenha ainda perdido seu leite, poderá ordenhar o leite da mama, e se ele é bom e perfeito, será uma forte evidente presunção para ser torturada. Todavia, como alguns médicos ensinam que pode haver leite por causas naturais mesmo em jovem que jamais tenha se engravidado, se um fato semelhante é invocado, é necessário que as mulheres conhecedoras façam uma rigorosa verificação”

“art. 147 — Se alguém que tiver sido espancado e ferido morre ao cabo de algum tempo de modo que, deixe dúvida e a morte foi ou não ocasionada pelos golpes ou ferimentos, cirurgiões experimentados nessas coisas, verificarão como o morto se comportou depois dos golpes e ferimentos bem como indicarão o tempo de sobrevivência”

“art. 149 — Nos casos supracitados, havendo necessidade de recorrer a exame, à apreciação das lesões e à causa dos ferimentos, o juiz, acompanhado de um ou vários cirurgiões, os quais deverão prestar juramento e proceder diligentemente a inspeção do cadáver antes que este seja enterrado e consignar exatamente todos os ferimentos, golpes, marcas. ”.

Foi considerável a influência da Constituição Carolina para o desenvolvimento da Perícia Médica, principalmente porque ela foi promulgada em plena Renascença, numa época em que florescia a Anatomia com Ingrassias, Eustáquio, Falope, Varole, Arantius e sobretudo com Vesale, que em 1543 fez a primeira descrição do corpo humano após observação pessoal.

Deve-se, portanto, ressaltar que foi na Alemanha em boa hora que se deu importância capital à função do perito, confiando-se esse papel a homens de moralidade e instrução reconhecidas e agregados às cortes de Justiça.

As decisões dos peritos, principalmente quando se relacionasse com assuntos importantes eram submetidas às luzes das universidades que os discutiam e comentavam. Criaram as cadeiras de Medicina Legal nas universidades alemãs no princípio do século XVII, na França criaram-na no III ano da República.

Assim, em 1603, Henrique IV encarrega seu primeiro médico Jean de la Revière de nomear em comissão “em todas as boas cidades de jurisdição do Reino, duas pessoas na arte de medicina e cirurgia, da melhor reputação, probidade e experiência, incumbidas de realizar exames e relatórios para a Justiça. Com exceção, para os juramentados do “Chatelet” que o rei mesmo os nomeava.

Bem mais tarde, em agosto de 1670, uma ordenação criminal de Saint Germain — en — Laye, complemento do *Código Luiz*, confirma e regulariza um estado de coisas de fato já existente, tais como se pode verificar:

“Título V — Das relações dos médicos e dos cirurgiões”.

“art. 1 — As pessoas feridas poderão ser examinadas pelos médicos e cirurgiões que darão sua opinião verdadeira; isso será feito naqueles que morreram, e o relatório juntado ao processo”.

“art. 2 — Poderão contudo os juizes ordenar uma segunda visita por médicos e cirurgiões nomeados de officio, os quais prestarão juramento, do qual será expedido ato, e depois da visita farão a respeito do assunto um relatório que assinarão, que será enviado ao cartório e juntado ao processo.

“art. 3 — Exige-se que todos relatórios ordenados pela Justiça sejam assistidos ao menos por um dos cirurgiões indicados pelo nosso primeiro médico, e nos lugares onde há a omissão dessa indicação é caso de nulidade do relatório”.

“Título VI — Das sentenças, julgamentos e arrestos”.

“art. 23 — Se alguma mulher, antes ou depois de ter sido condenada à morte, estiver ou declarar estar grávida (os juizes ordenarão que ela seja examinada por matronas que serão nomeadas de officios, e que farão seu relatório na forma prescrita para os peritos. E se ela se achar grávida, a execução será adiada para depois do parto juntado ao processo”.

Em 1692, um regulamento dispôs sobre a forma dos relatórios. Determina que no inverno os cadáveres sejam abertos só após 24 horas, ao passo que no verão depois de 12 horas. Exige ainda que conste no relatório o número, a localização, direção, profundidade, comprimento, largura e letalidade (pravidade) dos ferimentos; indique as armas, os instrumentos que os produziram; se o ferido ficou aleijado, mutilado; quando deverá ocorrer a cura”.

Blégny, em 1684, publicou uma pequena obra “Doutrina des Rapports”, no qual se pode anotar alguns ensinamentos. É dessa obra: “Os cirurgiões juramentados foram instituídos para prevenir os abusos que poderiam ser cometidos se todos os cirurgiões pudessem fazer relatórios válidos na Justiça; pois a incapacidade de alguns e a infidelidade de outros seriam poderosos obstáculos para a Verdade”.

Haveria dois peritos juramentados em cada cidade, que possuísse cortes, bispos, arcebispos, “Présidial” (antigo tribunal da França) e um em cada um dos outros burgos ou lugares. Eles teriam o título de conselheiros médicos ordinários do rei, cirurgiões juramentados. Os juizes não poderiam receber qualquer relatório sem a assinatura deles.

Os relatórios eram de três espécies:

- 1) Relatório denunciativo — realizado por simples requisição das partes por todos os cirurgiões que tivessem prestado juramento;
- 2) Relatório provisório ou realizado por ordem do juiz.

3) Relatório misto ou acertadas pela simples requisição das partes e só realizado por peritos juramentados.

Além desses casos havia ainda dois documentos judiciários: os “certificados” e as “avaliações”. No primeiro caso o “certificado” eclesiástico, para fins eclesiásticos — dispensa de votos conventuais e monásticos; o “certificado” político — para verificar a invalidez dos soldados e dos serviçais das casas reais, e o “certificado” jurídico para adiar um processo, por ter uma das partes adoecido.

No segundo caso “avaliações” são a estimativa do preço do tratamento e operações quando o preço era contestado pelo doente. Com a evolução ocorrida até então, o aparecimento da Medicina Legal se deu em 1575, no período denominado moderno e, ainda assim, por uma forma incipiente, com Ambroise Paré, cognominado por Lacasagneo, pai da Medicina Legal, que publicou o seu “Tratado dos Relatórios e do Meio de Embalsamar” (27º Livro), na verdade um pequeno trabalho, de 24 páginas das suas *Obras Completas* (reeditadas em 1840-41 Paris).

Apesar de tudo, são as primeiras páginas escritas por um mestre.

Entre os exemplos de relatório pode-se destacar o seguinte, elaborado por Ambroise Paré:

“Para isso, por determinação do senhor o grande Preboste de Hostel, transportei-me para a rua Santo Honorato, na casa do Sr. onde examinei a moça chamada Margarida, deitada no leito, com febre alta, convulsões e hemorragia pela sua natureza, motivada por uma ferida sofrida no baixo ventre, situada três dedos abaixo do umbigo, para direita, a qual penetrou no interior, tendo ferido a matriz, por meio do qual ocorreu o parto antes do tempo previsto, de uma criança do sexo masculino, morta, bem formada em todos os seus membros, tendo a criança também recebido o golpe na cabeça, penetrando inclusive na própria substância do cérebro. E por isso a dita moça em breve morrerá, sobretudo que certificado é verdade, .etc.”.

Ambroise Paré refere-se às dificuldades do prognóstico das feridas; estuda os sinais clínicos dos principais traumatismos, (sinais do cérebro atingido, do pulmão vulnerado, das lesões do coração, veia cava, da grande artéria, da medula, do estômago, do baço, dos rins, da bexiga), da impotência, do desvirginamento, etc.

Ponto de referência para o aperfeiçoamento da perícia médica é a obra de Baptista Codronchi, publicada em 1597 sob o título “Methodus testificandi, in quibusdam casibus medicis ablatis” Nela, o autor estuda as principais questões judiciárias relacionadas com as doenças, feridas, morte súbita, envenenamento, puberdade, virgindade, gravidez e parto. Apresenta, também, no final do livro, modelos de relatórios sobre casos ocorridos no exercício de sua profissão e que ele inicia, com muita modéstia, da seguinte forma: “Eu, Codronchi, o mais humilde dos médicos e filósofos de Imola. ”.

Assinale-se ainda que Fortinatus Fidelis, médico de São Felipe de Agirone, publica em 1602, “De relationibus medicorum in quibusdam ea omnia, quae in forensibus, ac publicis causis, Medici referre solent plenissime traduntur”.

A obra mais importante, que marcou época, é a do italiano Paulo Zacchia, publicada em 7 livros, de 1621 a 1658 sob o título de “Quaestiones, Medico Legales”. O ilustre autor era médico do Papa e perito da Rota Romana, tendo recebido por essa obra os elogios dos médicos e teólogos contemporâneos e seu prestígio perdurou por quase dois séculos, podendo ainda ser consultado, na atualidade, com real proveito. É um trabalho de erudição cujas questões foram tratadas à luz do Direito Canônico. A casuística, última parte (hoje 3º volume), corresponde aos casos estudados e acompanhados de relatórios das perícias feitas para o Tribunal Eclesiástico. Assim foram estudados: o dever conjugal, milagres, estigmas da demonopatia, jejunal, quaresma, officios divinos, claustro monacal, dando ao relatório médico uma importância considerável. Não era, pois, de se estranhar que esses fatos tratados com todo o cuidado pelo ilustre médico de Inocêncio IV, em uma época em que o Direito Canônico exercia grande influência nas jurisdições.

Sua obra, reeditada muitas vezes, aparece dividida em três tomos, na 1ª edição Venetiis, 1737 — Tipographia Bonifacii Viezzeri.

No I volume trata de questões sobre diversas fases da vida da infância até a senilidade; sobre o parto (7,8,9, e 10 meses), sinais de feto vivo, aborto, etc.; sobre a prenhez, superfetação e mola; causa de morte no parto; das semelhanças e dissemelhanças dos recém-nascidos; das doenças mentais sob o título de demências; dos venenos e envenenamentos; das doenças relacionadas com o sexo; das simulações; da peste e do contágio; dos milagres, da virgindade e estupro; dos jejuns e quadragésima; dos ferimentos; das debilidades e mutilações de membros; do ar, da água e dos licores. No II volume cuida dos erros médicos e das leis que os pune; das penas e dos castigos; da precedência entre os médicos; dos prodígios e dos monstros; dos officios divinos; do dever conjugal; dos estigmas “magorum”; de diversas perturbações (“irregularitate”); das medicações; da animação dos fetos humanos; do feto “exsecto” e do parto cesariano; da impotência coeundi e generandi; dos benefícios da resignação; das doenças impeditivas da eucaristia; dissolução matrimonial, divórcio; do sêmen feminino; da primogenitura. No III volume — apresenta grande elenco de decisões da Santa Rota Romana.

Depois da obra do grande mestre (outros trabalhos surgiram. “Os sinais da virgindade” de Severin Pineau, em 1598; “A crítica feita ao ‘congresso’ na verificação da impotência”, de Vincent Tagereau, em 1611 e o “Estudo da ‘docemasia hidrostática de Galeno’” por Bartholin, em 1663, e aplicada pela primeira vez por João Schreyer, da Silésia.

Registrem-se ainda os tratados de Gendry, em Angers; de Blegnò, em Lion (1684) e principalmente "L'Art des Rapports", publicada por Devaux, em 1708.

A Renascença e o século XVII marcam então o início do período científico da perícia.

A Alemanha foi, portanto, beneficiada com as disposições da Constituição Carolina, pela unidade do procedimento criminal e pela excelente organização da medicina judiciária.

Welsch (1660) analisa a letalidade dos ferimentos e afirma sobre a utilidade da autópsia no "Rationale vulnerum lethalium judicium".

Bohn (1689) cuida com mais profundidade do mesmo assunto em "De renunciatione vulnerum".

No século XVIII Michel Bernhardt Valentim publica várias questões médico-judiciárias apreciadas pelos tribunais alemães (e discutidas nas universidades, num livro intitulado "Pandectae medico legales").

Seguiram-se depois os trabalhos, no mesmo sentido, de Zittmann (1706); Alberti (1725); Loew (1725); Richter (1731), que levavam em conta as decisões das universidades e dos cursos eclesiásticos e civis.

Muitas obras foram publicadas depois, em diversos países, destacando a importância da perícia e do ensino da Medicina Legal.

Bibliografia

- ALCANTARA Machado D'Oliveira, J. de "O exame pericial no direito romano" — in Revista de Criminologia e Medicina Legal — Ano I — Num. 1 — julho 1928 — pág. 5/12.
- ALMEIDA Júnior, A. e Costa Júnior, J.B. de Oliveira e — "Lições de Medicina Legal" 16ª edição — 1979 págs. 13/15.
- BORRI, L. — in "Trattato di Medicina Legale" de Borri, L. — Cevidalli, A. — Leoncini, F. — Vol. Primo — 1922 — págs. 1/11.
- CARRARA, M. — Romanese, Canuto, G. e Torre C. "Manuale di Medicina Legale" — Vol. I — 1937 — págs. 24/30.
- CASPER "Traité de Médecine Legale" — Trad. francesa de Bailliére — 1881 — págs. 15/20.
- COUSIN, André — "Essai Sur les Origines de la Médecine Légale" — Paris Imprimerier de la Faculté de Médecine — 1905.
- FAVERO, Flaminio — "Medicina Legal" — 1º volume — 9ª edição — págs. 16/17.
- GRADWOH, R.B.H. — "Legal Medicine" — St. Louis — 1954 — págs. 1/11.
- LACASSAGNE, A. — "Compendio di Medina Legale" — Trad. italiana pelo Dr. Mario Carrara — 1909 — págs. 1/12.
- PARÉ, Ambroise — "Oeuvres Completes D'Ambroise Paré" — Tome Troisieme — J.F. Maligne — Paris — 1841 — págs. 651/75.
- SEDILLOT, C. "Manual Completo de Medicina Legal" — Trad. Antonio José de Lima Leitão — 1855 — Tomo I.
- SOUZA Lima Agostinho José de — "Tratado de Medicina Légal" — 4ª edição 1923 págs. 22/29 e pág. 48.
- ZACCHIA, Paulo — "Quaestiones Medico-Legales" Tomi Tres — Editio prima — Venetá Venetiis, MDCCXXXVII.
- ZIINO, G. — "Compendio di Medicina Legale" — Libro Primo — 1882 págs. 1/3.

O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) (*)

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo
Vice-Presidente do Conselho Nacional do Direito
de Autor (CNDA)
Presidente do Instituto Interamericano do Direito
de Autor (IIDA)

SUMÁRIO: 1. *Organização do ECAD* — 2. *Estatutos e Regimento* — 3. *Críticas e sua refutação* — 4. *O ECAD mudou no panorama da cobrança do direito de autor no Brasil* — 5. *As denúncias e a “intervenção”* — 6. *Auditoria nas Associações.*

1. Organização do ECAD

A Lei nº 5.988 de 13/12/1974, determinou que as *associações* de titulares de direitos do autor e dos que lhes são conexos, se integrassem, no prazo de 120 dias a partir da data da instalação do Conselho Nacional de Direito Autoral (art. 133) num Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

Determinou por sua vez o art. 11 do Decreto nº 76.275, de 15/09/1975, que organizou o Conselho Nacional de Direito Autoral, que, uma vez instalado, elaborasse o Conselho o seu regimento interno, “bem como as normas relativas à constituição, funcionamento e fiscalização do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição”.

Para compor o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), “órgão de fiscalização, consulta e assistência”, criado pela mesma lei foram nomeados nos termos do Decreto nº 84.252, de 28/11/1979, sem qualquer critério demagógico ou paternalista, pela primeira vez na história do País, pessoas realmente versadas na matéria: um representante do MEC; um representante do MT; um representante do MRE; sete especialistas, dos quais três escolhidos mediante indicação,

* Contribuição oferecida para a reunião do Conselho Panamericano da Confederação Internacional de Autores e Compositores, de 20-10-1981, em Buenos Aires, para a qual foi convidado a título de observador.

em listas tríplices, pelas associações de titulares de direito autorais, e três Conselheiros Suplentes, um dos quais pelo mesmo critério.

Órgão até então quase que inoperante, o CNDA, em sessão plenária do dia 14/05/1980 baixou a Resolução nº 19, que, “altera e consolida normas relativas a organização, funcionamento e fiscalização do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição”.

Pelo art. 2º cabe ao mesmo “autorizar a utilização de obras intelectuais, tanto em relação a direitos de autor como aos que lhes são conexos delas decorrentes, arrecadar e distribuir as retribuições oriundas dessas utilizações”.

Exigiu ainda adequasse o ECAD o seu Estatuto àquelas disposições e providenciasse o seu Regimento interno.

As associações estrangeiras que administrarem os direitos de competência daquele Escritório, deverão outorgar poderes a uma das associações vinculadas ao ECAD.

Cuidando o art. 6º das *Associações e dos Titulares de Direito* esmiuça que aquelas cuja natureza esteja compreendida na finalidade do ECAD, poderão a este se associar, desde que atendam aos requisitos que especifica.

O art. 7º aponta serem *órgãos do ECAD*: a. Assembléia Geral; b. Comissão Diretora; c. Comissão Fiscal, tratados respectivamente.

Indica a competência da Coordenadoria Geral; prevê a criação, pela Comissão Diretora, de *departamentos especializados*; regula a *fiscalização e escrituração* e, finalmente, *nas Disposições Gerais e Transitórias* regulamenta o fundo social, a eventual dissolução do ECAD.

2. Estatutos e Regimento

Elaborados com base na resolução no CNDA nº 19, de 20/05/1980, por todas as associações de titulares de direitos autorais autorizadas a funcionar no País (menos a SBAT — Sociedade Brasileira de Autores Teatrais, que se recusou a participar), os estatutos do ECAD, aprovados pela Resolução nº 20, do CNDA, são constituídos por 63 artigos, distribuídos em 10 Capítulos, definindo:

“Art. 1º — O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que adota na sua denominação a sigla ECAD, é uma associação civil sem finalidade lucrativa, constituída e organizada com prazo de duração indeterminado, por Associações de Titulares de Direitos do Autor e dos que lhe são conexos, na forma do que preceitua o art. 115 da Lei nº 5.988, de 14/12/1972”.

Tais estatutos, antecedem três outros documentos:

a. O regimento interno do ECAD;

Aprovado pelo seu Conselho Diretor em reuniões extraordinárias realizadas nos dias 07 e 08/11/1980, é constituído por 50 artigos, distribuídos em sete Capítulos, que versam, respectivamente:

- I. Natureza e Finalidade;
- II. Órgãos do ECAD (a. Assembléia Geral; b. Comissão Diretora; c. Comissão Fiscal);
- III. Da Assembléia Geral;
- IV. Da Comissão Diretora;
- V Da Comissão Fiscal;
- VI. Da Coordenadoria Geral;
- VII. Disposições Gerais.

b. O regulamento de distribuição de direitos de autor e conexos, e

c. A fixação dos critérios, sistemas e valores para a arrecadação desses direitos.

Todos esses documentos, que complementam o desenho da nova estrutura do Escritório, aprovados pela CNDA, facilitaram os trabalhos das eleições do novo quadro de dirigentes que se realizou no dia 14/10/1981, dentro da nova ordem estabelecida, tendo sido eleito Presidente o Sr. Adelino Moreira, da SBACEM.

Anota JOSÉ CARLOS COSTA NETTO terem sido mudanças fundamentais, entre outras:

a. A centralização da arrecadação: o que antes funcionava somente para a música vai funcionar para áreas não atendidas de titulares de direitos de autor e conexos.

b. Foi criada a figura da “Assembléia Geral” órgão supremo do ECAD, na orientação de suas atividades. Será realizada, ordinariamente, uma vez por ano e extraordinariamente, quantas for necessário, e integrada por todas as associações que compuserem o Escritório;

c. Foram estabelecidas sete coordenadorias (executivas): uma geral, e outras: administrativa, financeira, de arrecadação, de distribuição, de serviços jurídicos e de cadastro;

d. A figura dos “departamentos” especializados para a administração dos direitos autorais, segundo as suas respectivas naturezas e peculiaridades, garantirá tratamento diferenciado a cada modalidade de direito de autor ou conexo, em consonância com a orientação dos respectivos titulares, representados por sua associação;

3. Críticas e sua refutação

A firme determinação da implantação de um sistema tão inovador dos vícios de arrecadação, a exigência da indicação dos repertórios de cada entidade, uma sadia e drástica redução das despesas de “administração”, a implantação de um desusado rigor de fiscalização, haviam fatalmente de desagradar centenas de pessoas que até então usufruíam uma liberdade de ação sem limitação e sem controle.

Dentre as críticas que sofreu a Resolução nº 19, três são as principais:

A primeira é a de que o art. 73 da Lei nº 5.988 se destinaria exclusivamente às composições musicais e lítero-musicais, não tendo pois o novo órgão competência para imiscuir-se com relação às obras teatrais.

Na verdade, a princípio, na gestão anterior do CNDA, o ECAD preocupou-se apenas com as execuções musicais, pressionado, talvez, pelas reivindicações dos compositores e dos artistas, reclamando muito os primeiros contra as sociedades arrecadadoras.

Com a aprovação da Resolução nº 19, que procurou atender a todos os demais setores da produção intelectual, a direção da Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT), sentiu-se atingida na sua prerrogativa de arrecadar direitos de seus associados, alegando que sua ação teria sido “usurpada”, e não aceitando que ao ECAD fosse reconhecida a possibilidade de autorizar a utilização da obra.

A simples transcrição do aludido dispositivo mostra a total falta de base do argumento na parte em que dispõe que sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, *representados ou executados em espetáculos públicos* e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, *drama, tragédia, comédia*, composição musical com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

É claro que o inteiro contexto abrange os próprios “espetáculos públicos e audições públicas” a que se dirige.

Ou será que uma peça teatral não é representada ou executada em espetáculos públicos, visando lucro, nem é drama, tragédia ou comédia ou ainda obra de caráter assemelhado.

Reiteradamente tem manifestado o Presidente do CNDA, JOSÉ CARLOS COSTA NETTO, que longe de ter a sociedade arrecadadora seu trabalho limitado, contido e restrito, a idéia é acrescentar esse trabalho a uma estrutura maior, mais segura e mais abrangente.

A centralização não muda nada, a não ser o fato de existir uma centralização, mantidos totalmente os critérios de distribuição de cada sociedade.

Mas a verdade é que, longe de prejudicar os autores teatrais, a filiação da SBAT ao ECAD (que de resto, é uma imposição da lei) só os beneficiaria, reconhecido não estar ela estruturada para cobrar os direitos do cenógrafo e do coreógrafo (que não deixam de ser autores ligados à arte teatral).

Na televisão; por exemplo. Se eles são autores e a SBAT, em termos de representação, é a sociedade competente, a quem caberia esta arrecadação e distribuição? De acordo com a Resolução nº 19 ao ECAD, por serem direitos conexos.

A *segunda* objeção é contrária às expressões contidas no art. 2º da Resolução nº 19, que, tomadas ao pé da letra, dariam a entender que

“ *cabe ao ECAD autorizar a utilização de obras intelectuais*”

Não é essa, evidentemente, a intenção, ainda que as expressões não sejam felizes.

A *autorização* considerada não é a do ECAD, por si, mas como representante do próprio titular do direito, ou da associação à qual ele pertença, que por intermédio do ECAD, concederão ou não permissão para a utilização da obra.

Como as associações comandam o ECAD, compartilham em termos decisórios. Como o ECAD é uma associação de associações, que por sua vez é composta pelos titulares de direito autoral, a permissão no final vai caber ao próprio autor, intérprete ou executante.

Aos receios de que, integrando-se ao ECAD, a SBAT ficaria sob fiscalização do Governo, o presidente do Conselho lembra que, desde a criação do CNDA — há quatro anos — a associação já está sob o controle e a fiscalização do Governo. “Há quatro anos a SBAT envia seus balancetes, como também o próprio ECAD, para aprovação do Conselho”

O fato de a SBAT ficar fora da lei prejudica as demais oito sociedades que fazem questão de integrar o sistema, e só trará confusões, uma vez que o ECAD arrecadará os direitos conexos do teatro — atores, música, etc. — cujas sociedades o integram.

A *terceira* objeção é a de que pelo ECAD estaria sendo promovida a *estatização* das associações de cobrança de direitos autorais e conexos, quando, na verdade, prestigiando-o, outra coisa não faz o CNDA senão aplicar a legislação específica em pleno vigor.

O ECAD não passa de uma sociedade civil: seu âmbito não é governamental; o Governo outra interferência não teve senão determinar a sua constituição. Limita-se, como as demais associações de direitos autorais, pelas quais é constituído, à arrecadação que, quando não é relativa aos filiados diretos, repassa às demais associações, facilitando-lhes o serviço e diminuindo a responsabilidade.

Como as demais, está subordinado ao Conselho Nacional de Direito Autoral que fixa as normas para unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais.

É o suficiente para demonstrar que o ECAD não *pertence* ao CND, e, portanto, *não é órgão do Governo*: centraliza apenas a arrecadação e distribuição dos direitos de execução pública de obras musicais, *a serviço das próprias associações*.

4. O ECAD mudou no panorama da cobrança do direito de autor no Brasil

Pinta o Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, em cores vivas a realidade que a Lei nº 5.988 veio modificar.

A inexistência de um órgão único arrecadador de proventos decorrentes da execução e representação de obras autorais sempre gerava:

- a) proliferação desordenada e exagerada de órgãos cobradores dos usuários;
- b) impossibilidade total do produto da arrecadação ser substancialmente encaminhado ao titular do direito, à vista do custo elevadíssimo dessa cobrança;
- c) os agentes dessas sociedades (empregados ou não), sem obrigação de recolher, mediante guias próprias, incontinenti, à rede bancária o produto arrecadado, retinham o dinheiro, prestando, ou não, contas em largos períodos;
- d) profunda desorganização, recalcitrante má vontade de pagar, maus cobradores gerando desconfiança, ausência de órgão fiscalizador.

Em 1976 o SDDA arrecadou Cr\$ 96.419.635,19 e a SICAM Cr\$ 49.624.645,48 perfazendo um total de Cr\$ 146.044.028,59.

Para aquilatar dos resultados proporcionados, pelo ECAD basta verificar como foram crescendo após a sua instalação:

1977	Cr\$ 213.170.814,42	
1978 .. .	Cr\$ 375.228.380,92	
1979	Cr\$ 503.991.828,45	
1980 (Até junho) .	Cr\$ 402.872.525,69	= Cr\$ 1.495.263.549,48

O número de titulares de direitos por ele beneficiados soma atualmente 13.620 (autores, editores, intérpretes e produtores) número com base na distribuição do 1º trimestre de 1980.

Mas o trabalho do ECAD não se dirige apenas em aperfeiçoar a cobrança nos setores tradicionais. Dirige-se, também, com uma auto-

ridade muito maior da que teriam as sociedades arrecadadoras por iniciativa própria, a setores que, praticamente, muito pouco contribuem no Brasil para as estatísticas finais, ao contrário do que ocorre em outros países: rádio, televisão, cinema.

Para tanto procura aperfeiçoar o seu sistema de controle.

A “Informa Som” — empresa que presta ao ECAD serviços de escuta de música em rádio e televisão — ampliou até fins de 1980 seu raio de ação para doze capitais. Além de São Paulo, Rio, Porto Alegre, Brasília, Recife, Salvador e Belém, cidades em que já atuava, também esteve presente em Curitiba, Belo Horizonte, Goiânia, Fortaleza e Manaus.

Depois de captadas músicas, por meio de gravadores, elas são codificadas e fitas magnéticas de computador são enviadas com todas as informações ao Serviço de Processamento de Dados do Ministério da Fazenda — Serpro. Lá, as fitas entram em computadores que checam os cadastros para identificar os compositores e já emite o contracheque, que será enviado às sociedades arrecadadoras, que por sua vez o entrega ao detentor dos direitos autorais. Atualmente os dados são remetidos às associações mensalmente.

Resolução nº 8 do CNDA de 22/12/1976 fixou as percentagens de dedução da arrecadação de direitos autorais.

Para a manutenção do ECAD, os descontos foram no primeiro trimestre de 1977, de 30%, no segundo, de 25% e no terceiro de 20%, e, a partir de 1º de outubro, de 15%.

Para a manutenção das associações, os descontos foram de 5% no primeiro semestre de 1977 e de 3% a partir de 01/07/1977, devendo ser recolhido ao fundo de direito autoral o percentual que seria destinado às associações que não foram autorizadas a funcionar.

Foi um passo duro, mas decisivo para a moralização do direito de autor, sabido como é que nada menos de 50% e até 60% da cobrança arrecadada eram dispendidos pelas associações de direitos autorais, de resto sempre em luta com a deficiência de pessoal e a grande extensão territorial a ser fiscalizada.

Mais uma resolução foi baixada fixando normas para a unificação dos preços e sistema de cobrança e distribuição dos direitos autorais, inclusive relativos à execução, pública por radiodifusão e exibição cinematográfica.

5. As denúncias e a “intervenção”

Os presidentes das Associações dos Atores e do Músicos, Arranjadores e Regentes, Jorge Ramos e Maurício Tapajós, solicitaram ao Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA — uma intervenção

no ECAD para apurar atos de corrupção cometidos pelos seus dirigentes.

Em nota divulgada em Brasília no dia 06/01/1980, pediram uma ação enérgica do CNDA “no sentido de garantir a moralização e o fortalecimento dos mecanismos de defesa dos direitos de autores, compositores, intérpretes e músicos, hoje lesados, mais por negociastas que por representantes”.

Entre as irregularidades, aponta: “Os resultados concretos da gravação de músicas executadas em emissoras de rádio e televisão são alterados nas listagens do ECAD: a presença de interessados na arrecadação de direitos autorais em setores de distribuição e fiscalização do ECAD vicia os resultados na partilha desses direitos; o ECAD distribui valores para EDITORES MUSICAIS em nome de autores supostamente cessionários, uma vez que essas cessões não são documentadas e nem comprovadas; o ECAD distribui valores provenientes da execução de músicas estrangeiras para sociedades que não identificam essas músicas e não comprovam a sua representação”.

Por nove votos contra um, o CNDA decidiu, aos 07/01/1980 realizar uma auditoria rigorosa no ECAD — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — para apurar as denúncias de irregularidades.

Pela Portaria nº 6, de 10/02/1981 foi nomeado Interventor do ECAD o Dr. Luiz Roberto Fontoura de Carvalho, tendo sido sua permanência prorrogada por mais 30 dias, pela Portaria nº 8, de 10-03-1981, do Presidente do CNDA (DO, I, 17-03-1981).

Noticiava a Folha de S. Paulo de 12-08-1981, que a autoria, realizada sobre as atividades do ECAD entre janeiro de 1978 e janeiro de 1981 pela empresa de São Paulo, Audimar, revelou, apenas no escritório central de Brasília, desvio de dinheiro em benefício pessoal, adulteração de documentos, aplicações financeiras irregulares, adiantamentos de salários sem reposição posterior, descontrole em pagamentos de diárias de viagens e de agentes e até a compra de uma saladeira de quase 26 mil cruzeiros.

No livro de contabilidade do escritório havia duas rubricas nunca vistas pelos auditores — “Futuros enganos” e “Não identificados” — nas quais eram lançados os valores recebidos em nome de autores e sócios não identificados.

O relatório dos auditores está dividido em dez itens, examinando as aplicações financeiras, a conta “Arrecadação” na Caixa Econômica Federal, os recebimentos e adiantamentos, os deveres, os pagamentos e as indenizações a agentes do ECAD.

No item “Aplicações financeiras” ficou provado que as operações eram realizadas por longos prazos, “infringindo frontalmente o objetivo

primordial do ECAD”, cuja finalidade é arrecadar e distribuir direitos, sem prejuízos aos autores e associados, praticamente num único banco, o BESC (Banco do Estado de Santa Catarina) e uma delas, no valor de 16 milhões e 230 mil cruzeiros, foi realizada pelo prazo de 450 dias. O ECAD tinha ainda mais de 330 milhões presos ao BESC a título de aplicações que só serão liberadas ao longo dos próximos seis meses.

A conclusão da auditoria informa ainda que o ECAD, no período auditado, revelou absoluta ausência de planejamento estratégico e de controles internos operacionais e financeiros, além da adoção de uma política de recursos humanos voltada para o empreguismo e paternalismo.

6. Auditoria nas Associações

Tendo conhecimento de que graves irregularidades ocorriam também nas entidades de direitos autorais, o Presidente do ECAD, por Portaria de 17-02-1981, constituiu comissão para proceder a uma auditoria rígida em todas as sociedades de titulares de direitos autorais em funcionamento no País para uma apuração real das condições de funcionamento dessas entidades, entre as quais estão a AMAR, ANACIM, ASA, ASSIM, SABEM, SADEMBRA, SBAT, SICAM E SOCIMPRO, cujo prazo também foi prorrogado por 30 dias pela Portaria nº 9, de 13-03-1981, publicada no mesmo órgão de 17 do mês citado.

Relatava o Presidente do CNDA, aos 16-09-1981, que a maioria das Sociedades de Titulares de Direitos Autorais que antes da Intervenção controlavam o ECAD (com exceção da AMAR e da ASA), não esconderam o desapontamento com as medidas reorganizativas e desde o começo procuraram repassar informações distorcidas aos autores sobre o produtivo trabalho realizado pela equipe de técnicos que assessoram a Intervenção, em sua fase transitória que estava atualmente ainda em andamento.

A situação se agravou quando a 11-08-1981, o Plenário do CNDA, em continuidade aos trabalhos da Intervenção, determinou fosse instalada fase transitória de administração no ECAD.

Essa fase, que deveria terminar em dezembro desse ano, com as eleições das sociedades “arrecadoras” que iriam dirigir autonomamente o Escritório, ocasionou uma radicalização entre a posição reorganizativa do Supervisor Geral do ECAD e a das referidas Sociedades.

O Supervisor Geral em obediência a Resolução nº 2.181, de 02-12-1980, do CNDA, visava a centralização das atividades operacionais e de controle do ECAD em Brasília, visando tornar as Sucursais (SP, RJ, RS, PR, PE, AM, BA, CE) órgãos com objetivos definidos, no sentido único de atender os autores filiados ou não ao ECAD e bem como promover a Arrecadação, a Fiscalização e a Cobrança dos Direitos Autorais junto aos usuários, cabendo à matriz, Brasília, os controles

operacionais e burocráticos, e às Sucursais as atividades de Agências Arrecadoras e de Atendimento personalizado aos autores e sociedades.

Essa radicalização foi causada devido à não aceitação por parte das referidas sociedades das medidas reorganizativas impostas ao Escritório. O problema se agravou quando as Sociedades repudiaram a Tabela de Cobrança de Direitos Autorais que os autores por unanimidade haviam aprovado, em relação às emissoras de Rádio e Televisão.

Isso foi concretizado com um acordo em que 08 (oito) Sociedades (SBACEM, SADEMBRA, UBC, SICAM, SOCINPRO, ASSIM, ANACIM e SABEM) firmaram com a ABERT — Associação Brasileira de Emisoras de Rádio e Televisão.

Paralelamente, alguns compositores desavisados e desinformados pela campanha de Imprensa que chegou até a ser violenta, não se poupando em manchar nomes e dignidades de pessoas de conduta moral intocável, *ocuparam* a Sucursal do ECAD no Rio de Janeiro, sem qualquer ato de força de parte tanto do ECAD como do CNDA, na esperança dos resultados de um bom diálogo, situação de que se aproveitaram as sociedades que queriam a todo custo voltar de imediato às rédeas do ECAD.

Esse estado de coisas, desembocou na sessão plenária do referido dia 16 do CNDA, que por 06 (seis) votos a 0 pôs fim à fase de transição administrativa do ECAD.

Houve, imediatamente, uma invasão na sede do ECAD em Brasília, e já se acionava o mesmo procedimento na Sucursal do ECAD em São Paulo.

A condução administrativa do ECAD a partir dessa data voltou às mãos das Sociedades Arrecadoras.

O ex-ministro da Educação e Cultura, RUBEM LUDWIG, no entanto, pela Portaria nº 550, de 01-10-1981, considerando que o término da intervenção e a posterior fase transitória da administração não deve acarretar solução de continuidade dos projetos e benefícios obtidos na administração do escritório, nem retrocesso na reorganização promovida em suas atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais, determinou instituir o CNDA uma fiscalização permanente no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD —, para dar continuidade a auditorias e inquéritos administrativos que tenham o objeto de sanear administrativamente esse órgão. Estas e outras determinações constam de portaria assinada pelo ex-ministro Rubem Ludwig.

Além da continuidade de auditorias e inquéritos, de projetos e demais benefícios administrativos de arrecadação e distribuição, obtidos no período de Intervenção e na fase transitória do escritório,

determina que o ECAD apresente relatórios periódicos de atividades, submeta-se a uma fiscalização permanente e apresente previamente ao CNDA justificativas para ajustes, alterações de contratos e patrimoniais.

Em obediência a essas determinações, baixou o Presidente do CNDA, no dia seguinte, duas portarias: a de nº 30, estabelecendo normas complementares de funcionamento e fiscalização do ECAD, e a de nº 31, nomeando o Dr. Elcio de Oliveira Vieira responsável para serviços de fiscalização permanente do ECAD.

A providência era tanto mais necessária porquanto, segundo noticiava a imprensa de 01-10-1981, as associações que retomaram a direção do escritório já iniciaram a revogação de providências adotadas pela intervenção, entre as quais está o processo de arrecadação e distribuição, através de computador, para retomar os cálculos manuais.

Esperamos, por essa forma, fique definitivamente superada uma fase de incompreensão e injustiça, em que, em nome de princípios democráticos e invocações de textos legais concluídos com fins demagógicos, mas não praticados, possam as associações prestar efetivamente aqueles serviços de utilidade pública a que estão destinadas, e não servir interesses escusos e pessoas inescrupulosas que contam com a simpatia, para não dizer, conivência dos que da situação retiram proveitos mediatos ou imediatos.

Bibliografia Aproveitada

CHAVES, Antônio — Nova Lei Brasileira de Direito de Autor, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, págs. 69-71.

FRÓES, Carlos Henrique de C. — Direito de Arena, Tese apresentada no dia 19-08-1981, no X Congresso Mundial de Direito, Hilton Hotel, S. Paulo, 6 págs. mimeografadas.

As Obras de Arte Aplicada no Direito Brasileiro

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo (*)

SUMARIO: 1. *As obras de arte aplicada, ou desenhos industriais, gozam de dupla proteção* — 2. *Importância crescente do “design”* — 3. *O fato de uma obra de arte ser reproduzida por processos industriais não lhe retira o caráter artístico* — 4. *Condições que revelam o caráter ilícito da reprodução* — 5. *Duração da proteção*.

1. As obras de arte aplicada, ou desenhos e modelos industriais, gozam de dupla proteção

As obras de arte aplicada estão expressamente incluídas no âmbito da proteção da Convenção de Berna pelo art. 2, alínea 1, especificando a alínea 7:

“Os países da União reservam-se a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, o âmbito de aplicação das leis referentes às obras de arte aplicada e aos desenhos e modelos industriais, assim como as condições de proteção de tais obras, desenhos e modelos, levando em conta as disposições do art. 7.4 da presente Convenção. Para as obras protegidas exclusivamente como desenhos e modelos no países de origem não pode ser reclamada, nos outros países unionistas, senão a proteção especial concedida aos desenhos e modelos nesses países; entretanto, se tal proteção especial não é concedida nesse país, estas obras serão protegidas como obras artísticas”.

No âmbito interno protege-as o art. 6º, XI, da Lei brasileira nº 5.988, de 14-12-1973, sob condição, porém, de que “seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiver sobreposto”.

* “Rapport” apresentado à Comissão de Justiça e Legislação da Confederação Internacional de Autores e Compositores, em sua reunião de Viena aos 10-05-1982.

A terminologia não é muito feliz, mas dá a entender que o objeto de arte aplicada deve ter algum valor artístico para que possa gozar da proteção do direito de autor.

Se passarmos para o âmbito da propriedade industrial, verificaremos que o respectivo Código, Lei nº 5.772 de 21-12-1971, abriga apenas as patentes de modelos ou desenhos industriais bem como os modelos de utilidade, invenções e marcas, através de patentes ou modelos de utilidade.

Mas enquanto o direito de autor independe de qualquer formalidade, facultando apenas o art. 17 da Lei nº 5.988: “para segurança de seu direitos”, possa o autor da obra intelectual registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia”, e exigindo o art. 53 que a cessão total ou parcial, dos direitos de autor seja sempre feita por escrito, presumindo-a onerosa, devendo para valer perante terceiro, ser averbada à margem daquele registro, o desenho industrial, assim como a invenção e modelo de utilidade, terão assegurado, para garantia da propriedade e uso exclusivo, mediante patente, nas condições estabelecidas pelo art. 5º do Código de Propriedade Industrial, e dando as definições no art. 11:

“1 — *modelo industrial toda forma plástica que possa servir de tipo de fabricação de um produto industrial e ainda se caracterize por nova configuração ornamental;*

2 — *desenho industrial toda disposição ou conjunto novo de linhas ou cores que, com fim industrial ou comercial possa ser aplicado à ornamentação de um produto, por qualquer meio manual, mecânico ou químico, singelo ou combinado, e no*

Art. 12 — *para os efeitos deste Código, considera-se ainda modelo ou desenho industrial aquele que, mesmo composto de elementos conhecidos, realize combinações originais, dando aos respectivos objetos aspectos geral com características próprias”.*

Acompanhando a opinião mais recente da doutrina, define DAVID RANGEL MEDINA o *desenho industrial* como “uma disposição de linhas ou de cores que representam imagens que produzem um efeito decorativo original. É um efeito de ornamentação que dá aos objetos um caráter novo e específico.

Em troca, o *modelo industrial* ou forma plástica, está constituído por uma maquete, por um modelado, por uma escultura. Desenho e modelo dão aos objetos um caráter novo específico.

Mas enquanto que o desenho ou arte gráfica opera sobre uma superfície, o modelo ou forma plástica atua no espaço”.

“Advertising posters, designed, painted and colored”, — preleciona STEPHEN P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, Nova Iorque, Macmillan, 1938, vol. I, pág. 224 — “are also artistic works when they embody intellectual creation”.

Cita jurisprudência italiana reconhecendo que a adaptação de trabalhos artísticos à publicidade é um fenômeno moderno que aumenta em importância com o desenvolvimento do gosto estético do povo, para concluir:

“Since the intrinsic nature of these works is artistic, their use or purpose is immaterial”.

JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, *Tratado da Propriedade Industrial*, Rio, Forense, 1946, vol. I, observa, a pág. 292, que a lei protege os desenhos e modelos industriais, concedendo aos seus autores um *privilegio* temporário, que lhes assegura o direito de usar, gozar e dispor de sua obra, bem como o de explorá-la, comercial e industrialmente, de modo exclusivo:

“Assegurando o direito ao uso exclusivo do desenho ou modelo, a lei, em consequência, faculta aos titulares do privilegio os meios de tornarem efetivo o seu direito, impondo penas aos contrafactores e a obrigação de ressarcir os prejuízos que causarem”.

Acrescenta, pouco adiante:

“Os autores de desenhos e modelos industriais equiparam-se ao inventor, ao escritor, ao artista; e seu direito possui a mesma natureza e fundamento que os demais direitos de autor, sendo uma propriedade fundada no direito natural”.

Lembra que, já entre os povos da antigüidade, as artes decorativas ou de ornamentação se manifestavam em forma caracteristicamente artística e na criação de objetos destituídos de utilidade material e acentua que “até os tempos modernos, porém, não se pode com bons fundamentos, discriminar a *arte industrial* da *arte* propriamente dita”.

A proteção aos modelos e desenhos industriais, ao contrário de significar uma diminuição, procura uma proteção mais eficaz do que gozariam os autores à sombra da lei sobre a propriedade artística.

Justifica tal proteção especial, pois “assimilar às obras de arte pura todos os desenhos e modelos industriais, porque, de raro em raro, surgem entre eles alguns que se podem considerar realmente artísticos e aos quais ninguém recusaria a proteção legal, como obra de arte”,

não lhe parece razoável solução do problema, pois muito maior é o número dos casos em que os desenhos e modelos são destituídos do cunho das verdadeiras obras de arte, a que seriam assimilados sem razão plausível.

“Sob o ponto de vista da proteção dos direitos do autor, nenhum prejuízo resulta da distinção entre as obras de arte e os desenhos e modelos, para submetê-los a regimes diferentes, pois nos casos excepcionais a que nos referimos o autor terá sempre ou a proteção das leis sobre a propriedade artística, ou a das leis sobre os desenhos e modelos industriais, de acordo com os interesses que tiver em vista resguardar e proteger, ou, ainda em certos casos, a dupla proteção dessas leis.

O importante é que o artista, como o industrial, saibam com que proteção poderão contar para a defesa de seus direitos e interesses”.

“A reprodução de uma obra de arte por processos industriais ou a sua aplicação à indústria não a desnaturam, não lhe tiram o caráter artístico”.

HERMANO DUVAL, *Violação dos Direitos Autorais*, Borsoi, Rio, 1968, consigna a págs. 208-209 não importar o meio de reprodução: — “do desenho à figura e desta ao objeto que a materializa não há senão um passo que a lei veda transpor sem o consentimento do desenhista (art. 656 do Código Civil); procede, portanto, a repressão da transformação de figuras conhecidas e protegidas (Branca de Neve e os Sete Anões, Marinheiro Popeye, Betty Boop, Camundongo Mickey, Pato Donald etc.) em cartões, brinquedos, estatuetas, bombons e chocolates”.

2. Importância crescente do “design”

Na luta cada vez mais acirrada não apenas pela conquista do mercado interno entre as empresas industriais, como, principalmente, no âmbito internacional, isto é, no setor da exportação para a conquista e a manutenção dos centros de comércio do mundo inteiro, além da qualidade, avulta a importância da aparência.

Desde automóveis, bombas de gasolina, postes de iluminação e luminárias em geral, até artigos de toalete, eletrodomésticos, aparelhos de jantar e de cozinha, a aparência agradável é a melhor recomendação para a venda.

À medida que a indústria foi se valendo dos *designers*, percebeu que a contribuição dos mesmos ia muito além de simplesmente melhorar a forma externa de um produto: linhas singelas não só o mantém atualizado, como facilitam e racionalizam sua produção, eliminando

desperdícios, facilitando a embalagem e o transporte, conquistando espaços no armazenamento.

Em matéria de exportação é muito desigual a luta que sofremos com países que zelam da aparência, como o Japão, a Itália, a Dinamarca.

Nossos produtos não são “brasileiros”, isto é, originais, dotados de características próprias, diferentes dos produtos elaborados em qualquer outra parte do mundo.

“Fabricamos geladeiras, automóveis, telefones, equipamentos domésticos, tecidos, roupas, sapatos.”

No entanto, “— teve oportunidade aduzir ALOISIO MAGALHÃES —” nenhum desses produtos poderia ser considerado brasileiro, apenas são produtos fabricados no Brasil; se não são simplesmente copiados, pelo menos pertencem ao “mesmo tipo de comportamento: mimetizados do chamado estilo internacional”.

Percorrendo as prateleiras dos nossos supermercados nada encontram os visitantes alienígenas que possam adquirir como criação característica da região ou mesmo do país.

3. O fato de uma obra de arte ser reproduzida por processos industriais não lhe tira o caráter artístico

Em “*Os arquitetos e proteção do “design”*”, RT Informa, 2ª quinzena de junho de 1975, págs. 24-28, encarece NEWTON SILVEIRA que o que qualifica os desenhos e modelos industriais é o caráter supérfluo de seu efeito artístico, que é primordial na obra de arte, na consonância da boa doutrina e do que dispõe a lei sobre direitos autorais, quando considera obra intelectual protegida aquela em que possa dissociar-se o seu valor artístico do caráter industrial do objeto.

A posição dos que alegam que a obra artística não encontra proteção no campo da indústria interpreta incorretamente a legislação estrangeira, que estabelece exatamente o contrário, como o decreto italiano de 1940 que em seu art. 5º determina a proteção aos modelos e desenhos industriais dispondo que a *estes* não se aplicam as disposições sobre direito de autor.

“Evidentemente porque quando se tratar de obra artística se aplicarão as disposições sobre direito de autor, como estabelece a lei italiana de 1925, que em seu art. 1º relaciona como obras protegidas “as obras de arte aplicadas à indústria”. O mesmo ocorre na Espanha, onde o decreto real de 1929, esclarece que se concede a proteção aos modelos e desenhos independentemente dos direitos que possam corresponder-lhes no conceito de propriedade intelectual”.

Demonstra ser, no mesmo sentido, nosso direito positivo: quando se tratar de modelo ou desenho industrial, simplesmente, a proteção é a do Código da Propriedade Industrial; quando se tratar de obra artística a proteção é de direito de autor e abrange qualquer aproveitamento da obra não autorizado como dispõem os arts. 29 e 30 da Lei nº 5.988.

Entre outras hipóteses, não admite como privilegiáveis o art. 13 da Lei nº 5.772 “as obras de escultura, arquitetura, pintura, gravura, esmalte, bordados, fotografias e quaisquer outros modelos ou desenhos de caráter puramente artístico”.

Chega-se, assim, à conclusão de serem as obras de arte aplicada em geral, incluindo as histórias em quadrinhos, em princípio, tuteladas pela Lei nº 5.988, sem prejuízo de que, nas suas adaptações comerciais ou industriais, possam agasalhar-se também sob a proteção do Código de Propriedade Industrial, obedecidas as suas exigências.

Na verdade, a situação é semelhante à de um quadro, de uma obra de escultura ou de cerâmica, protegidas pela assinatura; forma, modelos, cores, linhas, estilo, padrões, não podem ser copiados ou imitados servilmente para fins econômicos, sob pena de violação do direito de autor: mais do que plágio, verdadeira contrafação, sujeitando os transgressores a todas as conseqüências previstas nas leis penal e civil.

EDMUNDO PIZARRO DAVILA, *Los Bienes y Derechos Intelectuales*, Lima, Editorial Arica, sem data, tomo I, pág. 90, sustenta a preeminência dos direitos de autor sobre os direitos industriais, demonstrando que o fabuloso progresso da ciência e da indústria originaram a aplicação e multiplicação de objetos e utensílios que, ao lado de sua finalidade prática e utilitária, têm a qualidade e beleza da criação artística, concluindo:

“Frente a la tendencia legislativa universal de separar lo bello y lo ornamental, la ley peruana que protege los trabajos plasticos relativos a cualquier ciencia o arte, y corresponde al magistrado buscar encada caso concreto la diferenciación basada fundamentalmente en los caracteres propios de la creación artistica, o apoyado en los informes técnicos que solicite”.

4. Condições que revelam o caráter ilícito da reprodução

Nossa jurisprudência registra, a propósito, casos ilustrativos.

Estabelecimentos de Moda Canadá S.A., do Rio de Janeiro estariam expondo à venda modelos de Linha Y adquiridos de Christian Dior, o qual, por sua vez, ao criá-los, teria usurpado obra original de Marius Lauritzen Bern, que alega ser de sua autoria idêntica criação.

In abstracto, tratar-se-ia do crime de contribuição ao êxito de contrafação, a que se refere o parágrafo único do art. 184 do Código Penal, visto como *também constitui crime contra a propriedade intelectual vender ou expor à venda, adquirir ocultar ou ter em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação do direito autoral.*

Nessa hipótese, na lição de NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio, Ed. Rev. Forense, 1955, vol. VII, nº 114, pág. 335, “*deve entender-se que o agente não participou da impressão, composição ou fatura da obra fraudulenta (seja no país, seja no estrangeiro), mas vem, ciente da fraude, a prestar auxílio à sua difusão, vendendo-a ou expondo-a a venda, adquirindo-a, ocultando-a ou recebendo-a em depósito para o fim de venda. Não se trata de uma hipótese de receptação especialmente incriminada, mas de concurso à execução do crime (que não é apenas a fraude na impressão, composição ou fatura da obra, senão, também, necessariamente, a sua subsequente divulgação)*, entendendo a lei de configurar na espécie um crime autônomo (como modalidade de contrafação). Não importa que o agente (vendedor, expositor à venda, adquirente, ocultador ou depositário) proceda *lucri faciendi causa* para prestar um favor ao anterior contrafator”.

A matéria foi decidida pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão unânime de 05-08-1958, Diário da Justiça de 19-02-1959, págs. 578 e 579, apelação civil nº 45.213:

“Direito Autoral. Artigos de Moda. O direito autoral não protege as criações de linha estéticas para vestuário feminino destinado a determinada estação por isso que tomam desde logo no domínio público, e, em consequência, o seu aproveitamento ou adequação por terceiros não constitui ato de contrafação.

Plágio. O aproveitamento de uma linha original de vestuário na confecção de modelos, constituindo a utilização de um trabalho de arte figurativa preexistente para obtenção de obra nova, posto que possa representar um plágio de concepção, não é considerado ofensa ao direito do autor”.

Trevoli S.A. — Artefato de Couro e Plásticos utilizou em pastas escolares e embalagens para presentes, figuras de autoria de Elizabeth Barbosa Duarte.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 15-07-1975, RT 505/230 reconheceu:

“Caracterizada a ofensa ao direito autoral, pelo aproveitamento e exploração industrial de criação artística alheia,

sem autorização do autor da obra é, cabível a indenização prevista no art. 672 CC, não se aplicando ao caso, entretanto, o tipo de reparação a que se refere o art. 669 do mesmo Código”.

Submetem, pois, nossos tribunais a arte aplicada à proteção do direito de autor.

EDUARDO PIOLA CASELLI, ALFREDO ARIENZO e FRANCO BILE, *Diritto d'Autore*, Novíssimo Digesto Italiano, demonstram não ser lícito levar a utilização de obra alheia até ao ponto de usurpar o conjunto dos próprios elementos, do qual irradia a individualidade da representação pessoal alheia.

“Quando isto acontece, e quando pois, seja possível reconhecer na nova obra, apesar das variantes, acréscimos ou reduções, a individualidade de representação de uma obra preexistente, deve-se concluir que a obra nova é contrafação da antiga”.

Para certificar a existência de uma contrafação é suficiente verificar se entre duas obras existe uma “identidade de representação” que possa ser reconhecida, isto é, se as duas obras ostentam duas visões diferentes e originais, ou se, ao invés, têm um aspecto substancialmente único.

É claro que nem toda reprodução constitui necessariamente uma contrafação.

Para que isso ocorra é necessário, ensina J. LABAURIE, *L'Usurpation en Matière Littéraire et Artistique*, Paris, Boccard, 1979, pág. 48, a concurso de três elementos:

1º) que tenha sido feita sem autorização;

2º) que a obra reproduzida não tenha ainda caído no domínio público;

3º) que constitua uma edição, conceito esse que o desenvolvimento da tecnologia fez desprender-se da relação com a edição de livros, para abranger, hoje em dia, toda e qualquer multiplicação de exemplares.

São pois três as condições pelas quais revela a reprodução seu caráter ilícito:

a) uma obra ainda protegida;

b) a falta de autorização;

c) a publicação, conceito que adaptado à nossa lei redundará na reprodução para fins de comércio.

“Quem imprimir obra literária, artística ou científica, sem autorização do autor”, — estatuem os arts. 122, 123 e 124 da Lei nº 5.988 de 14-12-1973 — “perderá para este os exemplares que se apreenderem, e pagar-lhe-á o restante da edição ao preço por que foi vendido, ou for avaliado.

Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de dois mil exemplares, além dos apreendidos.

O autor, cuja obra seja fraudulenta, reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá, tanto que o saiba, *requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização* da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.

Quem vender, ou expuser à venda, obra reproduzida com fraude, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes; e, se a reprodução tiver sido feita no estrangeiro, responderão, como contrafatores, o importador e o distribuidor”.

Se fosse possível percorrer não duas, mas centenas de lojas, todas as lojas existentes na cidade, no Estado, no País, encontrar-se-iam, há alguns meses atrás, dezenas de milhares de confecções ostentando inúmeras etiquetas falsificadas.

O abuso chegou a tal ponto que colocava o própria País em situação profundamente desairosa, como ressaltava, no dia 10-01-1981, uma correspondência do GILLES LAPOUGE, de Paris, para o *Jornal da Tarde*, denunciando a “pequena guerra econômica” que se insinuava entre o Brasil e a França a poucos dias da viagem do presidente Figueiredo.

Explica que algumas firmas francesas de renome internacional: Christofle, Hermes, Paco Rabanne, Lacoste, tentavam despertar a atenção para os verdadeiros “atos de pirataria”, por parte de certas indústrias brasileiras, que seriam “estimulados pela complacência das autoridades brasileiras”

Na verdade, até há pouco tempo as providências legais que podiam ser tomadas pelas vítimas desse verdadeiro e descarado assalto eram tão precárias e demoradas que levavam os titulares de direitos e descabros econômicos e ao desespero psicológico diante da impotência de impedi-lo.

Mas a situação veio a modificar-se completamente em virtude da alteração profunda introduzida nos arts. 184 e 186 do Código Penal pela Lei nº 6.895, de 17-12-1980, a deixar bem claro que os casos descritos individualizam não mais apenas um mero ilícito civil, mas verdadeiro crime.

5. Duração da proteção

Nos termos do art. 7, alínea 4 da Convenção de Berna, “os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras de arte aplicada protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte e cinco anos contados da realização da referida obra”.

Dilata, no entanto, excessivamente esse prazo a Lei nº 5.988, para 60 anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua conclusão, quando na verdade tais objetos tornam-se obsoletos no curso de cinco, ou, no máximo, de 10 anos.

Já no âmbito da propriedade industrial, o prazo de proteção exclusiva das patentes é de 15 anos para as invenções e de 10 para os modelos de utilidade e modelos ou desenhos industriais contados do depósito.

Bibliografia Aproveitada

- ARE, Mario — L'Oggetto del Diritto di Autore, Milão, Giuffrè, 1963, págs. 412-455.
- MEDINA, David Rangel — Protección al Arte Aplicado. RIDI, Rev. Interamericana de Direito Intelectual, vol. 1, nº 1, 1978, págs. 63-68.
- PEROT-MORELL, Marie-Angèle — La Protection Internationale des Arts Appliqués a l'Industrie dans le Double Cadre des Conventions Relatives a la Propriété Industrielle et au Droit d'Auteur, Il Diritto di Autore, Volume Celebrativo del Cinquantenario della Rivista, Studi in Omaggio a VALERIO DE SANCTIS, Giuffrè, Varese, 1979, págs. 553-567.
- SERVIN, José Luis Rincon — El diseño industrial patentable, Rev. Mexicana de la Propiedad Intelectual y Artística, nºs 27-28, 1976, págs. 225-236.
- SILVEIRA, Newton — Proteção ao “Design”, RIDI, Rev. Interamericana de Direito Intelectual, vol. 1, nº 1, 1978, págs. 69-74.

Bancos e Estabelecimentos Financeiros. Responsabilidade

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. *Responsabilidade direta e específica* — 2. *Responsabilidade indireta. Doutrina e jurisprudência* — 3. *Responsabilidade penal.*

1. Responsabilidade direta e específica

A responsabilidade em epígrafe tanto pode ser direta, isto é, pessoal, como indireta, através de seus prepostos.

Analisemos a primeira.

RENÉ RODIÈRE e JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, numa das raras obras que versaram organicamente a matéria da responsabilidade dos bancos e dos estabelecimentos financeiros, *Droit Bancaire*, Paris, Dalloz, 2ª ed., 1975, encarecem, a pág. 78, aplicarem-se aqui as regras do direito comum exigindo-se a reunião de três condições: a existência de uma falta cometida pelo banqueiro, a existência de um prejuízo sofrido e o vínculo de causalidade entre a falta e o prejuízo.

Reconhecem, todavia, que a aplicação dos princípios clássicos deu origem a uma *responsabilidade profissional*, marcada por alguns traços originais: a jurisprudência realça o caráter particular da atividade do banco para determinar a extensão de suas obrigações e, conseqüentemente, considerar as faltas cometidas.

As definições do prejuízo, a do vínculo de causalidade, a exigência de uma falta (culpa — “faute”), o princípio da reparação integral não sofrem alteração alguma. Somente a culpa que pode cometer o banco é objeto de uma apreciação particular.

“Assim, em matéria delitual, a culpa é definida em função da conduta que teria tido um “bom pai de família”; aqui o arquétipo é redefinido em função da atividade particular do banqueiro, de sua competência, de sua técnica, dos meios de que dispõe.

Em matéria contratual, é evidente que a culpa depende do conteúdo das obrigações assumidas e que a especificidade das operações bancárias é primordial”.

Nosso primeiro texto a respeito foi o Decreto-lei nº 9.328, de 10-06-1946, tornando solidário pelas obrigações que a sociedade que houver assumido durante a sua gestão os bens dos diretores dos bancos e casas bancárias sujeitos à liquidação extrajudicial ou que solicitarem concordata ou forem declarados falidos, dentro de um ano a contar da vigência desse diploma, ainda que o seu capital seja constituído por ações, e outorgando, em caso de liquidação extrajudicial, à superintendência da Moeda e do Crédito competência para determinar a arrecadação dos seus bens, ou requerer o seu seqüestro em juízo”

O Decreto-lei nº 9.346, de 10-06-1946, aprovando o Regulamento prometido pelo Decreto-lei nº 9.228, de 03-05 do mesmo ano, dispõe, em seu art. 5º, que se o interventor da SUMOC juntasse provas que demonstrassem a prática de crimes definidos na Lei de Falências, ou nas leis de defesa da economia popular, a SUMOC ao expedir o despacho de liquidação, promoveria, por intermédio do órgão competente do Ministério Público, a prisão preventiva dos culpados.

Apurados no curso do processo, seguros elementos de prova, mesmo indiciária, da prática de irregularidades e crimes definidos nas Leis de Falências e contra a economia popular, ou infração dos arts. 119 e 120 da Lei das Sociedades por Ações, o liquidante encaminharia esses elementos ao Ministério Público, para que os culpados fossem processados e punidos (art. 25).

A Lei nº 1.808, de 07-01-1953, definiu melhor os fundamentos e limites dessa responsabilidade nos casos de liquidação extrajudicial, concordata ou falência, obrigando os banqueiros sob firma individual e os diretores ou gerentes de sociedades comerciais que se dedicarem ao comércio de bancos, a empregar, no exercício das suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem comum, a diligência que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios.

Responsabilizou solidariamente pelas obrigações assumidas pelos bancos e casas bancárias, durante a sua gestão e até que elas se cumpram, os diretores e gerentes que procederem com culpa ou dolo, ainda que se trate de sociedade por ações, ou de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, circunscrevendo-se tal responsabilidade ao montante dos prejuízos causados pela inobservância do disposto da mesma lei, sempre que for possível fixá-la.

Teve oportunidade ARNOLDO WALD de versar *A Responsabilidade Civil do Banqueiro*, pelos danos por ele causados, no exercício da profissão, aos seus clientes e a terceiros, até agravada pelo fato de lidar com recursos alheios, o que tem justificado uma legislação específica sobre a matéria.

Lembra, em outro escrito, que na vigência dessa lei houve quem pretendesse, menosprezando a referência expressa à culpa, defender a existência, no caso, de uma responsabilidade objetiva de caráter coletivo, que implicaria na criação de obrigação solidária de todos os diretores de ressarcir os prejuízos causados ao banco ou a terceiros, quando a simples leitura da lei leva à única exegese admissível, que é no sentido de reconhecer a existência de *solidariedade entre os diretores culpados*, sem que a culpa de alguns pudesse contaminar os demais diretores, como esclareceram SANTIAGO DANTAS, VICENTE RAO, CARLOS MEDEIROS SILVA, COSTA MANSO e TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, em pareceres publicados na Rev. dos Tribunais, vol. 251, orientação acolhida pela 1ª Câmara do TJ de SP, mesmo volume, págs. 366 e segs.

Igual ponto de vista foi sustentado por SANTIAGO DANTAS em outro caso, Rev. Forense, vol. 170/83.

Entre várias decisões judiciais, aponta a que se encontra a Rev. Forense, vol. 184/160.

A Lei nº 4.595, de 1964, alterou o art. 2º da Lei nº 1.808, do qual foi retirada a alusão ao dolo e à culpa, sem que a mudança afetasse a interpretação do texto, pois a vinculação da responsabilidade à culpa se manteve, em virtude da permanência dos demais artigos do texto original, que só admitia a responsabilidade por parte de quem não tivesse tido a conduta do homem ativo e probo.

A sistemática da Lei nº 1.808 continuou em vigor até o advento da Lei nº 6.024, de 13-03-1974, de modo que não há dúvida alguma, para a jurisprudência, para a doutrina e para a própria autoridade administrativa, de que, até 1974, o único fundamento da responsabilidade do diretor de banco era a existência de culpa ou dolo.

Reconhece que ocorreu uma modificação substancial, em virtude da revogação da Lei nº 1.808, pelo art. 57 da Lei nº 6.024, como salientou WILSON DO EGITO COELHO, S.A. *para Empresários*, pág. 71. A diretriz básica da legislação anterior partia do art. 1º da Lei nº 1.808, que servia de norma de comando a todo o sistema aplicável na matéria, referindo-se no padrão do *vir bonus*, norma essa revogada.

A conjugação dos arts. 39 e 40 leva ARNOLDO WALD a reconhecer que, quando tenha se caracterizado a responsabilidade prevista no primeiro, poderá o administrador ser considerado coobrigado na forma do segundo.

A própria interpretação literal do mencionado parágrafo.

“Obriga a concluir neste sentido, pois o texto legal não se referiu a quaisquer prejuízos “sofridos” pela entidade mas sim aos “prejuízos causados”, invocando, pois, um vínculo de causalidade, que deve existir em relação a cada um dos administradores. .”

“Ora, tanto a idéia da causalidade está presente na lei que ela se referiu aos “prejuízos causados” e não aos danos sofridos pela empresa. A ênfase foi, pois, dada pelo legislador ao comportamento do autor do ato (que o causou) que deve ser examinado pelo intérprete”.

Conclui que, nos termos da lei vigente, a responsabilidade está vinculada à existência de atos e omissões que causaram prejuízos. Esses atos e omissões são pessoais, pois inexiste, em nosso direito societário, responsabilidade coletiva.

Pode ser *contratual* quando decorrente de relação jurídica com o cliente, e *extracontratual*, aquiliana ou delitual, quando ocorre em virtude de danos causados a terceiros por atos ilícitos.

“A responsabilidade contratual deflui da preexistência de um vínculo jurídico entre o banqueiro e o lesado, justificando-se a indenização pelo fato de não ter sido cumprido adequadamente o contrato”.

Quando causa prejuízo aos seus clientes, mediante falha na execução das ordens recebidas ou dos serviços prestados, a sua conduta se aprecia aplicando-se as normas do mandato ou da comissão, verificando-se a existência ou inexistência de culpa ou dolo e entendendo-se como culposa a conduta que não revele a diligência do comerciante acautelado. É essa a solução do Direito brasileiro (art. 181 C. Com.) que não discrepa das admitidas na legislação estrangeira (arts. 1.856 e 1.710 do CC italiano, art. 1.147 do Código Napoleão), bastando ao lesado provar o inadimplemento que faz presumir *juris tantum* a existência de culpa do outro contratante, não se aplicando, pois, o princípio *actori incumbit probatio*.

A idéia básica de todo o sistema jurídico brasileiro é no sentido de ser excluída a responsabilidade quando inexiste culpa. Assim, a conceituação do ato ilícito no art. 159 do CC se refere ao dolo e à culpa, sob as suas diversas formas (negligência, imperícia e imprudência). Considera-se, pois, como excludentes da responsabilidade civil a prova da ausência de culpa e a da ocorrência de força maior ou de caso fortuito.

Nas poucas hipóteses em que a lei admite a responsabilidade pelo risco criado, ela o faz com base na culpa imprópria (culpa *in eligendo* ou *in vigilando* nos casos do art. 1.521 do CC, interpretado pela Súmula nº 341) ou então em hipóteses de interesse social, como nos casos da responsabilidade do Estado, na do transportador, nos acidentes de automóveis, nos acidentes de trabalho, nos danos causados a terceiros no solo por aeronave e na lei sobre prejuízos decorrentes da utilização da energia nuclear.

Admite pois que no direito brasileiro, a tendência doutrinária e jurisprudencial, inspirada na legislação específica, é no sentido da responsabilidade civil do banqueiro com base no risco profissional.

Foi precursor dessa tese, no Brasil, ODILON DE ANDRADE que, em parecer, RF, 89/714, invocou as lições de VIVANTE (*Tratado di Diritto Commerciale*, Milão, Vallardi, 5º ed., 1929, vol. III, n. 1.415, pág. 476), de RAMELLA (*Trattato dei Titoli all'ordine*, vol. II, n. 310) e vários julgados nacionais.

Embora a posição tradicional do nosso direito fundamentasse a responsabilidade na culpa, a atual jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, reconheceu que o banqueiro deve responder pelos danos que causa, em virtude do risco que assumiu profissionalmente. Assim, no acórdão do RE n. 3.876, SP, de 03.12.1942, que deu ensejo à aprovação da Súmula n. 28, entendeu a nossa mais alta Corte, nos termos do voto do Min. ANÍBAL FREIRE, que os estabelecimentos bancários devem suportar os riscos profissionais inerentes à sua atividade (JARDEL NORONHA e ODALÉA MARTINS — *Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 1968, vol. 2, pág. 209).

Após ampla incursão pelo direito estrangeiro, conclui que pela própria natureza dos serviços prestados pela instituição financeira, se impõe a responsabilidade objetiva pelos mesmos motivos pelos quais se estabeleceu a do Estado, que mereceu até ser consagrada constitucionalmente. Sendo impossível ao cliente conhecer a vida interna da instituição financeira, justifica-se que esta responda objetivamente pelos danos causados, com base na teoria da culpa de serviço.

2. Responsabilidade indireta do banqueiro. Doutrina e jurisprudência

A responsabilidade indireta do banqueiro não podia escapar à indagação dos doutrinadores.

Muitos abusos funcionais — observa RENÉS SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile* — se relacionam com o mandato confiado ao preposto. Um banco deverá responder civilmente “de l’abus de confiance ou de l’escroquerie de l’employé que les clients pouvaient croire à son service”.

Deduzem RENÉ RODIÈRE e JEAN-LOUIS RIVES-LANGE a tendência, *no plano delitual, dos tribunais no sentido de um esforço da responsabilidade dos bancos com relação aos terceiros.*

Frisam ter surgido recentemente, primeiro em doutrina, depois em jurisprudência, o reconhecimento de cumprirmos os bancos *uma missão de serviço público*, tanto na execução de operações de caixa, como na distribuição do crédito.

“A idéia de serviço público não deve ser tomada em seu sentido técnico e cumpre não relacionar-lhe todas as conseqüências que ela comporta em direito público: justifica tão-somente um reforço da obrigação de prudência e de

diligência do banqueiro com relação a terceiros e não se trata em absoluto de um efeito negligenciável.

Este reforço permitiu aos juízes definir mais facilmente a culpa do banqueiro, culpa que, segundo os termos da jurisprudência, pode “resultar de sua só imprudência”.

Sem dúvida os arts. 1.382 e seguintes permitem empregar a responsabilidade do banqueiro por uma simples imprudência; é todavia improvável que sem o apoio da idéia de serviço público os tribunais se tenham inclinado no caminho da severidade, e tenham relevado a só imprudência do banqueiro para declará-lo responsável do prejuízo causado a terceiros”.

Acrescentam que a noção do abuso de direito reintroduz obrigações de prudência e de diligência nos domínios em que uma liberdade absoluta parecia ser a regra, acreditando que esse esforço da responsabilidade delitual do banqueiro pode ser um ressurgimento da noção do risco como fundamento da responsabilidade: se ela não acarreta *ipso facto* a responsabilidade do seu autor, incita os juízes a se mostrarem mais severos na apreciação das faltas cometidas.

Focalizando a responsabilidade dos bancos especificamente pelo fato de seus prepostos, não julgam necessário dizer mais do que, sendo aqueles, na imensa maioria dos casos, pessoas jurídicas, sua responsabilidade é hipotecada por seus representantes e propostos. Aplicam-se os princípios de direito comum.

Atuam sem alteração as regras da responsabilidade dos amos e comitentes pelo fato de seus prepostos (art. 1.384 do CC francês). Fixam somente que o empregado culpado de fraude ou de negligência deve ter sido contactado pelo cliente na qualidade de preposto no banco, exatamente a posição do Sr. José Maria dos Santos.

O art. 11 da lei de 02.01.1972, regulamentando a conduta, determina que os bancos, como patrões e comitentes, são civilmente responsáveis por seus subordinados.

Não existe discrepância a esse respeito.

AGUIAR DIAS, invocando SAVATIER, ensina que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado não pode sofrer contestação e a empresa deve reparar as conseqüências de um falso que seu preposto tenha praticado, mediante imitação da assinatura do patrão e o que se requer apenas é que a falta tenha sido proporcionada pela facilidade decorrente das funções, isto é, que a utilização destas, para a fraude tenha sido direta e eficiente.

O depósito em dinheiro em estabelecimento bancário, rendendo juros, é chamado irregular (CC, art. 1.280), que se rege pelas regras do mútuo, portanto, com a transferência do domínio da coisa, emprestada (art. 1.257).

Consequência é dinheiro depositado em estabelecimento de crédito não pertencer ao depositante. Logo, quem corre o risco da coisa é o depositário, isto é, o mutuário, desde a tradição, pela sua deterioração ou perda.

Ensina CUNHA GONÇALVES baseado por sua vez em SARFATTI: “A responsabilidade do banco ou da empresa é contratual e extra-contratual, terá de ser apreciada segundo as regras gerais.

Ela é exigível, mesmo nos casos fortuitos, quando se prove que o prejuízo dos depositantes poderia ter sido evitado ou diminuído, usando-se da máxima diligência inerente à natureza da obrigação.

Assim, nos casos de incêndio, inundação, terremoto, guerra, etc., o banco terá de provar que fez todos os esforços possíveis para salvar os cofres e o seu recheio” (“Tratado de Direito Civil”, vol. VII, tomo I, pág. 37).

Num caso em que se discutia a inobservância do padrão da conduta que devem obedecer diretores e gerentes de estabelecimentos de crédito, teve oportunidade de decidir, à unanimidade, aos 22.11.1955, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rev. dos Tribs., vol. 248/301:

Seqüestro — Falência de casa bancária — Apuração, pela “SUMOC”, de graves irregularidades — Culpa de diretores — Apreensão judicial de seus bens particulares — Admissibilidade — Aplicação da Lei nº 1.808, de 07-01-1953.

Banco — Diretores de casa bancária — Padrão de diligência reclamada pelo exercício de cargo — Irregularidades no exercício da função — Falência — Seqüestro de bens particulares.

“O seqüestro é medida destinada a assegurar a efetivação das possíveis responsabilidades de cada um dos diretores de casa bancária falida, justificando-se a decretação daquela, uma vez apurada em inquérito, a culpa dos mesmos diretores.

Os diretores de casas bancárias devem, no exercício de suas funções, empregar a diligência que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios”.

Em análise minuciosa e percuciente dos dispositivos legais que regulam a responsabilidade dos diretores e gerentes de tais estabelecimentos, firmou o relator, Des. BARBOSA DE ALMEIDA, comentando a Lei nº 1.808, de 07.01.1953, serem os seguintes os princípios que a informam:

a. no art. 1º exige-se que “os banqueiros sob firma individual e os diretores ou gerentes de sociedades comerciais, que se dedicarem

ao comércio de bancos, empreguem, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem comum a diligência que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios”;

b. no art. 2º, dispõe-se que “os diretores e gerentes, que procederem com dolo ou culpa responderão solidariamente pelas obrigações assumidas durante a sua gestão, pelos respectivos estabelecimentos, ainda que se trate de sociedade por ações ou de sociedade por cotas de responsabilidade limitada”, até que ditas obrigações se cumpram.

De um lado, portanto, a exigência de determinado padrão de comportamento, a se aferir pela diligência que costuma empregar o homem ativo e probo na administração dos seus próprios negócios, diligência que é também a reclamada pela lei dos diretores das sociedades anônimas, em geral. De outro, a ilimitação da responsabilidade ao valor das cotas ou ações, respondendo, no entanto, diretores ou gerentes “in solidum” pelas obrigações assumidas durante a sua gestão pelo estabelecimento, se houverem procedido com culpa ou dolo.

Insiste em que a responsabilidade do administrador do banco não decorre apenas do ter, ou não, confiando o serviço de contabilidade a pessoa de sua maior ou menor confiança, nem do efetivo conhecimento, que acaso tivesse, das irregularidades verificadas nos recebimentos de dinheiros dos subscritores.

Decorreria, isto sim, de se achar ele próprio à testa dos destinos da Casa Bancária, como seu Diretor-Presidente, quando tais irregularidades se verificaram.

“E esse fato basta, de acordo com a lei, para que o agravante, seja, pelo menos em tese, apontado como responsável, pois a lei não quer, na administração de Bancos ou Casas Bancárias, senão diretores ou gerentes que se conduzam com a diligência própria dos homens ativos e probos, na gestão dos seus próprios negócios.

Permitindo, talvez por desconhecê-las, que tais irregularidades se dessem no estabelecimento que dirigia, pode o agravante não ter sido ímprobo e é de se admitir não o tenha sido, tais são as referências a ele feitas no processo como pessoa de bem e que proveitos não teria colhido para si, muito se esforçando para que a situação do estabelecimento se normalizasse e parecendo haver sacrificado nisso apreciáveis economias.

Não se mostrou, porém, o dirigente ativo que a lei requer, pelo que, se não agiu com dolo, incorreu certamente em culpa, e culpa de certa gravidade, pois a ele lhe incumbia exercer, sobre os demais diretores e administradores, aquela genérica vigilância de que falam todos os autores que se

ocupam da responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas em geral e dos Bancos e Casas Bancárias, em particular.

RIPERT, no seu "Droit Comercial" (nº 1.221), depois de sustentar que seria grave injustiça estabelecer-se a responsabilidade solidária de todos os administradores pelos atos culposos de qualquer deles, esclarece, em nota, que "um administrador pode ter cometido ato culposo e os outros não o terem vigiado na sua ação".

Lembra que o CC italiano, no seu art. 2.392, segunda parte dispõe: "In ogni caso, gli anministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudicevoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminame e attenuarne le conseguenze dannose".

No mesmo sentido DE GREGORIO, em comentário ao art. 147 do Código Comercial de seu país, ao observar que compete aos administradores, quando em juízo demandados, provar a sua falta de culpa, ou porque os deveres violados incumbissem a outros diretores, investidos de funções específicas, ou porque não houvesse, ele próprio faltado aquele dever genérico de vigilância, que a todos incumbe (*Società ed Associazioni Commerciali*, Turim, 1938, pág. 272).

Ainda no mesmo sentido BRUNETTI, sustentando igual inversão do ônus da prova (*Trattato delle Società*, vol. II, n. 646).

Não houve, pois, injustiça no envolvimento do agravante entre os atingidos pelo seqüestro, cujos efeitos devem subsistir, restando-lhe a possibilidade, que a lei lhe assegura, de provar sua inocência e consequente irresponsabilidade na ação a ser intentada de conformidade com o art. 5º.

O Supremo Tribunal Federal, em 2ª Turma, não conheceu, à unanimidade, em data de 28.12 1956 do Recurso Extraordinário interposto, RTJ, 3, 1957, pág. 82.

Em outra hipótese, nos idos de 1953, Duilio Pinto Novais cobrava Cr\$ 2.790.000,00, representados por um cheque. Alegou o banco que o empregado do autor teria entregue o título a um funcionário do banco, e os dois, mancomunados, se dirigiram ao Banco Italo-Belga, onde levantaram a importância reclamada, depois de haver Osmildo, ardilosamente, preparado uma ficha de depósito a fim de encobrir o crime de apropriação indébita que ambos haviam praticado.

Desse modo os dois empregados apropriando-se do cheque não fizeram nenhum depósito no banco contestante; o documento padeceria no vício de falsidade ou falsificação praticado por Osmildo Lotufo Mangili de conluio com o empregado do autor.

Decidiu o Juiz Francisco Silveira Filho, em sentença de 31.10.1955:

“Desde que o depositante recebe o comprovante do depósito devidamente autenticado pelo funcionário competente, que é o caixa do estabelecimento, nada mais lhe cumpre fazer, eis que com os serviços internos dos bancos nada têm a ver os depositantes.

Ora, o recibo de fls., não foi falsificado como pretende o réu; ao contrário, como ficou provado pelo exame procedido pelos peritos e como facilmente se percebe pela simples inspeção ocular, esse recibo foi de fato carimbado e rubricado pelo caixa Pedro César Ribas, como o foram os demais recibos fornecidos ao mesmo autor e por estes exibidos para confronto da rubrica do caixa.

Desde, pois, que o caixa forneceu ao correntista o recibo do depósito ficou este perfeito, não podendo mais o banco se eximir ao pagamento da importância de que se tornou depositário.

Se um funcionário, qualquer que ele fosse, por imprudência ou leviandade do caixa, levantou a importância representada pelo cheque e dela se apropriou, é fato com o qual nada tem que ver o depositante. Desde o fornecimento do recibo do depósito, devidamente autenticado, aperfeiçoou-se o depósito, começando desde então a responsabilidade do banco pelo pagamento da importância depositada.

Nem se diga que o cheque não havia sido endossado ao Banco da América porque, em se tratando de um cheque ao portador, esse endosso era perfeitamente desnecessário.

Ao autor não interessava saber se efetivamente a importância representada pelo cheque fora ou não escriturada nos livros bancários; o que tão-somente lhe interessava era o recibo ou comprovante devidamente autenticado pelo caixa.

Se este fez a entrega do comprovante ao correntista antes de receber do outro funcionário a importância representada pelo cheque, é questão a que o depositante é inteiramente estranho, eis que ao correntista pouco importa que o cheque seja recebido por qualquer funcionário do banco pelo próprio diretor, pelo caixa que forneceu o comprovante, pelo recebedor do banco, pelo tesoureiro ou pelo contínuo, uma vez que o comprovante do depósito fora expedido pelo caixa, por ele carimbado e rubricado, conforme se verifica a fls., máxime quando o autor era antigo cliente do Banco da América e acostumado a fazer nele constantes depósitos de vultosas quantias...”

Os fatos demonstram, sem sombra de dúvida, que vários funcionários da plena confiança do réu tinham conhecimento, antes do levantamento do dinheiro, de que o caixa já havia entregue ao autor o comprovante do depósito devidamente quitado.

A responsabilidade do Banco da América era, pois, indiscutível.

A vítima da apropriação indébita praticada por seu funcionário no exercício de suas funções foi, sem dúvida nenhuma, o banco e não o autor, que nada tinha a ver com os serviços internos do estabelecimento.

E tanto isto é certo que verificada a indébita apropriação por seu empregado, o próprio banco apressou-se em diligenciar não só sobre a instauração do inquérito policial, como também a recuperação da importância levantada, reconhecendo, assim, a sua responsabilidade pelo pagamento da importância reclamada, desde que creditada à conta corrente do autor.

A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime de 05.06.1956, Rev. Forense, 171/242, confirmou a sentença, por seus fundamentos:

“BANCO — DEPÓSITO EM CHEQUE — LEVANTAMENTO — APROPRIAÇÃO INDÉBITA — RESPONSABILIDADE.

É indiscutível a responsabilidade do banco pela importância equivalente ao cheque depositado pelo correntista, ainda que na realidade dita importância haja sido desviada de seus cofres. Se o preposto do estabelecimento levanta a importância representada pelo cheque e dela se apropria, com esse fato nada tem que ver o depositante”.

Num caso em que, talqualmente, não podia o administrador de uma Casa Bancária estar alheio ao movimento, tendo mesmo, como diretor, de assinar diversos documentos, teve oportunidade de reconhecer o então Juiz, MARCOS NOGUEIRA GARCEZ em sentença de 04.03.1958 que a quem compete dirigir, incumbe, conseqüentemente, fiscalizar. Era de sua obrigação procurar saber se as importâncias arrecadadas dos subscritores estavam sendo corretamente contabilizadas e, a seguir, regularmente recolhidas ao Banco do Brasil. Um exame ainda que superficial, da escrita, teria provado que nem uma coisa nem outra estava sendo feita.

“Coloca-se o réu, à vista disso, num dilema. De duas uma: ou estava ciente das irregularidades gravíssimas que vinham sendo praticadas e calou, pactuando dolosamente com elas, ou de nada sabia (o que parece improvável), incidindo, neste caso, em culpa grave, pois, competindo-lhe organizar e dirigir os negócios da falida, deixou de cumprir suas obrigações estatutárias.

Numa ou noutra hipótese, sua responsabilidade solidária fica caracterizada, sendo forçoso reconhecer que, por dolo ou culpa, deixou o réu de empregar no exercício de sua função a diligência que todo homem ativo e probo usa na administração de seus próprios negócios”.

Por decisão unânime de 29.08.1958, confirmou a mesma 2ª Câmara, Rev. Forense, vol. 184/160 a sentença, também observando o relator, Des. ANDRADE JUNQUEIRA que o apelante, como diretor-secretário, tinha por obrigação procurar saber da situação do aumento do capital, isto é, quanto já havia sido integralizado e quanto ainda faltava; se sabia da fraude e não tomou providências, agiu com dolo; assinando recibos de compra de ações e deixando de fazer a entrega do numerário na caixa, agiu também com dolo; e se somente exerceu o cargo displicentemente, sem cuidar de investigar qual a situação da sociedade e principalmente em que pé se encontrava o aumento de capital, agiu com culpa. Dessa alternativa, bem focalizada pela sentença, não há que fugir.

Noutro caso em que um funcionário de banco apropriou-se de quantia que lhe foi entregue para investir em letras de câmbio, utilizando-a em proveito próprio, decidiu a 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por votação unânime de 12.08.1975, RT 481/130:

“O banco é responsável pelo ato ilícito do empregado que age na esfera de suas atribuições aparentes”

Ressaltou o relator MOHAMED AMARO ser, incontestavelmente, o banco responsável pelo ato ilícito do empregado que age na esfera de suas atribuições aparentes, não podendo opor ao prejudicado a circunstância de haver o dependente abusado de suas funções efetivas, se o terceiro não tinha conhecimento dessa delimitação (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II/585, ed. Forense, 1960; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo LIII/152, ed. 1966; SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil, Responsabilidade Civil*, vol. IV/74-76, Saraiva; ALVINO LIMA, *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*, pág. 52, Forense, 1973).

Segundo JOSÉ AGUIAR DIAS, “patrão e empregado, preponente e preposto são, pois, nesse produto de conciliação entre o princípio subjetivo e as necessidades da política da reparação do dano, uma só e única pessoa. Abstrai-se do fato de ter sido o dano produzido materialmente pelo empregado. Este foi apenas o elo, o instrumento do qual se realizou o fato danoso, isto é, através do qual se manifestou a falha de organização de que resultou que o serviço prejudicasse a outrem” (ob. cit., págs. 578/579).

Segue-se que o abuso funcional, cometido por preposto, torna certa a obrigação de indenizar, face o disposto no art. 1.521, III, do CC”.

Nos demais Tribunais de Justiça não poderia ser diferente a solução.

Assim, o de Minas Gerais, pela sua 2ª Câmara Civil, aos 17.10.1972, RT 457/219:

“BANCO — Ato fraudulento do gerente — Falta de lançamento de depósitos recebidos — Responsabilidade do estabelecimento.

A fraude praticada pelo preposto do estabelecimento bancário, deixando de lançar na escrita depósitos recebidos, não exime o mesmo estabelecimento de ressarcir os depositantes ludibriados por via do referido procedimento”.

Ressaltou o relator, Des. Edésio Fernandes, com profundo bom senso, sendo acompanhado à unanimidade pelos seus pares, que as conseqüências e prejuízos que advieram do desfalque por parte do gerente e funcionários, indubitavelmente acarreta a responsabilidade do banco que, na qualidade de depositário do dinheiro, ficou com a obrigação de fazer a sua devolução.

Considera mesmo a discussão “puramente teórica”, porque fora de dúvida a culpa do banco ficou por demais comprovada, ligada como está à existência de um fato culposo, que o apelante não desfez.

O risco derivado da relação jurídica tem de ser levado à conta do banco apelante.

Invoca MINOZZI, citado por CARVALHO DOS SANTOS: “O direito moderno guardou a noção tradicional de que a culpa é que origina responsabilidade, compreendendo-se como culpa a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causando violação de direito e prejuízo a outrem” (*Código Civil*, vol. III/324).

“A falta de vigilância do banco em relação aos negócios de sua agência, de sua escrita irregular, traduzem-se em ato de culpa que lhe obriga a pagar os prejuízos ora reclamados.

O banco não nega que os autores possuíam um depósito naquela agência, e se teve conhecimento das irregularidades de seu ex-gerente, levando-o a pagar alguns dos depositantes, não se concebe que só os autores tenham sorte diferente. Na verdade o que se vislumbra dos autos é que os apelados foram conduzidos a erro pelo ex-gerente do banco.

Se não era possível aos depositantes penetrarem no recinto do estabelecimento para terem a certeza de que seus depósitos tinham sido escriturados, não se pode desconhecer o direito que eles têm decorrente da confiança que depositavam no maquiavélico gerente.

A vingar a tese defendida pelo banco de que não tem responsabilidade relativamente ao ato fraudulento de seu preposto, deixando de lançar na escrita os depósitos recebidos, ninguém mais teria garantia para se fazer um depósito bancário.

Fora de dúvida que a fraude praticada pelo ex-gerente consistia num esquema em que a parte principal era justamente de omitir o lançamento do depósito na escrita do banco.

Foi com esse expediente astucioso que o gerente durante muito tempo pôde tirar vantagens pessoais e ilícitas de seu indecoroso procedimento.

Nem fica bem a um banco de tanta idoneidade e de gloriosas tradições do País recusar o pagamento dos depósitos com o pretexto invocado.

A perícia efetuada constatou que as cadernetas foram preenchidas pelo ex-gerente, que também assinou os respectivos depósitos. Se houve falsificação de assinatura (lembra-se o caso da Mannesmann), isto ocorreu dentro da própria agência por funcionários que participaram do desfalque, que em colúio com o gerente desejavam o fim criminoso já referido.

Terá o banco de pagar por sua negligência na fiscalização da agência, permitindo a concretização de tamanho desfalque, já que para isso não concorreram os autores de forma alguma, com o que me parece injusto carrear-lhe as conseqüências da fraude”.

Mas o caso mais expressivo é o do reconhecimento da responsabilidade do estabelecimento bancário no caso de pagamento de cheque falso, ou apresentado mediante mandato falso.

A jurisprudência dos nossos tribunais é abundante e uníssona, como pode ser verificado pelos seguintes arestos colhidos, entre os mais significativos compilados pela Revista dos Tribunais.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

3ª Câmara Civil, v. u. 11.09.1958, vol. 282/369; v. u. 11.03.1976, vol. 488/83;

4ª, v. u. 09.02.1950, vol. 185/319; v. u. 12.10.1972, vol. 449/106;

5ª, v. u. 31.03.1957, vol. 268/332;

6ª, 04.01.1957, vol. 268/254;

1º *Tribunal de Alçada de São Paulo*:

1ª Câmara Civil, v. u. 03.11.1963, vol. 219/473; v. u. 17.10.1972, vol. 449/146;

2ª, 24.03.1954, vol. 224/501;

3ª, 18.03.1958, vol. 274/692; v. u. 29.07.1959, vol. 291/709;

4ª, v. u. 13.09.1935, vol. 245/327;

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vol. 133/668; 473/194;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, vol. 248/584, 285/817;

Tribunal Federal de Recursos, vol. 194/442;

Supremo Tribunal Federal, vol. 199/604; 222/556; 397/379; 460/230.

A Primeira Turma do Pretório Excelso reconheceu, à unanimidade, em data de 03.12.1942, Rev. Forense, 96/73:

Se é tão unanimemente reconhecida, pela doutrina e pela jurisprudência, a responsabilidade do estabelecimento bancário pelo cheque falso ou falsificado emitido por outrem, que dizer de cheque válido, legítimo, com fundos, por ele mesmo emitido!

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS — CHEQUE FALSO - AUSÊNCIA DE CULPA DO CORRENTISTA

— *O banco que paga cheque falso ou apresentado mediante mandato falso, sem culpa do correntista, deve suportar os danos consequentes, pois o pagamento é feito com seus fundos, porque o crime de falsidade foi dirigido contra ele e porque este é um dos riscos de sua profissão.*

Num célebre caso ocorrido em Recife em 1949, em que o Tesouro Nacional sofreu vultoso prejuízo, o Departamento Administrativo do Serviço Público chegou à conclusão da responsabilidade do Banco do Brasil pelo pagamento de cheques falsos. Opinaram a Comissão de Inquérito e a Comissão Especial, encarregada do exame do processo, sob a invocação dos arts. 75, 120 e 221 do Código Comercial, bem como do art. 1.521, do Código Civil. Houve participação direta do tesoureiro da agência do banco na fraude de cheques e no seu pagamento afirmam aqueles órgãos.

CARLOS MEDEIROS SILVA, então consultor geral da República, em data de 28.01.1953, em lúcido parecer, Rev. Forense 148/76, compendiou admiravelmente a matéria, demonstrando que a tendência, tanto doutrinária como jurisprudencial, mesmo nos países que adotam a teoria da *culpa*, é no sentido de agravar a responsabilidade dos bancos (JEAN ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*, 1952, pág. 852, n. 1.244; GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 2ª edição, 1951, pág. 764, n. 1.976; DALLOZ, *Nouveau Répertoire de*

Droit, 1947, tomo I, pág. 504, n.ºs 48 e 49; LOURENZO MOSSA, *Lo check e l'assegno circolare secondo la nuova legge*, 1937, págs. 329-335; DAVID SUPINO e GIORGIO DE SEMO, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, 1935, pág. 735, n. 810).

CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO mostra também que a evolução doutrinária e jurisprudencial é no sentido de onerar a responsabilidade dos bancos: “Qualquer que seja o aspecto por “que se encare o problema — prático, social ou de equidade econômica —, justifica-se, perfeitamente, o princípio que atribui o prejuízo pelo pagamento do cheque falso ao sacado (*O Cheque*, 1952, vol. 2.º, pág. 389).

No mesmo sentido invoca EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, *Do cheque no direito comparado interamericano*, 1947.

A orientação jurisprudencial entre nós segue o mesmo rumo da doutrina, como demonstra transcrevendo “notável aresto” de 09.07.1939, do Tribunal de Justiça de São Paulo que responsabilizou um banco pelo pagamento de cheque falso mesmo sem culpa sua (Rev. For. vol. 81/636).

Adotou o julgado paulista a teoria do risco, que o Supremo Tribunal Federal (1.ª Turma) aceitou também, ao confirmá-lo, em acórdão de 03.09.1942, proferido no recurso extraordinário n. 3.876, Rev. For. 96/73. Tal decisão mereceu comentários de AGUIAR DIAS, em sua obra clássica, *Da Responsabilidade Civil*, 1944, vol. 1, pág. 364, que concluiu pelo acerto da conclusão, apesar de vislumbrar na hipótese um problema de responsabilidade civil contratual. Em comentário a acórdão do Tribunal Federal de Recursos, voltou o mesmo autor ao assunto, para aceitar a teoria do risco (Rev. For., vol. 137, pág. 88).

No acórdão de 23.08.1945, emitido na apelação cível n. 8.515, o Supremo Tribunal Federal (1.ª Turma), seguindo o voto do Sr. Ministro ANIBAL FREIRE, exonerou, entretanto, o banco de responsabilidade, por ausência de culpa (*Jurisprudência Cível*, vol. I, pág. 448, fac. I).

Ao julgar o recurso extraordinário n. 8.740, em 18 de novembro de 1949, sendo relator o Sr. Ministro OROZIMBO NONATO, o Supremo Tribunal Federal confirmou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 31.03.1944, que condenara um banco “que, por negligência e omissão, deu lugar ao pagamento da ordem falsificada, devendo assim acarretar com o prejuízo resultante, como de lei” (DJ de 01.11.1951, pág. 3.851, e RT, vol. 199/604).

No sentido de responsabilizar os bancos, nota os seguintes acórdãos do Tribunal Federal de Recursos, de 26.07.1949, 08.06.1951 e 03.12.1951, Rev. For., vols. 139/201, 142/272, 141/240 e RT, vol. 194/442; acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 08.06.1951 e 09.02.1950, na RT vols. 193/830 e 185/319; de 06.06.1942, na RF vol. 91/444; de 07.08.1941, na RF, vol. 88/454.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal tem demonstrado mais apego à teoria da culpa, conforme se vê dos acórdãos de 05-07-1940 e 10.08.1945, na RF, vols. 83/501 e 104/271.

Para que, na verdade, alongar razões se consta da Súmula nº 28:

“O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista”.

Embs. em Rec. Extr. nº 47.929, de 01-10-1963 (DJ de 19-12-1963, pág. 1.293). Recs. Extrs. nº 3.876, de 03-12-42 (Rev. For. 96/73) e nº 8.740, de 18.11.1949 (RT 199/604).

Compendia em uma frase o Professor e Desembargador CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *Da responsabilidade pelo pagamento do cheque falso*, Rev. dos Tribs., vol. 315, 1962, págs. 62-69, tudo quanto poderia ser dito, ponderando que se se permitisse ao sacado isentar-se desta responsabilidade, restringir-se-ia muito a circulação do cheque: “ninguém se conformará em entregar suas economias aos bancos, sabendo que, de um momento para outro, ficará pobre, com o lançamento em sua conta de um ou mais cheques com sua suposta assinatura”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por acórdão de 04.07.1969 de seu 1º Grupo Cível, RT 410/378, reconheceu igualmente a responsabilidade civil do banco por abuso funcional cometido por preposto, num caso de simples informação falsa dada a cliente, sobre a idoneidade financeira de determinada pessoa.

A resposta ao terceiro quesito é portanto que a negativa do Banco Econômico de honrar o cheque, sem motivo legal que a justifique, caracteriza sua responsabilidade civil indireta, específica do banqueiro, mais rigorosa do que a comum, devido ao munus quasi público que exerce, e objeto de leis particularmente rigorosas.

Tal responsabilidade independe de qualquer prova ou demonstração, que de resto resulta plena da simples circunstância da transação em que conveio o banco, reconhecendo amplamente seu débito, bem diferentemente da atitude da Socopa, que lutou durante meses, enquanto teve forças, para não subscrever o acordo, o que só fez afinal para não prejudicar ainda mais o interesse de seus clientes.

3. Responsabilidade penal

Tentar malograr ou retardar o pagamento, de cheque, baldá-lo, impedi-lo, obstaculá-lo, defraudá-lo, caracteriza, do ponto de vista penal, a figura do estelionato, que, na conceituação geral do art. 171 “caput” do Código Penal é “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”, ou *frustração de*

pagamento, que é uma de suas modalidades, pois o § 2º parifica nas mesmas penas quem,

“VI, *emite cheque, sem suficiente provisão de fundos de poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento*”.

LAURO MUNIZ BARRETTO, *O Novo Direito do Cheque em Face da Convenção de Genebra*, S. Paulo, Universitária de Direito, 1973, 1º vol. pág. 93 destaca, como “ponto de grande importância, que está se tornando sedição no comércio bancário, o que diz respeito a atos criminosos praticados, senão diretamente pelos clientes do banco, pelos seus prepostos”.

Em tais casos, “a própria lei desloca a responsabilidade para o patrão, considerando indistigável a culpa *in eligendo*, *in speciando*, ou *in vigilando*, por haver posto nas mãos dum seu preposto, a gazuza para a perpetração do crime”.

Lembra estar essa responsabilidade fixada no art. 1.521 do CC, com inteira aplicação, também, ao caso do mandato, em que se vincula o mandante, quando produz o mandatário qualquer dano a terceiro, por fato seu, doloso ou culposo.

O preceito corresponde, quase literalmente, ao art. 1.153, do Código italiano, por seu turno, tradução do art. 1.534 § 3º, do Código Napoleão, baseado no conceito de Pothier, para quem “os patrões são responsáveis pelo dano ocasionado pelos seus servidores e empregados, pelo seu delito ou quase-delito, e são responsáveis, mesmo no caso em que não estivesse em seu poder impedir o delito”.

“Vê-se que o preceito visou alertar os patrões de só se servirem de bons empregados, mas o que é claro é que o comitente, aproveitando o serviço do empregado, deve, também, suportar-lhe as conseqüências negativas. Isto foi sempre o que se entendeu desde os trabalhos preparatórios do CC de Napoleão, emergindo o claro pensamento do legislador e da Doutrina, de tutelar o terceiro, vítima do ilícito praticado pela responsabilidade indireta do proponente.

CHIRONI, seguindo essa mesma diretriz, já arrematara o assunto nos termos seguintes: “Chi fà per mezzo d'altri fà per sè”. O que significa que quando uma pessoa delega um serviço a seu empregado, ou preposto, é como se ela própria o estivesse executando.

Por isso mesmo, é de se entender que o ilícito fosse praticado pelo proponente.

É a ilicitude transferida. Provada a culpa do primeiro, presume-se a do segundo, pelos mesmo ilícito imputado.

É uma presunção absoluta de culpa”.

No caso já invocado, decidido pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, RF 171/242, ficou reconhecido pelo Juízo Criminal que a apropriação cometida pelo empregado do banco, e em momento em que exercia as suas funções de preposto deste, era fato que recai sob a responsabilidade do seu preponente.

O procedimento relativo à cobrança do cheque dado pelo antecessor dos apelados constituiu manobra criminosa, a final, praticada por empregado do banco, sem qualquer interferência do proprietário do cheque e depositante da respectiva importância.

Depois de consignar que a respectiva importância já se encontrara em depósito no Banco-apelante, que a recebera através de seus prepostos, regularmente; e até mesmo emitira o comprovante desse depósito, de indiscutível autenticidade, não padecendo sequer da eiva de ser o resultado de um crime de falso ideológico; estreme de dúvidas que o cheque foi entregue a um funcionário do apelante e nessa qualidade, e, a final, que este até escriturou, contabilizou o montante da importância do depósito, — possibilidade alguma existe em se pretender que o desapossamento da importância caiba ao depositante, e não ao Banco-depositário.

“Este é que foi vítima do abuso de confiança delituoso de um seu empregado, e da desídia possível de outros seus funcionários. O antecessor dos apelados é, em relação ao fato criminoso da apropriação, terceiro da mais absoluta boa-fé, com os direitos resguardados pela validade do talão de depósito de fls.

A responsabilidade do apelante, como depositário da importância equivalente do valor do cheque entregue aos seus prepostos, e por estes recebido e contabilizado o crédito do antecessor dos apelados, ainda que na realidade dita importância tenha sido desviada dos cofres do apelante, pertence exclusivamente ao banco, ora apelante, consoante resulta dos preceitos contidos nos arts. 1.265 e seguintes, e, notadamente, do art. 1.280 do Código Civil”.

Do art. 6º da antiga Lei do Cheque tira a conclusão PAULO RESTIFFE NETO de não existir uma liberdade absoluta de revogação, “porque isso tornaria muito precário o valor do cheque, como enfatizava RODRIGO OCTAVIO (*Do Cheque*, ed. 1913, pág. 93).

“Se não vier estribada a contra-ordem em motivo legal ou justificado, incorrerá o sacador contra-ordenante nas sanções penais do crime do art. 171, § 2, nº IV, in fine, do Código Penal, desde que a frustração do pagamento derive de ação dolosa visando à obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. É que o beneficiário adquire, em relação ao sacador, o direito de ser pago, pela provisão de fundos existentes em poder do sacado, desde a data do cheque (art.

8º da Lei n. 2.591). *Esse direito, todavia, não torna inopérante à contra-ordem*”

Nota, precisamente, porque o sacado *sempre* terá de obedecer à contra-ordem que lhe seja dirigida pelo correntista à base da natureza da relação que o cheque estabelece entre ambos, sem qualquer vinculação do sacado perante o beneficiário, é que se procura coibir com a máxima severidade qualquer conduta abusiva ou arbitrária do sacador em contra-ordenar o pagamento de cheque.

Individualiza, na verdade, como *crime contra a economia popular* o art. 3º da Lei n. 1.521, de 26.12.1951.

“IX, gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários. não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”.

A própria lei qualifica, portanto, semelhante descumprimento contratual como flagrante violação de norma penal.

Reformando decisão do Juiz da 12ª Vara Criminal de São Paulo, que havia recebido denúncia quanto a cinco co-réus acusados de procedimento delituoso na direção do Banco do Comércio de São Paulo S.A., rejeitando, no entanto, quanto a outro elemento a quem o representante do Ministério Público atribui graves irregularidades e emprego de manobras lesivas, com responsabilidade direta ou co-responsabilidade direta ou co-responsabilidade por operações temerárias ou fraudulentas, tiveram oportunidade os Juizes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, em acórdão de 03.03.1961, *Rev. dos Tribunais*, vol. 310/378, de proclamar constituírem tais fatos em tese delitos, e sendo juridicamente viável a afirmada co-autoria na atuação dos demais denunciados, “uma vez que a norma do art. 25 do Código Penal tem inteira atinência em matéria de crimes contra a economia popular, pois o art. 10 do estatuto básico repressivo consigna que suas regras gerais se aplicam aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso (v. sobre o assunto, v. g., acórdão unânime do Pretório Excelso, “in” “Rev. Forense”, vol. 156/335. Ementa “in” “Rev. dos Tribs.”, vol. 232/523 e 524)”.

Demonstra não ter qualquer alcance o argumento de que o indigitado não exercia funções de diretor ou de gerente: imputa-se-lhe aquela direção ou gerência de fato de estabelecimento a que se referia o Min. NELSON HUNGRIA ao examinar caso análogo: “A lei não distingue entre gerência estatutária e gerência de fato, e, ainda que assim fosse, a circunstância pessoal da gerência de direito, como elemento do crime, comunicou-se a ele” (co-réu) — v. cit. “Rev. Forense”, vol. 156/335; emenda “in” “Rev. dos Tribs.”, cit. vol. 232/523.

O texto apontado na denúncia não exigia tenha o réu qualidade de diretor ou de gerente para poder ser processado, mas mesmo que assim não fosse não haveria qualquer óbice jurídico à responsabilização

do interessado como co-autor em crime ou crimes contra a economia popular, caracterizados na gestão temerária e fraudulenta do banco, como já se mostrara com alusão aos arts. 10 e 25 do Código Penal.

Fez questão o juiz ISNARD DOS REIS de declarar voto em separado, no mesmo sentido, lembrando ter a denúncia apontado o acusado não como gerente ou diretor, mas como co-autor responsável pelo crime de economia popular, contido no processo. “A jurisprudência já assentou que as regras da co-autoria têm plena aplicação em matéria de crimes contra a economia popular (v. Supremo: “habeas corpus” n. 290; “Diário da Justiça”, da União, de 21.06.1955, pág. 2.085; “Rev. Forense”, vol. 156/333. Quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, segundo os arts. 10 e 25 do Código Penal. Mesmo que assim não fosse, é lição do Min. NELSON HUNGRIA, já no regime do Código de 90 era assente o critério de que as circunstâncias pessoais, quando elementares, se comunicavam aos partícipes, expresso no art. 25 do Código Penal de 40. Hoje, cada um responde pelos seus atos (v. “habeas corpus” nº 31.861, de Pernambuco, “Rev. Forense”, vol. 156/333; recurso de “habeas corpus” nº 33.304, “Diário da Justiça”, da União, de 28.02.1955, pág. 766).

O Novo Direito do Mar e a América Latina*

Vicente Marotta Rangel

Professor Catedrático de Direito Internacional
Público na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

VI. Os Fatores e o Processo

A perspectiva histórica, acima deduzida, sobre o alargamento das jurisdições estatais nos planos horizontal e vertical indicam a importância do progresso tecnológico na transformação do direito do mar. O impacto desse progresso favorece, de maneira geral, os Estados que o promovem. Aí estão os navios-usinas, os petroleiros, os submarinos nucleares, os engenhos de prospecção dos fundos oceânicos e de coleta de seus recursos, a indicarem os beneficiários do fator tecnológico. Certo, algumas vezes o impacto desse fator nas relações políticas econômicas e estratégicas transcende o propósito inicial dos Estados que lhe deram origem e são esses mesmos Estados induzidos a proporem, em consequência, medidas jurídicas adequadas às transformações a que deram causa. A programação Truman, de 1945, assim como a institucionalização subsequente da doutrina da plataforma continental são provenientes do país pioneiro no processo de exploração e de exploração dos recursos petrolíferos do relevo submarino contíguo ao litoral e visaram, pelo menos em parte, a evitar que terceiros Estados utilizassem do mesmo processo nesse mesmo relevo⁷⁴.

Efeitos do fator tecnológico se projetam na construção e instalação de ilhas artificiais, engenhos, aliás, bastante heterogêneos, capazes de abranger pelo menos quatro categorias⁷⁵. As primeiras têm uma finalidade econômica: os aeroportos do alto mar, as instalações para a exploração e exploração dos recursos da plataforma continental e dos fundos oceânicos, os barcos-reservatórios de petróleo pousados no leito do mar, os engenhos destinados à exploração das

* Continuação do trabalho com mesmo título publicado nos volumes 74-1979, 75-1980 e e 76-1981.

74. Cfr. Hollick, *Ann L.U.S. Oceans Policy: The Truma Proclamations*. Va. J. INT'L L. 1976, pp. 23-55.

75. Van der MENSBRUGGHE, Ynes. *Réflexions sur la Définitiva du Navire dans le Droit de la Mer*. *Actualités du Droit de la Mer*, op. cit. p. 70.

pescarias sedentárias. As segundas exercem função científica: estações meteorológicas, faróis, balisas, bóias-laboratórios. As terceiras visam evitar a regulamentação interna dos Estados, o que ocorre com estações emissoras de rádio ou de televisão situadas em alto mar. Enfim, as quartas espécies de ilhas artificiais cobrem propósito militar: torres, radar, bases nucleares, silos para mísseis, estações de detecção, redes de sonares, depósitos de minas nucleares⁷⁶. Foram as preocupações referentes a esta última espécie, que estão nas origens do Tratado elaborado pela Comissão de desarmamento, adotado pela Assembleia Geral da ONU (07.12.1970) e assinado pelos governos de Londres, Moscou e Washington (11.12.1971)⁷⁷, assim como nas proposições do Governo de Malta, e, por conseguinte, nas fontes do movimento contemporâneo de reforma do direito do mar⁷⁸.

Tem o fator tecnológico influído, outrossim, na diversificação dos usos do mar, dois dos quais os juristas clássicos⁷⁹ discerniam com nitidez: a navegação e a pesca, aquela, aliás, a preceder cronologicamente esta. Convém, aliás, identificar adequadamente esses diferentes usos ou funções, pois a cada um deles deve caber normas jurídicas próprias. Não se alvitriaria, com isso — pois não seria, a nosso ver, a resposta correta às indagações sobre a problemática do oceanos — de substituir o enfoque espacial pelo enfoque funcional, mas se trataria de condicionar este segundo enfoque à perspectiva do primeiro, o que poderia concorrer para estimular a compreensão integral da mesma problemática.

Tem o homem, de fato, como se sabe, progressiva e diversificadamente utilizado o mar no decurso da história e o direito do mar tem se convertido, gradualmente, de unidimensional em pluridimensional⁸⁰. Do mar o homem se valeu, nos primórdios como elemento natural de transporte, quer de pessoas, quer de cargas; como reserva de recursos biológicos; e também como palco de operações estratégico-militares. Essas três formas de utilização vêm sendo ampliadas no suceder dos séculos, às quais novas formas se adicionam, tais como o uso das águas, do solo e subsolo marinho, reservatórios de recursos minerais; como palco de instalações fixas de que são exemplos os faróis, os cabos telegráficos, os oleodutos submarinos; e, enfim, como produtor direto de energia, captada através do contínuo fluxo e refluxo das marés. Cada uma dessas seis espécies diversas de uso do mar constitui, por sua vez, fonte de poluição. O oceano exerce,

76. Cfr. VOECKEL, op. cit. p. 730. MENSBRUGGHE, op. cit., p. 90. BENNANI Mohammed. *La Démilitarisation du Fond des Mers au-delà de la limite de la juridiction nationale actuelle*, Thèse Université Mohammed V, 1975. pp. 15-20. TIPIS Kasta. *Antisubmarine Warfare*, SIPRI Yearbook, 1974, pp. 303-310.

77. Cfr. Quéneudec, *La Remise en Cause du Droit de la Mer*, op. cit., pp. 21-27.

78. Cfr. VALENCIA RODRIGUEZ, Luis. *Los Usos Militares de los Fondos Marinos y Oceanicos. Derecho del Mar: una visión latino-americana*, op. cit. pp. 249-270.

79. Vide VATTEL, op. cit., § 281.

80. DUPUY, René-Jean. *The Law of the Sea. Current Problems*. Sijthoff-Oceana, 1974, pp. 6-9.

assim, desde período remoto, mas sobretudo agravada no decorrer dos tempos atuais, uma sétima função, ingrata, degradante, extremamente danosa para a sua subsistência e para a subsistência dos homens: ele é o imenso depósito dos detritos oriundos dos continentes, o derradeiro receptáculo do lixo deixado pelos povos, o destinatário direto ou indireto, mas sempre final, dos agentes poluidores. A proteção do meio marítimo contra a poluição torna-se, pois, desse modo, imperativo indeclinável, uma parte essencial da proteção do meio ambiente global, matéria essa contemplada na Parte XII do Texto Oficioso Integrado para Fins de Negociação.

Reconhece-se a inter-relação entre os diversos aspectos da problemática marítima, o vínculo recíproco existente entre as normas componentes do ordenamento jurídico da hidrosfera. Daí a razão de a Terceira Conferência ter tido por escopo não apenas rever os tópicos abrangidos no temário de Conferências precedentes, mas também examinar questões novas, como as dos fundos oceânicos e zona econômica exclusiva, cuja mera postulação passou por si só a si só a significar uma revisão da temática tradicional do ordenamento dos espaços marítimos.

O direito do mar, René-Jean DUPUY assinalou⁸¹, é um “droit situationnel par excellence, à la prise en compte des situations géographiques des Etats et des conséquences qui en résultent pour eux”. Cada Estado “situado” deseja como tal ser reconhecido, seja ele ribeirinho, sem litoral, ou com características especiais, com plataforma continental ou sem ela ou ainda com plataforma encravada (shelflocked).

O condicionamento geográfico dos países latino-americanos tem sido referido como propício ao desenvolvimento do direito do mar. “Un continente circondato dagli oceani, como quello della comunità latino-americana, si trova ad essere confrontato sotto molteplici aspetti e. quasi in ogni momento coi problemi del mare”⁸². Estados banhados pelo mar, mas nem por isso menos sensíveis à problemática dos países sem litoral, dois dos quais se inserem no coração da América Latina (Paraguai e Bolívia), cuja situação especial no contexto regional demanda equacionamento tanto nesse mesmo contexto como em perspectiva mais ampla, universal⁸³.

Dessa multiplicidade de usos dos espaços se infere o primado do fator econômico na gestação e desenvolvimento do direito do mar.

81. *Droit de la Mer ou Droit sur la Mer*. Revue Iranienne des Relations Internationales, 1975-76, p. 31.

82. Riccardo Monaco. *Mesa Redonda sobre Derecho del Mar, IILA*, op. cit., p. IX.

83. Cf. *inter alia* MEDEIROS QUEREJAZU. *Países sin Litoral en la América Latina. Derecho del Mar: una visión latino-americana*, op. cit., pp. 119-144. No decurso da última sessão da Terceira Conferência sobre Direito do Mar, a problemática dos Estados sem litoral, considerada uma das mais difíceis (*one of the hard-core issues*), foi examinada pelo Grupo de Negociação n. 4, presidido pelo Embaixador Satya Nandan (de Fiji), o qual parece ter alcançado progressos sensíveis (vide especialmente *Explanatory Memorandum on the Proposals by the Chairman and Chairman's Suggestion for a Compromise Formula*, dois NG4/10 e NG4/15, de 3 e de 8 de maio de 1978, respectivamente).

As rotas oceânicas — apesar da concorrência da aviação — transportam hoje mais de oitenta por cento de mercadorias. A coleta ictiológica do mar produz, outrossim, cerca de dez bilhões de dólares de renda anual, a qual é multiplicada quatro vezes seja pela indústria de navegação comercial oceânica, seja pela exploração petrolífera das plataformas continentais⁸⁴. Compreende-se o primado do fator econômico no jogo das relações jurídicas do mar. Colocadas estas numa perspectiva histórica, cabe lembrar, como o faz Françoise THIBAUT que, formado pelas nações ocidentais da Europa que descobriram e exploraram os demais continentes (às quais se juntaram, posteriormente os Estados Unidos, Japão e União Soviética), o direito clássico do mar corresponde “à era colonial e comercial cujos beneficiários são alguns países industrializados no Novo Mundo”⁸⁵. Reação contra o sistema injusto de distribuição de rendimentos, o novo direito do mar passa a ser produto menos de uma confrontação no plano ideológico, entre oeste e leste (o que ocorria ainda nas Conferências de 1958 e 1960), e mais de uma confrontação no plano econômico, entre norte e sul, o que se dá no curso da Terceira Conferência.

No concernente aos recursos biológicos, a superexploração constitui ameaça concreta, já que ela tem acarretado diminuição da coleta global de pescado (o que ocorreu, por exemplo, em 1969, em relação à coleta do ano anterior). Para se ter uma idéia da intensificação da pesca, basta lembrar que em 1930 ela atingira o total de 10 bilhões de toneladas, quantidade essa que duplicou em 1970. O risco tem sido duplo: concerne tanto ao desperdício oriundo da exploração desordenada quanto à verdadeira pilhagem de recursos situados nas adjacências do litoral dos países em desenvolvimento. Em função do ritmo de crescimento da pesca, prevê-se para 1985 e 1990, respectivamente, a coleta de 70% e de 100% do estoque disponível de recursos vivos do mar, o que acarretará a impossibilidade de renovação desses recursos⁸⁶. Se os homens têm sido até agora descontrolados caçadores no mar eles devem tender, pois, doravante, a se tornarem nele ordeiros criadores. Compreende-se que o direito do mar, “une des branches les plus touchées par le fait économique”⁸⁷, não mais poderia corresponder, em sua formulação clássica, dadas as suas carências e inadequações, às exigências do desenvolvimento e da equidade, sobretudo

84. United Nations. Office of Public Information. Reference Paper n. 13, January 1976. p. 3. Com base na Circular sobre pesca da F.A.O. de n. 314, observam Jean CARROZ e Michel SAVINI, que o valor da pesca na produção é estimado em 14 bilhões de dólares, valor este que, na venda a varejo, passa a ser provavelmente três vezes mais elevado (*L'Aménagement des ressources biologiques de la mer appelle-t-il un coopération à l'échelle régionale ou mondiale?* Revue Iranienne des Relations Internationales, 1975-76, ns. 5-6, p. 176).

85. THIBAUT, Françoise. *L'Amérique Latine et l'Évolution du Droit de la Mer*, op. cit., p. 745.

86. BEURIER, J.P. e CADENA, Patrick. *Le Contenu Économique des Normes Juridiques dans le Droit de la Mer Contemporain*, RGDI, 1974, p. 581.

87. QUÉNEUDEC, Jean-Pierre. *La Remise en cause du Droit de la Mer. Actualités du Droit de la Mer*, Colloque de Montpellier, Paris, A. Pedone, 1973, p. 15.

quando estão em causa problemas de pobreza e de fome, porquanto a população dos países desenvolvidos que abrange dois terços da população mundial, dobra cada 18 — 27 anos⁸⁸.

Perspectiva de certa forma diferente oferece a exploração dos recursos minerais que apenas se inicia.

Convém recordar a existência de cerca de quarenta componentes da própria água do mar, além de camadas de sal, de bancos de potássio, de xistos ou areias betuminosas, de camadas de metais pesados (ouro, estanho) e de substratos mais leves (titânio, cromo). Encontram-se no subsolo jazidas de gás e de petróleo. Desde último são cerca de vinte os países produtores que extraem do mar 25% da produção mundial, aproximadamente. Depósitos de placas e nódulos de fosfato de cálcio se encontram a cerca de 300 metros de profundidade. Sobre os fundos oceânicos, a cerca de 800 ou 900 metros de profundidade, se localizam as argilas vermelhas, avaliadas em dez quadrilhões de toneladas. Cobrindo cerca de cem milhões de quilômetros quadrados, contêm elas alumínio, óxido de ferro, cobre e manganês. Em profundidades maiores, entre 3.000 a 7.000 metros, sobre os fundos dos Oceanos Pacífico, Atlântico e Índico, estão os nódulos polimetálicos. Apresentam-se sob formas e tamanhos variados, pesando desde algumas gramas até dezenas ou mesmo centenas de quilogramas⁸⁹.

Ante o impacto da exploração dos recursos minerais sobre a economia mundial e principalmente dos países em desenvolvimento, quer produtores, quer consumidores⁹⁰ revelou-se sensível e criador o comportamento dos países latino-americanos. Da reunião de Lima, de de agosto de 1970, emergiu a Resolução 1, em que os Estados latino-americanos consideraram “que a los efectos de que la exploración, conservación y explotación de los fondos marinos y su subsuelo, fuera de los límites de la jurisdicción nacional, se lleven a cabo en beneficio de toda la humanidad...” era essencial que essas atividades se realizassem “bajo un régimen internacional que incluya un mecanismo apropiado, dentro del cual se asegure la participación común en la adminis-

88. EISENBUND. *Understanding the International Fisheries Debate*, 4 Nat. Res. Law 19 (1971).

89. Cf. *inter alia* ORREGO VICUÑA, *Los Fondos Marinos y Océánicos*, op. cit., pp. 189-193. BEURIER e CADENAT, op. cit., pp. 578-580. COLLIARD et autres. *Le Fond des Mers*, Paris, Colin, 1971. BEGUERY. *L'Exploitation des Océans: Véconomie des domaines*. P.U.F., 1976. AUBURN, F.M. *The International Seabed Area*, ILLQ, 1971, pp. 173-186. MORIN, Jacques-Yvan, *L'Exploitation des ressources minerales de la mer*, Carnegie Endowment, Grupo de Estudio Interamericano, 1972. SILENZI de STAGNI, Adolfo, op. cit., AJA ESPIL, Jorge A. *El Derecho del Mar*, Bogotá, Tenis, 1973. AZCARRAGA, José Luis de, *La Internacionalización de los Fondos Marinos*, RED I, 1970, pp. 102 e segs. MESTRAL, Armand de. *Le Régime Juridiques du Fond des Mers*, RG DIP, 1970, pp. 640 e segs. BEERGABEL, J., *L'Exploitation du fond des mers dans l'intérêt de l'humanité*, RG DIP, 1977, pp. 167 e segs.

90. ORREGO VICUÑA, op. cit., pp. 201-213 e SILENZI de STAGNI, op. cit., caps. V e VI.

tración de la zona y en los beneficios que de ella se deriven". Tendo em conta a Resolução 2.749 (XXV) aprovada poucos meses após a reunião de Lima, a Declaração de Santo Domingo, de 9 de junho de 1972, se reporta ao princípio do patrimônio comum da humanidade. O Texto Integrado Oficioso para Fins de Negociação acolheu o enunciado da Resolução de Lima de 1970 em seu artigo 140. A futura Convenção disporá sobre a alienação dos minerais extraídos da Zona e tutelará a reivindicação, aquisição e exercício de direitos referentes aos minerais extraídos da mesma.

O novo direito do mar não é, todavia, apenas um complexo de normas mas é também o processo de criá-las. Este processo, que se vincula a uma sistemática prolongada e complexa, de que participam concomitantemente os membros da comunidade internacional (os quais transcendem a composição da própria ONU), acaba tendo uma função pedagógica, de aclaramento das normas em gestação, e legiferante, à medida que da decisão coletiva, por concurso ou por maioria, está a emanar, disposição por disposição, o conteúdo do futuro tratado.

Quais são as pessoas capacitadas para negociá-lo? Para se responder à indagação é oportuno cotejar a composição da Terceira Conferência com as que a precederam. Representaram-se na reunião de Haia, de 1930, quarenta e sete Estados, tendo freqüentado a Segunda Comissão (sobre "Mar Territorial") reduzido contingente de Estados latino-americanos (México, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Uruguai), cerca de um oitavo do total de participantes.

À Conferência das Nações Unidas de 1958 compareceram oitenta e seis Estados, ou seja, quase o dobro dos que estiveram presentes em Haia (além de observadores de agências especializadas das Nações Unidas e de diversas organizações intergovernamentais). Havia vinte e dois países asiáticos, vinte latino-americanos e seis africanos. À Conferência de 1960 compareceram representantes de oitenta e dois Estados, a saber, dois a mais que na anterior. A proporção de Estados latino-americanos era de cerca de um quinto do total de participantes.

Iniciada quase três lustros após, a Terceira Conferência é a que, até hoje, maior número de Estados tem abrangido⁹¹. Pela complexidade dos assuntos, duração longa e ampla composição, impõe-se uma das mais importantes de todas quantas até hoje celebradas. Tomando por base a sessão de Caracas, verifica-se que dos 149 Estados convidados, 14 não eram membros das Nações Unidas e 137 acabaram estando presentes à reunião. A maioria pertence ao Terceiro Mundo. Qua-

91. Sobre a composição dos órgãos preparatórios da Terceira Conferência, e a representação neles de membros latino-americanos, vide GALINDO POHL, Reinaldo. *Contribución de America Latina a la Conferencia de Caracas. Derecho del Mar: Una Visión Latino-americana*, op. cit., p. 54. Quanto à participação dos latino-americanos em cargos diretivos da própria Conferência: *ibidem*, p. 56. Tomando por base a sessão de Caracas, enumera GALINDO POHL os países latino-americanos que integravam o grupo geográfico respectivo e continuavam a fazê-lo nas sessões subseqüentes da Conferência. O termo *latino-americano* é aí empregado, não no sentido cultural e lingüístico, senão político e geográfico (*ibidem*, pp. 53 e 57).

renta e dois, ou seja, mais de um quarto, são africanos. Da América Latina compareceram 25 Estados, menos de um quarto dos participantes, em proporção inferior, pois, à alcançada no decurso das duas primeiras conferências patrocinadas pelas Nações Unidas. Todavia, se como contingente regional, os países latino-americanos tiveram restringida proporcionalmente a sua participação numérica, nem por isso essa participação deixou de crescer em termos de presença atuante e influenciadora. Por outro lado, cresceu essa participação à medida que ela se processa igualmente no âmbito do grupo dos 77, cuja composição equivale à dos dois terços da Conferência.

No decurso da sessão de Caracas, decidiu-se convidar a dela participar os “movimentos de libertação nacional” reconhecidos pela Organização da Unidade Africana e pela Liga dos Estados Árabes. Essa decisão não se fez senão após intensos debates e inclusão de artigo suplementar no regulamento interno da Conferência, o que, segundo se alegou⁹² se teria feito injuridicamente porque a Assembléia Geral das Nações Unidas e não a Conferência seria a “*maitresse des invitations*”. No decurso da última sessão, a sétima, alguns delegados sustentaram que os Movimentos de Libertação Nacional devem ter direito a se tornar partes contratantes da futura convenção em condições idênticas às dos Estados. Deliberou-se também, em Caracas, recomendar à Assembléia Geral das Nações Unidas tomassem assento na Conferência, como observadores, algumas coletividades em vias de emancipação política: Papua Nova Guiné, Surinam, Ilhas Cook e Antilhas Holandesas. O pedido foi atendido. O argumento principal fora o mesmo deduzido em favor dos Movimentos de Libertação Nacional: o de que uma das causas do malogro das Convenções de 1958 era o de que de sua negociação não haviam participado coletividades que assumaram posteriormente à independência⁹³. Esse fato ocorreu, aliás, após a reunião de Caracas com Papua Nova Guiné e Surinam, membros hoje de pleno direito da Conferência. Proposta de emenda aos artigos 298 e 299 do Texto Integrado, apresentada a 10 de maio de 1978, no decorrer da sétima sessão, por Fiji, Nova Zelândia, Papua Nova Guiné e Surinam, visa a conferir aos territórios convidados à Conferência o direito de assinar e ratificar a futura Convenção, da qual se tornariam partes no mesmo nível que os Estados (A/CONF. 62/L-29).

O grande número de Estados membros, quase o dobro das reuniões de Genebra e cerca do quádruplo da de Haia, indica as dificuldades maiores da Conferência. Acresce notar a complexidade e variedade do temário. Alguns de seus tópicos não constavam das agendas das reuniões anteriores, pelo menos com caráter específico, tais como os relativos ao regime dos fundos oceânicos e o de pesquisa e transferência tecnológica. É sobre esse temário que a maioria dos Estados, em

92. LAZARUS, Claude. *Le Statut des Mouvements de Libération Nationale à l'Organisation des Nations Unies*, AFDI, 1974, p. 196.

93. A/CONF. 62/SR 23, p. 18; SR 25, p. 29; SR 32, p. 6.

vias de desenvolvimento, tem tido a oportunidade de versar, e ao qual projeta suas aspirações de reforma e de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

Foi após intensos debates que ficou aprovado, a 27 de julho de 1974, o Regulamento da Conferência, no qual se distinguem as decisões sobre mérito e sobre processo. As primeiras, inclusive a adoção do texto da Convenção sobre Direito do Mar em seu conjunto, se tornam, por maioria de dois terços dos representantes presentes e votantes, sempre que essa maioria compreende pelo menos maioria dos Estados participantes do mesmo período de sessões. As segundas se tomam por maioria de representantes presentes e votantes. Releva notar que nenhum assunto de fundo será votado sem que a maioria de dois terços da Conferência determine previamente que tenham sido exauridos todos os esforços para chegar a um acordo geral. É mister também que o anúncio da votação se publique no *Diário da Conferência* e que dois dias úteis transcorram após a publicação. Outrossim, segundo o "Acordo de Cavalheiros", aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas e incorporado ao Regulamento, a Conferência deve fazer todos os esforços para que as decisões se tomem por consenso, esforços esses que devem preceder o processo de votação.

O consenso havia introduzido, aliás, como regra de decisão na Comissão Especial e na Comissão dos Fundos Oceânicos e com ele haviam concordado os latino-americanos porque suas posições, "heterodoxas respecto del Derecho del Mar tradicional, estaban en evidente minoría; el consenso era una salvaguardia". Demais disso, como assinala GALINDO POHL⁹⁴, aquelas Comissões "actuaron bajo la regla del consenso y dentro de ella obtuvieron la Declaración de principios sobre la zona internacional de los fondos marinos y la Lista de Temas y Cuestiones de la Tercera Conferencia del Mar"⁹⁵. Sessões informais, o Texto de Negociação como instrumento de tomada de decisão, grupos de trabalho constituídos por critérios de afinidade ou de oposição, a técnica de acordos prévios, a identificação de "hard-core issues", o próprio consenso, eis processos que conferem peculiaridade à Terceira Conferência⁹⁶ e marcam a gênese, a consolidação e o desenvolvimento do novo direito do mar.

94. GALINDO POHL, op. cit., 55 e 56.

95. Sobre consenso, *vide inter alia*: BASTID, S. *Observations sur la pratique du consensus. Multitudo Legum Jus Unum, Essays in honour of W. Wengler*, vol. I. 1973. pp. 11 e segs. CHAI, F. *Consultation and consensus in the Security Council*, UNITAR, 1971. DE LACHARRIÈRE, G. *Consensus as Modes of Decision in International Organisations, Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord Mc Nair*, 1965, pp. 49 e segs. STAVROPOULOS, C. A. *Procedural Problems of the Third Conference on the Law of the Sea*, Unitar News, vol. 6, n. 1, 1974, pp. 16 e segs. CASSAN, Hervé. *Le Consensus dans la Pratique des Nations Unies*, AFDI, 1974, pp. 456 e segs.

96. Cfr. ARDY, Michel. *Decision Making at the Law of the Sea Conference*, RBDI, 1975. pp. 442-474. EUSTIS, Robert D. *Procedure and Techniques of Multinational Negotiation: The LOS III Model*, Virginia Journal of International Law, 1977, pp. 217-256. TREVES, Tullio. *Devices to facilitate consensus: the experience of the Law of the Sea Conference*, Italian Yearbook of International Law, 1976, pp. 39-60.

VII. Considerações Finais

Do acima exposto cabe reafirmar ou aduzir que a transformação do direito do mar se opera no sentido da ampliação crescente de seu conteúdo material: desde a incidência dos fatores geográficos, tecnológicos, econômicos, estratégicos, até o exame da temática da proteção do meio ambiente, da pesquisa científica, da delimitação dos espaços marítimos, da solução de controvérsias. À proporção que se reconhece nos espaços oceânicos uma natureza polivalente, a de instrumento da navegação e das demais formas de comunicação entre os povos, a de palco de operações estratégicas, a de manancial de recursos biológicos, a de reservatório de riquezas minerais, está o direito a caminhar de perspectiva unifuncional para plurifuncional. Alarga-se também a dimensão espacial desse direito à medida que entra no seu âmbito a regulamentação dos fundos oceânicos e que toda a hidrosfera se encontra por ele praticamente atingida. E qual o destinatário desse direito? Divisa-se, em face da indagação proposta, no mesmo ritmo de abrangência crescente, os Estados, os seres humanos, a humanidade, tendência essa que, paralelamente, se faz acompanhar do contexto interestatal preliminar para um relacionamento mais aprofundado no plano estrutural. Colocado o direito do mar nessa linha evolutiva de transformação, cabe assinalar, outrossim, a superação da *summa divisio* clássica dos espaços marítimos, pois emergem, ao lado do alto mar e do mar territorial, as categorias da plataforma continental dos fundos oceânicos, da zona econômica exclusiva. Deveria o primeiro daqueles espaços, o alto mar, aliás, em face da superação da era de individualismos e de hegemonias em que foi concebido, sofrer transformações inclusive a da própria denominação, e passar a ser conhecido, segundo vem sendo proposto, como “*mar comum*”, “*mar internacional*”. A denominação é importante pois sugere o espírito da reforma que se deseja orientar.

Conseqüência do progresso tecnológico e do propósito de reajustar, em bases de justiça e de desenvolvimento, as relações econômicas e políticas dos membros da comunidade internacional, o novo direito do mar é fortemente influenciado pelo impacto da economia e pelo princípio da utilização racional e eqüitativa dos recursos oferecidos pelos espaços oceânicos, o que se constitui em imperativo cada vez mais urgente ante a deflagração da crise de energia, a extinção gradual das espécies ictiológicas, o aumento da população mundial, a contaminação dos mares e a ameaça da fome a assediar círculos cada vez mais amplos da sociedade humana.

Estaria assim marcado o direito do mar por preocupações predominantemente extrajurídicas? De certo modo, sim, como acima se sugeriu. É de notar, porém, que essas preocupações acabam necessariamente por estimular a renovação do conteúdo das normas que, se de fato encerrarem maior densidade política e econômica, nem por isso deixam de ser estritamente jurídicas. Essas normas acabam sendo,

aliás, mais rigorosamente jurídicas enquanto menos informais, enquanto mais impregnadas de conteúdo social. É por isso que a substituição dos órgãos incumbidos da tarefa de codificação — não mais a Comissão de Direito Internacional, porém a própria Conferência — há de influir positivamente, como tem influído, na explicitação e aprimoramento do direito do mar, no pressuposto, é claro, da observância da técnica jurídica e da realização dos valores da justiça.

Condicionado por multiplicidade de fatores e disciplinas, o direito do mar não deve ser concebido de modo seccionado, setorial, parcelado. Contribuição meritória da América Latina no atual processo codificador e legislativo tem sido o de insistir nessa interdependência e unidade. É a partir de uma base regional autorizada que se alvitram medidas de coordenação regionais e ecumênicas mas se insiste, ao mesmo tempo, em solução global e universalista.

O controle das rotas oceânicas destinadas ao Novo Mundo, tão logo foi este descoberto, esteve no centro das preocupações que informaram a gestação e sedimentação do direito clássico do mar. As premissas em que se assentaram os propósitos de reformulação desse direito foram lançados na América Latina a partir do período da Independência e, desde então, se mantiveram fortalecidas e ampliadas. O dinamismo do processo de modificação do ordenamento clássico marcou o período do término da Segunda Guerra Mundial e, através das vicissitudes das Conferências de Genebra, de 1958 e 1960, irradia sua energia criadora no âmbito da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Pioneira dessa reformulação, a América Latina, através de seus governos, estadistas e juristas, tem exercido, em relação aos demais países, sobretudo os integrantes do Terceiro Mundo, missão pedagógica e pioneira. A continuidade dessa missão depende precipuamente da unidade latino-americana, influenciada constantemente pelos fatores que nela incidem, diversos heterogêneos, por vezes conflitantes entre si. Mas dos quais deriva, no conjunto, resultantes positivas mesmo se levarmos em conta o quadro institucional contemporâneo em que elas se projetam, a diversidade de grupos de interesses regionais, sub-regionais e ecumênicos, de que os países latino-americanos, em separado ou em conjunto, estejam a participar. A contribuição da América Latina ao desenvolvimento do direito do mar permanecerá viva e inspiradora ainda que a Terceira Conferência venha a malograr. Os resultados dessa contribuição permanecerão indelévels e bastarão por si sós a testemunhar os propósitos de equidade e de justiça em que se assentam.

Repressão Penal às Violações do Direito de Autor. As Inovações Introduzidas pela Lei N.º 6.895, de 17-12-1980, Aumentaram as Atribuições dos Delegados de Polícia *

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

6. Ação penal. A dispensa da formalidade da queixa

Quanto à ação, o Código Penal artigo 186, só admitia que se procedesse mediante queixa nos crimes contra a propriedade imaterial, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público. Complementa o artigo 525 do Código de Processo Penal que a queixa ou denúncia não serão recebidas se não forem instruídas com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito, insistindo o artigo 526 em que sem a prova de direito à ação, *não será recebida a queixa*, nem ordenada qualquer diligência, preliminarmente requerida pelo ofendido.

Tinha mesmo o legislador, num processo lógico, de partir dos vestígios de crime, para chegar à prova do direito.

Mas, o direito à ação e a prova dos fatos constituem pressupostos igualmente fundamentais.

Por isso comenta EDUARDO ESPÍNOLA FILHO que, não admitindo sem prova de direito à ação, seja recebida a queixa nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido, exige, esse dispositivo como requisito essencial, para o ingresso no juízo criminal, a fim de promover a responsabilidade do infrator nesses crimes, a prova de que foi, efetivamente, ofendido quem apresenta tal pretensão, e bem assim, de que tem legítimo interesse na perseguição do seu ofensor.

De modo geral, conclui, deve-se considerar que se trata da punição de crimes contra a propriedade alheia, sendo, naturalmente, o proprietário quem tem interesse em perseguir aquele que a desrespeitou, com um ato delituoso.

* Continuação do Fascículo LXXVI, 1981.

A Lei nº 6.895 acrescentou àquele dispositivo: “autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 desta Lei.”

As expressões sublinhadas introduziram profunda e importantíssima alteração no sentido e no alcance da providência.

A dispensa da formalidade da queixa espalhou-se, dilatou-se, expandiu-se desmedidamente, para passar a abranger toda e qualquer violação de direito autoral, consistente — não será demais repetir — “na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente”, etc., incluindo ainda, na mesma pena, “quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda”, original ou cópia de obra intelectual produzida com violação de direito autoral.

Mas a aplicação do dispositivo do Código Penal reformulado, dispensando, na generalidade dos casos, a exigência da queixa, apresenta um problema: não atentou aos reflexos de ordem processual, revelando uma desarmonia com o Código de Processo Penal, art. 525, que, no caso de haver o crime deixado vestígio, impede o recebimento da queixa ou denúncia se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo do delito.

Como conciliar a atual norma do direito substantivo penal, com às do direito adjetivo que continuam fazendo referência à exigência da queixa, já dispensada para a grande generalidade dos casos?

Terá sido um cochilo do legislador? Tudo indica que sim.

Mas o problema não apresenta qualquer dificuldade: é claro que o espírito do novo diploma prevalecerá nos casos não expressamente excepcionados, em que a queixa, quando é necessária ainda, continua desempenhando o seu papel antigo. Para os demais, o mandamento processual não vigora.

O ponto de partida, o fundamento para qualquer medida, será portanto, a verificação de que haja, realmente, reprodução fraudulenta, apropriação de trabalho alheio, aproveitamento do labor, da fadiga, da realização de outrem.

Mas, positivada a infração não há mais que aguardar, como antigamente, a iniciativa do interessado e a sua opção entre a via civil e a criminal: diligência na grande maioria dos casos caberá à autoridade policial, com a já analisada amplitude de atribuições outrora prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Conforta essa conclusão a verificação de que exatamente a esse remate, antes mesmo de qualquer modificação legislativa, chegava o projeto do futuro Código de Processo Penal, nº 633/75, enviado à Câmara dos Deputados pela mensagem nº 159/75 do Poder Executivo,

e cuja redação final foi admitida pela Comissão Especial destinada a dar parecer, em sua reunião de 29-11-1977, também já aprovada pelo Plenário e remetida ao Senado Federal.

A alteração fundamental consistirá em que as providências preliminares passarão a ter início com a abertura de inquérito, cabendo à autoridade policial a nomeação de peritos e a determinação de buscas e apreensões.

Os autos do inquérito, que deverá ser concluído 30 dias após sua abertura, serão remetidos ao Ministério Público, que decidirá sobre seu recebimento.

Exigindo embora novos retoques que melhor o adaptem à Lei nº 6.895, bem merecem os dispositivos propostos serem aqui lembrados:

“Do procedimento por crime contra a propriedade imaterial

Art. 646. Nos crimes contra a propriedade imaterial, quando se tratar de ação penal privada, o ofendido requererá à autoridade policial a abertura do inquérito, pedindo que sejam nomeados dois peritos para procederem ao exame pericial.

§ 1º Poderá a autoridade policial, a requerimento do ofendido e com a opinião favorável dos peritos, ordenar a busca e apreensão de amostras dos instrumentos e do objeto do crime.

§ 2º. A autoridade policial sempre exigirá indícios suficientes de autoria e prova da legitimidade do requerente.

Art. 647 A infração de privilégios que tenha por objeto a invenção de novos meios ou processos, ou a aplicação nova de meios ou processos conhecidos, será também verificada por dois peritos nomeados pela autoridade policial.

Art. 648. Ao apresentar a queixa, instruída com o inquérito, o ofendido poderá requerer a apreensão dos instrumentos e do objeto do crime, se nesse sentido concluírem os peritos.

§ 1º O juiz poderá deferir o pedido, contra o parecer dos peritos, se a impugnação do ofendido ao laudo convencê-lo da existência de fundamento para apreensão.

§ 2º O juiz poderá determinar que a apreensão se efetue antes da citação do réu.

Art. 649 Quando o crime contra a propriedade imaterial for de ação penal pública, a abertura do inquérito policial será feita nos termos dos arts. 237 e 238, observando-se as mesmas normas dos artigos anteriores quanto à apreensão dos instrumentos e do objeto do crime.

Art. 650. Feita ou não a apreensão e citado o réu, o procedimento, tanto na ação penal pública como na ação penal privada, seguirá o rito ordinário.

Parágrafo único. Se o juiz entender que não está provada a legitimidade de querelante, não receberá a queixa, nem ordenará qualquer diligência preliminar.

Art. 651. Na denúncia ou na queixa, o Ministério Público ou o ofendido poderá requerer as providências seguintes:

I — apreensão e destruição de marca violada, no local onde for feita ou onde quer que se encontre, antes de utilizada para fins criminosos;

II — destruição da marca violada nos volumes, produtos ou artigos que a contiverem, ainda que fiquem inutilizados os envoltórios ou os próprios produtos ou artigos.

Parágrafo único. Tratando-se de estabelecimento industrial ou comercial legalmente organizado e em funcionamento, as diligências preliminares se limitarão à perícia e à apreensão, não devendo ser paralisada a atividade do estabelecimento, salvo se de outro modo não se puder realizar a diligência.

Art. 652. No despacho saneador, o juiz, de ofício ou a requerimento do réu, poderá revogar a apreensão decretada preliminarmente.”

7. Busca e apreensão. Conceito. Vantagens

Arma, vimos inicialmente, o art. 123 da Lei 5.988 o autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, do remédio da apreensão dos exemplares reproduzidos ou da suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.

O Código de Processo Civil ao regular, no Livro III, do Processo Cautelar, Seção IV, da busca e apreensão, do Capítulo II, art. 842, determina por sua vez taxativamente:

“§ 3º Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de Justiça, dois (2) peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão.”

O saudoso EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Busca e Apreensão*, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio, Borsoi, vol. 6; s/d, resumindo aliás quanto havia expandido em seu *Código de Processo Penal Brasileiro*, reproduz a fórmula de MANZINI:

“As buscas (perquisizioni) são pesquisas materiais, realizáveis coercitivamente, autorizadas como exceção às garantias normais da liberdade individual e destinadas ao fim de assegurar, ao processo, coisas que possam servir à prova, ou de prender o acusado, ou outra pessoa indiciada em crime ou evadida.”

O quadro é amplíssimo, “e de um modo geral, deve afirmar-se que pode a apreensão incidir sobre toda a sorte de coisas, cuja apreensão, submetidas ou não a prévio exame técnico, possa interessar, de alguma sorte, ao esclarecimento do caso”.

BENTO DE FARIA, *Código de Processo Penal*, 2ª edição, Rio, Record, 1960, destaca a pág. 354 que a busca e apreensão constitui um meio de pesquisar as provas necessárias à instrução criminal, assim concorrendo para demonstração da existência do delito e da descoberta dos seus responsáveis, qualificando-a mesmo como “um meio coercitivo de que pode se utilizar a autoridade pública para permitir à Justiça a segura repressão da prática criminoso.”

A antiga Comissão Real italiana de reforma, já nos anos de 1901-1902 observava, na sua “Relazione”, ao propor, pela primeira vez, esse remédio, que a ação penal é às vezes mais rápida e atinge mais gravemente o culpado, mas exige a prova do dolo do agente. A civil pode ser mais demorada, mas freqüentemente é mais segura, porque a parte interessada pode demonstrar melhor o próprio direito e a culpa do requerido, bastando, para obter a condenação, provar o fato, a violação do direito.

“Mas em geral a maior urgência consiste em recolher, mediante uma rápida ação, as provas do fato e impedir que continue a violação do direito.

Se isto é possível pelas vias penais, mais difícil é a ação na via civil, devido aos escrúpulos que, na falta de uma disposição expressa da lei, têm os magistrados em conceder a média do seqüestro.

Várias vezes tem-se visto juízes, inteligentes e solertes da proteção jurídica, recusar o seqüestro sobre obras constituindo uma contrafação, porque, no seu entender, a lei não fornecia os mesmos meios.

Outros, ao invés, apegam-se às disposições sobre o seqüestro judiciário, pressupondo que se trate de um direito de propriedade em disputa; e uma vez que esta é a opinião por muitos aceita sobre o caráter do direito em litígio, ela ao menos serviu para tornar aplicável uma prudente disposição de lei.

No entanto, de acordo com o sistema que agora prevalece, ou é preciso recorrer à ação penal, perigosa pela

eventualidade de absolutórias, ou invocando a via civil, é preciso deixar que escapem as provas da contrafação e esta continue até o fim do juízo.”

Apresenta a medida — aditam os MAZEAUD — “uma triplíce vantagem: permite ao requerente uma prova fácil da contrafação; evita que o prejuízo se agrave; facilita a execução do julgamento, que, a pedido do autor, determinará a destruição das obras contrafeitas”.

Entre nós é obrigatória até mesmo por força dos grandes compromissos internacionais a que os representantes do Brasil apuseram a sua chancela.

Está na Convenção de Berna, revista em Bruxelas:

“Art. 16. 1. Toda e qualquer obra contrafeita pode ser apreendida pelas autoridades competentes dos países da União onde a obra original tem direito à proteção legal.

2. Nestes países a apreensão pode também efetuar-se sobre as reproduções provenientes de qualquer país onde a obra não seja protegida ou tenha deixado de o ser.

3. A apreensão efetua-se de harmonia com a legislação interna de cada país.”

Muito mais enérgica, a de Washington prevê, não a possibilidade, mas a *obrigatoriedade da medida ex-officio*;

“Art. 13. 1. Todas as publicações ilícitas serão sequestradas, *ex-officio* ou a requerimento do titular do direito a obra, pela autoridade competente do Estado Contratante em que se verificar a infração, ou no qual a obra ilícita tenha sido importada.

2. Toda representação ou execução pública de peças teatrais ou composições musicais em violação dos direitos de autor será a requerimento do seu titular interdita pela autoridade competente do Estado Contratante em que ocorrer a infração.

3. Tais medidas serão tomadas sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis.”

Chega-se, pois, à conclusão de que a medida de busca e apreensão, tem caráter cautelar e satisfatório ao mesmo tempo, levando-se principalmente em conta que muitos dos contrafatores são elementos desqualificados, em geral destituídos de bens com que possam ser responsabilizados civilmente pelas suas ações deletérias.

E alcançará também aqueles que, embora não fabricantes, vendam, ou exponham à venda esses produtos, uma vez que são solida-

riamente responsáveis com o contrafator, nos termos dos arts. 184 § 2º do Código Penal e 124 da Lei 5.988.

Mas a busca e apreensão resolve apenas em parte o problema.

Terão as confecções contrafeitas, seja qual for o seu número, de ser entregues ao autor, por aplicação analógica do art. 122 desta: “perderá para este os exemplares que se apreenderem”.

Só por essa forma: ação de indenização contra os contrafatores abonados; ação criminal, precedida de busca e apreensão, contra os mesmos e contra os não abonados, poderão os criadores prosseguir, tranqüilamente, na tarefa à qual vêm se dedicando há tantos anos.

8. Aplicabilidade tanto no âmbito civil como no criminal

Em monografia que publicamos em 1952, *Direito Autoral de Radiodifusão*, S. Paulo, Limonad, pág. 522 e segs., depois de lembrarmos não haver mais lugar para a dúvida de ser a medida cabível tanto no cível como no crime, uma vez promulgadas as leis processuais penal e civil que a regulamentam respectivamente nos arts. 527 e 676, demonstramos não haver vacilações a respeito em nossa jurisprudência.

Dentre outros acórdãos, destacamos o da C. Primeira Câmara do então Tribunal de Apelação de São Paulo, de 09-11-1931, decidindo, em caso de contrafação de patente, Rev. dos Tribunais, vol. 86/261, com fundamento na lição de CARVALHO DE MENDONÇA, que busca e vistoria são medidas de caráter penal, e representam o mesmo papel que o corpo de delito nos processos criminais comuns; são meios de prova do delito, tendo a apreensão por fim facilitar a adjudicação que deve ser feita na mesma sentença proferida na ação penal.

AFONSO DE CARVALHO, foi relator do ven. acórdão inserto no mesmo repertório, vol. 74/460, que confirmou decisão do então Juiz de Direito LUIZ GONZAGA DE MACEDO VIEIRA, fundamentada em acórdão do Supremo Tribunal Federal, obtemperando que “a busca e apreensão, como medida de caráter criminal, não deixa de caber nos processos criminais, assim como nos cíveis.”

Sob o aspecto civil, dentre os numerosos países cuja legislação prevê expressamente a medida (Áustria, Bélgica, Colômbia, República Dominicana, Finlândia, Japão, México, Mônaco, Rumânia, Suíça, etc.), merece uma referência especial a Itália: Lei nº 633, de 22-04-1941, dedicando uma seção às “Defesas e Sanções Civis” e outra às “Defesas e Sanções Penais”.

Comentando-a encarece E. PIOLA CASELLI, *II Diritto di Autore*, Turim, Utet, 1941, pág. 632, que a ação civil a deve ter, no seu desenvolvimento normal, não somente a finalidade e o efeito, principalmente

repressivos, de reparar e de reintegrar o direito violado, mas, outrossim, as finalidades e os efeitos, principalmente preventivos, de afirmar judiciariamente a existência do direito, de eliminar as turbações e as moléstias, de interromper o curso de uma atividade violadora, de destruir, finalmente, os aparelhos que constituem um perigo próximo de lesão jurídica.

Tem a busca e apreensão aplicabilidade não apenas no âmbito civil, mas também no criminal, em pelo menos quatro das oito hipóteses previstas no art. 240, § 1º do Código de Processo Penal, isto é, para:

- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração;
- h) colher qualquer cimento de convicção.

Em acórdão coligido pela Rev. dos Tribunais, vol 82/56, reconhecendo embora que os direitos autorais gozam de regalias, que se não infringem impunemente, proclamava a C. 4ª Câmara do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que a medida é praticável no civil, “nos precisos termos legais”.

Mesmo no âmbito processual, a finalidade da medida não é apenas de confirmar a existência da contrafação, para o que seriam suficientes dois ou três exemplares, mas, impedir, pela apreensão, que a providência não resulte apenas nominal, como deixam bem claro as expressões finais do § 3º transcrito: peritos aos quais incumbirá *confirmar* a ocorrência da violação antes de ser *efetivada a apreensão*.”

É o que reconhecem os próprios processualistas, como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Processo Cautelar, pág. 279:

“Nos casos de apreensão fundada na Lei de Proteção aos Direitos Autorais (Lei nº 5.988, de 14-12-1973, arts. 122 e 123), o juiz designará para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos, aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação, antes de ser efetivada a apreensão (art. 842, § 3º).

Não há, portanto, necessidade de justificação prévia em juízo.”

O produto fraudulentamente reproduzido, não apenas etiquetas, deverá ser entregue ao prejudicado.

Em nossa aludida monografia, depois de referirmos casos de jurisprudência, a começar pelas decisões pioneira de LAUDO FERREIRA DE CAMARGO de 14-09-1929 (Rev. dos Tribunais, vol. 74/

388) reconhecendo o direito de requerer a apreensão de obra adaptada ilicitamente, e de 12-05-1949, do Juiz IVAN LOPES RIBEIRO, Diário da Justiça da União de 31-05-1949, pág. 4.281, frizamos que, com raras exceções, todos os países prevêm expressamente disposições relativas à busca e apreensão, esmerando-se de modo especial as leis austríaca e suíça.

Nem há o que discutir sobre o cabimento da medida diante do disposto no art. 669 do Código Civil, em pleno vigor, que manda determinar a perda, “em benefício do autor, ou proprietário”, dos “exemplares da reprodução fraudulenta, que se apreenderem”.

O Projeto BARBOSA-CHAVES, que tanta influência exerceu na Lei nº 5.988, era muito mais explícito e compreensivo:

“Art. 155. *Busca e apreensão.* A pedido do titular de direito, poderá ser determinada a busca e apreensão das obras e exemplares em que se materializam reproduções já fabricadas ou em vias de fabricação, como moldes, planchas, litografia, clichês, matrizes, negativos e semelhantes.

Parágrafo único. A apreensão poderá ser requerida em qualquer comarca onde se encontrem, ou forem expostos à venda, obras ou exemplares, objetos e proventos da violação e será, sucessivamente, executada em qualquer outra comarca onde se torne necessária a diligência, mediante simples requisição do juiz que tenha ordenado a primeira, preventa que fica a competência.”

Nem será preciso insistir na matéria, diante da clara manifestação da C. Quinta Câmara do E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado, em acórdão publicado na Rev. citada, vol. 470/369:

“Não se nega que o autor tenha o direito de requerer a apreensão dos exemplares de sua obra reproduzidos fraudulentamente.”

Nessa mesma ordem de idéias decidiu o Tribunal de Alçada Criminal mencionado, por votação unânime, aos 20-03-1975, ap. nº 97.611-SP, rel. Juiz GENTIL LEITE:

“VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. Busca e apreensão preparatória da ação penal. Necessidade de exame pericial. Deixando a violação de direito autoral vestígios (v.g. cassetes, discos, fonógrafos, etc.), há necessidade do exame pericial para o recebimento da queixa ou denúncia, conforme disciplina o art. 525 do Código de Processo Penal. Daí porque deve ser processada a medida preparatória da busca e apreensão requerida.”

Chega-se, pois, à conclusão ser perfeitamente viável a medida de busca e apreensão, com caráter cautelar e satisfatório ao mesmo

tempo, levando-se principalmente em conta que muitos dos contra-fatores, quando não a totalidade, são elementos desqualificados, em geral destituídos de bens com que possam ser responsabilizados civilmente pelas suas ações deletérias.

E alcançará também aqueles que, embora não fabricantes, vendam, ou exponham à venda esses produtos, uma vez que são solidariamente responsáveis com o contrafator, nos termos do § 2º do art. 184 do Código Penal.

Mas a busca e apreensão resolve apenas em parte o problema.

Terão as confecções contrafeitas, seja qual for o seu número, de ser entregues ao autor, por aplicação analógica do art. 122 da Lei nº 5.988: “perderá para este os exemplares que se apreenderem”.

Injustificáveis, portanto, diante de tão claros pronunciamentos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais, quaisquer escrúpulos na concessão da busca e apreensão de objetos que, fabricados ilícitamente, são usados de maneira conscientemente criminosa por quem, na expressão do Código Penal, art. 184, § 2º, “vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda” tais objetos, “produzidos com violação de direito autoral.”

Sem essa providência, como conseguir que seja, por assim dizer, “fotografada”, documentada para todo o sempre a ação delituosa no mesmo instante em que é levada a efeito?

Como ter a certeza de que a perícia poderá processar-se normalmente, evitada a escamoteação dos elementos indispensáveis?

Sem essa ameaça, como conter os agentes de tão fácil e fugaz transgressão?

Sem essa prova, como instruir as ações penais, com os objetos que constituem o corpo de delito, como documentar as ações civis de perdas e danos?

Mais do que útil, mais do que necessária, a busca e apreensão é, no caso, uma medida indispensável, uma vez à sua falta, jamais poderiam os titulares de direito obter o reconhecimento de suas prerrogativas e preparar o caminho para obstar definitivamente a sua violação.

Sem ela, a qualquer momento estarão os violadores da lei sossegadamente a tempo de eliminar todos os vestígios das infrações cometidas, não restando possivelmente ao querelante, humilhado, escarnecido e revoltado, nem o magro consolo de dizer que obteve o reconhecimento de que a razão estava ao seu lado.

Já é tempo, a bem não somente da defesa do direito de autor — o que seria uma razão suficiente —, mas da salvaguarda da nossa memória cultural, do progresso das nossas tradições jurídicas, a bem

do próprio decoro da Justiça, de fazermos funcionar o instrumental de que dispomos de acordo com as necessidades dos dias presentes, o reservarmos para a esfera civil a discussão das controvérsias e das dúvidas que lhe são próprias.

Naqueles casos, todavia, em que pessoas inescrupulosas partem do propósito muito deliberado de lesar, nas eventualidades em que, sem embargo de interpelações, de avisos, de rogos e das imprecuações dos prejudicados, insistem em agravar, — então o verdadeiro, o único, o santo remédio será o processo criminal, na esperança ainda de que não redunde tudo na irrisão da aplicação de uma multa pecuniária pouco expressiva !

Se o Estado — exclamou o M. Juiz de Direito DEOCLECIANO MARTINS DE OLIVEIRA FILHO, em sentença publicada no *Diário da Justiça* da União de 17-04-1952, págs. 3569-3571, num caso de ação ordinária de indenização por gravação não autorizada, em que foi solicitada, no cível, medida preliminar de busca e apreensão — proclama direitos imateriais, literários, artísticos e científicos, não há como deixar de dar-lhes uma proteção adequada.

9. Tanto no direito de autor como na propriedade industrial

Atente-se a que não apenas o Código Penal, complementado pelo Código de Processo Penal, reprime as violações aos direitos do criador intelectual: determinadas violações, principalmente contrafações, alcançam também marcas, desenhos, modelos de utilidade, patentes, usurpação de nome comercial, reprodução indevida de obras artísticas, cópia ou imitação de marca ou símbolo alheio, etc.

Por isso mesmo, o antigo Código de Propriedade Industrial, Decreto-lei nº 7.903, de 27-08-1945, transcreveu os crimes definidos no Código Penal.

O ulterior Código, Decreto-lei nº 254, de 28-02-1967, nada dispôs a respeito. Persistindo a omissão no que se lhe seguiu, Decreto-lei nº 1.005, de 21-10-1969, levantaram-se dúvidas quanto à subsistência das disposições penais e processuais.

A jurisprudência pátria tem no entanto reconhecido a plena vigência daquelas normas:

Crime contra a propriedade imaterial. Inteligência do novo Código da Propriedade Industrial — “O Decreto-lei nº 254, de 28-02-1967, omitiu toda e qualquer disposição penal e processual penal por dever a matéria retornar ao corpo geral do Direito Penal pátrio, conforme estudos em andamento. Enquanto tal não ocorra, não constituindo “disposições em contrário” às normas novas, continua em vigor a parte penal e processual penal do anterior Código (Título IV

do Decreto-lei nº 7.903, de 27-08-1945)” (TA Crim SP, 1ª Câm., ap. crim. nº 3.575-SP; rel. Min. Azevedo Franceschini; j. em 23-05-1968, v.u., RT, vol. 391/315).

Crime contra a propriedade imaterial. Pretendida não configuração do delito em virtude da omissão do Código de Propriedade Industrial relativamente a disposições penais e processuais. “O rotineiro — revogam-se as disposições e leis em contrário — do art. 178 do Decreto-lei nº 254, de 1967, manifestamente não alcança a parte penal do anterior Código de Propriedade Industrial, que subsiste em vigor, sendo que só se se tratasse de disposições secundárias filiadas a disposições principais, o que não ocorre, é que a revogação desta importaria na revogação daquelas” (TA Crim. SP, 1ª Câm., op. crim. nº 5.590-SP; mesmo relator; j. em 10-02-1969, v.u., RT, vol. 402/257).

Confirmou a orientação o atual Código de Propriedade Industrial, instituído pela Lei nº 5.772, de 21-12-1971, cujo art. 128 proclama continuarem em vigor os arts. 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188 e 189 do Decreto-lei nº 7.903, de 27-08-1945.

10. Conseqüências práticas da simplificação

Embora aumentando a responsabilidade e as atribuições dos Delegados de Polícia, outra importante conseqüência da dispensa da formalidade da queixa consiste em evitar a preempção de inúmeras ações penais, decorrente muitas vezes de uma cega obediência a meras questões de praxe, completamente superada pelo dinamismo das relações do nosso tempo.

Na verdade, nos casos em que somente se procede mediante queixa, considera o art. 60 do Código de Processo Penal preempta a ação penal:

“III. quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificável, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular e pedido de condenação nas alegações finais.”

A Jurisprudência não dispensava sua presença nem mesmo nos atos processuais nos quais não tinha qualquer atuação, só podendo ser neles representado por procurador “ad iudicia”, como nas audiências para ouvida de testemunhas, ou na audiência de julgamento:

“Perime a ação, se o querelante, sem motivo justificado, deixa de comparecer à audiência de julgamento do querelado (Rev. dos Tribs., vol. 244/300).”

“Não tendo o querelante comparecido. e nada provando, sequer alegando motivo justo para a ausência, forçoso é reconhecer a preempção da ação penal” (mesma Revista, vol. 386/254).”

Tribunal de Justiça, de S. Paulo repertório citado, vol. 377/90:

“O dispositivo do art. 60, nº III, do Código de Processo Penal é amplo, abrangendo, conseqüentemente, a produção de quaisquer provas, de acusação ou de defesa, ainda que através de precatórias. E a amplitude se explica pelo rigorismo com que deve ser encarada a iniciativa do particular que substitui o Poder Público no exercício do Direito de Punir. A menor desídia de parte do queixoso deve ser levada à conta de desinteresse a acarretar a preempção à ação penal.”

“ .em se tratando de preempção da ação penal, a lei é de aplicação sumamente rigorosa”, pois “ .sendo a preempção da ação penal matéria de interesse e de ordem pública, pode ser apreciada e decretada de ofício” (Trib. de Alçada Criminal, 4º Câmara, Recurso Criminal nº 4.737 - SP):

Levaram esses elementos JOAQUIM ANTONIO D'ANGELO DE CARVALHO, *Os Crimes contra a Propriedade Imaterial e a Presença do Querelante*, P & M, fevereiro de 1972, págs. 16 e 17, a curiosas e pertinentes observações, evidenciando plenamente como aquele processamento estava distanciado da realidade dos nossos dias:

Se o querelante fosse uma pessoa jurídica, como costuma ocorrer em se tratando de violação de patente ou marca, a presença do seu representante legal, credenciado pelo contrato ou pelos estatutos, é indeclinável. Constituindo a pessoa jurídica um advogado para representá-la na queixa crime, o outorgante da mandato, aquele que assina em nome da empresa é que estaria obrigado a comparecer, salvo se pelos atos constitutivos da empresa, pudesse ela ser representada, indiferentemente, por um ou outro gerente, por um ou outro diretor.

O que seria inadmissível é que o mandatário judicial supra, com sua presença, a do representante legal da pessoa jurídica, excetuada a hipótese de o advogado ser o próprio representante legal. Do mesmo modo, se o mandatário judicial se fizesse acompanhar do advogado interno da empresa, sem que este advogado, apesar de nela colocado em posição hierárquica superior, fosse o representante legal dela, não estaria preenchida a exigência do item III do art. 60 ora enfocado.

“Sendo a ação penal movimentada por vários querelantes, todos, indistintamente, terão de comparecer aos atos processuais, não sendo possível a substituição de uns pelos outros.

Do mesmo modo e, a rigor, se o contrato social de uma empresa e, nas limitadas, isso é muito comum, prevê que a representação da sociedade, e o uso da razão ou denominação social será sempre feito por dois sócios, só estará cumprida exigência do item III do art. 60, se ambos os

sócios comparecerem aos atos processuais da ação penal, eis que ambos, em conjunto, é que encarnam a figura do querelante.”

Poder-se-ia argumentar — conclui — que se tratava de um formalismo injustificável, mormente porque o querelante, a não ser na audiência em que é ouvido, ficava inerte em todos os demais atos do processo, no qual atuava apenas seu advogado. Formalismo ou não, o certo era que a disposição da lei era genérica e a expressão “a qualquer ato do processo a que deva estar presente” é ampla, não podia ser entendida como “a qualquer ato do processo para o qual seja convocado”.

11. O direito de autor não dispensa a preciosa colaboração das autoridades policiais

Não cuidou a Lei nº 5.988 sistematizar as diversas providências cautelares que podem ser tomadas em matéria de direito de autor.

Entendeu, provavelmente, que caberia ao Código de Processo Civil esmiuçá-las. Mas este, por sua vez, não poderia, sem prejuízo do todo, entrar nas peculiaridades desse direito específico que, por essa forma, não encontra num corpo orgânico de disposições as bases de uma política prévia tão importante.

Sem embargo, em numerosos dispositivos demonstra não ter merecido a Lei 5.988, tão longa tradição de exigência dessa indispensável ajuda, exigindo no art. 73, § 2º, que ao requerer a aprovação do espetáculo ou da transmissão, o empresário apresente à autoridade policial, observando o disposto na legislação em vigor, “o programa, acompanhado da autorização do autor, intérprete ou executante e do produtor de programas, bem como do recibo de recolhimento em agência bancária ou postal, ou ainda documento equivalente em forma autorizada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, a favor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, de que trata o artigo 115, do valor, dos direitos autorais das obras programadas.”

Ao acrescentar, ainda, no art. 127, que o titular dos direitos patrimoniais de autor ou conexos pode requerer à autoridade policial competente a interdição da representação, execução, transmissão ou retransmissão de obra intelectual, inclusive de fonograma, sem autorização devida, bem como a apreensão, para a garantia de seus direitos, da receita bruta, perdurando a interdição até que o infrator exhiba a autorização.

Finalmente, pelo art. 130, o requerimento do titular dos direitos autorais, a autoridade policial competente, no caso de infração do disposto nos §§ 2º e 3º do artigo 73, determinará a suspensão do espetáculo por vinte e quatro horas, da primeira vez, e por quarenta e oito horas, em cada reincidência.

Mantém-se, assim, fiel a uma tradição de nobre ancianidade.

Circular enviada em 1797 pelo Ministro da Justiça da França, CHARLES JOSEPH MATHIEU LABRECHT aos Prefeitos e forças de polícia, conclamava-os a prestarem sua colaboração à atividades dos autores:

“Cidadãos, o Governo, incumbido de fiscalizar a execução das leis, está informando de que as propriedades literárias são abertamente violadas, que existem associações de homens sem pudor que se apoderam das obras melhores e arrancam a seus proprietários os frutos de vigílias, de suas viagens, dos perigos que enfrentaram e dos capitais que inverteram em empresas dignas da gratidão nacional, que esses espoliadores ousam publicar e auferir lucro desse comércio ímpio, que tendo os autores se queixado aos oficiais da polícia judiciária, estes, seja por indiferença, seja por uma falsa interpretação das leis, recusam prestar seu ministério à requisição dos autores, de seus procuradores, para a apresentação do corpo de delito.

As propriedades literárias seriam, pois, menos sagradas, aos olhos dos magistrados republicanos, do que as outras propriedades? É aos homens de ciências e de cultura, aos autores dramáticos, a todos os escritores que devemos, principalmente, a superioridade da língua francesa em relação a todas as línguas da Europa; são eles que tornam as nações tributárias das nossas artes, dos nossos gostos, do nosso gênio e da nossa glória; é por intermédio deles que os princípios e as normas de uma sábia e generosa liberdade penetram além de nossas fronteiras e da nossa esfera de atividade.”

Direito Penal Ecológico

Paulo José da Costa Junior

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Breve esforço histórico* — 2. *O Direito Ecológico como ramo do Direito Social* — 3. *Aplicação extensiva de Norma Penal* — 4. *Convém incriminar a conduta antiecológica?* — 5. *Onde inserir o crime ecológico?* — 6. *O tipo penal.* — 7. *Dano e perigo.* — 8. *Eximentes.* — 9. *O elemento subjetivo.* — 10. *Sanções.* 11. — *O Código Penal Brasileiro.*

1. Antes do progresso científico e tecnológico, do desenvolvimento demográfico industrial, antes que os hidrocarburentes, anticriptógamos e fertilizantes alterassem a imagem da natureza não se pensou em tutelar a ecologia.

Assim é que todas as legislações a respeito sucederam a revolução industrial. A “water pollution central act”, nos Estados Unidos, é de 1948. “A réparation des eaux et a la lutte contre leur pollution”, em França, é de 1964. Na Alemanha, Rússia e Noruega a legislação ecológica data de 1960. Na Suécia, de 1969 e na Hungria, de 1976.

Somente a velha Inglaterra preocupou-se, há mais de um século, com o problema. Em 1876, elaborou o seu “rivers pollution prevention act”, atualizado posteriormente pela lei de 1951.

Medidas de caráter internacional, ou regional, foram tomadas, principalmente no campo hídrico. A declaração firmada pela ONU, em Estocolmo, em junho de 1976, sobre o meio ambiental humano é decisiva. E o Conselho da Europa, pouco depois, reconheceu o direito do homem de desfrutar de um ambiente são, de respirar um ar puro, de beber água não poluída, de ser protegido contra rumores excessivos e substâncias nocivas, de ter livre acesso ao mar e à montanha.

No campo do direito, a tutela principiou por ser civil. Era o proprietário do fundo do vale que fazia valer os seus direitos, contra o proprietário morro acima que emporcalhava a água, de uso comum. A “actio finium regundorum” dizia respeito ao interesse privatístico, regulando relações de vizinhança, sem que houvesse qualquer dano à coletividade.

Posteriormente, algumas normas, já de caráter social, foram elaboradas, no setor da segurança e higiene no trabalho, ou para regula-

mentar a atividade de indústrias insalubres e perigosas. Mesmo assim, a poluição ambiental ainda não estava em jogo. As normas jurídicas, entretanto, abandonaram o aspecto da mera relação de vizinhança para se revestirem da moldura publicística adequada. Fez-se mister autorização para o funcionamento de determinadas indústrias, bem como foi estabelecido um controle sobre o seu funcionamento.

Finalmente, aos poucos, foi-se estabelecendo uma legislação ecológica, para assegurar o uso equilibrado dos recursos naturais. Para tanto, normas administrativas, por vezes reforçadas pela sanção penal, foram estabelecidas em todo o mundo.

2. O Estado não se preocupava, a princípio, com as necessidades do homem, mas apenas com seus direitos e liberdades fundamentais. Influenciado pelo mito do progresso econômico, o Estado procurava assegurar princípios liberais da tutela integral da propriedade e da ampla liberdade de qualquer iniciativa em qualquer campo. Ora, o direito ecológico era contraditório a tais princípios.

Para que pudesse surgir o direito ecológico, foi necessário que se passasse, dos direitos da pessoa, à defesa da pessoa social. As liberdades individuais foram perdendo seu traço egoístico, para assumirem uma dimensão social. Reconheceram-se limitações aos direitos de propriedade e à livre iniciativa econômica. Surgiu, dessarte, a imagem social do homem. Com ela, o direito penal social, do qual faz parte o direito penal ecológico, já que o homem retira da natureza os meios necessários à sua existência. A ecologia, portanto, constitui um bem social. E a garantia de se usufruir de um meio ambiental puro configura um direito social de todo cidadão.

3. A jurisprudência italiana procedeu a perigosa aplicação extensiva da norma penal, em matéria ecológica. Procurou desse modo suprir a lacuna legislativa.

Exemplifiquemos com o preceito contido no artigo 439 do código penal italiano, que pune “envenenamento de água ou substâncias destinadas à alimentação”. Sustentou-se então que a locução “destinadas à alimentação” se referia apenas à substância. Conseqüentemente, passou-se a punir todo aquele que procedesse a qualquer envenenamento de água, ainda que não destinada à alimentação.

Embora o intérprete deva emprestar à norma a acepção, mais conforme aos reclamos da atualidade, é deveras condenável semelhante analogia, que põe em risco a certeza do direito.

4. Estamos em um momento de esvaziamento da parte especial do código penal, em que a descriminalização constitui a tônica dominante. Além do mais, na maioria dos países de civilização mais avançada, prepondera atualmente o princípio de intervenção mínima do Estado, em matéria penal. Procura-se dessa forma eliminar a tendência, em tempos de antanho predominante, de resolver o relacionamento autoridade-cidadão em favor da primeira.

Por outro lado, o direito penal apresenta-se falido, no que diz respeito à pena de prisão. A moderna tendência é reservar o cárcere para os crimes de maior violência, relegando o maior número de crimes a meros ilícitos administrativos ou civis.

Diante de tais considerações, cumpre indagar: convém incriminar a conduta antiecológica? Entendemos que sim. Os abusos são tais e tamanhos, que se faz mister a “última ratio” da sanção penal. De mais a mais, o direito penal tem criado novas figuras penais, ao tutelar a intimidade, a segurança do trabalho, ao reprimir as fraudes alimentares, ou ao ocupar-se da criminalidade econômica.

Parece fora de dúvida a necessidade imperiosa e imediata da incriminação. Não só pelo empobrecimento dos recursos naturais, como principalmente pela necessidade de melhorar a qualidade de vida e assegurar o direito do cidadão de trabalhar e viver num ambiente puro.

5. Estabelecida a necessidade da incriminação, resta indagar: onde inserir um novo tipo ecológico? Na parte especial do código penal? Ou num direito penal administrativo, secundário ou especial?

A degradação ambiental não pode ser combatida apenas com normas penais. Vale dizer, não basta o instrumental repressivo, fazendo-se igualmente necessária a disciplina administrativa, voltada essencialmente à prevenção.

Assim, a intervenção penal em matéria ecológica assumiria papel acessório, com respeito ao direito administrativo. Na parte penal, restariam tão-somente aquelas violações intoleráveis à esfera pessoal do indivíduo.

Um outro aspecto nos leva ainda a concluir pela inclusão do direito penal ecológico numa legislação especial, fora portanto do código penal. É que, no código penal, está consagrado o princípio da responsabilidade penal de natureza eminentemente pessoal (“societas delinquere non potest”, “singulorum proprium est maleficium”, “peccata suos teneant auctores”). Não só está consagrado o princípio historicamente, como ainda por um aspecto lógico, não se pode responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Com efeito, como endereçar o juízo de reprovação à empresa, que não se apercebe do caráter aflitivo ou reeducativo da pena.

Faz-se mister, entretanto, para reprimir e prevenir a devastação ecológica, que a empresa venha a ser, em casos extremos, penalmente responsabilizada. Mesmo porque muitas vezes é ela quem se beneficia economicamente da atividade ilícita. Nada mais justo, portanto, sempre que o crime ecológico configurar a expressão de uma política econômica da empresa, venha ela a ser atingida pelo direito penal especial.

6. O tipo penal que tutela a ecologia não poderá conter enumeração taxativa da conduta delituosa. O ideal seria que a contivesse,

em nome da certeza do direito. A miopia do legislador, todavia, que não poderá prever todas as manifestações antiecológicas, o constrange a elaborar um tipo penal mais elástico, em que as condutas são enumeradas exemplificativamente.

Também: sempre em favor da certeza do direito, preferível seria que o tipo penal fosse acromático, incolor, desprovido de elementos valorativos. No campo do direito penal ecológico, entretanto, tal se faz inviável. O elemento valorativo muitas vezes se contém, no tipo. Veja-se, à guisa de exemplo, o caso de desfiguração ou alteração das belezas naturais, conceito eminentemente subjetivo.

Por outro lado, os próprios elementos descritivos do tipo contêm certa indeterminação, como os termos degradação e poluição. Isto sem falar nos termos técnicos (v.g., biodegradável), dos quais irá servir-se a lei penal.

Muitas normas penais em branco, complementadas pelo direito administrativo que irá fornecer as regras técnicas, irão compor, necessariamente, o direito penal ecológico, que tem natureza complementar e acessória com relação àquele.

7 Constitui tarefa das mais árduas estabelecer o nexo causal entre a conduta antiecológica e o evento de dano. Como disse Jorge de Figueiredo Corrêa, a prova que deverá ser feita a respeito é verdadeiramente diabólica. Assim, o legislador penal preferiu substituir o evento de dano pelo de perigo, o que equivale a retroceder no momento consumativo do delito, da lesão efetiva para a simples ameaça.

Mais ainda. Via de regra, o legislador penal se contenta com o perigo abstrato ou presumido, afastando do tipo o perigo concreto, em que se verifica a sua existência caso por caso.

Em certas legislações, a impaciência do legislador penal para proteger o que ainda resta da reserva ecológica, fá-lo retroceder ainda mais o momento consumativo do crime. Veja-se, a respeito, a lei italiana de 1971, que reprime até a conduta preparatória: "produzir ou armazenar para o comércio detergentes sintéticos". Reprime-se, pois, a mera conduta, independentemente da verificação do resultado. A doutrina vislumbra, "in casu", os chamados crimes obstáculos, que constituem a fronteira avançada do direito penal.

Adotado pelo tipo penal o perigo meramente abstrato, o juiz não deve valorar nada, além do meio através do qual atua a ameaça. Não se faz portanto necessário o exame da lesão, ou ameaça de lesão ao bem tutelar.

Como se vê, o crime ecológico, em sua essência, é um delito de desobediência. A norma penal não impõe ao agente um comando para impedir o evento lesivo à natureza. Limita-se obrigá-lo a cumprir apenas as prescrições administrativas.

Em resumo: o tipo penal consubstancia a violação de um dever formal de obediência, as normas extrapenais que regulamentam a matéria.

8. O direito penal ecológico não contém causas de justificação especiais. Só aquelas costumeiras, como o exercício regular de um direito (por ex., a descarga autorizada).

Difícilmente o estado de necessidade terá aplicação. Se direito penal é balanceamento de bens e interesses, haverão que preponderar sempre aqueles de natureza social, que não poderão ser jamais sacrificados.

A ação socialmente adequada poderá ser naturalmente invocada como nos casos daqueles que poluem o meio ambiental, em proporção mínima, lançando detritos por ocasião da realização de piqueniques.

Fala-se igualmente do risco consentido, como quando se usam anti-criptógamos na agricultura.

A permissão da autoridade administrativa justifica naturalmente a conduta. Mais até. Se a autorização da autoridade estiver contida no tipo penal, a conduta será considerada atípica pelo aplicador da lei penal, e não justificada. Como se vê, a essência do crime está na desobediência. A autorização faz desaparecer o fato típico.

Acrescente-se finalmente que a jurisprudência italiana chega a examinar a legitimidade de regulamentos administrativos. Parece ela exceder, nesse aspecto, suas atribuições, invadindo inclusive poderes que não lhe parecem pertinentes. O mesmo se diga da Suprema Corte do Japão que condenou, em decisão recente, empresa que poluía o meio ambiente, embora autorizada pelas autoridades administrativas e embora seguisse as prescrições destas, no sentido de reduzir ao mínimo a carga poluidora.

9 Se o tipo penal configurar simplesmente a desobediência aos preceitos administrativos impostos, será supérflua qualquer indagação, por parte do magistrado penal, acerca do elemento subjetivo. Estaremos diante daqueles crimes em que se nota a presença do “*dolus in re ipsa*”, de que falou Franco Bricola, em sua estupenda monografia. A certeza será meramente formal. A vontade delitativa está implícita, diante da realização de determinadas condutas vetadas.

10. As sanções comumente aplicadas são as penas de reclusão e as pecuniárias.

Entretanto, como na matéria se cogita da aplicação do princípio de que “*societas puniri potest*” de outras sanções haverá que se cogitar. Algumas reflexões se fazem necessárias, antes da enumeração. Pode parecer injusto, para alguns sócios que não tenham participado da deliberação societária, a aplicação da pena pecuniária à empresa. Note-se, contudo, que as vantagens econômicas auferidas pela empresa com a descarga poluidora justificam por si mesmas a aplicação da pena, que poderá ser inclusive deduzida do imposto de renda. De mais a

mais, via de regra a conduta faz parte integrante da política empresarial, da qual participam todos os órgãos diretivos.

Na Alemanha, a “*Ordnungswidrigkeiten*” retiram a “*Gelbusse*” da qualidade do ilícito e da gravidade da culpa. A multa diária aplicável (*Tagessätzen*) vai de dois a dez mil marcos. Como o código penal alemão (*St GB*) estabelece que a pena pecuniária não pode superar setecentos e vinte dias, chega-se à conclusão de que a pena máxima aplicável será de setecentos e vinte mil marcos, o que já é uma soma respeitável, mesmo para uma empresa de grande porte.

Faz-se uma crítica ao ordenamento germânico, de que a pena pecuniária do crime ecológico não leva em consideração nem a vantagem auferida pela empresa, nem a sua capacidade patrimonial. A sanção do direito suíço (*Busse*) é fixada segundo as condições econômicas da empresa e não de acordo com o grau da culpa. O ideal seria que todos os critérios fossem combinados: a gravidade da culpa, a qualidade do ilícito, a vantagem econômica obtida e a capacidade patrimonial da empresa.

As legislações penais cogitam ainda de medidas acessórias, como a interdição do estabelecimento. Para esses casos, a lei belga prevê a obrigatoriedade do cumprimento do contrato de trabalho.

Outras legislações, como a alemã, prevêm o confisco de bens (*Verfall*), para reprimir as vantagens econômicas indevidas na empresa. A legislação italiana prevê o confisco dos aparelhos, utensílios e instrumentos empregados na poluição hídrica.

Algumas legislações aplicam a pena pecuniária à empresa, bem como aos dirigentes e funcionários desta que forem responsáveis pelo crime.

Uma outra sanção importante, que algumas legislações adotam, é a obrigação de “*facere*”, estabelecida na sentença, para neutralizar as causas da poluição.

No caso de reincidência, o “*Rivers Pollution Act*” prevê a transformação da pena pecuniária em detentiva, ou no seu sensível agravamento.

11. O velho Código Penal Brasileiro em vigor, de 1940, pune de forma meramente mediata o meio ambiental. Assim, somente quando houver dano efetivo à saúde pública, ao patrimônio, ou quando se verificar o envenenamento, a corrupção ou poluição de água potável é que o direito penal poderá ser acionado. Atualmente, com a atividade altamente meritória da Cetesb, desde que esta prescreva determinadas medidas que não venham a ser executadas pelas empresas, poderão os seus responsáveis responder pelo crime de desobediência.

O código de 69, que não chegou a entrar em vigor, mostrava-se um pouco mais avançado, na repressão aos abusos ecológicos, embora distante das legislações mais modernas a respeito. Estabelecia ele o

combate à poluição atmosférica. E no campo da poluição hídrica, contentava-se com o simples lançamento de poluentes nas águas, potáveis ou não, para o aperfeiçoamento da conduta delitiva.

De todo o exposto se vê que o legislador penal brasileiro precisa cogitar de imediato do assunto. Antes que seja tarde demais. E que providencie com urgência uma lei especial que previna e reprima o crime ecológico, onde a empresa deverá ser necessariamente responsabilizada.

O Estado Federal Brasileiro

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

I. Antecedentes da Federação brasileira

A colonização portuguesa do Brasil imprimiu desde cedo uma estrutura complexa ao país. A organização política estabelecida por Lisboa era, por um lado, relativamente centralizada. Com efeito, havia um Governo Geral da Colônia, chefiado por um Governador-Geral, mais tarde por um Vice-Rei, designado pela Coroa, ao qual se sujeitavam todas as possessões portuguesas na América. Era, por outro lado, relativamente descentralizada, em virtude de ser o território da Colônia partilhado entre Capitânicas, dirigidas ou por aqueles em cujo patrimônio se integravam, tendo sido conferidas pelo Rei a determinada pessoa e seus sucessores (capitânicas hereditárias), ou por delegados da própria Coroa (caso das capitânicas reais, em geral adquiridas ou confiscadas pelo Rei àqueles que as haviam recebido ou seus herdeiros). Nestas capitânicas, os principais núcleos de povoamento, instituídos em Municípios, eram regidos por Câmaras eleitas, que gozavam de autonomia. E, devido às dificuldades de comunicação, essas Câmaras municipais, muita vez, exorbitavam de seus poderes, exercendo efetivamente o “governo”.

Essa era a situação ao ser proclamada a independência brasileira em 1822.

A institucionalização do Estado brasileiro foi então confiada a uma Assembléia Constituinte eleita que se reuniu em 1823. Nesta, a adoção da forma federativa chegou a ser defendida, sob a inspiração do exemplo norte-americano. Entretanto, os partidários de D. Pedro I contra isso lutaram, por temer não só o enfraquecimento do poder do monarca mas também uma eventual dissociação do país que supunham facilitada pela federação.

Dissolvida essa Constituinte antes de concluir sua obra, D. Pedro I outorgou, em 25 de março de 1824, uma Constituição que fazia do Brasil um Estado unitário, conquanto descentralizado. Transformava

as antigas Capitânicas em Províncias, regidas por um Presidente nomeado pelo Governo Central e por uma Assembléia eleita mas de restritos poderes. Respeitava ainda a descentralização em Municípios que continuam dotados de alguma autonomia.

Nas lutas políticas que a isso se seguiram, uma das bandeiras dos descontentes foi a do federalismo. Isto é particularmente claro nos conflitos armados que tumultuaram a Província do Rio Grande do Sul, mormente nos anos 30.

Uma reforma constitucional, que resultou na Emenda Constitucional de 1834 (conhecida como Ato Adicional), sem chegar à Federação, acentuou a descentralização em proveito das Províncias, atendendo parcialmente às reivindicações e dando mais poderes às Províncias. Todavia, em 1840, o alcance dessa reforma foi atenuado por uma lei, a chamada Lei de Interpretação, que, a pretexto de dar a interpretação autêntica da Emenda, sistematicamente fez prevalecer um entendimento restritivo para os poderes conferidos às Províncias.

Persistiu por isso a reivindicação federalista que, ao surgir em meados do século, o movimento republicano foi por este adotada. Assim, por volta de 1880, o Partido Republicano se aproveitava do federalismo para impliar sua esfera de influência, embora, entre os monarquistas, muitos eram adeptos da Federação.

Os principais argumentos com que os federalistas arremetiam contra a estrutura unitária do Estado brasileiro eram: 1. A ineficiência do governo centralizado no Rio de Janeiro; ineficiência essa causada pelo: 2. Desconhecimento das particularidades e peculiaridades locais por parte de pessoas radicadas numa cidade (relativamente) adiantada e culta; desconhecimento esse derivado entre outras razões das: 3. Grandes distâncias a serem percorridas, e conseqüentemente da dificuldade de comunicações, em razão dos meios então utilizados; afora: 4. O anseio por um *self-government* que valorizasse as elites locais; e particularmente: 5. Retivesse a maior parte da arrecadação tributária para aplicação na própria região de origem.

II. A Federação no Estado brasileiro: 1889-1967

Ao triunfar em 15 de novembro de 1889, os republicanos cumpriram a promessa de transformar o Brasil num Estado Federal. Na verdade, a declaração da República e a da Federação se formalizaram num único ato, o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889.

Tem-se nisto um típica manifestação de *federalismo de segregação*. Como se dispunha no art. 2º do Decreto referido:

“As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

E acrescentava o art. 3º:

“Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”.

A) *O federalismo dualista: 1891-1934*

O modelo seguido para a institucionalização do federalismo no Brasil foi o norte-americano. E o norte-americano de 1787. Assim, a Constituição de 1891 estabeleceu um símile bastante aproximado do *dual federalismo*, tomando os Estados, surgidos das antigas Províncias do Império, como o cerne da organização política.

Nessa Constituição, o Estado federal se estruturou consoante o paradigma da separação de poderes e do presidencialismo.

O Poder Executivo cabia ao Presidente da República, eleito pelo voto direto do povo, que o exercia auxiliado por Ministros livremente nomeados por ele.

O Poder Legislativo era bicameral. O Congresso Nacional ao qual era ele atribuído, compreendia a Câmara dos Deputados, destinada à representação do povo, e o Senado Federal, incumbido de representar os Estados-membros. Esta casa, por tanto, ensejada a participação das unidades federadas na orientação do governo nacional. Estava ela em pé de igualdade em relação à Câmara de Deputados no tocante ao processo legislativo. No Senado, todos os Estados tinham igual número de representantes (três), que eram eleitos diretamente pelo povo para um mandato de nove anos. O Distrito Federal também contava com representação nessa Câmara (três senadores também).

O Poder Judiciário era encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual se conferia a delicada tarefa de arbitragem dos conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes.

Os Estados-membros eram autônomos e esta autonomia se estendia bastante longe. Com efeito, eram organizados segundo a Constituição que livremente estabelecessem. O Poder Constituinte dos Estados sofria como única limitação a obrigação de respeitar os “princípios constitucionais da União”. Estes, porém, não eram discriminados, ficando a sua identificação em aberto. Isto deu lugar a uma relativa diversidade na organização dos Estados, sendo de se salientar o caso do Rio Grande do Sul. Neste Estado, prevaleciam entre os republicanos pessoas filiadas ao positivismo de Augusto Comte. Sua Constituição, por isso, adotava uma versão da “ditadura republicana”, que reduzia o papel da Assembléia, praticamente à função orçamentária. Igualmente admitia a reeleição do Presidente do Estado, o que iria ser fonte de conflitos, inclusive armados, em várias oportunidades. Diferia essa Constituição, de muito, da de outros Estados como São

Paulo, Minas Gerais, Bahia onde os republicanos se filiavam à tradição liberal e seguiam o modelo presidencialista, com a separação de poderes.

A Constituição federal, todavia, impunha aos Estados-membros a descentralização em Municípios que deviam contar com autonomia.

No tocante à repartição de competências, ainda se seguia o modelo de Filadélfia. Cabiam aos Estados todas as competências que não fossem, expressa ou implicitamente, conferidas à União.

Em matéria tributária, certos impostos eram atribuídos à União e outros aos Estados, sempre nominativamente referidos. Admitia a Constituição federal que a União e os Estados criassem outros, cumulativamente ou não.

Postas em prática essas instituições, logo se verificaram dificuldades das quais advieram distorções.

A principal e de mais graves conseqüências para a estrutura federativa resultou da disparidade extrema de níveis de desenvolvimento entre os diferentes Estados. Verificou-se, então, claramente o fenômeno que os economistas denominam de “causação circular cumulativa”.

Os Estados já mais ricos, como São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, prosperaram sobre as novas instituições. Sua arrecadação tributária permitia atender convenientemente às necessidades públicas e esse atendimento favorecia maior prosperidade ainda. Os Estados mais pobres, abandonados a si mesmos, não conseguiam atender às necessidade elementares. Foram por isso levados a suplicar socorros da União, que, aliás, por muito tempo, resistiu em concedê-los, regida pelos federalistas que haviam inspirado a Constituição. Isso, por um lado, ampliou as disparidades regionais, por outro, quanto à União deixou de resistir aos apelos dos menos ricos, veio solapar o *dual federalism* e de fato restringir a autonomia de muitos Estados. Neste mesmo sentido atuaram também conflitos estritamente políticos que abriram terreno para repetidas intervenções federais em certos Estados.

Foi especialmente o combate aos efeitos das secas no Nordeste que deu ensejo à ingerência da União nos negócios dos Estados da região, criando praxes que aos poucos se estenderam ao país. Em 1912, criou a União a Inspetoria Federal de Obras contra as Secas do Nordeste, inaugurando assim o primeiro órgão de colaboração entre a União e os Estados. Surgia a cooperação do federalismo brasileiro mas ao mesmo tempo se enfraquecia a autonomia dos Estados.

A primeira Constituição republicana foi reformada em 1926. As emendas nessa ocasião adotadas explicitavam os princípios constitucionais obrigatórios para os Estados. Com isso, foi-lhes imposta uma uniformidade de instituições governamentais. Também essas emendas alargaram a competência da União, mormente para disciplinar o co-

mércio interior e sanear as finanças de Estados que chegassem à insolvência. Todavia, o impacto dessas emendas foi pequeno, pois, em 1930, sobreveio uma Revolução que pôs de lado a Constituição de 1891 e com ela o *dual federalism* no Brasil.

B) *O federalismo cooperativo: a experiência de 1934 a 1967*

A Constituição de 1934 registra a consagração oficial, embora tímida do federalismo cooperativo. Ela, por um lado, amplia a competência da União, tornando-a mormente todo-poderosa no plano da economia. Por outro lado, fortalece os Municípios, cuidando de estabelecer o campo da autonomia que os Estados deveriam reconhecer-lhes. Consagra em várias matérias uma repartição vertical de competência, dando-lhes o cerne à União e deixando aos Estados apenas a legislação supletiva ou complementar. Atribui certos tributos aos Municípios.

Reduz de muito a participação dos Estados no Poder Federal. Com efeito, o Senado Federal é reduzido a uma tarefa de “colaboração” com a Câmara dos Deputados no exercício do Poder Legislativo.

Quanto ao mais, pouco se afasta da Constituição de 1891.

A Lei Magna de 1934 teve curta vigência. Em 1937, um golpe de Estado dado pelo próprio Pres. Vargas resultou na outorga por este de uma nova Carta. Este, que consagrava o autodenominado Estado Novo, mantinha o federalismo. Todavia, essa Carta praticamente não chegou a vigorar, pois suas instituições não foram inteiramente implantadas e os Estados foram governados por interventores federais.

A queda de Vargas em 1945 foi seguida pela instalação da Assembléia Constituinte que editou em 18 de setembro de 1946 a Constituição.

Esta mais claramente do que a de 1934 adotava o federalismo cooperativo, desenvolvendo as linhas nessa Constituição já traçadas. Diferença de relevo, todavia, foi estabelecida quanto ao Senado. Este foi de novo equiparado à Câmara dos Deputados como componente do Congresso Nacional, incumbido do Poder Legislativo. Procurou ela igualmente reduzir as disparidades regionais, atribuindo à União não apenas o combate aos efeitos das secas e outras calamidades mas igualmente a tarefa de valorização da Amazônia.

O Governo Juscelino Kubitschek (1956-1961) marca, sem dúvida, o momento de definitiva implantação do federalismo cooperativo no Brasil, com sua conseqüência (talvez menos desejável) de acentuação da supremacia da União. Esse Governo, no intuito de acelerar o desenvolvimento econômico, mormente a industrialização do país, e no propósito de reduzir as desigualdades regionais, desencadeou um processo de intervenção do Estado Federal na economia. E

deste resultou a hegemonia incontestável da União em face de todos os Estados, mesmo os mais ricos e poderosos.

No plano federativo, o ponto de maior relevo dessa transformação foi a criação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (1959). Esta, a chamada SUDENE, dotada de grandes recursos federais que superavam os orçamentos somados dos Estados do Nordeste, abrangidos na sua esfera de atuação, veio praticamente superpor-se a essas unidades federadas. Não de direito, pois as regras formais do federalismo não foram tocadas, mas, de fato, em matéria de poder. E à implantação dessa entidade se seguiu a de outras, voltadas para diferentes regiões do país, como a SUDAM, Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia, etc. Nisto estava o embrião de um federalismo de regiões, como querem certos estudiosos, conquanto não tenha chegado à sua consagração constitucional.

III. A Federação na Constituição brasileira em vigor

A Constituição vigente resulta da Revolução de 1964, causada, entre outros fatores, pela anarquia econômico-financeira e pelo esquerdismo decorrentes do Governo populista de João Goulart. Foi ela estabelecida em 1967, após um período de reformas administrativas e econômicas e de repressão aos inimigos do novo regime, quando se supunha já normalizada a situação nacional. Renovada e revigorada a contestação ao regime, mormente no ano de 1968, foi rompida a ordem constitucional pelo Ato Institucional nº 5, de dezembro desse ano, para, depois de outro período repressivo, ser outorgada uma Emenda (de nº 1), em outubro de 1969, à Constituição, emenda essa que a reescrevia quase que por inteiro. Em sua plenitude, porém, essa Constituição emendada só passou a vigorar em 1979, depois de revogado o Ato Institucional mencionado e outros que o seguiram.

É mantido na Constituição vigente o federalismo, embora muitos se interroguem se isso não ocorre apenas nominalmente. Com efeito, a Constituição de 1967 já era de cunho centralizador, o que foi acentuado pela Emenda de 1969 e pelas alterações posteriores, bem como pela prática desde então instaurada.

É nítida a hegemonia da União no atual federalismo brasileiro, qualificado de federalismo de integração pelo eminente jurista, Prof. Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça no período 1969-1974.

Para bem compreender a Federação brasileira tal qual ela hoje se apresenta, cumpre lembrar que o Movimento de 1964 entregou o poder às mãos de uma elite tecnocrática de militares e civis. Esta elite moldou uma estrutura autoritária, em que os partidos políticos não têm influência real. Levou a um aprofundamento da intervenção do Estado na economia, pondo nas mãos dele, através de suas descentralizações, os setores básicos e dando-lhe o controle completo das atividades privadas. Isto corresponde a um objetivo político bem

definido: a Segurança (especialmente a estabilidade governamental e a repressão aos revolucionários de esquerda). É a um objetivo econômico-social também definido: o Desenvolvimento (especialmente o aceleração do desenvolvimento econômico, particularmente da industrialização). “Segurança e Desenvolvimento”, é o lema dos governos pós-1964, por influência da afamada Escola Superior de Guerra, que, aliás, vê esses dois objetivos como interdependentes.

Na atual Constituição, o Estado Federal se organiza com base na divisão de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, o Executivo prepondera incontestavelmente sobre o Legislativo, sobretudo porque pode impor-lhe a vontade mesmo em matéria legislativa. Com efeito, pode editar decretos-leis (atos com força de lei somente sujeitos à aprovação, sem emendas, do Legislativo, aprovação essa que pode efetivar-se sem votação, pelo silêncio durante certo prazo), como pode enviar projetos de lei que serão dados como aprovados se não forem rejeitados num prazo determinado (no mínimo de quarenta dias).

O Executivo é confiado, nos moldes tradicionais, ao Presidente da República. Este é eleito por um Colégio Eleitoral, composto pelos membros do Congresso Nacional e por um certo número de representantes das Assembléias Legislativas estaduais (art. 74, v. no anexo).

O Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, constituído pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Cabe a este representar os Estados-membros da Federação que nele têm igual número de representantes (três), eleitos diretamente pelo povo. Partilha esta Câmara com a dos Deputados a função legislativa e conta com atribuições específicas, dentre as quais se deve sublinhar a de aprovar certas nomeações (art. 42, III) e, do ângulo federativo, autorizar empréstimos, operações ou acordos externos dos Estados (art. 42, IV) e fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada dos Estados (art. 42, VI).

O Judiciário tem como cúpula o Supremo Tribunal Federal em cujas atribuições se salientam a da declaração de inconstitucionalidade inclusive de leis estaduais (art. 119, I, “1”) e a de servir de tribunal de conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes (art. 119, I, “f”).

A competência do Judiciário federal compreende, em linhas gerais, as questões em que haja interesse da União, as de matérias trabalhista, eleitoral e militar.

Note-se, porém, que a Constituição brasileira obriga os parlamentares à disciplina de voto, sob pena de perda do mandato, segundo as diretrizes do partido pelo qual se elegeram. É a chamada fidelidade partidária (art. 152, § 5º). Desse modo, os senadores são efetivamente representantes dos partidos que de seus Estados e o mesmo ocorre com os representantes das Assembléias Estaduais no Colégio Eleitoral presidencial.

É extremamente ampla a competência exclusiva da União. Isto se depreende facilmente do fato de que o art. 8º que a enumera compreende dezessete itens, o último deles desdobrado em vinte e uma alínea (art. 8º). Ressaltem-se dentre essas competências, por seu impacto sobre a Federação, as seguintes: “planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais” (item V), “organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações” (item XIII), “estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento” (item XIV), legislar sobre “normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública” (item XVII, “c”), “comércio exterior e interestadual” (XVII, “1”), “diretrizes e bases da educação nacional” (XVII, “q”). É certo que, no tocante a algumas das competências legislativas, a Constituição federal admite legislação estadual supletiva (art. 8º, § único). As competências acima mostram como a União interfere no próprio processo governamental das entidades federadas, como bem se vê em matéria financeira.

A repartição da competência tributária confere à União os fatos geradores mais rendosos. Não é de surpreender que, por isso, a União arrecade mais de cinquenta por cento do total arrecadado no país. Segundo decorre do art. 21, competem à União, entre outros, os impostos sobre importação (item I), exportação (II), renda (IV), produtos industrializados (V), lubrificantes e combustíveis (VIII). É verdade que parte do produto desses tributos é repassado aos Estados e Municípios, por meio de um sistema de quotas de participação (art. 25). Procura-se com isto redistribuir os recursos de acordo com o que Laufenburger denominou de *princípio do filtro*. Transferem-se assim de regiões mais ricas recursos para as regiões mais pobres. Isto, todavia, não ocorre sem que, de fato, os Estados aquinhoados se vejam na dependência do Poder Federal, o que lhes esvazia a autonomia.

Outrossim, a União pode intervir nos Estados, desde que isso seja necessário para a salvaguarda da independência e unidade nacionais (art. 10, I, II), restabelecer a ordem pública e constitucional (III, IV e V), reorganizar as finanças estaduais (V) e impor o respeito a certos princípios de organização, os quais na verdade uniformizam a estrutura governamental dos Estados (VII). Tal intervenção é decretada pelo Presidente da República, dependendo conforme o caso de manifestação do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal (art. 11).

Enfim, note-se, como as Constituições anteriores a atual proíbe seja sequer discutida proposta de Emenda constitucional tendente a abolir a Federação (art. 47, § 2º).

A ampliação do campo do Estado Federal (a União) tem por óbvia consequência a redução da esfera de autonomia dos Estados. Ainda mais que a Constituição brasileira em vigor separa uma esfera de competências privativas para os Municípios (art. 15) bem como lhes reserva determinados tributos (art. 24), afora a sua participação no produto da arrecadação de tributos estaduais (art. 23, § 8º) e federais (art. 25).

Conservam os Estados federados o poder de auto-organização. Entretanto, hoje, esse poder está extremamente restringido pelas normas constitucionais federais. De fato, parcialmente essa organização é prefixada pela Constituição Federal que impõe aos Estados a recepção de suas normas em inúmeras matérias (art. 13, combinado com o art. 200, e art. 144). Assim, os Estados não têm qualquer autonomia quanto à organização da Justiça (art. 144), a eleição de seu Governador e da investidura dos demais ocupantes de cargos eletivos (art. 13, II e § 1º), à forma de elaboração do orçamento, à fiscalização financeira (II), processo legislativo (III), etc. Afora isto, estão adstritos ao respeito de alguns princípios, sob pena de intervenção federal, princípios esses que podem ser adaptados às peculiaridades locais (art. 10, VII).

Há nos Estados os três poderes clássicos.

O Executivo é confiado, no molde presidencialista, a um Governador. Era este eleito até a recente Emenda Constitucional nº 15, de novembro de 1980, por um Colégio Eleitoral composto pelos membros da Assembléia Legislativa e um certo número de delegados eleitos pelas Câmaras dos Municípios. Todos esses delegados forçosamente vinculados a partidos e conseqüentemente obrigados, sob pena de perda do mandato por infidelidade partidária, à disciplina de voto. Doravante a eleição será direta, cabendo ao povo a escolha pelo sistema majoritário em único turno de votação.

O Legislativo é atribuído a uma Assembléia eleita diretamente pelo povo, pelo sistema de representação proporcional dos partidos políticos.

O Judiciário é encabeçado por um Tribunal de Justiça de cujas decisões, todavia, cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal, preenchidos determinados requisitos de admissibilidade. A competência do Judiciário estadual abrange em geral as questões entre particulares. Como já se disse as linhas mestras de sua organização estão fixadas na própria Constituição federal (art. 144). E como se isso não bastasse, os Estados federados estão igualmente obrigados a respeitar as normas traçadas numa lei complementar, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 112, § único).

Conservam os Estados a competência de princípio (art. 13, § 1º). Esta, porém, de fato é pouco extensa em razão do alargamento da competência da União e dos Municípios logo acima mencionada. Contam com tributos próprios (art. 23), mas devem transferir aos Municípios parcela do mais rendoso, o imposto sobre a circulação de mercadorias (art. 23 e § 8º). Recebem, todavia, parcela da arrecadação de tributos federais (art. 25).

Cumprê sublinhar que, menos pelo texto constitucional e mais por sua interpretação a criação de novos Estados, inclusive por divisão dos existentes, a sua fusão dependem apenas e tão-somente de lei complementar. Ou seja, de lei votada por maioria absoluta das duas casas do Congresso Nacional, com a sanção presidencial (ou a superação

de seu veto em deliberação de 2/3 de cada uma das casas). Assim, isto pode ocorrer contra a vontade dos representantes e poderes e povo do Estado atingido, por uma maioria formada de deputados e senadores de outros Estados.

Não se deve ocultar que, na realidade, a centralização do Estado brasileiro é maior ainda do que exprime a imagem traçada na Constituição. Primeiro, porque os Governadores de Estado, salvo exceção, têm sido efetivamente escolhidos pelo Poder federal, cabendo aos Colégios eleitorais estaduais que os elegiam, uma função de mera homologação. E no plano estadual o Poder Executivo preponderará como no federal.

Segundo, porque, salvo exceção, os Estados não contam com recursos para desempenhar adequadamente as suas funções. Por isso, encontram-se na dependência do Executivo federal que pode, ou não, conceder-lhes empréstimos ou auxílios acima de limites autorizados pelo Senado.

IV Perspectivas

O futuro do federalismo no Brasil, à vista do exposto, há de ser encarado com pessimismo. Persiste a fraseologia, invoca-se a tradição federativa, mas a realidade muito se aproxima da que se encontra num Estado unitário descentralizado.

E não há vislumbre de reação federalista. Da elite que está no Poder desde 1964 não é ela de se esperar, sendo como é a autora das atuais instituições. E nem da oposição que, de modo geral, partilha o amor pela centralização, ou pelo menos o entusiasmo pelo desenvolvimento econômico, planejado e estimulado pelo Estado (quer dizer, pela União), a atuação efetiva deste no sentido da redução das desigualdades, o que na prática conduz à centralização.

A Revogação da Sentença no Direito Lusitano *

(Perfil Histórico)

Moacyr Lobo da Costa

Professor Adjunto regente de História do
Processo Romano, Canônico e Lusitano
no Curso de Pós-Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 12.2 *A lição de Mello Freire* — 12.3 *A obra de Pereira e Sousa* — 12.4 *A exposição de Pereira e Sousa* — 12.5 *As Segundas Linhas de Lobão* — 13. *Conseqüências da abolição da Revista de Justiça* — 13.1 *A Reforma Judiciária de 1832. O Recurso de Revista e a ação de nulidade da sentença* — 13.2 *A novíssima reforma de 1841. As modificações quanto às Revistas e ação de nulidade* — 13.3 *Críticas ao novo sistema.*

12.2 — Para implantar a reforma do ensino universitário, segundo os Estatutos de 1772, foram despachados para Coimbra alguns novos professores, entre os quais PASCHOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS, que, na condição de lente substituto, inaugurou a cadeira de Direito Pátrio em 1774 e, tendo sido provido como catedrático em 1781, regeu-a até 1783, quando foi chamado a Lisboa para o desempenho de outra incumbência de ordem legislativa. (cf PAULO MERÊA, “Notas sobre alguns lentes de Direito Pátrio no Período 1772-1804”, em Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. XXXVI, p. 320).

Em cumprimento à determinação dos Estatutos, de que “o Professor será obrigado a formar um Compêndio Elementar da História do Direito Pátrio” (Estatutos, Liv. II, Tit. III cap. IX n° 14), MELLO FREIRE escreveu logo sua “Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularis”, cujo manuscrito original em latim era lido em classe durante as lições, e que só veio à luz em 1788, impresso em Lisboa na Tipografia da Academia das Ciências, o mesmo acontecendo com as “Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati”, a obra máxima do grande jurista, cujos quatro tomos só foram impressos no ano seguinte na mesma Tipografia.

Identificado com o ideário iluminista, MELLO FREIRE, exerceu no campo das letras jurídicas um papel semelhante ao de VERNEY, tendo

* Continuação do Trabalho publicado no volume LXXVI.

sido dos mais sérios o impacto causado por algumas das teorias expostas e defendidas nas “Institutiones”, especialmente com respeito ao Direito Público, o que motivou mais tarde a inclusão do livro no “Index Librorum Prohibitorum”, como informa INOCÊNCIO. (Dicionário Bibliográfico cit. vol. XVII p. 146).

D’ele foi dito, com muita propriedade, ter sido o executor mais autorizado do espírito da Reforma Pombalina no terreno da jurisprudência teórica, e que foi, pode também dizer-se “o próprio VERNEY tornado jurisconsulto, ou a mais alta personificação ele mesmo do século XVIII nos domínios do direito”. (CABRAL DE MONCADA, “O século XVIII na Legislação de Pombal”, em Boletim da Faculdade de Direito, cit. p. 184).

Nas páginas das “Institutiones” encontra-se, em capítulos densos e concentrados, a exposição sistemática mais completa do Direito Lusitano, tanto público quanto privado, redigida em períodos simples e diretos, em estilo acentuadamente didático, com o emprego adequado dos termos e expressões jurídicas, que fez a fortuna dessa obra, tornando-a a mais lida e a mais procurada em suas sucessivas reedições, a que LOBÃO juntou suas “Notas a Mello”, e da qual LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO extraiu, sem originalidade, suas “Instituições de Direito Civil Brasileiro” publicadas em Pernambuco, em 1851, depois de haver sido editada no mesmo Estado, entre os anos de 1834 e 1839, uma tradução dos quatro tomos das “Institutiones”, realizada por partes por três tradutores diferentes, segundo informação de CLOVIS BEVILAQUA (História da Faculdade de Direito do Recife, ed. Liv. Francisco Alves 1927, vol. 2 p. 14 nota 12).

Por muitos e muitos anos o livro de MELLO FREIRE serviu, em Portugal e no Brasil, à formação profissional dos juristas, sendo raro o estudante, advogado ou juiz que o desconhecesse.

No tomo quarto, dedicado à explanação da matéria pertinente às obrigações e às ações (“De obligationibus et Actionibus”) o Título XXIII, “De Appellationibus, supplicationibus, et revisionibus” trata nos parágrafos XXVI a XXIX da revisão das sentenças, que é definida como “remedium juris extraordinarium, quo causa a Principe iterum examinanda, et revidenda petitur, propterea quod iudicatum nullitatis, vel manifestae injustitiae vitio laborat, a qual se chama, por um lado, de Justiça, e por outro de Graça Especial, ou Especialíssima.

Tendo em vista, contudo, a Lei de 3 de novembro de 1768, esclarece o mestre no § XXVII: “Hodie nulla est revisio de *justitia* dicta, nec profecto illius expresso nomine mentionem faciunt antiquae, novaeque leges a nobis superius citatae”.

A Revista de Justiça não mais existe nem é mencionada na nova lei.

Toda Revista é agora de Graça Especial, pela nulidade ou injustiça notória da sentença, a ser requerida perante a Casa da Suplicação, ou então de Graça Especialíssima, pedida diretamente ao rei, nas causas em que a revisão é proibida, como nas criminais, ou quando tiver decorrido o prazo para ser impetrado o recurso.

Prosseguindo na lição, lembra o mestre que a Revista que se chamava de Justiça, tinha por fundamento a nulidade da sentença proveniente da falsidade das provas ou da corrupção do juiz; e, depois de explicar qual o fundamento das atuais Revistas de Graça, Especial e Especialíssima, acentua: “Differebant inter se: quia revisio de *justitia* ob dictas tantum duas nullitatis causas, et sine ulla quidem Palatti Curiae Senatorum informatione concedi solita erat, in eaque novae probationes, et allegationes admittebantur, quae non eodem prorsus modo ita se habent in revisione de *gratia*, vide Valasc Consult LI. Pereir. De Revision. Cap. VII”.

Essa era, com efeito, a característica processual mais relevante da antiga Revista de Justiça, que a distinguia nitidamente da Revista de Graça, como sempre foi acentuado pelos praxistas e comentadores; o permitir a produção de novas provas e novas alegações de fora dos autos, que na Revista de Graça era vedado.

Porque a revisão é verdadeiramente um remédio extraordinário, ensina o mestre que não é de ser pedida subsistindo o ordinário, e mais ainda que não é de ser concedida contra sentença da qual se pode apelar ou suplicar.

No final do § XXVIII, examinando os dois casos exclusivos de revisão por Graça Especialíssima, é posto em destaque, com ênfase, a proibição de se produzir algum documento de novo nos autos das Revistas, que antigamente o Príncipe costumava permitir, e que agora é expressamente proibido, e no caso de ser obtida dispensa, se julgue a mesma como obreptícia, sobreptícia e de nenhum efeito.

A lição de MELLO FREIRE desponta na literatura jurídica lusitana como, cronologicamente a primeira, e axiologicamente a mais autorizada interpretação do sentido da reforma introduzida pela Lei de 3 de novembro de 1768. Lição que será seguida e invocada pelos juristas que vieram a escrever sobre o tema, como o foram sempre os ensinamentos de VALASCO, na memorável “Consultatio” citada por MELLO FREIRE cerca de duzentos anos depois.

12.3 — A exposição mais ordenada e completa do Recurso de Revista aparece no primeiro quartel do século XIX, no pequeno grande livro modestamente intitulado Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, publicado em Lisboa, em 1810, impresso na Tipografia Lacerdina. Os muitos defeitos tipográficos dessa impressão levaram o autor a tirar nova edição, em quatro tomos, o primeiro impresso em 1813, na Oficina de Joaquim Rodrigues de Andrade, o segundo na Imprensa Régia no mesmo ano, os terceiro e quarto na mesma Imprensa Régia no ano de 1814, sem qualquer referência à edição anterior.

Num gesto que pode ser interpretado como de repúdio à Edição Lacerdina de 1810, o autor reeditou em 1819, pela Tipografia Rollandiana, o primeiro tomo com a indicação no frontispício — “Segunda Edição” — tendo sido publicados os outros três tomos com a mesma indicação, em 1820, após sua morte. Igualmente, a nova publicação, pela mesma Tipografia Rollandiana, em 1825, é indicada como sendo “Terceira Edição”.

Com isso a Edição Lacerdina caiu no olvido e seus exemplares tornaram-se verdadeiras raridades bibliográficas.

JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUZA, seu autor, foi, durante muitos anos, advogado junto à Casa da Suplicação, como se declara na página de rosto do livro, o que lhe propiciou o conhecimento pessoal e direto do recurso extraordinário da revista, em razão do privilégio de impetrá-la, consoante a regra introduzida no Regimento dos Desembargadores do Paço, aprovado por D. SEBASTIÃO em 1564, e mantido nas Ordenações Filipinas, Liv. III, Tit. XCV, nº 13.

Homem verdadeiramente culto mas de espírito prático, versado nas letras clássicas e jurídicas sem ser mero erudito, conhecedor profundo e experiente dos problemas do processo civil e criminal que se apresentavam e tinham de ser resolvidos no dia a dia do mais alto Tribunal do reino, cedo sentiu a falta que fazia, para advogados e magistrados, um livro que ordenasse de forma metódica e sistemática toda a doutrina do processo, compendiando os princípios dogmáticos e as regras da praxe, segundo as normas legais e os ensinamentos dos doutores, de modo a fornecer uma visão de conjunto do processo em sua integridade, mas de forma simples e sintética para ser entendido pelo leitor sem esforço de interpretação, como não acontecia com a generalidade dos livros de direito, em regra prolixos e desconexos.

Numa iniciativa pioneira em Portugal, entendera de distinguir o processo criminal do processo civil, muito embora não houvesse nas Ordenações separação entre os dois, que eram regidos pelas normas uniformes do Livro Terceiro, de aplicação indiscriminada a um e outro, salvo quanto às prescrições especiais atinentes à “Ordem do Juízo nos feitos crimes”, do Título CXXIV, do Livro Quinto, em que, entretanto, a propósito de alguns atos e termos do processo é determinado “que se guarde o que Temos dito no Livro Terceiro”, como se lê duas vezes no parágrafo 2, e nos parágrafos 4 e 14; aliás, a determinação é reproduzida em outros Títulos, como por exemplo, no parágrafo 1 do Título CXXVI.

Coligiu ele, então, tudo que dissesse respeito ao processo criminal, textos legais, doutrina e jurisprudência, e, com base nesse farto material, elaborou uma exposição descritiva de todos os atos, termos, fases e incidentes, concatenados segundo a ordem em que procedem e se sucedem no desenvolvimento do processo no juízo criminal.

Redigido com verdadeiro método didático e invulgar clareza, o trabalho foi publicado em 1785, sob o título de Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal, obtendo grande sucesso que o levou a ser reeditado várias vezes em poucos anos.

Pela primeira vez, em Portugal, o processo criminal era objeto de tratamento autônomo, desvinculado do processo civil, e, particularmente do Direito Criminal, de que era considerado apêndice e como tal estudado pelos autores.

Até então as questões do processo criminal eram examinadas juntamente com as do processo civil, mas apenas pelo seu aspecto prático, nas conhecidas obras dos praxistas.

O primeiro praxista a dedicar um livro à prática do processo criminal, exclusivamente, foi MANUEL LOPES FERREIRA, que publicou em 1730-33, sua "Prática Criminal, expendida na forma da Praxe observada neste nosso Reino de Portugal", em 3 tomos, impressos na Oficina Ferreiriana, que saiu em 2ª edição, ampliada e melhorada, em 1741-42, em 3 tomos impressos na Oficina Carlos Esteves Mariz.

Que esta é a primeira obra de prática criminal, di-lo o próprio autor, nas palavras que dirigiu ao "Curioso Leytor": "tantos e tão grandes doutores se empregaram em compor vários Tratados e matérias da nossa jurisprudência, nenhum até o presente se empregou a fazer uma prática criminal. e ainda que a minha insuficiência não fosse capaz de emprego semelhante, com tudo me expuz a compor a que te ofereço", etc.

O livro está longe de poder ser considerado como um compêndio do processo criminal. Mesmo como livro de prática é mínimo seu merecimento.

Dele disse com ironia MELLO FREIRE, que devido ao seu tamanho mais peso do que auxílio prestava aos estudiosos do Direito Criminal, "ast magnitudine sua magis oneri, quam adjumento Juris Criminalis Studiosis esse videtur" ("Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber Singularis", Prefácio).

No Demétrio Moderno, a apreciação do livro é que "não desempenha o prometido no título, por ser confusa, desordenada e sem sistema; todavia, não deixou de ser por muitos anos o ídolo dos nossos forenses". (ANTONIO BARNABÉ DE EDESCANO, Demétrio Moderno, ou o Bibliographo Jurídico Portuguez, Lisboa 1780, p. 170).

Um livro de prática para práticos, nos moldes do mediocre VANGUERVE CABRAL.

O livro de PEREIRA E SOUSA, pode ser considerado como o primeiro, porque a Prática de LOPES FERREIRA não cuida do processo como um todo, mas apenas do exame de questões controvertidas, limitando-se a apontar as soluções adequadas segundo a praxe.

MELLO FREIRE, parco em elogios e pródigo em críticas, no Prefácio das Instituições de Direito Criminal, depois de se referir à Prática, acrescenta: à qual de preferência se recomenda, ao menos por sua brevidade e método, o pequeno livro intitulado Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal, de 1785; “quibus potius ante omnia brevitate saltem sua et methodo commendandus parvus libellus inscriptus Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal, aun. 1785”

Em 1794, nove anos após o aparecimento das Primeiras Linhas, MELLO FREIRE publicou suas “Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber Singularis”.

Um compêndo escrito com a finalidade de sistematizar o Direito Criminal do famigerado Livro Quinto das Ordenações, seguindo a mesma orientação e com a mesma ordem e método das Instituições do Direito Civil.

Tal como o fizera com o processo civil, que reduzido à doutrina das ações é considerado como parte integrante do Direito Civil, cuja exposição sucede à das obrigações, no novo livro MELLO FREIRE engloba Direito Criminal e Juízo Criminal, discorrendo sobre ambos de maneira magistral, se bem que, já agora, inadequada para o processo criminal. Dos 23 Títulos, em que se divide o livro, os onze primeiros tratam dos diferentes crimes e os doze subseqüentes cuidam do Juízo criminal e dos correspondentes atos que nele se praticam.

Sem embargo de seu altíssimo merecimento, não se vislumbra nele a distinção entre direito e processo, nem a exposição deste é feita como de um ramo autônomo da ciência jurídica. A esse respeito é um livro tradicionalista, ao contrário das Primeiras Linhas, com sentido pioneiro e inovador.

Pelo Alvará de 16 de janeiro de 1805, foi incluída no 5^a ano do curso jurídico na Universidade uma cadeira de prática, não obstante o estudo do processo civil continuasse a ser feito na cadeira de Direito Civil, mediante o exame e interpretação dos textos do Livro Terceiro das Ordenações.

O processo era entendido como mero regulamento formal da ordem em que as causas eram tratadas em Juízo, e, para fins didáticos, como apêndice do Direito Civil.

O êxito alcançado pelo livro sobre o processo criminal e o conhecimento da premente necessidade de ser feito o mesmo com relação ao processo civil, devem ter estimulado PEREIRA E SOUSA a escrever as Primeiras Linhas sobre o Processo Civil nos mesmos moldes.

É plausível admitir-se, também, que o autor tenha elaborado a obra com finalidade universitária, mesmo não sendo professor, tendo em vista a reforma introduzida pelo Alvará de 1805.

Por não ter escrito qualquer explicação preliminar, à guisa de Prefácio, Prólogo ou advertência ao leitor, como era usual, nada se

sabe dos motivos determinantes de sua publicação, além do natural desejo do autor de contribuir com seu saber e sua experiência para o melhor conhecimento do assunto.

Nas edições corrigidas a partir de 1819, o livro excede de muito o âmbito de simples compêndio, que o modesto título poderia sugerir.

Na verdade, é um tratado, não pela forma mas pelo conteúdo, por abranger a exposição ordenada e sistemática do processo civil em sua totalidade, sem omissão de qualquer de seus institutos. Um tratado elementar de Direito Processual Civil, o primeiro a merecer essa qualificação na literatura lusitana.

O valimento das Primeiras Linhas para o estudo do processo civil português, pela segurança dos conceitos, concisão e clareza jamais igualados por qualquer outro livro do gênero, perdurou mesmo após a promulgação do Código de Processo Civil de 1876.

Seus ensinamentos só foram ultrapassados quando o processo civil português se modernizou, assimilando as doutrinas da processualística italiana e alemã, por obra de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, já no segundo quartel do século XX.

No Brasil, igualmente, as Primeiras Linhas tiveram larga penetração. Além das edições originais, que eram difundidas nos meios jurídicos, TEIXEIRA DE FREITAS preparou uma edição especial, acomodada ao foro do Brasil, até o ano de 1877, com avultado número de notas de sua autoria, atualizando-a segundo a legislação brasileira e os escritos de nossos juristas, cuja última publicação é de 1906.

O modelo de PEREIRA E SOUSA foi seguido por JOSÉ MARIA FREDERICO DE SOUSA PINTO, em suas Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro, publicadas em 1849, que TEIXEIRA DE FREITAS desconsiderou de maneira deprimente no Prólogo da sua edição.

No livro sobre o processo civil PEREIRA E SOUSA iterou o método adotado no anterior sobre o processo criminal, verdadeira inovação na literatura jurídica, que teve a melhor das acolhidas por parte dos leitores e conquistou a reputação de únicos no gênero para o estudo do processo: a separação física entre a parte expositiva e a fundamental. Em parágrafos curtos, redigidos com extrema concisão e clareza, são formuladas as definições e os conceitos teóricos, e nas notas de rodapé, abundantes e extensas, são indicados os dispositivos legais e os escritos dos autores, que lhes servem de fundamento, com o desenvolvimento do assunto versado no parágrafo.

12.4 — No Tomo segundo, dedicado aos recursos, o último capítulo trata da Revista, nos parágrafos CCCLII a CCCLXXXII, encerrando a mais consumada exposição teórica desse recurso, depois da lição insuperável de VALASCO.

A Revista é definida como o recurso extraordinário que se interpõe das sentenças da maior alçada para o Príncipe.

Divide-se em Revista de Graça Especial e Especialíssima. A primeira se impetra pelo Desembargo do Paço, guardada certa forma e debaixo de certos requisitos legais. A de Graça Especialíssima se impetra imediatamente do Príncipe e é sem limites.

A Revista, por via de regra é proibida, e somente se concede nos casos de nulidade manifesta ou injustiça notória. Por nulidade manifesta deve-se entender, segundo os Tit. 75 e Tit. 95, do Livro III: I. se faltou a primeira citação; II. se a sentença foi dada contra outra, passado em julgado; III. se foi dada por peita; IV se foi dada por falsa prova, não se havendo essa falsidade alegado nos autos, ou havendo-se alegado, mas não se havendo dado provas a esse respeito; V. se sendo muitos os Juizes não tiveram todos voto; VI. se foi dada por Juiz incompetente; VII. se foi dada contra direito expresso. Este direito expresso é o das Leis Pátrias do Reino, e não o das Leis Romanas ou outro direito subsidiário. É preciso porém que a sentença para ser objeto da Revista seja diretamente proferida contra as Leis, e não somente contra o direito da parte.

Não tem lugar a Revista: I. quando a causa cabe na alçada; II. a respeito das sentenças proferidas nos Tribunais Supremos; III. a respeito das sentenças proferidas em causas possessórias; IV. nas criminaes; V. quando ainda resta algum remédio ordinário; VI. nas causas de suspeição; VII. sendo a primeira vez denegada.

Quanto à regra da proibição em causas criminaes, a nota 713 esclarece: exceto, I. quando com a pena criminal se julga a pena secundária, ou alguma outra civil, porque quanto a esta pode conceder-se Revista excedendo ela a taxa da Lei; II. por Graça Especialíssima.

Difere a Revista do Agravo Ordinário e da Apelação: I. em que ela é um remédio extraordinário; II. exige depósito; III. não suspende a execução da sentença; IV requer maior número de votos; V é diverso o modo da sua expedição.

Os requisitos da Revista são: I, que se peça por escrito; II. que na petição se contenham as causas do gravame; III. que se interponha dentro de dez dias em competente audiência; IV que se apresente a petição de Revista no Tribunal respectivo dentro de dois meses; V. que seja assinada por Advogado da Casa de Suplicação; VI. que se caucione com certa soma de dinheiro; VII. que se lhe não ajuntem novos documentos, nem se façam novas provas.

Podem interpor a Revista: I. as partes que litigaram no processo; II. os herdeiros da parte agravada; III. os testamenteiros universais, não assim um terceiro.

Só pode conceder a Revista o Príncipe, o qual tem delegado esse poder ao Tribunal do desembargo do Paço.

Não se revê o feito sem preceder Alvará, expedido pelo dito Tribunal e assinado pelo Real punho.

Somente podem ser revistas: I. as sentenças definitivas; II. as sentenças das Relações proferidas por Acórdãos, não as dos Tribunais Supremos.

O número dos Juizes da Revista deve sempre dobrar o daqueles que o foram na última instância.

Quanto ao procedimento do recurso são traçadas as seguintes regras:

Oferecida a petição no Tribunal respectivo e distribuída a um dos Ministros, o qual por seu despacho manda a parte responder dentro de quinze dias.

Feita a citação, com ou sem resposta da parte, tornam os autos ao Ministro, que dá o seu voto e os passa depois ao que lhe é imediato.

Se os dois Ministros discordam nos seus votos, o feito vai ao terceiro que desempata, concordando com um ou com o outro.

Concordando dois Ministros na denegação é logo escusado o requerimento. Se porém concordam na concessão, o Tribunal nomeia dois Desembargadores da Relação para informarem, e estes deliberam por tenções escritas se o caso é ou não de Revista. Se discordam nomeia o mesmo Tribunal um terceiro, que desempata.

Se os dois Desembargadores da Casa da Suplicação deliberam que o caso não é de Revista, ela se denega apesar dos dois votos permisivos dos Desembargadores do Paço. Se porém deliberam que é caso de Revista se manda passar Alvará para se rever o feito.

Na nota 744 o esclarecimento que o Alvará é assinado pelo Régio punho e se dirige ao Regedor da Justiça para fazer rever o feito, nomeando os Juizes para esse fim. O Alvará deve transitar pela Chancelaria - Mór do Reino, onde pode ser embargado, Ord. L. 1, Tít. 2 § 2º e Tít. 30 § 1º, L. 2 Tít. 39.

Em cumprimento ao Alvará o Regedor nomeia os Ministros para a revisão, sendo um como relator.

O relator manda dar vista às partes, primeiro ao recorrente e em seguida ao recorrido.

No caso de ser interposto agravo do relator, será julgado não pelos Desembargadores dos Agravos, mas pelos Juizes nomeados para a revisão.

Com as alegações das partes o feito é concluso ao relator, que o examina e passa para o outro Juiz segundo a ordem da nomeação, e assim para os demais, pondo cada um o sinal de ter visto os autos. Em seguida assina-se dia para o julgamento.

Nesse dia o relator expõe o assunto em Relação, na presença de todos os Juizes nomeados, e se escreve a sentença segundo o voto da maioria, devendo assiná-la todos os Juizes, ainda os que deram voto contrário.

A respeito dos efeitos da sentença, a regra é fazer-se logo na mesma sentença da Revista a condenação do recorrente no perdimento da caução, quando a revisão é julgada improcedente e confirmada a sentença recorrida, ou mandar-se restituí-la quando a sentença recorrida é revogada.

A sentença da Revista admite Embargos na Chancelaria e segundos Embargos no caso de restituição, de acordo com o estatuido no Alvará de 6 de dezembro de 1813, que revogou um antigo assento da Casa da Suplicação em sentido oposto.

A Revista não suspende a execução das sentenças, nem produz litispendência, senão depois que a causa é cometida aos Desembargadores da Relação para se rever o feito e a parte é citada para arrazoar.

Não se provê na Revista senão o recorrente.

A condenação dos frutos feita na sentença da Revista não se estende aos frutos percebidos durante a causa da mesma Revista.

O vencedor na Revista recobra a importância da Dizima ou da parte vencida, se a Fazenda Real já a tiver embolsado, ou do Recebedor se a parte vencida não tiver bens.

A última norma exposta por PEREIRA E SOUSA, no final da dissertação, tem muito mais a natureza de preceito de direito público constitucional, como prerrogativa de quem vive como súdito de um soberano, embora na época de pleno absolutismo ainda não se cogitasse de direito constitucional em Portugal, do que, verdadeiramente de uma norma de processo. Reza o § CCLXXXII:

A Revista de Graça Especialíssima, bem como qualquer outra queixa imediata ao Príncipe, é um recurso que sempre está patente, e livre a todo o Vassalo.

E na correspondente nota 758, desenvolve o tema com as seguintes considerações:

Esta Revista não está sujeita a norma alguma particular, e pende em tudo do Real arbítrio. Regularmente o Príncipe, nestes recursos extraordinários e imediatos, manda informar algum Ministro com audiência da parte. Umaz vezes decide o Príncipe o caso por si mesmo, e a decisão baixa por Decreto ou aviso expedido pela mesma Secretaria de Estado: outras vezes nomeia Juizes que decidam, outras vezes finalmente manda consultar o Tribunal competente; e no caso de se conformar com a consulta, sendo esta a favor do recorrente,

pelo mesmo Tribunal se expede Provisão em que se declara, que a Ordem é de especial resolução Régia.

Com essa explicação do mecanismo da Revista de Graça Especialíssima, o eminente processualista, dos maiores que Portugal conheceu em todos os tempos, encerra o capítulo que trata da Revista.

Não obstante as modificações introduzidas pelas leis posteriores, alterando significativamente a natureza do recurso de Revista e particularmente o seu processo, o discurso de PEREIRA E SOUSA perdurou na doutrina como um corpo de princípios teóricos, que foram invocados pelos processualistas ao examinarem o recurso à luz da nova legislação.

12.5 — Em 1817 apareceram em Lisboa, impressos pela Imprensa Régia, os dois tomos da obra intitulada “Segundas Linhas sobre o Processo Civil, ou antes Adições às Primeiras, do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa”, de autoria de MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, o conhecido advogado de Lobão.

É flagrante a diversidade entre as Primeiras e as Segundas Linhas, a revelar a diferença entre um jurista culto e um advogado referto de erudição.

Enquanto naquelas o processualista se esmerou por apresentar uma exposição sistemática do processo civil em sua totalidade, descrevendo os institutos com rigorosa precisão, numa linguagem simples de invulgar clareza, com raras porém oportunas citações de autoridades, o que torna o livro de agradável e fácil leitura, nestas dá-se exatamente o contrário, pela falta de método e de sistema, servindo, algumas vezes, não para completar e esclarecer o sentido das Notas de PEREIRA E SOUSA, como se propôs, mas para torná-las confusas em razão de sua maneira desordenada de argumentar, de citar autores, com e sem propósito, e particularmente de seu estilo, ou falta de estilo.

Se é certo que lendo apenas as Primeiras Linhas qualquer estudante chegaria a ter um conhecimento preciso e seguro do processo civil, é duvidoso que lendo tão somente as Segundas pudesse chegar ao mesmo resultado.

Ainda que escrito para atender aos reclamos dos principiantes, como declarado no Prefácio, na verdade o livro do “letrado d’Aldêa” só foi útil aos advogados. O tom polêmico da exposição é de advogado a discutir questões e sustentar pontos de vista, e não do jurista dissertando sobre temas de direito processual.

As inúmeras dúvidas e controvérsias suscitadas ao longo desses dois volumes, acompanhadas das soluções preconizadas pelo homem de Lobão, serviram muito mais para abastecer o arsenal dos militantes, para as disputas do fôro, do que contribuíram para o entendimento doutrinário do Direito Processual Civil em Portugal, como as Primeiras Linhas.

Ao tratar da Revista, no tomo segundo, ALMEIDA E SOUSA pôs de lado as observações que vinha fazendo às Notas das Primeiras Linhas, para encetar, de maneira desordenada e prolixa, uma série de comentários aos dispositivos da Lei de 3 de novembro de 1768.

Malgrado a forma desconexa, o mérito desses comentários, a par de sua condição de únicos sobre o assunto, reside no equacionamento de alguns problemas, como por exemplo o seguinte: — o § 3º da Lei determina que, por direito expresso, para se apurar se a sentença é notoriamente injusta, por ter sido proferida contra ele, deve-se entender “o Direito Pátrio dos meus Reinos, e não as Leis Imperiaes, ou Direito Civil”; ora, observa o comentarista, depois dessa Lei, o mesmo legislador D. JOSÉ esclareceu não só na Lei de 18 de agosto de 1769, como nos Estatutos da Universidade, que o Direito Romano devia ser observado e aplicado como subsidiário das Leis Pátrias, quando estas fossem omissas, estando pois em colisão com o disposto na Lei de 1768. Se, por omissão das Leis Pátrias, o caso for julgado contra alguma Lei Romana, clara, justa e qualificada tal na forma dos Estatutos, será fundamento para se suplicar Revista contra a sentença, como proferida contra *direito expresso*?

Tendo formulado a questão, o comentarista lembra que, se atendemos à última legislação, ou como *derrogatória* ou como *declaratória* da Lei antecedente, a Revista deverá ser concedida, porque é o mesmo proferir-se a sentença contra Lei Pátria, que contra Lei Romana autorizada como subsidiária no caso de omissão. Se, porém, considerarmos odiosas as Revistas, a Lei de 1768, especial, ainda que anterior, é de ser considerada uma limitação das leis gerais posteriores, e a Revista não deve ser concedida. Acrescenta, então, que esta última interpretação é privativa dos Senhores Desembargadores do Paço, “bem que cá de longe e do cantinho da minha Aldeia tenho observado, que as Revistas se concedem, quando nos casos omissos nas Leis Pátrias, as Sentenças de que se pedem, são notoriamente injustas, e proferidas contra as Leis Romanas, qualificadas justas, e recebidas nesses Artigos pelo uso das Nações, ou Legislações destas, etc.” (Segundas Linhas, Lisboa 1817, Parte II. p.147, 148).

É curioso que, depois de ter advertido logo no começo de sua dissertação que “Devemos prescindir do quanto sobre a índole das nossas Revistas discorrerão Pereira *de Revision*, Silva à Ord. L. 3 T. 95, com os mais Reinícolas, à face do que nos declararão a Lei de 3 novembro de 1768 e alvará de 6 de janeiro de 1813”, nos subsequentes comentários à mesma Lei, a autoridade de PEREIRA, em seu clássico “De Revisionibus”, continue sendo citada, seguidamente, por LOBÃO.

Como quer que seja, a leitura desses comentários é necessária para uma visão da problemática gerada pela Lei de 3 de novembro de 1768.

13 — A mais séria consequência da abolição da Revista de Justiça, pela Lei de 3 de novembro de 1768, foi a de que a sentença proferida com fundamento em falsa prova, testemunhal ou documental, ou que fosse fruto do suborno do Juiz, só poderia ser revogada pela via ordinária, “per viam nullitatis”, pois não podia mais ser objeto de revisão.

A concorrência dos dois remédios, previstos nas Ordenações e que fora oportunamente ressaltada por VALASCO, desapareceu só subsistindo o meio ordinário, que, em substância, era a antiga “querela nullitatis” do direito intermédio, herdada da Lei das Sete Partidas, como resultou demonstrado em trabalho anterior (A Revogação da Sentença na Península Ibérica, S.P. 1979, p. 91 etc.).

A Revista de Justiça, que se propunha perante o Desembargo do Paço, era processada em autos apartados, comportando libelo, contestação, réplica e tréplica, produção de provas e alegações de fato e de direito, tendo a natureza de recurso sob a forma de ação ordinária com a finalidade de promover a revisão da sentença impugnada, e, para a “querela nullitatis”, destinada a anular a sentença em idêntica situação e pelos mesmos motivos, o processo adotado pela praxe era formalmente o mesmo da Revista de Justiça, embora sem previsão legal específica.

Não se encontrando nas Ordenações, nem os autores fornecendo qualquer indicação no sentido de qual dos dois remédios o interessado deveria escolher, e em que hipóteses, é admissível que a reforma Pombalina tenha tido por objetivo acabar com essa situação de perplexidade, apontada por VALASCO, a par da manifesta determinação de reduzir a revisão das sentenças à condição de remédio extraordinário dependente da Graça do Rei.

13.1 — O sistema criado pela Lei de 1768, entretanto, esteve em vigor até o advento da Reforma Judiciária, de 1832, promovida por D. PEDRO, Duque de Bragança, pelo Decreto nº 24 de 16 de Maio de 1832.

Muitas foram as modificações que a legislação revolucionária, promulgada sob a responsabilidade direta e pessoal do Ministro da Justiça de D. PEDRO, introduziu no arcaico regime estabelecido e vigente para a divisão e funcionamento dos organismos incumbidos de distribuir justiça.

Visando desemperrar e agilizar a máquina judiciária, o grande estadista liberal MOUZINHO DA SILVEIRA promoveu uma profunda reforma, reorganizando e redistribuindo os órgãos e autoridades judiciárias de primeira instância, por círculos judiciais, comarcas, julgados e freguesias, e os de segunda instância em Tribunais, criando o Supremo Tribunal de Justiça, com sede em Lisboa, como órgão de cúpula com atribuições específicas, entre as quais a de conhecer e julgar o recurso de revista, nos casos estabelecidos nas leis.

Consoante o disposto no artigo 243, do Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832, que instituiu a Reforma Judiciária, proferida a sentença no Tribunal de segunda instância, as partes interessadas, e o Procurador Régio nos casos permitidos em lei, poderão interpor o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, devendo guardar-se, na interposição e apresentação, os mesmos termos e prazos estabelecidos para a apelação. No artigo 244 é remetida para o regimento do Tribunal a determinação dos casos em que o mesmo toma conhecimento do feito, para conceder ou negar a revista, *in verbis*: “Os casos, em que o Supremo Tribunal de Justiça toma conhecimento do feito, para conceder ou negar a revista, serão determinados no regimento do mesmo Tribunal.”

Todavia, antecipando-se ao regimento, o legislador baixou, três dias depois, o Decreto de 19 de maio, destinado a fixar definitivamente as atribuições e ordem do serviço do Supremo Tribunal de Justiça criado pelo Decreto de 16 do mesmo mês, como se declara no respectivo preâmbulo.

O capítulo I, do referido Decreto, trata da competência do Tribunal, e seu artigo 1º dispõe: Compete ao Supremo Tribunal de Justiça:

Primeiro .

Segundo . .

Terceiro: “Conhecer, ou negar Revistas nas causas Cíveis, e Criminaes, declarando nullos os processos, em que houver nullidade constante dos próprios autos, não tendo sido objeto de discussão nos juizes competentes”.

§ 1º: “Há nullidade todas as vezes que se commetter contravenção directa às Leis do Reino em vigor, ou seja, primeiro: preterindo-se alguma das formalidades, que ellas estabelecerem, sob pena de nullidade; ou segundo: não se conformando na applicação das mesmas com a sua litteral disposição”.

Inspirada no ideário do liberalismo, a reforma aboliu as figuras da Revista de Graça Especial e de Graça Especialissima, criações do absolutismo monárquico que tinham mais a natureza de beneficios a serem concedidos pela munificência do Príncipe, do que de recursos jurídicos colocados à disposição dos litigantes.

Em seu lugar foi estruturado, como meio de impugnação da sentença eivada de nulidade, um recurso próprio dirigido ao Tribunal competente, sem qualquer dependência do poder real.

A Revista nos casos crimes deixou de ser um favor, de Graça Especialissima, para tornar-se um recurso jurídico como nos casos cíveis.

Para afastar o arbítrio na caracterização da nulidade, o diploma legal conceituou-a como contravenção direta às Leis do Reino, em vigor, seja pela preterição de alguma das formalidades estabelecidas sob pena de nulidade, seja pela aplicação das mesmas em desconformidade com sua literal disposição.

O artigo 2º dispõe que só pode interpor-se o Recurso de Revista, primeiro: das sentenças definitivas proferidas em Segunda Instância; segundo: das sentenças proferidas pelos Juizes árbitros, nos casos em que as partes são obrigadas por Lei a recorrer a eles.

O artigo 3º estabelece que os processos cíveis serão decididos pela Seção Civil do Tribunal e os processos crimes pela Seção Criminal.

No artigo 4º e seus parágrafos são estabelecidas algumas importantes regras atinentes ao processo e julgamento das Revistas.

Art. 4º “A decisão de cada uma das Secções sobre os Processos, que lhe forem submetidos, não poderá ser embargada, nem della haverá recurso algum, ou as ditas Secções concedam, ou neguem a Revista pedida”.

§ 1º “No caso de concessão não poderá qualquer das ditas Secções reter o Processo, e decidir a questão principal; mas deverá este ser remittido ao Tribunal, ou Juízo designado pela mesma Secção segundo as disposições seguintes”:

Quanto aos Processos Cíveis:

§ 2º “Se a nulidade provier de se ter omittido alguma solemnidade substancial do Processo até á Sentença de primeira Instancia, o dito Processo será declarado nullo, e remettido a outro Juizo de primeira Instancia differente do primeiro, para se proceder a nova instrucção, novos debates, e nova decisão; mas se a nullidade occorrer depois da Sentença da primeira Instancia, será declarada nulla aquella parte sómente do Processo, que fôr posterior á nullidade; e sustentando-se a decisão da primeira Instancia, o Processo baixará a outro Juizo de primeira, ou segunda Instancia, segundo a nullidade tiver occorrido n’um, ou n’outro; porém sempre differentes do primeiro, para se reparar a referida nullidade, e seguirem-se d’ahi os termos ultteriores”.

§ 3º “Se a nullidade vier da falta de conformidade com a disposição litteral da Lei, declarada nulla a decisão de direito, baixará o Processo a outro Juizo de primeira, ou segunda Instancia, segundo a nullidade tiver occorrido n’um, ou n’outro, mas sempre differentes do primeiro, a fim de se dar execução á Lei”.

Quanto aos Processos Crimes:

§ 4º Quando a nulidade provier de se ter preterido alguma solemnidade substancial do Processo antes da ratificação da pronuncia, o Processo será annullado em todo, e remettido a outro Juizo de ins-

trucção, para ahi se preparar legalmente, e seguir os termos ulte-
riores perante o Juiz de Direito de primeira Instancia, e o Tribunal
de segunda Instancia superiores ao referido Juizo de instrucção. Se a
nullidade acontecer depois da ratificação da pronuncia até á decisão
do Juizo de primeira Instancia, será declarada nulla essa parte do
Processo sómente, e será este remetido a outro Juizo de primeira
Instancia differente do primeiro, para ser novamente processado”.

§ 5º “Quando a nulidade ocorrer depois da Sentença de primeira
Instancia, ou quando provier da falta de conformidade com o texto
da Lei, se observará o que fica disposto na segunda parte do § 2º
e no § 3º.

§ 6º “Segunda Revista sobre o mesmo caso nunca será concedida”.

A regra estabelecida no parágrafo segundo é tipicamente do pro-
cesso romano da “*restitutio in integrum*”: declarada a nulidade pelo
Supremo Tribunal (*iudicium rescindens*), o processo era remetido a
outro Juizo ou Tribunal, diferente daquele que proferiu a decisão
rescindida, para se proceder a nova instrucção e julgamento do feito
(*iudicium rescissorium*).

O sistema de atribuir ao Supremo Tribunal a competência para
conceder ou negar Revistas nas causas e pela maneira que a lei deter-
minar, e de atribuir aos Tribunais de segunda instância a compe-
tência para o julgamento do mérito desses recursos, uma vez concedida
a Revista, não constitui originalidade da reforma judiciária portuguesa,
mas é simples reprodução do sistema introduzido no Brasil pela Carta
Constitucional do Império, outorgada por D. PEDRO em 25 de março
de 1824, artigo 164, 1º, e pela Lei de 18 de setembro de 1828, que
criou o Supremo Tribunal de Justiça e declarou suas atribuições.
(cf. Moacyr Lobo da Costa, Breve notícia histórica do Direito Proces-
sual Civil Brasileiro e de sua Literatura, São Paulo 1970, p. 2 a 4).

É verdade que o sistema havia sido esboçado na Constituição por-
tuguesa de 23 de setembro de 1822 (art. 191 e 192) de efêmera vigên-
cia, o qual não chegou a funcionar pois o Supremo Tribunal de Jus-
tiça só foi efetivamente criado pelo Decreto nº 24, de 16 de maio
de 1832.

Como os diplomas legais brasileiros e portugueses provinham da
autoridade em que se encontrava investida a mesma pessoa, o príncipe
D. PEDRO, é irrefutável que ele trasladou para o reino, que regia em
nome de sua filha, o sistema que havia introduzido anos antes no
império por ele mesmo fundado.

Invertendo os papéis, agora era a antiga colônia que exportava
para a ex-metrópole fórmulas e princípios jurídicos!

No artigo 5º do Decreto de 19 de maio, encontra-se uma disposição
de profundo significado e ampla repercussão: “A acção de nullidade
ficará competindo somente nos casos em que se verificar suborno,

peita, peculato, ou concussão nos Juizes, ou nos Jurados, se estes não tiverem sido criminalmente julgados antes de proferida Sentença na última Instância; porque nesse caso se usará do Recurso de Revista”.

O texto revela a permanência da antiga “querela nullitatis”, sob a forma de ação de nulidade, nos casos de suborno, peita etc. de Juizes, ou Jurados, quando estes não tiverem sido criminalmente julgados antes de ser proferida sentença na última instância, ao lado do Recurso de Revista a ser interposto, quando aqueles motivos de nulidade da sentença tiverem de ser julgados depois do Tribunal de última instância ter proferido sua decisão no feito.

Contra a nulidade da sentença decorrente do suborno do Juiz, ou Jurados, a reforma de 1832 restabeleceu os dois remédios concorrentes, a ação de nulidade e o Recurso de Revista, mas estabeleceu como critério discriminativo para o cabimento de um ou do outro, ter ou não havido decisão definitiva do Tribunal de última instância.

Dir-se-ia haver o legislador optado pela primitiva solução aventada para o problema por VALASCO, mas por ele própria reformulada, por parecer-lhe inadequada. (cf. VALASCI, Consultatio LI, octavus quesitum, ver supra nº 4, p. 58).

A despeito do critério discriminativo prescrito na lei, não seria despendiosa a advertência feita por VALASCO a seu consulente: “Haec in proposito memoro, ut tu interim meliora cogites”.

13.2 — No afã de aprimorar a organização judiciária e facilitar o andamento dos processos para melhor realização da Justiça, segundo os dictames do liberalismo que então inspirava a atividade do Governo, foi decretada em 21 de maio de 1841 uma nova reforma judicial, que se tornou conhecida como a “novíssima”.

Era a terceira, a partir de 1832.

Com respeito ao Recurso de Revista é mantido o sistema introduzido pela reforma de 1832, com a competência do Supremo Tribunal de Justiça para conceder ou negar a Revista nos casos e pelo modo estabelecido nas leis, e, concedida ela, designar o juízo ou tribunal em que há de ser novamente julgado o feito (Novis. Ref. Jud. art. 20, 1º).

As Relações julgarão em segunda e última instância pelo modo estabelecido no Decreto, as Revistas concedidas pela Supremo Tribunal (art. 42, 2º).

O Supremo Tribunal, dividido em duas secções, conhece e julga os Recursos de Revista em feitos cíveis, crimes e da fazenda nacional (arts. 793, § 2º e 796, § único).

Vencendo-se a concessão da Revista por haver nulidade e contração às leis do reino, preterindo-se alguma das formalidades substanciais ou daquelas que as leis estabelecem sob pena de nulidade, ou não se conformando a aplicação das leis com a sua literal dispo-

sição, terá lugar a designação do juízo aonde o efeito deve ser reme-
tido, para no caso de faltar alguma daquelas solenidades se instaurar
de novo o processo, ou aquela parte que for declarada nula, e se
seguirem os termos ulteriores, e no caso de falta de conformidade com
a lei, se lhe dar execução e se seguirem os referidos termos. (art. 815)

O juízo a que o feito for remetido será sempre diverso do pri-
meiro e da primeira ou segunda instância, segundo numa ou n'outra
tiver ocorrido a nulidade ou a violação da lei. (parágrafo único do
art. 815)

Quanto ao cabimento do Recurso de Revista, dispõe o artigo 682
que o mesmo compete das sentenças definitivas, e interlocutórias com
força de definitivas, proferidas em segunda instância em causas, cujo
valor exceda a alçada estabelecida no § único do art. 45, e em todos
os casos especialmente declarados neste Decreto.

A seguir, nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 682, estão estabelecidas algumas
normas sobre o procedimento a ser adotado na Revista, a mais signi-
ficativa das quais sendo a que determina dever observar-se tudo o mais
que foi decretado para interposição e apresentação das apelações, o
que, a nosso ver, importou na ampliação da regra do art. 243, do
Decreto nº 24, de 1832, que mandara observarem-se apenas os mesmos
termos e prazos prescritos para a apelação. Na expressão “tudo o
mais” estaria compreendido o respectivo procedimento.

A Revista, que no sistema das Ordenações e da Reforma Pomba-
lina tinha a natureza de um recurso extraordinário, dependente da
Graça Especial, ou Especialíssima, do Soberano, torna-se um recurso
ordinário e de justiça, cuja concessão compete ao Supremo Tribunal
de Justiça. (cf. F. J. Duarte Nazareth, Elementos do Processo Civil,
3ª ed. Coimbra 1860, § 560 nota a, p. 384).

Trata-se, sem dúvida, de uma das mais importantes e autênticas
conquistas liberais, originárias da reforma realizada pelo príncipe
regente D. Pedro, em 1832, que a “novíssima” manteve e aperfeiçoou.

Com a finalidade de disciplinar a competência do Supremo Tri-
bunal, de acordo com as normas da “novíssima” reforma, foi votada
em Cortes Gerais a Lei de 19 de dezembro de 1843.

O novo diploma legal começa por estabelecer distinção entre nuli-
dade do processo e nulidade da sentença, in *verbis*: art. 1. “O Supremo
Tribunal de Justiça conhece, em recurso de revista, de nulidade do
processo e de nulidade de sentença” — § 1º “É nullo o processo,
em que houver preterição de algum acto essencial, ou de fórmula
para elle estabelecida por lei com pena de nulidade.” — § 2º “É
nulla a sentença que julgar directamente o contrário do que dispõe
qualquer lei do reino, ou della fizer applicação manifestamente errada,
ou que tiver algum defeito substancial, ou de que resulte nulidade
na conformidade da Ordenação livro 3, título 75, e mais leis do reino”

A esse respeito lembra CORRÊA TELLES que, de acordo com a Ordenação do Título 75, do Livro 3, “a sentença é *ipso jure* nulla, e nunca passa em julgado, 1º, se foi proferida contra direito expresso em uma Lei do Reino; 2º, se foi dada por Juiz incompetente, cuja jurisdição era improrrogável; 3º, se é contra outra sentença já dada entre as mesmas partes, e sobre o mesmo objeto; 4º se foi dada por peita ou preço, que o Juiz recebeu; 5º, se foi dada por prova falsa; 6º, se os Arbitros erão dous ou mais, e uns julgárão sem os outros; 7º se a parte não foi citada no princípio da causa, ou se a citação foi falsa”. (J. H. CORRÊA TELLES, Manual do Processo Cível, 3º ed. Coimbra 1849, § 274, p. 108).

A nulidade da sentença por qualquer dos motivos enumerados serve de fundamento para a interposição do Recurso de Revista.

A propósito do julgamento da nulidade do processo, dispõe o artigo 2º da nova lei, que o Supremo Tribunal julga definitivamente sobre termos e formalidades do processo; e no caso de o declarar nulo, manda proceder à sua reforma no mesmo ou em em diverso juízo, segundo julgar conveniente.

Quanto à nulidade da sentença, a regra estabelecida no artigo 3º é que o Supremo julga a nulidade e manda julgar de novo a causa, ou pela mesma Relação, se nela houver número duplicado de juizes para que a causa possa ser julgada por diversos dos que o foram da sentença anulada, e assim o entender conveniente, ou por outra Relação. Quando a sentença anulada tiver sido proferida em primeira instância, será a causa remetida a diverso juízo.

Por sua relevância, as nulidades do processo e da sentença podem ser conhecidas pelo Supremo Tribunal, ainda que não apontadas na minuta do recurso, e mesmo na falta desta, segundo o disposto no artigo 6º.

De par com várias regras sobre o processo e julgamento da Revista, a nova lei previu a possibilidade de segunda Revista contra o julgamento proferido nas Relações (art. 5º), admitiu embargos de declaração nas Revistas das causas criminaes (art. 13º) bem como nas de quaisquer causas cíveis, nas quais serão admitidos, também, embargos infrigentes, quando se tenha julgado com falsa causa sobre nulidade do processo (art. 14º).

Uma das modificações de maior significação e alcance no campo do direito processual foi a ampliação dos casos de cabimento da ação de nulidade, criada pelo Decreto de 19 de maio de 1832, que era restrita às hipóteses de suborno, peita, peculato ou concussão de juizes ou jurados.

Dispõe o art. 17º da nova lei:

“A acção de nullidade e rescisão da sentença terá logar, além dos casos especificados no artigo quinto do Decreto de dezenove de Maio

de mil oitocentos trinta e dois: *primó* — quando se tiver julgado por um ou mais documentos, que depois se provar serem falsos, e cuja falsidade não tenha sido allegada na causa, em que se tiver proferido a sentença rescindenda: *secundo* — quando sobrevier um ou mais documentos novos que destruam a prova, que serviu para o julgamento anterior, sem que sejam coadjuvados por prova testemunhal, e que a parte interessada não pudesse ter ao tempo em que se proferiu a sentença rescindenda: *tertio* — quando a parte condemnada, sem ter comparecido em juízo, provar falta ou nullidade de citação nas causas, cujas sentenças se executam sem dependencia de prévia citação do executado, não competindo porem esta acção, e só o meio prescripto no artigo 617 da Novíssima Reforma Judicial, se tiver havido citação para a execução: *quarto* — quando o executado provar falta ou nullidade de citação para a execução finda à sua revelia, a fim de se annullar a mesma execução”

Observa-se um aprimoramento terminológico na lei, que chama a acção “de nullidade e rescisão da sentença”, e a esta de “rescindenda”. Era como que o certificado do bastimo legal da acção rescisória no Direito português, a qual vai sobreviver no Código de Processo Civil de 1876 e desaparecer no novo Código de 1939.

O problema da nulidade da sentença proferida com base em documentos que se alega serem falsos, ou em documentos que sobrevieram após a sentença ter passado em julgado e que destruam a prova acolhida por ela, é um problema tormentoso que sempre occupou a atenção dos processualistas.

Em tais hipóteses o remédio indicado era o pedido de restituição, sempre que concorressem os requisitos de terem sido os documentos descobertos após o trânsito em julgado da sentença, de serem verdadeiramente desconhecidos da parte que os alega, e de serem de tal relevância que a sentença não teria sido prolatada naquele sentido se a parte os tivesse em mãos antes, como escreveu SYLVA, em seus Comentários (ad. Ord. Lib. 3 tit. 87, ad principium nº 23).

Escrevendo antes da lei de 19 de dezembro de 1843, LOBÃO, sustentou, nas Segundas Linhas (Parte I, nota 471 nº 6) que depois de passar em julgado a sentença, ela é impugnável, ou na execução (e suspensivamente, ex SYLVA nº 24), ou depois de executada, por acção ordinária, quando ao vencido appareceram documentos convincentes, que haviam sido subtraídos ou occultos pelo adversário vencedor.

Não obstante haver escrito que a sentença, depois de executada, é impugnável por acção ordinária, no desenvolvimento do tema LOBÃO demonstrou que o meio para a retratação da sentença, no caso, era o remédio extraordinário da *restitutio in integrum* (op. cit. loc. cit. nºs 8 e 9)

O outro meio, apontado por Lobão, para se desfazer a sentença transitada em julgado, mas ainda não executada, eram os Embargos

de novo supervenientes, que se apresentavam na execução, e em que se alegava a descoberta de documentos novos ou a falsidade dos documentos em que se fundamentou a sentença, (Tractado Encyclopédico, Prático, Crítico, sobre as Execuções que procedem por Sentenças, Lisboa 1817, §§ 215 e 218).

13.3 — Com o advento da Lei de 19 de dezembro de 1843, os dois meios para se obter a revogação da sentença eivada de nulidade e conseqüente rescisão do julgado, o Recurso de Revista e a ação de nulidade, ficaram diferenciados e bem delimitados os respectivos campos para o cabimento e aplicação de cada um.

O Recurso de Revista cabe das sentenças definitivas, e das interlocutórias com força de definitivas, proferidas em segunda instância, nas causas de valor superior a seiscentos mil réis, quando houver preterição de algum ato essencial, ou de fórmula para ele estabelecida por lei com pena de nulidade, ou quando a sentença tiver julgado diretamente o contrário do que dispõe qualquer lei do reino, ou dela fizer aplicação manifestamente errada, ou tiver algum defeito substancial, ou de que resulte nulidade na conformidade da Ordenação Livro 3, Título 75, e mais leis do reino.

Nas causas de valor inferior a seiscentos mil réis, bem como naquelas de valor superior, mas em que não houve recurso para a segunda instância, era incabível o Recurso, de Revista, mesmo verificando-se qualquer dos motivos de nulidade do processo ou da sentença.

A ação de nulidade e rescisão da sentença tem lugar nos rescritos casos previstos no art. 5º, do Decreto de 19 de maio de 1832, e no art. 17, da Lei de 19 de dezembro de 1843, ou seja, nos casos de suborno, peita, peculato ou concussão de Juizes ou Jurados; de falsidade documental; de descoberta de novos documentos; de falta ou nulidade de citação, nas causas julgadas à revelia; de falta ou nulidade da citação para a execução processada à revelia do executado.

Para evitar abusos na utilização desta ação, o § único do art. 17, da Lei de 1843, estabeleceu a condenação no dobro das custas e da multa, que não poderá exceder a um conto de réis, para quem intentar a ação e dela decair.

Tal sistema, entretanto, foi recebido com reservas e mereceu algumas ponderadas críticas.

Um dos primeiros a se manifestar foi um conhecido advogado de Lisboa, DR. MENDONÇA, que demonstrou, com hábil argumentação, que as disposições do Decreto de 19 de maio de 1832 e da Lei de 19 de dezembro de 1843, não podem ter aplicação às causas em que pela sua menor importância não cabe o recurso de apelação nem o de revista, porque não pode ser imputada culpa ao vencido, por não ter usado daqueles recursos, nem há razão para lhe negar o

remédio da Ord. Liv. 3 Tit. 75. (MENDONÇA, Memória, em Gazeta dos Tribunais, 1843, nº 315)

CORRÊA TELLES, referindo-se ao art. 17, da Lei de 19 de dezembro de 1843, escreve: “Com esta disposição não se remedeia o mal que tinha causado o art. 5º do Decr. de 19 d’Agosto de 1832 (*sic.* é de maio); e em meu entender melhor fôra revoga-lo e suscitar a observância da Or. L. 3. T. 75. Vej. a sábia Memória do Sr. Mendonça na Gazeta dos Trib. de 1843 n. 315”. (Manual do Processo Civil, cit. Adições ao § 274, p. 297)

Menos radical é a opinião de DUARTE NAZARETH. Depois de lembrar que a sentença nula não transita em julgado e não produz efeitos, de acordo com o princípio expresso na Ord. Liv. 3 Tit. 75, observa que, tendo o Decreto de 19 de maio de 1832 e Lei de 19 de dezembro de 1843, restringido e tornado taxativos os casos de nulidade e rescisão de sentença, segue-se que a sentença de que não há recurso, embora seja ilegal, não pode invalidar-se, quando se não verificarem alguns dos casos, em que é permitida a ação de nulidade e rescisão; conseqüentemente pode haver sentença nula, e todavia passar em julgado.

Reportando-se à tese do Sr. MENDONÇA, cuja doutrina foi perfilhada por CORRÊA TELLES que escreveu: “de se não adoptar esta doutrina, pelo decurso dos anos havemos de ver sentença de juizes incompetentes, ou dadas contra a expressa determinação das leis, ou contra a prova dos autos, valerem como moeda de boa lei”; assinala NAZARETH que esta doutrina, porém, não é tida por muito segura, porque a disposição daquelas leis é geral e extensiva a todas as sentenças. “É porem certo”, conclui o illustre catedrático de Coimbra, “que a legislação vigente neste assumpto é defficiente e carece de reforma, pois ha casos de igual e ainda maior consideração do que os apontados nella, em que deve conceder-se a acção de nullidade”. (Elementos, cit. p. 346, nota a)

O sistema implantado com as Reformas Judiciárias e leis posteriores, a despeito das críticas, esteve em vigor até a promulgação do Código de Processo Civil, em 1876, o qual, todavia, manteve, em suas linhas gerais, as duas figuras da ação de nulidade e rescisão de sentença e do Recurso de Revista, como meios de impugnação das sentenças eivadas de nulidade, com pequenas alterações que não as descaracterizaram.

Como agudamente observou o prof. PAULO MERÊA, foi sob a inspiração da lei francesa sobre o recurso de cassação e função do Tribunal de Cassação, que o legislador português orientou a reforma judiciária, substituindo o antigo Desembargo do Paço pelo Supremo Tribunal de Justiça, que foi criado, como se declarou no Decreto de 8 de novembro de 1833, “*para guarda e defesa das leis*, para fiscalizar a sua verdadeira intelligência e fiel execução, e para evitar caprichosas e várias interpretações das mesmas leis”. Essa é a função específica da *Cour de Cassation*, segundo o disposto na Lei de 27 de Novembro de 1790,

cujo art. 3º reza que a *Cour de Cassation* “annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi”.

A partir dessa data pode, pois, dizer-se, afirma PAULO MERÊA, que “a revista mudou de carácter, pois, não só perdeu por completo o carácter de graça, mas passou a ter como função predominante e específica defender a lei contra a inobservância dos seus preceitos por parte do poder judicial” (cf. PAULO MERÊA, “Bosquejo histórico do recurso de revista”, *in* Boletim do Ministério da Justiça, nº 14, p. 66).

A doutrina de que a finalidade do Recurso de Revista é a defesa da lei e, portanto, só deverá ser admitido com base na violação ou inobservância dos seus preceitos, transitou para o Código de Processo Civil de 1876. (Continua no próximo volume).

O Direito Autoral e o Arquiteto

*Hildebrando Pontes Neto **

Ainda que o façamos sem o instrumental teórico dos especialistas, o presente estudo tem por finalidade abordar aspectos do Direito Autoral que se estendem ao profissional da arquitetura, visando uma maior divulgação dos direitos que o acobertam na qualidade de autor de um projeto arquitetônico.

Em que pese ser amplo o seu campo de atuação, é necessário que o arquiteto conviva mais de perto com os seus direitos para que possa reagir com segurança contra os usurpadores, na sua totalidade convencidos quanto à certeza da impunidade.

O Direito Autoral é conquista constitucional

A Constituição Federal, no seu art. 153, § 25, ainda que restritivamente, o consagrou:

“Aos autores de obras literárias, artísticas, e científicas, pertence o direito exclusivo de utilizá-las”.

Embora garantido pelo texto constitucional e pela lei substantiva civil, o Direito Autoral, pela sua marcada importância na sociedade brasileira moderna, estava a reclamar um tratamento mais adequado.

E tanto se fazia sentir essa necessidade, que o nosso legislador, ainda que com atraso, acabou por fazer incorporar à nossa constelação de leis, a de nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973, reguladora dos direitos autorais.

Conquanto apresente falhas ou imperfeições, e elas existem, é contudo de grande realce para as questões autorais brasileiras a sua vigência a partir de 1º de janeiro de 1974.

Ampliou substancialmente o território do Direito Autoral, até o seu advento confinado nos estreitos limites do Código Civil de 1916,

* Hildebrando Pontes Neto é advogado militante em Belo Horizonte — Minas Gerais, e Membro do Conselho Nacional de Direito Autoral, órgão do Ministério da Educação e Cultura.

premido entre o Direito das Obrigações e das Coisas, cristalizado no tempo, divorciado de uma efervescente realidade fática de transformações rápidas e significativas.

Com o novo regulamento, no entanto, o legislador devolveu ao Direito Autoral brasileiro a contemporaneidade de que necessitava, armando-o de uma melhor sistemática, possibilitando-o cumprir com mais eficácia a tarefa de proteger o autor de obras intelectuais.

Graças ao seu revigoramento, o campo de atuação do arquiteto encontra-se legalmente protegido, como veremos.

No caso específico do trabalho de criação intelectual do arquiteto, a Lei 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que ordena o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto, Engenheiro Agrônomo, por conseguinte, anterior à Lei 5.988, já previa no seu Capítulo II, Da Responsabilidade e Autoria, em seu art. 17 que:

“os direitos de autoria de um plano ou projeto de engenharia, arquitetura ou agronomia, respeitada as relações contratuais expressas, são do profissional que os elaborar.”

E o artigo seguinte:

“As alterações de projeto ou plano original só poderão ser feitas pelo profissional que o tenha elaborado”

Assim, desde a vigência da Lei 5.194, os direitos de autoria de um projeto arquitetônico pertenciam ao seu autor, e só a ele, o direito de modificá-lo.

Ora, se a Lei 5.194, de finalidade diversa, estabelecia o direito de autoria de maneira casuística, com maior clareza e rigor deveria fazê-lo a Lei 5.988, especifica em matéria autoral.

E fê-lo até certo ponto a contento, oferecendo conceituações acertadas, outorgando aos arquitetos proteção.

Incorporou ao seu texto o projeto arquitetônico como obra intelectual, uma criação do espírito:

“São obras intelectuais as criações de espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

.

X — os projetos, esboços e obras plásticas, concernentes à geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência”.

Outro não poderia ter sido o procedimento do nosso legislador.

A elaboração arquitetônica, que se exterioriza no projeto, é a a forma que o arquiteto tem de exprimir o infinito humano através de um objeto concreto, aliada a uma apurada sensibilidade.

É antes de mais nada um dado de cunho pessoal, de características inconfundíveis, onde se instala o poder de criação de seu autor.

Não fora assim, inexistiria o espaço unitário das igrejas românicas e o espaço plural das igrejas góticas.

Desconheceríamos a universalidade da Catedral de Brasília.

Consagrado o projeto arquitetônico como obra intelectual protegida, daí decorre que o seu autor é titular de direitos morais e patrimoniais.

Diz o art. 21:

“O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu”.

Equivale dizer, que o direito do autor pode ser visto através de dois primas distintos, um diferente do outro, porém, intimamente ligados, em permanente relação de interdependência: o primeiro, de ordem pessoal (direito pessoal); o segundo, de ordem patrimonial ou pecuniário (direito patrimonial). É portanto um instituto jurídico de duplo reflexo: direito pessoal e direito real.

Embora não seja objeto específico deste estudo, ainda que de passagem, fixaremos a diferença entre direito pessoal e real, cuja conceituação levará, por certo, a um melhor entendimento dos direitos morais e patrimoniais sobre a obra de criação.

Assim é, que:

“Direito Pessoal, por seu turno, conceitua-se como relação jurídica mercê da qual ao sujeito ativo assiste o poder de exigir do sujeito passivo determinada prestação, positiva ou negativa”.

E,

“O direito real pode, destarte, ser conceituado como a relação jurídica em virtude da qual o titular pode retirar da coisa, de modo exclusivo e contra todos, as utilidades que ela é capaz de produzir”. (Barros Monteiro, WASHINGTON — Curso de Direito Civil — Direito das Coisas —, 3º vol., pág. 12, Edição Saraiva).

No primeiro, ressalta inconfundível a relação entre pessoas; no segundo, é a relação de poder do indivíduo sobre a coisa.

Tem-se observado com certa freqüência o aumento considerável de violações dos projetos arquitetônicos, sem que, na prática, o arquiteto lute por manter a integridade de sua obra, disparando os dispositivos legais colocados à sua disposição pelo legislador.

Com isso, perde a oportunidade de criar condições objetivas para que seja afastada de seu meio de trabalho essa prática indesejável.

Antônio Chaves define o direito moral como sendo “o direito que tem o autor de ver reconhecida a sua “paternidade” da obra, de ver preservada a intangibilidade da mesma, no sentido de que não possa ser modificada, alterada, mutilada ou adaptada, a não ser mediante o seu expresso consentimento. É como que o reflexo da sua personalidade na parte mais nobre, que é a atividade criadora” (Direito de Autor do Arquiteto, do Engenheiro, do Urbanista, do Paisagista, do Decorador — RT 433/12).

A Lei 5.988, estabeleceu os pressupostos de direito moral no art. 25 e incisos:

“São direitos morais do autor:

- I — o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra;
- II — o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional, indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização;
- III — o de conservá-la inédita;
- IV — o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingí-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
- V — o de modificá-la, antes ou depois de utilizada;
- VI — o de retirá-la de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada”.

De acordo com o texto da lei integram o direito moral como elementos constitutivos os direitos relativamente à paternidade, ao ineditismo, à integridade, à modificação, ao arrependimento:

Paternidade — é o direito que tem o autor de pleitear a ligação de seu nome à obra criada. Através dele, o nome do autor terá que estar associado à obra no momento de sua utilização reprodução ou execução. Por outro lado, pode o autor impedir a vinculação de seu nome a própria obra. Verifica-se, pois, que o direito à paternidade confere ao seu titular o direito a publicação de uma determinada obra como sendo de sua autoria.

Inédito — é um direito exclusivo do autor de decidir sobre a divulgação ou não de seu trabalho artístico. É um direito personalíssimo.

Integridade — é o direito que confere ao autor a possibilidade de manter a inteireza de sua obra, colocando-a a salvo das violações perpetradas. E toda vez que a obra é adulterada, sobre o autor prejuízos em sua reputação ou honra.

Modificação — é o direito que tem o autor de modificar a sua obra. As alterações que pretender realizar poderão ocorrer antes ou depois da obra utilizada.

Arrependimento — é o direito que permite ao autor alterar obra sua já publicada ou impedir a sua circulação retirando-a do comércio.

Nunca é demais lembrar que as violações do direito moral do autor vão atingir, via de regra, a paternidade, a integridade e a divulgação da obra.

Afora as disposições previstas pelo art. 25 e incisos sobre o direito moral — e diga-se ligeiramente destacadas —, o legislador cuidou de inserir na lei artigo específico sobre o direito de que dispõe o autor do projeto arquitetônico de repudiar ou não a paternidade da concepção da obra modificada pelo dono da construção executada:

“Art. 27 — Se o dono da construção executada, segundo projeto arquitetônico por ele aprovado, nela introduzir alterações, durante sua execução ou após a conclusão, sem o consentimento do autor do projeto, poderá este repudiar a paternidade da concepção da obra modificada, não sendo lícito ao proprietário, a partir de então e em proveito próprio dá-la como concebida pelo autor do projeto inicial”.

Trata-se, portanto, do direito ao repúdio.

Se o autor, pela lei, tem o direito de manter indissolúvelmente ligado seu nome à obra, bem como impedir que sua integridade seja violada, com maior razão terá o direito de repudiá-la quando alterada sem o seu consentimento.

E cabe aqui ressaltar que a Lei 5.194, em seu art. 18 já dispunha:

“As alterações do projeto ou plano original só poderão ser feitas pelo profissional que o tenha elaborado”.

E o parágrafo único do mesmo artigo:

“Estando impedido ou recusando-se o autor do projeto ou plano original a prestar sua colaboração profissional, comprovada a solicitação, as alterações ou modificações deles poderão ser feitas por outro profissional habilitado, a quem caberá a responsabilidade pelo projeto ou plano modificado”.

Qualquer que seja a modificação a ser feita no projeto arquitetônico terá que ter o consentimento do seu autor.

E caso não seja mantido o projeto original, tem o arquiteto o direito de repudiar a paternidade da sua concepção, impedindo que o seu nome fique vinculado a um projeto diferente daquele que criou.

Vê-se, portanto, que o art. 27 da Lei 5.988 veio complementar o art. 18 e parágrafo único da Lei 5.194.

Em seguida ao art. 27 que pode ser considerado como que um acréscimo, um plus ao direito moral do arquiteto, o legislador prescreveu no art. 28:

“Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”

O fato do autor ceder os direitos patrimoniais sobre uma determinada obra, não implica que ele esteja promovendo a cessão dos seus direitos morais.

Pela sua própria natureza são inalienáveis e irrenunciáveis.

Já se disse que o direito do autor é um instituto jurídico de duplo reflexo: direito pessoal e real.

Em que pese diferirem um do outro, estão intimamente entrelaçados. Configurada a violação ao direito moral, irreversivelmente ela se estende ao direito patrimonial consoante os arts. 29 e 30:

“Cabe ao autor o direito de utilizar fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte”.

Em seguida:

“Depende de autorização do autor de obra literária, artística ou científica, qualquer forma de utilização assim como. ”.

Antônio Chaves ensina que “direito pecuniário é, ao invés, aquele que permite ao autor retirar todos os proventos de ordem patrimonial que a obra possa proporcionar, mediante a sua colocação à disposição do público para fins de rendimento econômico” (Direito de Autor, do arquiteto, do engenheiro, do urbanista, do paisagista, do decorador”, RT 433/13.

E mais,

“Tem o arquiteto o direito de exclusividade, isto é, de somente ele tirar de sua obra os proventos pecuniários que ela possa proporcionar, e de não permitir sua utilização por terceiros por nenhuma forma remunerada, sem sua cessão ou autorização”. (Direito de Autor, do arquiteto, do engenheiro, do urbanista, do paisagista, do decorador”, RT 433/19).

Equivale dizer que direito patrimonial e exploração econômica da obra pelo seu autor são a mesma coisa.

O legislador estabeleceu através da Lei 5.988, a forma pela qual poderá o autor ceder os seus direitos sobre a obra que criou:

“Art. 52 — Os direitos do autor podem ser, total ou parcialmente, cedidos a terceiros por ele ou por seus sucessores, a

título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representante com poderes especiais.

Parágrafo único — Se a transmissão for total, nela se compreendem todos os direitos do autor, salvo os de natureza personalíssima, como de introduzir modificações na obra, e os expressamente excluídos por lei”

O objeto da cessão ficará circunscrito aos direitos patrimoniais, porquanto os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis.

E o art. 53 prescreve de que forma deverá ser feita a cessão dos direitos do autor:

“A cessão total ou parcial dos direitos do autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º — Para valer contra terceiros, deverá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 17.

§ 2º — Constarão do instrumento do negócio jurídico, especificamente, quais os direitos objeto de cessão, as condições de seu exercício quanto ao tempo e ao lugar e, se for a título oneroso, quanto ao preço ou retribuição”.

Na cessão, o coeficiente (titular do direito), transfere ao cessionário o direito de exploração da obra.

As condições, preço, tempo e lugar deverão ficar de tal forma estabelecidas que não deverão gerar a mais mínima dúvida, para o autor da obra. A cessão presume-se sempre onerosa.

O que diz o art. 17 da Lei 5.988?

“Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional de Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia”.

O verbo usado pelo legislador não tem caráter imperativo. Ao contrário, sugere uma faculdade.

Pela redação do texto, não fica o autor arquiteto obrigado a registrar a sua obra junto ao Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Caso fosse outra a intenção do legislador, por certo teria estabelecido que o autor de obra intelectual só asseguraria os seus direitos promovendo o respectivo registro.

Por outro lado, o parágrafo 1º do art. 53 prescreve que a cessão, para valer contra terceiros, deverá ser observada à margem do registro a que se refere o art. 17.

O verbo ali empregado não subentende faculdade: a cessão deverá ser, indica obrigatoriedade, império.

Pelos dispositivos cotejados, pode-se estabelecer um raciocínio de que o contrato de cessão, configurando e garantindo o direito do arquiteto, prevalecerá, contra terceiros, somente se for averbado a margem do registro.

A Resolução nº 260 de 21.04.79, estabeleceu normas para o registro de obras intelectuais no Conselho Federal.

E fê-lo, com base no art. 17 da Lei 5.988, e porque não dizer, acompanhando a redação do parágrafo 1º do art. 53.

Estabeleceu no art. 1º que:

“Os autores de projetos, esboços e obras plásticas, concernentes à geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência *poderão* registrá-los no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia”.

A Resolução diz que os autores poderão.

Através dela também, não estão os autores arquitetos obrigados ao registro.

Resta então uma explicação que afasta em definitivo qualquer idéia de contradição aparente entre os dispositivos citados. O contrato entre partes dispensa publicidade. Os contratantes sabem o que pactuaram. Mas para que a cessão tenha validade contra terceiros será sempre necessário a sua averbação. O registro e a averbação é no nosso entender uma forma de revigoramento do direito do autor.

Outro aspecto de importância, de verdadeiro realce, tem em vista o que preceitua o art. 36 da Lei 5.988:

“Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito de Autor”.

E para uma melhor compreensão dos reflexos práticos decorrentes da aplicabilidade do art. 36, torna-se necessário uma visão do sistema que rege as relações entre o comitente (empregador) e o comissário (empregado).

O princípio que rege as relações de contrato reside na vinculação das partes mediante o princípio da autonomia da vontade. É um sistema.

O outro, o do direito do trabalho ou administrativo. Neste caso, a relação entre partes se submete a normas e princípios do direito autoral em virtude das obras de criação daí resultantes.

“Sob este prisma, a encomenda pode, pois, estar ligada à prestação do serviço em geral ou à relação de emprego ou função”. (*Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, pág. 117).

O fato é que esse dispositivo tem sofrido as mais viáveis críticas ao nosso ver justas, não só pela sua redação ambígua, mas acima de tudo pela fluidez que o seu texto encerra.

Eduardo J.V. Manso ao focar a posição reservada ao Conselho Nacional de Direito de Autor, o vê exercendo “funções de partidor desse direito, a fim de dizer em que proporções esses esdrúxulos condôminos serão seus titulares, e quais os quinhões que cada qual terá sobre tal obra”. (*A obra de autor assalariado*, pág. 11). Segundo Carlos Alberto Bittar: “O texto é passível de censura também por sua indefinição: não enuncia a quem pertencerão os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, ao contrário de inúmeras leis especiais”. (*Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, pág. 127).

Para José de Oliveira Ascensão, o art. 36 estabeleceu uma regra principal e outra subsidiária.

“A regra principal é a da prevalência da autonomia da vontade, e está contida na expressão “salvo convenção em contrário”.”

Cabe às partes disporem livremente sobre a forma através da qual vão tratar o direito do autor. É a regra principal.

“Se não houver acordo, a obra pertence a ambas as partes. Cria-se assim uma forma de co-autoria. Mas como posição de ambas perante a obra não é idêntica, diversos também os poderes, que lhes cabem. Temos pois uma espécie de comunhão irregular, uma contitularidade em que será particularmente difícil determinação dos poderes que cabem a cada sujeito”.

Ascensão menciona a terceira regra complementar da anterior: “Cabe ao Conselho Nacional de Direito Autoral estabelecer os termos em que os direitos pertencem às partes”.

Entendemos que a solução adotada pelo legislador é extremamente infeliz. A lei deveria definir o titular da obra de encomenda.

Não enfrentou essa responsabilidade, bipartiu o direito entre o encomendante e o comissário.

Com isso, dificultou a aplicação do dispositivo, transferindo para o Conselho Nacional de Direito Autoral a responsabilidade de solucionar as dificuldades daí decorrentes.

Antônio Chaves em a “Nova Lei Brasileira de Direito de Autor”, pág. 31, comentando o art. 36, diz que:

“Afastou-se, assim, a lei do direito de autor, do critério seguido pelo Código de Propriedade Industrial, Lei 5.772 de 21.12.71, que no

art. 40 atribui exclusivamente ao empregador os inventos, bem como os aperfeiçoamentos realizados durante a vigência de contrato expressamente destinado à pesquisa no Brasil, em que a atividade inventiva do assalariado ou do prestador de serviços seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada”.

E mais,

“Não vê razão Newton Silveira, “A Nova Lei dos Direitos do Autor”, in “RT Informa”, nº 99, de 15.02.74, pág. 22, para tratamento diverso dos direitos sobre a criação do empregado ou prestador de serviços, quando se trate de invenção ou de criação de caráter artístico”.

As obras literárias, artísticas e científicas diferem dos inventos e desenhos industriais.

As primeiras apresentam um fim estético, as segundas um fim industrial.

José Carlos Tinoco Soares, afirma que “não se pode permitir a interferência do direito do autor nos modelos industriais e vice-versa, pelas finalidades distintas que apresentam” (Regime das Patentes e dos Royalties, Revista dos Tribunais, 1972, SP).

Segundo Carlos Alberto Bittar, “a obra individual de assalariado é aquela produzida por autor remunerado justamente para a elaboração de trabalhos intelectuais, em que o encomendante (o empregador: pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público), assume os riscos da reprodução e da divulgação e fornece os meios materiais para a sua consecução. Define, de regra, o plano e orienta a execução da obra.

O autor trabalha sob a direção do empregador, respeitando, pois, os regulamentos próprios da empresa e seguindo a orientação nela traçada.

As partes vinculam-se por contrato de trabalho ou através de relação funcional, conforme se trate de empresa privada ou de ente público, obedecidos os princípios e normas do direito do autor aplicáveis quanto à obra produzida” (*Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, págs. 143/144).

O autor é contratado mediante salário para criar para o empregador. É natural, pois, que os direitos patrimoniais sejam atribuídos a ele, que remunera o seu empregado para obter o resultado de seu trabalho.

“Referindo-se a diferentes sistemas (Inglaterra, França, Estados Unidos, Portugal, Bulgária, Marrocos, Itália) — que conferem ao empregador direitos de utilização da obra criada sob contrato de trabalho, nos limites das necessidades da atividade própria da empresa — Eduardo J.V. Manso assinala que essa diretriz se fundamenta na teoria do enriquecimento ilícito. Acentua que se esteia no princípio geral segundo o qual o enriquecimento de um não pode causar injus-

tamente o empobrecimento do outro. Assim, na obra encomendada sob contrato de trabalho, ao empregador incumbe arcar com todos os custos da realização, que se opera no âmbito de sua própria organização, com os recursos de seu estabelecimento e com fruição de bens de seu patrimônio. Anota ainda, que, muitas vezes, o empregador contribui com idéias e planos, desenvolvendo trabalho intelectual, fornecendo meios e recursos para a consecução da obra. Seria, pois, contrário ao citado princípio não se reconhecerem os direitos patrimoniais do empregador, sem cuja participação a obra não chegaria a existir". (*Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, págs. 149/150).

"Assim por exemplo, o escritor, o compositor, o poeta, o desenhista, o arquiteto, o novelista ou outro profissional assalariado conservarão os direitos não compreendidos na atividade específica da empresa ou que escapem à utilização própria a que a obra se destine".

"No caso do arquiteto, não pode a construtora utilizar, depois, sem autorização e remuneração do autor, o plano concebido em finalidades distintas do respectivo ajuste" (*Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, pág. 150).

O encomendante ao utilizar uma obra não poderá atropelar a finalidade da encomenda. O que ultrapassá-la há de permanecer com o empregado.

É de se ressaltar a importância dos arts. 80 e 81 da Lei 5.988/73.

"Salvo convenção em contrário, o autor de obra plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la, ou de expô-la ao público".

"A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve constatar de documento, e se presume onerosa".

A obra de arquitetura embora seja considerada como obra de arte plástica — os arts. mencionados estão contemplados no Capítulo III da Lei 5.988, sob o título: Da utilização de obra de arte plástica, não pode ser vista debaixo do mesmo regime em decorrência de sua própria natureza.

Para mim, o trabalho de criação do arquiteto difere da obra de arte plástica em virtude de características especiais.

A obra arquitetônica ainda que se manifeste embrionariamente na planta, nos desenhos, esboços, vai se corporificar na edificação da casa, do prédio.

Para Eduardo Vieira Manso, "a obra arquitetônica, quando alienada sem a ressalva do art. 80 da Lei 5.988, transmitirá ao adquirente o direito de reproduzi-la.

E se a construção de uma segunda obra arquitetônica por uma reprodução daquela originariamente adquirida, o proprietário desta estará livre para reproduzi-la e, evidentemente, explorá-la sem que o arquiteto possa opor-se a isso (*Direito Autoral*, pág. 61).

Quanto a questão da reprodução de obras de arte existentes nos logradouros públicos, o art. 49, inciso I, letra e, quando diz que não causa ofensa aos direitos do autor a reprodução de obras de arte existentes em logradouros públicos, agravou a situação do direito de reprodução do autor arquiteto. Por exemplo: a fachada de um edifício que corporifica a obra de arquitetura como manifestação estética poderá ser utilizada por qualquer pessoa.

Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus

Eros Roberto Grau

Professor Adjunto da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

01. — A linguagem jurídica é construída, fundamentalmente, mediante a apropriação de palavras e expressões da linguagem natural. Ao contrário dos especialistas em outras ciências, não desfrutamos da vantagem de criar palavras novas, artificiais, como termos dos conceitos com os quais trabalhamos.

Por isso, a linguagem jurídica, tal como a natural, é marcantemente ambígua e imprecisa — o que lhe confere uma *textura aberta*¹.

As situações de imprecisão — que se manifestam quando não há limites precisos do campo de significação a que corresponde a palavra ou expressão — leva o jurista ao necessário exame dos chamados conceitos indeterminados, abertos ou práticos. As de ambigüidade — que se manifestam quando a mesma palavra ou expressão assume, em contextos distintos, diversos significados — impele-nos ao tratamento dos chamados conceitos plurissignificativos. O horizonte de indagações que desde aí se abre nos conduz às questões da discricionariedade e da interpretação.

É certo que tais circunstâncias findam, inúmeras vezes, por comprometer o perfeito entendimento das noções jurídicas. Mas assim tem de ser, imperiosamente, visto que o requisito da *generalidade* das leis reclama o uso de linguagem caracterizada — repita-se — por *textura aberta*. Daí porque, por razões não apenas de ordem política, mas também de índole jurídica, todo o casuismo normativo deve ser repudiado.

Não pretendo, nas linhas que seguem, desenvolver considerações a propósito dos inúmeros problemas que a *ocupação* detida com as

1. Vide GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, segunda edición, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1979, págs. 27 e ss.

palavras e expressões jurídicas enseja — que passam despercebidas quando simplesmente as *usamos*, sem maiores preocupações com as suas significações — mas, tão somente, a partir da verificação de que são ambíguos os termos *obrigação* e *dever*, introduzir algumas ponderações sobre a noção jurídica de *onus*, vocábulo também ambíguo.

02. — O termo *obrigação*, como adverte MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE², é usado, em sentido amplo, na linguagem jurídica, como sinônimo de *dever jurídico* ou como incluindo também a noção de *sujeição*. Cumpre-nos, pois, inicialmente, discernir os sentidos que se designam sob tais vocábulos.

A *sujeição*, na colocação de CARNELUTTI³, é a expressão subjetiva do comando jurídico, considerado no seu lado passivo, isto é, da parte de quem é comandado; significa necessidade de obedecer. Pelo lado ativo, o comando jurídico se realiza, enquanto expressão subjetiva, em *poder*. Está em situação de sujeição, pois, quem quer que esteja colocado no lado passivo, em relação àquele ao qual o comando tenha atribuído um poder jurídico. Nela se situa, por exemplo, o mandatário, quando decida o mandante revogar a outorga expedida. O mandatário, em situação de sujeição, há de obedecer, suportando os efeitos da revogação.

Distinguindo a *sujeição do dever*, CARNELUTTI⁴ aponta que este é um vínculo imposto à vontade, ao passo que aquela significa impossibilidade de querer com eficácia.

O *dever jurídico* consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica — o seu não atendimento configura comportamento ilícito.

Aspecto fundamental, a aproximar a *sujeição do dever* — porque comum à essência de ambos — é o referido à circunstância de que tanto um quanto o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios aos dos sujeitos por eles alcançados. À consideração de tal aspecto adiante retornarei.

A *obrigação* — tomado o vocábulo em sentido estrito — supõe uma situação de *dever*, em que se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de *dever* transcende o âmbito do direito das obrigações: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie. Assim, v.g., com relação ao dever, de todos, de abstenção da prática de condutas definidas como crimes⁵.

2. Teoria Geral das Obrigações, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1966, pág. 1.

3. Sistema di Diritto Processuale Civile, vol. I, CEDAM, Padova, 1936, pág. 51.

4. Ob. e loc. citis.

5. Neste sentido ANDREAS von THUR. Tratado de las Obligaciones. trad. de W. Roces, tomo I, Editorial Reus S/A., Madrid, 1934, pág. 5. No exame do pensamento

03. — O termo *obrigação*, pois, como vimos, é em sentido amplo usado para designar o elemento passivo de qualquer relação jurídica ⁶. Cumpre neste passo, pois, discernir o seu significado em sentido estrito, quando a palavra *obrigação* passa a constituir o termo próprio de uma classe de relações jurídicas — a obrigacional — que se coloca em paralelo à dos direitos reais, à dos direitos de família e à dos direitos de sucessão ⁷.

Neste sentido, estrito, a *obrigação* ‘*consustancia*’ um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve a outra (credor) o cumprimento de uma certa prestação. A obrigação consustancia um *direito relativo*, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Aí a distinção fundamental entre *obrigação* e *direito real*: este pode ser exigido *erga omnes*. De outra parte, diz-se também constituir, a *obrigação*, um *direito pessoal*, conquanto que, descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito.

Qualquer que seja a concepção — monista ou dualista — que se adote em relação à obrigação, há de ser ela entendida como modalidade específica de *dever jurídico*. Apenas, no segundo caso, da concepção dualista, ao lado da sub-relação de dever (*Schuld*), remanesce outra sub-relação (*Haftung*), de *responsabilidade*, que coloca o devedor em situação análoga à de *sujeição*.

Podemos, pois, ter que — tal como no *dever* — na *obrigação*, o cumprimento da prestação, pelo devedor, importa atendimento de interesse, o alheio, isto é, do credor. O descumprimento da prestação, por outro lado, é juridicamente sancionado.

Assim ocorre na relação jurídico-tributária, que é de natureza obrigacional: o pagamento do tributo, pelo particular, implica satisfação de interesse do Estado.

04. — Atribui-se a BRUNETTI a primeira teorização a respeito do *ônus* ⁸. Inicialmente, em seu *Il delitto civile* (1960), a seguir em seu *Norme e regole finali nel diritto* (1913), BRUNETTI postula o entendi-

de von THUR, vali-me também de seu Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationrechts, na tradução francesa de Maurice de Torrenté e Emile Thilo (Partie Generale du Code Fédéral des Obligations, vol. I, deuxième édition, Imprimerie Centrale S/A., Lausanne, 1933).

6. Cf. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *ov. cit.*, pág. 5.

7. Idem, *ibidem* MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE refere ainda outras classes de relações jurídicas; a dos direitos de personalidade, a dos direitos sobre bens imateriais e a dos direitos corporativos, que se integra na teoria das pessoas coletivas ou na das sociedades (obrigações).

8. Cf. OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, Onere (nozione), in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, vol. XXX, págs. 100/10.

mento de que nem todas as normas jurídicas tem caráter imperativo. Segundo ele, há uma categoria delas — a das normas finais — que disciplina de modo não imperativo a conduta humana⁹. Segundo BOBBIO, tais normas são precisamente os imperativos hipotéticos ou normas técnicas de KANT¹⁰. Ao seu descumprimento é conseqüente não a aplicação de uma sanção jurídica ao sujeito, mas o não alcance de uma determinado fim pretendido pelo sujeito. No caso, a norma final, segundo BRUNETTI, estabelece o que ele denomina um *dever livre*, distinto do dever que resulta dos imperativos propriamente ditos.

A teorização de BRUNETTI, que leva à construção da noção *ônus*, foi abandonada, em parte em razão de ter sido inadequadamente estendida a hipóteses às quais não se pode amoldar, tais como a das relações de natureza obrigacional. É óbvio que, aí, não cabe qualquer alusão a *dever livre* ou *ônus*, visto como o sujeito que cumpre a prestação obrigacional não o faz para evitar as conseqüências do inadimplemento, mas age na conformidade de uma imposição normativa. Daí porque, aliás, a expressão *dever livre* é contraditória: a noção de *dever* supõe atuação no interesse alheio; por isso que o sujeito passivo do dever está por ele vinculado e dele não pode dispor, como se estivesse ele referido ao seu próprio interesse¹¹.

É exato, porém, que Von THUR¹² apontava o fato de a palavra deve ser usada sem grande precisão técnica, nos casos em que a lei condiciona a um ato a aquisição ou perda de um direito. E toma dos exemplos do “*dever*”, que tem o lesionado, de evitar ou minimizar o dano e do “*dever*”, que tem o credor, de denunciar seu crédito em caso de concurso de credores. A realização de tais atos, todavia — argumentava Von THUR — não é expressão do cumprimento de um *dever*, mas sim de incumbências (*Obliegenheiten*) que cabem ao sujeito. O cumprimento de tais “*deveres*” consubstancia gestão de um interesse pessoal, para que se evite a perda de um direito.

Este, precisamente, o ponto fundamental desde cuja colocação se torna possível a completa compreensão da noção de *ônus*.

05. — Foi CARNELUTTI, no entanto, quem de modo mais completo colocou as linhas acabadas da noção de *ônus*. Segundo ele, falamos de *ônus* quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o *ônus* é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um

9. Vide, a propósito, OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, ob. cit., pág. 101; NORBERTO BOBBIO, Teoria della Norma Giuridica, G. Giappichelli, Torino, 1958. págs. 160/164; GIAN ANTONIO MICHEL, L'Onere della prova, CEDAM, Padova, 1966, págs. 63/65.

10. Ob. cit., pág. 160.

11. Uma crítica mais incisiva à postulação de BRUNETTI, em torno do *dever livre*, é desenvolvida por BOBBIO, ob. cit., págs. 163/164.

12. Tratado de las Obligaciones, cit., págs. 4/5 e Partie Generale du Code Fédéral des Obligations. cit., págs. 9/10.

interesse¹³. E esclarece: *dever* e *ônus* têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de *dever*, no interesse alheio, e, tratando-se de *ônus*, para a tutela de um interesse próprio¹⁴.

O *ônus*, dest'arte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do *dever* — e da *obrigação* — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do *ônus* não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do *dever* — ou da *obrigação* — acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do *dever* é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo *ônus* é do próprio sujeito vinculado.

Descreve-se o *ônus*, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender ele arcar com conseqüências que lhe serão prejudiciais¹⁵. Ou como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito¹⁶.

CARNELUTTI retorna à distinção entre *dever* e *ônus* ao colocar as noções de *ato devido* e *ato necessário*¹⁷: *ato devido* é aquele que o direito objetivo impõe na tutela de interesse alheio; *ato necessário*, o que o direito objetivo exige de quem quer conseguir um certo fim, correspondente ao seu próprio interesse. No primeiro caso, o *dever*; no segundo, o *ônus*.

06. — Dos *ônus* — ou incumbências — trata a doutrina alemã, sob a designação de *Obliegenheiten*. A exposição de KARL LARENZ¹⁸, a propósito delas — que passo a reproduzir é extremamente expressiva. As *Obliegenheiten*, segundo ele, devem ser distinguidas dos deveres jurídicos *Rechtspflichten*. Àquelas correspondem condutas cujo cumprimento se verifica basicamente no interesse daqueles de

13. Ob. cit., pág. 55.

14. Idem, ibidem.

15. Cf. OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, ob. cit., pág. 109.

16. Cf. GIUSEPPE DE STEFANO, Onere (dir. proc. civ.), in Enciclopedia del Diritto, Giuffré Editore, vol. XXX, pág. Vide também, a propósito da noção de *ônus*, além da exposição de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, ob. cit., págs. 3/5, HALUK TANDOGAN, Notions Préliminaires a la Theorie Générale des Obligations, Librairie de L'Université — Georg & Cie S.A., Genève, 1972, págs. 28/29.

17. Ob. cit., vol. II, 1938, págs. 73 e 84.

18. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C.H. Beck, München, 1967, págs. 223/224.

quem foram elas exigidas. Podemos referi-las, segundo REIMER SCHMIDT, como deveres de menor intensidade ou, segundo ENNECERUS — NIPPERDEY, como encargos que podem ser exigidos de um sujeito jurídico também no interesse de outro, sem que este outro, contudo, possa impor à parte por eles vinculada o seu cumprimento. O característico é que o ordenamento jurídico, neste caso, deixa o sujeito livre de qualquer coação e também de qualquer dever de indenização, na hipótese de não-cumprimento da exigência, contentando-se, em vez disso, com sanções mais amenas. Essa sanção mais amena geralmente consiste na perda de uma melhor posição jurídica ou em outra desvantagem jurídica qualquer. Disso se deduz que há distinção entre o descumprimento da *Obliegenheit* e o descumprimento de um dever. O ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da *Obliegenheit* como um dever, categoricamente, mas apenas hipoteticamente. Quando a pessoa vincula pela *Obliegenheit* deseja evitar a desvantagem, deve cumprir a prestação que àquela corresponde; se não desejar cumpri-la, tem de se conformar com uma certa desvantagem jurídica, sem que ninguém possa porém censurá-lo por ter ele se conduzido contra a lei.

07. — Postas tais noções, poderemos distinguir de um lado o *dever* — e a *obrigação* — como vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica; de outro o *ônus* como vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão-somente efeitos econômicos negativos.

A lei que estabelece o *ônus* não impõe a adoção de uma conduta pelo sujeito a ele vinculado, isto é, não fixa *dever* de conduta. Por isso não é dever; não se confunde nem com o *dever*, nem com a *obrigação*. Ao sujeito por ele vinculado não se impõe a adoção da conduta, definida pelo *ônus*; resta-lhe a opção de não cumpri-la, se para tanto desistir da obtenção ou conservação de um direito. Pretendendo obtê-lo ou conservá-lo, todavia, há de necessariamente adotar aquela conduta, cujo cumprimento é condição para tal obtenção ou conservação.

Visualizando hipóteses nas quais o objeto do *ônus* configura prestações de dar — a *caução* para participação de licitação pública e o depósito compulsório para viagem ao exterior — teremos que ninguém está juridicamente compelido a participar de tais licitações ou a viajar ao exterior. Se, porém, alguém pretender fazer uso de tais direitos, ficará sujeito — mas tão-somente neste caso — ao pagamento da *caução* ou do *depósito*. Em ambas as hipóteses estamos diante de *ônus* que compreendem prestação de dar. O seu cumprimento respeita à satisfação não de interesse alheio, mas dos próprios sujeitos vinculados pelo *ônus*. O não-cumprimento do *ônus* não consubstancia ilícito e, portanto, não importa a aplicação de sanções jurídicas àqueles sujeitos. O único efeito decorrente daquele não-cumprimento se

expressa em termos de desvantagem decorrente da impossibilidade de participação na licitação e da viagem ao exterior. Os sujeitos em questão, vinculados por *ônus*, nem por isso estão compelidos ao pagamento da prestação de dar (a) e à participação em licitação ou à viagem ao exterior (b).

Insisto em que inteiramente diversas destas são as situações em que se colocam sujeitos vinculados por *aever* (*aever legal*) ou por *obligatio* (*aever obligational*). Toda a gente esta juridicamente compelida a não turbar a propriedade alheia — aí um *dever*. Quem quer que contrate com outrem, estando na situação de devedor, está juridicamente compelido a cumprir o objeto da obrigação; quem quer que desenvolva atividade económica sujeita a tributação esta juridicamente compelido a pagar imposto, a partir da formalização do lançamento, conseqüente à verificação do fato gerador — aqui, nestes dois últimos casos, a *obrigação*, contratual e tributária. O mesmo, também, ocorre na hipótese de obrigação tributária que tenha por objeto o pagamento de taxa. Nela, o sujeito deve usar um determinado serviço público — mesmo porque os remunerados por taxa são serviços públicos compulsórios — ou desenvolve atividade sujeita a poder de polícia. Caracterizado aquele uso ou o exercício de tal atividade, surge a *obrigação* de pagamento da taxa. Os sujeitos em questão, em todas essas hipóteses, vinculados por *dever* ou *obrigação*, estão juridicamente compelidos ao cumprimento de seus respectivos objetos.

08. — Sopesadas as observações acima alinhadas, poderemos referir o *ônus* como vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação; pelo próprio sujeito, de um interesse seu; neste sentido, na dicção de Von THUR¹⁹, o *ônus* é expressão da gestão de um interesse pessoal; o sujeito vinculado pelo *ônus* não está juridicamente compelido a cumprir o seu objeto, tal como ocorre no *dever* e na *obrigação*; o seu não-cumprimento não implica imposição de sanção jurídica ao sujeito vinculado pelo *ônus*, mas tão-somente a não obtenção ou não conservação de um direito.

Atribuo à exposição desenvolvida uma única virtude: a de deixar bem definidas as significações a serem, no nível jurídico, conferidas a palavras cuja ambigüidade, por vezes, perturba irremediavelmente o entendimento de textos jurídicos, seja normativos, seja doutrinários. Se, a partir do consenso a respeito de tais significações — ou de outras que, de modo mais correto, se proponha —, passarmos a usá-las segundo tal convenção, por certo estaremos contribuindo para a maior clareza da comunicação jurídica.

19. Tratado de las Obligaciones, cit., págs. 5 e Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, cit., pág. 9.

Arbitragem no Brasil *

Jürgen Samtleben

Assessor Científico no Max-Planck-Institut para Direito Privado estrangeiro e internacional, Hamburgo.

Quem quiser se informar sobre a arbitragem no Brasil, conta apenas com os relatórios internacionais sobre arbitragem comercial compilados nas diversas coletâneas. Estes relatórios contêm, de um modo geral, uma sinopse sistemática sobre a regulamentação legal do processo arbitral no direito brasileiro e sobre as suas características em particular. Obviamente para o comerciante alemão que negocia com o exterior ou para o seu consultor jurídico estas questões são de importância secundária, visto que para a execução de um processo arbitral no Brasil é aconselhável, de qualquer modo, a participação de um advogado brasileiro. Por outro lado, parece ser mais importante avaliar, de antemão, à luz do direito brasileiro, as chances e os riscos de um processo arbitral brasileiro ou estrangeiro e considerar isto quando da elaboração do contrato. Este estudo pretende oferecer um auxílio neste sentido. Em primeiro plano estão os tratados internacionais celebrados pelo Brasil e sua importância real, a propagação da arbitragem no Brasil, a executoriedade da cláusula de arbitragem, bem como a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. A presente exposição é orientada pela jurisprudência e prática jurídica no Brasil.

I. Tratados Internacionais

Tratados internacionais, segundo o direito brasileiro, têm prioridade sobre as leis nacionais¹. A sua validade interna requer, por um lado, a aprovação do poder legislativo e, por outro lado, a publicação em diário oficial do texto contratual ratificado. Em contrapartida, o direito brasileiro não exige nenhuma lei especial regulamentando

* Tradução direta do alemão pelo professor IRINEU STRENGER, titular de Direito Internacional Privado' na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Título original: "Schiedsgerichtsbarkeit in Brasilien".

1. Sup. Trib. Fed., 13-03-1974, Rev. Trim. Jur. 70, pág. 333; 21-08-1951, Rev. Dir. Adm. 34, pág. 106; e ainda 11-10-1943, Arch. Jur. 69, pág. 13 (o voto detalhado do Juiz Philadelpho Azevedo, pág. 19 e seg.). Da bibliografia: Valladão, Estudos de direito internacional privado, 1947, pág. 528 seg., 655 e seg., Marotta Rangel, Rev. Fac. Dir. São Paulo 55 (1960) pág. 264 e seg. e outra documentação.

a execução; com a aprovação parlamentar e a sua publicação, o contrato torna-se, em princípio, vinculativo em território nacional².

1. Acordos Supra-regionais

a) Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais, assinado em 1923

O Brasil é um dos países signatários do Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais, assinado em 24-9-1923³. Em dezembro de 1929 o governo brasileiro enviou o protocolo ao parlamento que, no entanto, não mais tratou deste assunto⁴. Depois da ascensão ao poder por Getúlio Vargas, que governou o país, de 1930 a 1945, quase que exclusivamente sem consultar o Parlamento, o protocolo foi ratificado pelo Brasil aos 5-2-1932. Quando da ratificação, o Brasil apresentou, segundo art. 1º, par. 2º do acordo, a ressalva, de que aplicaria o protocolo apenas a assuntos comerciais⁵. A ratificação no Brasil foi publicada, juntamente com o texto do acordo, através do decreto nº 21.187 de 22-3-1932, sendo ordenada a sua execução em território nacional⁶. Com relação à República Federal da Alemanha, a reaplicação do Protocolo após a Segunda Guerra Mundial foi expressamente acordada⁷.

Apesar de o Protocolo de Genebra com isto ter-se tornado internacionalmente vinculativo para o Brasil, podem, ainda assim, continuar a existir dúvidas quanto à sua validade nacional. Neste particular o protocolo tem o mesmo destino de outros acordos, ratificados pelo Brasil entre 1930 e 1945, e cuja validade nacional se apresenta problemática por falta de participação do Parlamento. Assim, três das Convenções de Bruxelas sobre direito marítimo de 1924/26 foram ratificadas pelo Brasil em dezembro de 1930 resp. em abril de 1931⁸, e somente alguns anos mais tarde foram promulgadas no Brasil⁹, com

2. Sup. Trib. Fed., 20-06-1973, Rev. Trim. Jur. 66, pág. 20 ref. ao Convênio relativo à execução de pensão alimentícia firmado em Nova York em 1956; ver também as decisões sob nota 17 mais adiante sobre o direito cambial e de cheques de Genebra.

3. GBl. (Diário Oficial da Alemanha Imperial), 1925 II pág. 47 e seg., 50.

4. O governo havia antes ouvido o parecer de Clóvis Bevilacqua (o autor do Código Civil brasileiro) e consultado a Ordem dos Advogados. Pormenores Valladolid em Schönke Kielwein. A Arbitragem em matéria civil e comercial, Vol. 3, 1956, pág. 109, 113 e seg. (Reprodução do Int. Jb. Schiedsg. 1931 pág. 57 e seg.).

5. RGB, (Diário Oficial da Alemanha Imperial) 1932 II, pág. 131.

6. Coleção das Leis 1932 I, pág. 434. Literalmente: "O Chefe do Governo Provisório da República... decreta que o referido Protocolo, apenso por cópia ao presente decreto, seja executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém".

7. BGI. (Diário Oficial Federal), 1953 II, pág. 593.

8. Estas convenções sobre a limitação da responsabilidade de armadores (1924), sobre direitos preferenciais e hipotecas de navios (1924/26) e sobre a imunidade de navios nacionais (1926) haviam sido sancionadas pelo Parlamento diretamente antes da subida ao poder por Getúlio Vargas, Decreto nº 5.814 de 14-10-1930, em Novaes de Souza/Costa Faro, Legislação comercial vigente, 1938, pág. 408 seg.

9. Decretos nºs 350 — 351 de 01-10-1935 e nº 1.126 de 29-09-1936, em Novaes de Souza/Costa Faro, no lugar mencionado, pág. 922 e seg., 1.024 e seg.

base em uma disposição da Constituição de 1934, que homologava expressamente¹⁰ todos os atos do "governo provisório". A validade nacional destes tratados permaneceu igualmente duvidosa¹¹, sendo, porém, em princípio, confirmada pela jurisprudência¹². No ano de 1942 o Brasil declarou a sua adesão às convenções de Genebra sobre direito cambial e de cheques de 1930/31¹³. Neste caso a execução e publicação em território nacional só se realizou vinte anos mais tarde, já sob o Governo de Castello Branco¹⁴. Este procedimento gerou também uma discussão violenta sobre a aplicabilidade interna dos tratados, principalmente por causa da falta de uma lei especial de execução¹⁵. Vencendo uma insegurança inicial na jurisprudência¹⁶, o Supremo Tribunal Federal decidiu este conflito ao determinar que os referidos tratados valem no Brasil como direito diretamente aplicável¹⁷.

A questão com relação ao Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais assinado em 1923 ainda não foi devidamente esclarecida. Este acordo também é considerado por alguns autores como sendo inaplicável, porquanto ainda não tenha sido publicada nenhuma lei executória¹⁸ a esse respeito ou porque o código de processo civil de 1939 como *lex posterior* tenha afastado o tratado¹⁹. Na literatura brasileira, por outro lado, prevalece a opinião de que o protocolo se

10. Veja também Art. 8 das disposições transitórias. Significativamente o presidente se referiu a estas disposições e não à aprovação anterior do Parlamento (veja nota 8).

11. Contrário: Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, Vol. 12, 1964, pág. 392 e seg., Vol. 13, 1964, pág. 695 e seg.; a favor: Hugo Simas, Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro, 1938, pág. 114 e seg., 355 e seg.; Castro Rebêlo, Rev. Forense 199 (1962); Somente para casos de divergências internacionais: Stoll Gonçalves, Teoria e prática da avaria comum, 1956, pág. 415 e seg.; Sampaio de Lacerda, Curso de Direito de Navegação, Vol. 1, 1968, Pág. 166 e seg.

12. Com relação à restrição da responsabilidade do armador Sup. Trib. Fed., 30-04-1956, Arch. Jud. 120, pág. 266 (nega objeção ao direito brasileiro); com relação a direitos preferenciais e hipotecas sobre navios Trib. São Paulo, 15-04-1940, Rev. Trib. 131, pág. 154, 169, 188; 23-04-1940, Rev. Trib. 130, págs. 585, 587; Trib. Rio Grande do Sul, 18-09-1940, Rev. Trib. 134, pág. 274, 279 — Rev. Forense 84, pág. 686, 690.

13. Pormenores em Arq. Min. Just. 4 (1943), pág. 92 e seg., 113. Comparar também publicações em Diário Oficial Federal da Alemanha 1970 II, pág. 1.064, 1.075.

14. O Parlamento expressou a sua aprovação através do Direito Legislativo nº 54 de 08-09-1964; o texto dos contratos foi publicado pelos decretos nº 57.595 e nº 57.663, 24-01-1966.

15. Um bom resumo das diferentes opiniões é dado por Rubens Requião, Rev. Dir. Merc. 1 (1971), pág. 16 e seg.; e ainda Wagner Barreira, Rev. Trib. 429 (1971), pág. 28 e seg. Ver também o parecer do procurador geral na Rev. Trib. 395 (1968) pág. 33 e seg.

16. Ver o sumário sobre jurisprudência em Rev. Trib. 419 (1970) pág. 44 e seg. e em Rubens Requião, acima mencionado, pág. 22 e seg. Opinião contrária ainda em Trib. São Paulo, 13-08-1969, Rev. Trib. 406, pág. 182; 23-11-1971, Rev. Trib. 437, pág. 162.

17. Sup. Trib. Fed., 17-05-1968, Rev. Trim. Jur. 68, pág. 76; 10-05 e 04-08-1971, Rev. Trim. Jur. 58, pág. 70 e 744.

18. Assim Garland, American Brazilian Private International Law, 1956, pág. 80, nota rodapé 314.

19. Comparar contra esta opinião Soares, Rev. Fac. Dir. São Paulo 71, (1976) pág. 188.

sobrepõe às leis nacionais como direito interno aplicável²⁰. Na verdade pode-se dizer que, baseando-se na jurisprudência acima exposta, o protocolo se tornou direito aplicável em território nacional mediante sua publicação, visto que a falta de participação parlamentar, conforme direito constitucional anterior, pode ser considerada sanada. A jurisprudência mais antiga aceitava, em princípio, a aplicabilidade do protocolo restringindo-a, no entanto, exclusivamente a casos internacionais²¹. Até hoje, todavia, o referido protocolo não alcançou qualquer lugar de destaque na prática forense²².

b) Tratado de Genebra sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1927

O Tratado de Genebra sobre execução de sentenças arbitrais não foi assinado pelo Brasil. Não obstante, em dezembro de 1929, juntamente com o Protocolo de Genebra de 1923, ele foi submetido ao parlamento brasileiro, mas devido à dissolução deste, não chegou a ser discutido²³. Nem mais tarde tampouco o Brasil aderiu ao tratado, não sendo, portanto, país signatário²⁴.

c) Outros acordos

O Brasil até hoje ainda não aderiu aos tratados da ONU sobre a homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras assinados em 1958²⁵, nem tampouco ao tratado europeu sobre jurisdição arbitral comercial internacional de 1961²⁶. O Brasil também não participa do tratado do Banco Mundial para dirimir conflitos de investimentos assinado em 1965²⁷.

20. Valladão, *Direito Internacional Privado*, Vol. 3, 1978, pág. 212; Barros Leães, *Rev. Forense* 221 (1968) pág. 424; Dunshee de Abranches, *Rev. Forense* 228 (1969) pág. 368; Soares (nota de rodapé 19); Marotta Rangel, *YB. Com. Arbtr.* 3 (1978), pág. 32 seg. Em pormenores Azevedo Mercadante, *O protocolo sobre cláusulas arbitrais assinado em Genebra em 1923*, em: *Tercer curso de derecho internacional organizado por el Comité Jurídico Internacional americano*, Washington 1977, pág. 435, 439 e seg.

21. C. Dist. Fed., 18-07-1933, citado em Carvalho Santos, *Código civil brasileiro interpretado*, Vol. 14, 1936, pág. 25.

22. *Comp. Marotta Rangel* (nota rodapé 20), pág. 44; Azevedo Mercadante (nota rodapé 20), pág. 444, e mais adiante notas 105, 139.

23. Ver acima nota 4.

24. É errada a indicação encontrada no relatório "Brésil" de Frazão Guimarães: *Arbitragem internacional comercial*, Vol. 2, Den Haag 1960, pág. 24, que classifica o Brasil como país contratante da *Convention de Genève de 1928* (sic). Parece que o que pretendia dizer era o Protocolo de Genebra de 1923.

25. Os países contratantes da Convenção na América Latina são Equador (1962), México (1971), Cuba (1975), Chile (1975), Colômbia (1979); para a aplicação da convenção nestes países consultar a documentação em Samtleben, *Rabelsz* 44 (1980), pág. 267, nota 55.

26. Dos países latino-americanos apenas Cuba aderiu a este tratado. Samtleben, *AWD* 1971, pág. 215, nota rodapé 10.

27. Sobre a reserva dos países latino-americanos com relação a este tratado com. Pirrung. *A arbitragem seg. o acordo do banco mundial para litígios de investimento*, 1972, pág. 27, 29; Szosz, *Virg. J. Int. L.* 11 (1970), pág. 256 e seg., Abbott, *Harv. Int. L.J.* 17 (1976) pág. 131, 138 e seg.

2. Acordos Regionais

a) o Código Bustamante

O Brasil é país contratante do Código Bustamante de 1928, um acordo abrangente sobre direito civil, comercial, penal e processual, vigente entre 15 países latino-americanos. As suas disposições só são vinculativas com relação aos países contratantes sendo, porém, às vezes, consultadas com relação a países não-contratantes²⁸. O Código Bustamante prevê, em duas passagens, regulamentações sobre a jurisdição arbitral. Segundo os artigos 210-211, tanto a capacidade (competência) arbitral do objeto, como conclusão e efeito do convênio arbitral se orientam pela "ley territorial", que aqui significa a *lex fori*²⁹. Além disso o art. 432 determina que as disposições do Código Bustamante sobre homologação mútua e execução de decisões também se aplicam às sentenças arbitrais promulgadas em um país contratante, na medida em que o objeto seja arbitrável segundo o direito do país de execução³⁰. Enquanto estas disposições freqüentemente desempenham um papel importante na prática latino-americana³¹ no que diz respeito à homologação de decisões judiciais estrangeiras, não é possível constatar uma influência análoga no Brasil quanto a sentenças arbitrais estrangeiras³².

b) Convenções interamericanas 1975/79

A Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional, assinada no Panamá em 1975, já vigora entre oito países latino-americanos³³. Ela contém disposições mais detalhadas sobre a validade de cláusulas arbitrais no intercâmbio comercial internacional e sobre a execução de decisões arbitrais estrangeiras. Apesar de a Convenção não o mencionar expressamente, a sua aplicação deve pressupor que as partes contratantes tenham a sua sede em diferentes países contratantes³⁴. O Brasil assinou a convenção, porém ainda não a ratificou.

28. Ver Samtleben, *Direito Internacional Privado na América Latina*, Vol. 1, 1979, pág. 57 e seg., 138 e seg., 158 e seg., para o Brasil, pág. 286 e seg.

29. Comparar Bustamante y Sirvén, *Derecho Internacinal Privado*. Vol. 2, 1931, nº 1.248 e seg., 1.254 e seg. Por outro lado, para a competência arbitral privada vale, segundo a concepção de Bustamante, o estatuto do pessoal, idem nº 1.250.

30. A disposição prevê apenas que o local do processo de arbitragem esteja situado em um país contratante, independente das partes participantes, comparar Samtleben (nota de rodapé 28), pág. 149 nota de rodapé 130.

31. Exemplos em Samtleben (nota de rodapé 28), pág. 155 e seg.

32. Comparar Rosenn, *Am. J. Comp. L.* 28 (1980) pág. 504: "Since ... there has traditionally been considerable reluctance to resort to arbitration in Latin American countries, it is not surprising that art. 432 has apparently never been invoked in Brazil"

33. Ver Samtleben, Rabelsz (1980) pág. 265 e seg. Países contratantes são o Chile, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Salvador e Uruguai. Os Estados Unidos, ao contrário do que informa Rosenn (nota de rodapé 32), não ratificaram a convenção até hoje (informação do OAS de 06-11-1980).

34. Samtleben, Rabelsz 44 (1980) pág. 317.

Instruções complementares estão contidas na Convenção Interamericana sobre o efeito extraterritorial de sentenças e decisões arbitrais estrangeiras, assinada em Montevideu em 1979³⁵. As suas disposições devem ser aplicadas, segundo art. 1º § 2º, a decisões arbitrais, contanto que a convenção do Panamá de 1975 não contenha nenhuma regulamentação. O Brasil assinou a Convenção de Montevideu — com reserva não tendo, porém, ratificado ainda³⁶. Na praxe mais recentemente adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro já se fez referência aos fundamentos desta convenção³⁷ para a homologação de uma decisão arbitral de Hamburgo.

II. Direito Nacional

1. Fundamentos jurídicos

Desde os tempos da colonização portuguesa³⁸ a arbitragem é legalmente reconhecida no Brasil. Sob a legislação brasileira posterior, ela sofreu várias reformulações novas, encontrando atualmente seu fundamento jurídico em diversas leis.

a) Direito constitucional

Já a primeira Constituição brasileira de 1824 previa em seu art. 160 que divergências jurídicas civis fossem decididas por árbitros nomeados pelas partes. Apesar de não se encontrar nenhuma instrução pertinente nas Constituições seguintes, a competência dos tribunais de arbitragem se mantinha incontestável. A Constituição de 1934 até se referia à arbitragem comercial entre os objetos da legislação federal (Art. 5, XIX, c). A Constituição de 1946 previa, pela primeira vez, uma garantia expressa da via judicial, também assumida pela Constituição vigente de 1969³⁹. Esta disposição representava uma reação contra as restrições impostas aos tribunais sob o Governo Getúlio Vargas e não visava a arbitragem⁴⁰; na literatura, no entanto, foi várias vezes interpretada neste sentido⁴¹. Todavia, a jurisprudência

35. Samtleben, *RabelsZ* 44 (1980) pág. 299 e seg. A convenção foi ratificada até hoje

36. A reserva brasileira se refere ao art. 2 lit. d) da Convenção, segundo o qual legislação interna (direito) do segundo país (ver também nota de rodapé 120 adiante). A competência judiciária internacional do primeiro país deve ser analisada à luz da pelo Peru e Uruguai.

37. Ver adiante nota de rodapé 145.

38. Ordenações Filipinas (1963) Livro III, Título 16. Ver também no Brasil Moraes Carvalho, *Praxe forense*, 1850, pág. 44 e seg.

39. Constituição de 1946, art. 141 § 4 = Constituição de 1967, art. 150 § = Constituição de 1969, art. 153 § 4.

40. Comparar Sampaio Dória, *Direito Constitucional, Comentários à constituição de 1946*, Volume 3, 1960, pág. 599 e seg.

41. Ainda em Mendonça Lima, *Rev. Trib.* 402 (1969) pág. 9 e seg. = *Rev. Forense* 227 (1969) pág. 381 e seg. De outra opinião são Oliveira Filho, *Rev. Forense* 122 (1949) pág. 615; Carvalho Santos, *Rev. Forense* 164 (1956) pág. 115 e seg.; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 15, 1962, pág. 144.

dência por várias vezes deixou bem claro que esta disposição não entra em conflito com o acordo de um tribunal de arbitragem⁴². Da mesma forma o Estado pode, em conformidade com isto, se submeter à decisão de um tribunal de arbitragem⁴³, exceto em se tratando de sua atividade soberana⁴⁴.

b) Código Civil

O fundamento jurídico decisivo para o contrato de arbitragem encontra-se ainda hoje no Art. 1037 e seguintes do Código Civil de 1916. De acordo com o mesmo, as partes podem, mediante um contrato de arbitragem, acordar em submeter as suas divergências jurídicas à decisão por um tribunal de arbitragem, contanto que possuam a capacidade de celebrar contratos (Art. 1037)⁴⁵. O contrato arbitral em um litígio pendente pode ser concluído mediante protocolo lavrado em juízo ou então mediante um instrumento público ou privado, assinado pelas partes e por duas testemunhas (Art. 1038)⁴⁶. Deve especificar o objeto do litígio bem como os árbitros escolhidos e seus prepostos (Art. 1039). Disposições mais detalhadas sobre o conteúdo do contrato de arbitragem e sobre o processo arbitral estão contidas nos arts. 1040-1047, que foram em parte modificados pelos códigos de processo civil posteriores (veja *d* mais adiante). Além disso encontram aplicação análoga as disposições referentes à transação; um contrato arbitral é pois somente admissível com relação a divergências sobre direitos patrimoniais de natureza privada (art. 1035, 1048)⁴⁷.

c) Direito Comercial

O processo arbitral obrigatório para assuntos comerciais, adotado pelo Código Comercial de 1850 com base no modelo francês, já em

42. Trib. Dist. Fed. 29-01-1952, Repertório enciclopédico do direito brasileiro, Vol. 30, pág. 42; Trib. São Paulo, 27-08-1953, Rev. Trib. 217, pág. 233; 17-12-1959, Rev. Trib. 296, pág. 410. Enquanto estas decisões ainda exigem a possibilidade de um exame judicial, o Supremo Trib. Federal considera uma exclusão legal de qualquer exame posterior como compatível com o Direito Constitucional, Sup. Trib. Fed., 15-11-1973, Rev. Trim. Jur. 68, pág. 382, 392 e seg., 396.

43. Sup. Trib. Fed., 13-06-1969, Rev. Trim. Jur. 52, pág. 168, 171 e seg.; em pormenores 14-11-973, Rev. Trim. Jur. 68, pág. 382, 384, 391 e seg.

44. Ver Sup. Trib. Fed., 16-06-1942, Rev. Trib. 142, pág. 774 (com relação a dívidas fiscais); e ademais o parecer do Ministério dos Transportes na Rev. Forense 95 (1943) pág. 56 (ref. a medidas monetárias). Comparar também Pontes de Miranda (nota 41) pág. 160 e nota 47 adiante.

45. Para menores de idade os pais só poderão concluir um contrato arbitral com autorização judicial. Trib. Minas Gerais, 26-06-1926, Rev. Forense 47, pág. 715; um contrato arbitral sobre cotas de herança (a partilha) de menores é inadmissível. Trib. São Paulo, 21-08-1941, Rev. Trib. 135, pág. 157.

46. Trib. São Paulo, 19-06-1939, Rev. Trib. 121, pág. 201; é possível lavar-se um auto em juízo, também fora de um litígio, sem testemunhas; Trib. Guanabara, 01-06-1962, Rev. Trib. Guanabara 2, pág. 226: contrato de arbitragem privado por escrito é nulo sem testemunhas. — Sobre o regulamento de um processo arbitral do testamento ver, por um lado, Carvalho Santos (nota 21), pág. 28 e seg.; por outro lado Pontes de Miranda (nota 41), pág. 145 e nota 56 adiante.

47. Sup. Trib. Fed., 29-09-1942, Brasil-Acórdãos, Nova Série, 1º suplemento, Vol. 2. (1949) pág. 90.

1866 era abolido novamente⁴⁸ e, com o Decreto nº 3.900 de 1867, a jurisdição arbitral comercial sofreu nova regulamentação. De importância capital para a evolução da doutrina do direito foi o Art. 9º do decreto, segundo o qual uma cláusula arbitral sobre litígios futuros só possui valor de promessa (veja, II, 3 adiante). O decreto também permaneceu em vigor ao lado do Código Civil e somente paulatinamente foi sendo substituído pelas leis processuais posteriores de cada Estado e da Federação⁴⁹. A jurisdição arbitral obrigatória prevista para certas operações comerciais por leis estaduais, era considerada anticonstitucional⁵⁰. Da mesma forma, no direito marítimo, uma regularização forçada, por meio de árbitros, está fora de cogitação; a disposição pertinente contida no Art. 783 do Código Comercial, portanto, não é mais obrigatória⁵¹. No Direito Comercial vigente não existe mais nenhuma regulamentação especial no que se refira diretamente à jurisdição arbitral. Em parte, porém, tal regulamentação é derivada da Lei das Sociedades Anônimas de 1976⁵².

d) Direito Processual

O processo arbitral, que até recentemente esteve incluído nos diferentes códigos processuais da Federação e de cada Estado, sofreu, pela primeira vez, regulamentação uniforme no Código de Processo Civil de 1939⁵³. No Código de Processo Civil vigente de 1973, o capítulo pertinente foi novamente redigido⁵⁴. Os artigos 1072-1077 contêm instruções sobre o contrato de arbitragem, as quais repetem as disposições do Código Civil, complementando-as parcialmente (veja *b* acima). Os artigos 1078-1084 seguintes fixam disposições mais detalhadas sobre

48. Comparar Araújo Costa, *Código Commercial do Império do Brazil*, 3ª edição, 1878, pág. 498, 619 e seg., 985 e seg., Gonçalves do Couto, *Do juízo arbitral*. 1920, pág. 16 e seg. — Sobre a inaplicabilidade das disposições pertinentes do Código Commercial ver ainda Trib. São Paulo, 18-11-1925, Rev. Trib. 56, pág. 435, e nota 51 adiante.

49. Comparar pormenorizadamente Bento de Faria, *Código commercial brasileiro*, Vol. 2, 3ª edição, 1920, pág. 7 e seg., 205; Gonçalves do Couto (nota 48), pág. 51 e seg.; Novaes de Souza/Costa Faro (nota 8), pág. 31; Costa Carvalho, Rev. Trib. 196 (1937) pág. 16 e seg.; Valladão (nota 4) pág. 109 e seg.

50. Por exemplo a Lei nº 1.416 do Estado de São Paulo de 14-07-1914, que prescrevia para operações na bolsa a prazo um processo arbitral obrigatório; comparar com a jurisprudência Costa e Silva, Rev. Trib. 36 (1920) pág. 185 e seg.

51. Sup. Trib. Fed., 06-04-1918 e 19-05-1923, Rev. Sup. Trib. 17, pág. 61, 247 e 56, pág. 108. Cláusulas de conhecimento pertinentes são consideradas sem efeito legal e a regulamentação usual por despachantes apenas como um parecer de peritos; Stoill Gonçalves (nota 11), pág. 300.

52. Esta lei permite no art. 118 § 3 quando de ajustes entre acionistas de acordo com o modelo norte-americano, a "execução específica" (specific performance); donde se infere que as cláusulas de arbitragem contidas nesses ajustes são exequíveis judicialmente, Marotta Rangel (nota 20), pág. 32.

53. Ver art. 1.031-1.046 e com relação ao direito anterior as comprovações acima, na nota 49, principalmente com relação ao projeto do código processual civil Costa Carvalho (nota 49).

54. Comparar aqui a visão geral abrangente em Marotta Rangel, (nota 20), pág. 33 e seg.

os árbitros⁵⁵. A antiga regulamentação, segundo a qual estrangeiros não podiam ser árbitros, foi eliminada⁵⁶. Os artigos 1085-1096 regulam o procedimento do processo arbitral e a lavratura do laudo arbitral⁵⁷. A sentença arbitral exige, para que produza efeito, a homologação (confirmação judicial); neste procedimento verifica-se se ela atende a certos requisitos legais (artigos 1097-1100)⁵⁸. Contra a decisão judicial é possível apresentar recurso (artigos 1101-1102). O recurso não pode ser excluído pelo contrato arbitral; porém, na hipótese de se negar provimento à apelação, pode ser acordada uma pena convencional (art. 1101, § 1º)⁵⁹. Da mesma forma, a jurisprudência confirmou a possibilidade da ação rescisória⁶⁰. A execução da sentença arbitral homologada é realizada em processo executório normal pelo tribunal de direito comum⁶¹.

2. Prática

Nas exposições gerais sobre jurisdição arbitral no Brasil afirma-se, via de regra, que a arbitragem, na prática, mal alcançou algum signi-

55. É imprescindível que o número de árbitros seja sempre ímpar, art. 1.076; comparar para o caso de igualdade de votos ainda Trib. São Paulo, 22-10-1964, Rev. Trib. 374, pág. 176.

56. Comp. ainda art. 1.031 do Código de Processo Civil 1939. — Como árbitro pode ser nomeado um juiz, mas não um tribunal em si; uma cláusula arbitral em um testamento foi considerada nula somente por este motivo, Trib. São Paulo, 02-12-1952, Rev. Trib. 208, pág. 194.

57. Detalhes em Marotta Rangel (nota 20), pág. 37 e seg. O laudo arbitral deve ser promulgado dentro do prazo acordado (ou legal), art. 1.077 III (artigos 1.091, 1.093): para a cálculo do prazo ver Trib. São Paulo, 19-06-1939 (nota 46) e 11-12-1956, Rev. Trib. 260, pág. 347.

58. Ver em relação ao procedimento e extensão do controle: Trib. Rio de Janeiro, 26-06-1975, Rev. Trib. 481, pág. 197 (nenhum exame de matéria); Trib. São Paulo, 16-05-1978, Rev. Trib. 514, pág. 82 (nulidade do contrato arbitral, vícios de processo) — Comp. também com relação ao direito anterior: Trib. Dist. Fed., 21-11-1952, Rev. Forense 150, pág. 236 (exame judicial limitado); Trib. São Paulo 29-03-1913, Rev. Trib. 5, pág. 270 (decisão equitativa); 09-11-1954, Rev. Trib. 232, pág. 162 (transcendência do contrato arbitral); e ainda as decisões acima, nota 42.

59. Já com. os artigos 1.046-47 do Código de Processo Civil, além da jurisprudência da C. Suprema, 02-05-1918, Brasil-Acórdãos Vol. 7 (1935) nº 19.221; C. Dist. Fed., 09-05-1912, Rev. Dir. 25, pág. 310 (embargos de terceiros); Trib. Minas Gerais, 09-07-1938, Rev. Forense 76, pág. 347 (prestação de caução); Trib. Guanabara 01-06-1962 (nota 46); Trib. São Paulo, 16-05-1978 Rev. Trib. 514, pág. 82 (valor da multa contratual); com relação ao direito mais antigo Sup. Fed., 06-05-1905, O Direito 101, pág. 243 com provas.

60. Sup. Trib. Fed., 21-10-1940, Rev. Trib. 137, pág. 332: O tribunal de direito comum decide sobre a ação rescisória contra a sentença arbitral (por violação do teor da lei). Opinião diferente é representada por Pontes de Miranda (nota de rodapé 41) pág. 142, que considera como objeto da apelação da sentença apenas a homologação do laudo arbitral.

61. Ver Sup. Trib. Fed. 29-09-1920, Rev. Forense 37, pág. 52; Trib. Dist. Fed. 14-11-1944, Rev. Trib. 158, pág. 803. Em contraposição ao art. 1.045 do Código Civil, de acordo com o Direito Processual vigente, mesmo o laudo arbitral proferido por um juiz só pode ser executado após a homologação judicial, comp. Trib. São Paulo, 28-10-1952, Rev. Trib. 207, pág. 130 (diferente da decisão da nota anterior). Convenções voluntárias sobre o cumprimento da sentença arbitral não necessitam de homologação judicial, Trib. Dist. Fed., 29-06-1955, Arch. Jud. 115, pág. 303.

ficado⁶². Como argumentação costuma-se citar geralmente a tradicional aversão contra este procedimento de resolver litígios e, principalmente, a falta de comprometimento da cláusula arbitral (veja, II, 3, adiante). Um estudo preciso fornece obviamente um quadro mais diferenciado.

a) Prática contratual

O acordo sobre resolução arbitral de litígios não é fenômeno raro na realidade jurídica brasileira, haja vista a extensa jurisprudência referente a essas questões. Assim já se encontram, no passado, convenções de arbitragem, principalmente em contratos celebrados por municípios e cidades com companhias de utilidade pública, muitas vezes apoiadas por empresas estrangeiras. Além disso surgem, com frequência, entidades estaduais como parceiros de convenções de arbitragem, casos estes em que é considerada necessária uma autorização legal⁶³. A Lei nº 1.628 de 29-6-1952 sobre o Banco Nacional de Desenvolvimento, por exemplo, contém, *mutatis mutandis*, uma autorização análoga⁶⁴. Também para transações comerciais no Brasil recorre-se freqüentemente a convenções de arbitragem; especialmente em contratos sociais são inseridas, às vezes, cláusulas correspondentes⁶⁵. É muito comum acordarem-se cláusulas de arbitragem nas relações comerciais internacionais, quando diferentes formas são empregadas⁶⁶. Todavia, na prática cautelar, antes procura-se desaconselhar o emprego dessas cláusulas, sobretudo tendo em vista o fato de a homologação de decisões arbitrais estrangeiras no Brasil até agora aparentemente não estar garantida⁶⁷. Quanto a este ponto, porém, houve, nesse ínterim, modificação que irá influenciar também a prática futura (ver, II, 4, adiante).

62. Valladão (nota 4), pág. 109, 112 e seg.; Garland (nota 18), pág. 79 e seg.; Marotta Rangel (nota 20), pág. 31; Miranda Rosa, (Relatório sobre o Brasil, Kopenhagen 1975), Rev. Forense 254 (1976), pág. 479; Gusmão Carneiro em "Tribuna da Justiça", São Paulo, de 05-11-1980.

63. Comp. Sup. Trib. Fed. 14-11-1973 (nota 42) pág. 392; similar já no C. Dist. Fed. 20-11-1905, Fev. Forense 5, pág. 45; outros dados sobre a prática mais adiante na nota 70 e seg. — Com relação a um contrato arbitral entre a Western Telegraph Company Ltd. e o Ministério dos Transportes, ver o aviso da autoridade tributária em Revista Fiscal 8 (1937), Imposto do selo nº 110.

64. De acordo com o art. 23 desta lei o Tesouro Nacional pode pactar validamente a arbitragem diretamente ou através do Banco de Desenvolvimento quando de operações financeiras internacionais, também para litígios futuros, ver adiante nota 103.

65. Comp. Ascarelli/Sciascia, Arbitr. J. 5 (1950) pág. 206.

66. Uma sinopse sobre as cláusulas mais comuns a favor de tribunais arbitrais brasileiros ou estrangeiros é dada por Dunshee de Abranches (nota 20), pág. 386; costuma-se reportar também às normas do IHK Paris, ver Barros Leães (nota 20), pág. 426; em geral para contratos de empréstimos internacionais consultar Salles, Rev. Forense 256 (1976) pág. 43. Sobre o caso de uma cláusula de arbitragem em um contrato consorcial teuto-brasileiro existem dados pormenorizados em Moser, Questões do direito comercial latino-americano, 1966, pág. 33 e seg.

67. Ver talvez Coriat, Transfert de technologie au Brésil, Droit prat. com. int. 6 (1980) pág. 273 e seg., 278; Sodrê de Carvalho/Owers, Dragting Contracts Nnder Brazilian Law, Int. Lawyer 14 (1980) pág. 115 e seg., 121.

b) Prática arbitral

No Brasil, assim como em outros países, decisões arbitrais só raramente são publicadas; até hoje apenas ocorreu em alguns casos espetaculares. Por volta do início deste século, o caso “Dr. Werneck v. Minas Gerais”, tendo como objeto o arrendamento⁶⁸ de uma estação terminal inteira, ganhou grande notoriedade. Mais recentemente ficou conhecido o caso “Companhia Siderúrgica Nacional v. Batista Pereira”, que tratava da exploração de uma mina de carvão no Estado de Santa Catarina⁶⁹. Além disso, em vários casos, entidades governamentais integraram processos de arbitragem com base nos já referidos contratos assinados com empresas de utilidade pública locais, sem recorrer à não-obrigatoriedade da cláusula arbitral⁷⁰. Outros processos arbitrais se referiam a pagamentos de indenização do Estado devida por valores patrimoniais confiscados⁷¹. Também entre pessoas privadas está se tornando cada vez mais comum a realização de processos de arbitragem, conforme pode ser depreendido de jurisprudência concorrente. Nestes casos o objeto do processo arbitral raramente é citado, estando ligado, porém, na maioria dos casos, a transações comerciais⁷².

c) Instituições

No Brasil sempre foram envidados esforços visando apoiar a arbitragem, principalmente no âmbito das transações comerciais, constituindo-se instituições adequadas⁷³. Só recentemente foram alcançados

68. Sentença arbitral de 13-03-1916, Rev. Forense 25 (1916) pág. 307-347; ver o laudo judicial, ídem, 27 (1917) pág. 229-240 bem como as decisões do Supremo Tribunal de 08-08-1917, Rev. Sup. Trib. 13, pág. 52, e de 20-04 e 25-05-1918, Rev. Dir. 51, pág. 426 e 537.

69. Sentença arbitral de 15-01-1952, Rev. Forense 150 (1953) pág. 239-247; e Trib. Fed. 21-11-1952 (nota 58).

70. Comparar a sentença arbitral “Prefeito de Belo Horizonte v. Companhia de Eletricidade” de 12-07-1915, Rev. Forense 24, pág. 271-215; para validade com relação a terceiros Trib. Minas Gerais, 23-05 e 14-11-1917, Rev. Forense 29, pág. 175. Além disso, no caso “The Rio de Janeiro City Improvements Co. v. Governo Federal” o douto parecer de Levi Carneiro em: Pareceres do Consultor Geral da República 1931-32, Vol. 3, 1954, pág. 75 e seg. Ver também os casos concernentes em Rev. Trib. 36 (1920) pág. 24; 142 (1943) pág. 774; 207 (1953) pág. 130; 217 (1953) pág. 233; 232 (1955) pág. 162; 346 (1964) pág. 442; além de Gonçalves do Couto (nota 48), pág. 34 e seg., 123 e seg.

71. Um processo arbitral desse tipo sobre bens confiscados durante a guerra da “Organização Lage” foi objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal 14-11-1973 nota acima 42); com relação a um processo arbitral ao invés do confisco formal ver Trib. Minas Gerais, 09-01-1938 (nota 59). Comp. também Sup. Trib. Fed. 21-10-1940, Rev. Trib. 137, pág. 332 (privação da concessão de loteria).

72. Comp. da praxe forense mais antiga uma sentença arbitral de 1907, Rev. Forense 10, pág. 370 (aval de letra); além disso Trib. São Paulo, 10.02-1925, Rev. Trib. 53, pág. 235 (contrato social); 19-06-1939, Rev. Trib. 121, pág. 201 (contrato sobre fornecimento de madeira); C. Dist. Fed. 07-09-1926, Rev. Dir. 83, pág. 355 (contrato de seguro); Trib. Dist. Fed. 14-11-1944, Rev. Trib. 158 pág. 303 (direito de hipoteca e cambial); 29-06-1955, Arch. Jud. 115, pág. 308 (contrato de distribuição exclusiva de trigo norte-americano); com relação à praxe forense mais recente ver também Carvalho Santos (nota 41). — Sobre direito marítimo ver nota 51 supra.

73. Ver Arruda, Rev. Trib. 40 (1921) pág. 96 e seg.; Valladão (nota 4), pág. 112 e seg.; Dunshe de Abranches (nota 20), pág. 386. Um projeto de lei oficial de 1951 previa a instituição de um órgão de arbitragem de comércio exterior; comp. em Rev. Dir. Merc. 1 (1951) pág. 831 e seg.

resultados palpáveis, para os quais a atividade da Inter-American Commercial Arbitration Commission (IACAC) concorreu de forma decisiva ⁷⁴. No ano de 1967 foi fundado o Centro Brasileiro de Arbitragem, com sede no Rio de Janeiro, e que funciona como instituição de arbitragem permanente e, ao mesmo tempo, como seção regional do IACAC ⁷⁵.

Endereço: Centro Brasileiro de Arbitragem
Avenida Franklin Roosevelt, 23, Grupo 808
Rio de Janeiro, Brasil

Além disso, no ano de 1979, dentro da estrutura da Câmara de Comércio Brasil-Canadá em São Paulo, foi constituída uma instituição de arbitragem permanente, especialmente para tratar de assuntos comerciais internacionais. O seu campo de ação não se limita apenas ao intercâmbio comercial Brasil-Canadá, estando aberto a outras nações. Para árbitros foram escolhidos professores e advogados brasileiros ⁷⁶.

Endereço: Câmara de Comércio Brasil-Canadá
Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1058
São Paulo, Brasil

3. Cláusula arbitral

O presente estudo demonstra que cláusulas arbitrais são comuns na prática brasileira e, na verdade, freqüentemente conduzem a um processo arbitral. O significado legal de tais cláusulas, no entanto, sempre foi bastante controverso ⁷⁷. A opinião geral que até hoje predomina na literatura, é de que estas cláusulas contêm meramente um compromisso civil, cujo inadimplimento pode provocar pretensões de indenização, não justificando, porém, qualquer exceção (objeção) perante o tribunal ordinário. Por outro lado, uma execução coercitiva (forçada) da cláusula arbitral mediante uma exceção deste tipo e, eventualmente, uma constituição judicial dos árbitros, só raramente foi considerada admissível ⁷⁸. Na jurisprudência a cláusula muitas vezes é até declarada como totalmente sem efeito e considerada sem qualquer importância.

⁷⁴. Sobre a história e experiência da IACAC ver Samtleben, *RabelsZ* 44 (1980) pág. 266 com mais provas. — Os regulamentos processuais vigentes da IACAC se encontram no *YB. Com. Arbitr.* 3 (1978) pág. 231 e segs., lá também a cláusula de arbitragem recomendada.

⁷⁵. Comp. Soares (nota 19), pág. 194 e seg.; Marotta Rangel (nota 20), pág. 31 e seg.

⁷⁶. Ver Pinheiro Neto & Cia., *Lawyer of the Americas* 12 (1980) pág. 252.

⁷⁷. Ver Dunshee de Abranches (nota 20), pág. 384; R. Nunes, *Rev. Trib.* 284 (1959) pág. 12, 15 e seg. Um bom resumo encontra-se nas seguintes decisões: C. Minas Gerais, 18-11-1936, *Rev. Forense* 69, pág. 116; T. Alç. São Paulo, 07-03-1978, *Rev. Trib.* 512, pág. 170.

⁷⁸. Principalmente Mendes Pimentel em seu estudo amplamente citado: "Da cláusula compromissória no direito brasileiro", 1934. — Um regulamento pertinente já se encontrava incluído no projeto de um código de processo civil para o distrito federal de 1910, comp. Valladão (nota 4), pág. 111; Gonçalves do Couto (nota 48), pág. 93.

a) Casos nacionais

A evolução do direito brasileiro foi profundamente influenciada pelo já mencionado Decreto nº 3.900 de 1867, cujo art. 9º caracterizava claramente a cláusula de arbitragem ref. a litígios futuros como uma mera promessa. Já a jurisprudência do século XIX levava à conclusão de que uma tal cláusula não poderia excluir os trâmites legais normais⁷⁹. A mesma concepção orientava também as disposições do Código Civil de 1916, que regulamentava apenas o contrato de arbitragem com relação a litígios existentes e seus requisitos formais⁸⁰. Baseando-se nestas instruções e no Decreto nº 3.900, que continuavam em vigor, a jurisprudência decidiu, salvo algumas exceções, não permitir a exceção de arbitragem com base em uma simples cláusula de arbitragem⁸¹. Importância particular alcançou a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso “Alves Medeiros & Co. v. Lloyd Industrial Sul Americano”, que declarou uma cláusula de arbitragem em um contrato de seguro marítimo absolutamente sem efeito⁸². Esta decisão foi seguida pela jurisprudência dos tribunais inferiores⁸³, onde decisões individuais procuram adicionalmente provar que, mesmo válida a cláusula, esta não abrange o litígio⁸⁴ ou, pelo menos, não permite nenhuma exceção⁸⁵.

79. J. Bahia, 13-08-1889, O Direito 51, pág. 234 (contrato social); Trib. São Paulo, 03-12-1896, Brasil-Acórdãos Vol. 7 (1936) nº 19.226.

80. O autor do Código Civil declarou em seus comentários que a cláusula arbitral não fundamenta nenhuma exclusão processual mas apenas uma obrigação civil com (consequência de) indenização; Clóvis Bevilacqua, Código Civil, Reimpressão 1979, Art. 1.037 Obs. 3.

81. C. Dist. Fed. 20-04-1920, Rev. Dir. 56, pág. 530 (contrato social); 15-09-1922, idem 69, pág. 336 (contrato social); J. Dist. Fed. 18-01-1927, idem 83, pág. 389 (contrato de construção por empreitada); Trib. São Paulo, 10-04-1924, Rev. Trib. 50, pág. 111 (contrato de construção por empreitada); 11-12-1924, idem 53, 31; J. São Paulo, 01-12-1923, idem 48, pág. 534 (nenhuma ação para celebração do contrato arbitral); ver também os pareceres jurídicos em Rev. Dir. 50 (1918) pág. 467 e seg., Rev. Forense 47 (1926) pág. 282 e seg., Pandectas Brasileiras 2, 1927, II, pág. 458 e seg. — Difere J. Dist. Fed. 26-08-1922, Rev. Forense 40, pág. 397 (contrato social); divergente também C. Dist. Fed. 10-07-1925, Rev. crit. jud. 1925, pág. 236 (contrato de seguro); Trib. São Paulo, 10-02-1925 (nota 72).

82. Sup. Trib. Fed., 24-08-1927, Arch. Jud. 3, 507 = Rev. Dir. 85, pág. 425 = Rev. Forense 49, pág. 387 = Rev. Jur. Bras. 13, pág. 174; igualmente em um outro caso de seguro marítimo 07-10-1931, idem 15, pág. 41.

83. Trib. São Paulo, 26-07-1928, Rev. Trib. 72, pág. 104; 27-11-1931, idem 81, pág. 97 (contrato de concessão); 03-08-1934, idem 94, pág. 542 (contrato de licença), com parecer Lacerda pág. 356 e seg.; 22-09-1937, idem 112, pág. 530 (contrato de construção de ruas) com comprovações detalhadas; 09-02-1938 idem, pág. 584 (contrato social); Trib. Rio Grande do Sul, 02-12-1940, Arch. Jud. 58, pág. 53 (contrato de arrendamento); igualmente C. Minas Gerais, 18-11-1936, Rev. Forense 69, pág. 116 (contrato de concessão) com voto de Orozimbo Nonato.

84. C. Dist. Fed. 27-05-1929, Rev. Dir. 94, pág. 331: a cláusula, que “de preferência” um tribunal de arbitragem deveria decidir, representa apenas uma possibilidade de opção; 22-06-1936, Rev. Forense 67, pág. 727: cláusula arbitral em contrato social só vale para a administração vigente, não no caso de dissolução; Trib. Dist. Fed. 27-07-1943, Rev. Dir. 147, pág. 314; cláusula de arbitragem com relação à interpretação de contrato não vale para inadimplente.

85. Trib. São Paulo, 03-02-1931, Rev. Trib. 77, pág. 320: outros efeitos não excluídos; Trib. Dist. Fed. 03-11-1939, idem 131, pág. 707: a cláusula arbitral prevê apenas multa contratual.

Com a regulamentação uniforme do Direito Processual Civil pelo Código de Processo Civil de 1939, o Decreto nº 3.900 foi definitivamente abolido⁸⁶. Na verdade, algumas decisões individuais que se seguiram, consideraram a exceção de incompetência (declinatória de competência judiciária) como admissível, com base na cláusula de arbitragem⁸⁷. A maior parte da jurisprudência, porém, optou pela concepção reinante até agora, continuando a declarar a cláusula de arbitragem de efeito nulo⁸⁸ ou, no máximo, obrigatória do ponto de vista civil⁸⁹. O Código de Processo Civil de 1973 levou em conta esta evolução, permitindo a exceção arbitral apenas com base em um contrato de arbitragem formal (Art. 301 IX)⁹⁰. Em contrapartida, a questão referente aos demais efeitos da cláusula de arbitragem ainda não foi definitivamente esclarecida.

b) Casos internacionais

Na literatura brasileira encontra-se, às vezes, a opinião de que a validade (eficácia) da cláusula de arbitragem em contratos internacionais seria regida pelo estatuto contratual e, com isso, eventualmente, por direito estrangeiro⁹¹. A jurisprudência, porém, julga tais cláusulas de arbitragem sempre segundo o direito brasileiro, que, então, é expressamente consultado como estatuto contratual ou, simplesmente, como *lex fori*, sem qualquer justificativa. Parece que nos últimos casos a admissibilidade da exceção arbitral é qualificada implicitamente como problema processual. As diferentes decisões individuais serão reproduzidas, a seguir, em seqüência cronológica.

86. Em parte já havia sido substituído por códigos processuais de diferentes estados, nota supra 49.

87. Trib. Dist. Fed. 23-04-1952, Diário da Justiça de 25-08-1955, Jurispr. pág. 2.945 (contrato de arquiteto); Trib. São Paulo, 22-10-1959, Rev. Trib. 293, pág. 263 (contrato social); ver também 17-12-1959 Rev. Trib. 296, pág. 410 (contrato de formulário), e 02-12-1952, Rev. Trib. 208, pág. 194 (testamento). A exceção de incompetência foi baseada no art. 1.321 do Código de Processo Civil de 1939 que não continha quaisquer disposições especiais sobre a exceção arbitral.

88. Ver o resumo sobre jurisprudência em Alexandre de Paula, Código de Processo Civil anotado, vol. 4, 1977, pág. 376 e seg. Comp. também Trib. Santa Catarina, 02-07-1951, Rev. Forense 143, pág. 351; Trib. Dist. Fed., 11-04-1957, Repertório enciclopédico do direito brasileiro, vol. 30, pág. 37.

89. Trib. São Paulo, 08-06-1962, Rev. Trib. 334, pág. 194 (contrato social), confirmado por 16-11-1962, Rev. Trib. 361, pág. 136; 16-05-1963, idem 360, pág. 198 (contrato de engenheiro); T. Alç. São Paulo, 05-08-1971, idem 434, pág. 159 (contrato social) com voto contra.

90. Ver dentre as decisões judiciais T. Alç. São Paulo, 02-10-1974, Rev. Trib. 470, pág. 150 (contrato social); 07-08-1974, idem 472, pág. 127 (contrato social) com voto contra; 07-03-1978, Rev. Trib. 513, pág. 170 (contrato social); outras decisões em Edson Prata, Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil, vol. 17, 1978, pág. 5.565 e seg.

91. Carvalho Santos (nota 21), pág. 30 e seg.; Valladão (nota 20) pág. 215; semelhante Barros Leães (nota 20), pág. 421 e seg., 423. Comparar também Ascarelli/Sciascia (nota 65), pág. 206 e seg.

92. Rev. Sup. Trib. 66, pág. 3 = Rev. Dir. 73, pág. 145 = Rev. Forense 41, pág. 455 = Pandectas Brasileiras 2, 1927, II pág. 447.

C. Dist. Fed. 26-7-1923, *Société Générale d'Entreprises au Brésil v. United States Steel Products Company* ⁹²:

A ré belga e a autora norte-americana, ambas operando no Brasil, haviam celebrado aqui um contrato de compra de manganês, no qual fora previsto, para eventuais litígios, um tribunal de arbitragem em Londres. Face à ação proposta no Brasil, a ré fez valer a exceção da cláusula de arbitragem, vencendo na primeira instância ⁹³. O tribunal de apelação, a princípio, reconheceu esta sentença, declarando porém, em face de recurso, a cláusula arbitral sem efeito, em sua mui comentada decisão tomada em plenário ⁹⁴. Como motivação referiu-se ao Decreto nº 3.900 de 1867 e ao art. 13 da lei de introdução de 1961, que subordinam obrigatoriamente ao direito brasileiro e, conseqüentemente, à jurisdição brasileira, os contratos celebrados no Brasil ou a serem cumpridos no Brasil.

C. Dist. Fed. 29-7-1927, *Herdas v. Werkspoor* ⁹⁵:

A autora havia assumido a representação geral no Brasil para a ré holandesa. O contrato, que servia de base, continha uma cláusula de arbitragem, segundo a qual como árbitros só podiam ser nomeadas pessoas residentes e domiciliadas na Holanda. Após rescisão do contrato pela ré, a autora fez valer pretensões decorrentes das relações contratuais perante tribunais brasileiros. A exceção de arbitragem foi rejeitada nas duas instâncias com motivação semelhante ao caso anterior ⁹⁶.

Trib. Rio Grande do Sul 18-9-1940, *J. Henry Schröder & Cia. v. Hamburg-Südamerikasche-Dampfschiffahrts-Gesellschaft* ⁹⁷:

No início da Segunda Guerra Mundial o banco queixoso, com sede em Londres, havia arrestado o navio alemão "Montevideo" no porto de Rio Grande do Sul por causa de uma hipoteca sobre o navio. No seguinte processo executivo, a ré alemã, entre outras coisas, reportou-se a uma cláusula contratual que previa a decisão de litígios pelo tribunal de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. A princípio, a competência dos tribunais brasileiros foi admitida, mas rejei-

93. J. Dist. Fed. 10-09-1920, *Rev. Forense* 35, pág. 234. O juiz via na cláusula arbitral, em contraposição à interpretação dominante do Decreto nº 3.900 de 1867, uma promessa obrigatória; ver também a sua decisão posterior de 26-08-1922, *Rev. Forense* 40, pág. 397 (nota 81).

94. A decisão resultou em uma discussão pública nos jornais entre os juízes participantes; comp. *Pandectas Brasileiras* 2, 1927, II, pág. 455 e seg., tendo influenciado a evolução da jurisprudência brasileira de forma decisiva.

95. *Rev. Dir.* 85, pág. 548.

96. Aqui também a competência dos tribunais brasileiros foi considerada imprescindível, com referência aos artigos 13 e 15 da lei de introdução de 1916; opinião crítica contra esta decisão Valladão (nota 4) pág. 114.

97. *Rev. Trib.* 134, pág. 274 = *Rev. Forense* 84, pág. 686; confirmada pelo *Sup. Trib. Fed.* 22-09-1941, *Arch. Jud.* 62, pág. 119.

tada na instância de apelação, com a alegação casual de que o credor poderia recusar uma eleição de foro realizada a seu favor. A questão da arbitragem em si não foi discutida⁹⁸.

Trib. São Paulo 31-3-1943, Knowles & Foster v. Misuraca⁹⁹:

A ré havia vendido à autora vários lotes de farinha de trigo enviando-os para a Inglaterra, onde, quando da verificação, foram constatadas certas diferenças em peso e qualidade. Face à ação proposta no Brasil, a ré se reportou a uma cláusula contratual segundo a qual, em caso de litígio, as partes deveriam convocar um tribunal de arbitragem. Esta objeção foi declarada pelas duas instâncias como sendo irrelevante, já que um tribunal de arbitragem não havia sido convocado e a cláusula, em si, não era válida.

Sup. Trib. Fed. 2-6-1967, Insubra S.A. Intercomercial Sueco-Brasileira v. Büromaschinen-Export G.m.b.H.¹⁰⁰:

A autora trabalhava para a ré, uma firma de comércio exterior da RDA ou República Democrática Alemã na qualidade de comissionada. O contrato de comissão incluía uma cláusula de arbitragem a favor do tribunal de arbitragem de comércio exterior da RDA. Respondendo à ação de perdas e danos por inadimplimento contratual, a ré levantou exceção arbitral, que, no entanto, foi refutada em todas as instâncias. A cláusula de arbitragem ofereceria apenas um direito à conclusão do contrato de arbitragem e, eventualmente, uma reivindicação de indenização, não podendo, porém, excluir a competência das cortes brasileiras¹⁰¹.

Trib. São Paulo 3-10-1967, Neptúnia Sociedade Marítima e Comercial Ltda. v. Agência Marítima Triton Ltda.¹⁰²:

A autora reivindicava da ré, que representava os interesses de armadores estrangeiros no Brasil, a indenização de taxas portuárias, oriundas do descarregamento de um navio. No contrato de frete, que serviu de base, foi previsto um processo arbitral em Nova Iorque; a autora não havia respondido a uma citação pertinente. Em vista desta cláusula de arbitragem, o juiz da 1ª instância se declarou incompetente. A sua decisão, no entanto, foi revogada, já que a cláusula de arbitragem, no caso de inadimplência, só concede um direito de indenização mas nenhuma exceção perante um tribunal ordinário.

98. Durante a guerra os tribunais brasileiros confirmaram a sua competência em casos similares, sobrepondo-se também ao art. 482 C. Com., que permite o confisco de navios estrangeiros meramente por causa das obrigações contraídas no Brasil; comp. em Waldemar Ferreira (nota 11), Vol. 13, págs. 730-735, e Garland (nota 18), pág. 86 nota 349.

99. Rev. Trib. 145, pág. 633 — Rev. Forense 98, pág. 112 (princípio).

100. Rev. Trim. Jur. 42, pág. 212.

101. Esta competência fundamentada no local de execução brasileira (Art. 12 da lei de introdução 1942) foi considerada absolutamente imprescindível pelo juiz de primeira instância.

102. Rev. Trib. 390, pág. 180.

c) Conclusões

Segundo o direito brasileiro, cláusulas de arbitragem, em princípio, não são executáveis, também em casos internacionais¹⁰³. Com relação à República Federal da Alemanha, no entanto, deve ser observado o Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais de 1923 que, segundo a concepção predominante, se sobrepõe ao direito nacional¹⁰⁴. Na verdade, porém, o protocolo até hoje não foi aplicado na jurisprudência¹⁰⁵. Portanto, não se pode afirmar, com certeza, se um tribunal brasileiro aceitaria uma cláusula de arbitragem como vinculativa com base no referido protocolo.

Na elaboração de um contrato é preciso, pois, levar em consideração, desde o princípio, a possibilidade de que, apesar de convencionada uma cláusula de arbitragem, uma ação no Brasil será admitida e a exclusão de arbitragem rejeitada. É verdade que, teoricamente, em algumas decisões, perante uma tal violação da cláusula de arbitragem, uma ação de perdas e danos pode ser considerada viável; na prática, porém, nestes casos, já a comprovação de danos poderia acarretar dificuldades consideráveis. Na literatura encontra-se, por isso, a recomendação de se acordar uma cláusula penal para o caso de ser violada a cláusula de arbitragem¹⁰⁶.

Por outro lado, considerando-se a prática arbitral acima exposta, parece ser perfeitamente viável a realização de um processo de arbitragem no Brasil, com base na cláusula arbitral¹⁰⁷. Neste caso, porém, é imprescindível observar-se que antes seja celebrado um contrato arbitral válido quanto às formalidades, que especifique o objeto de litígio e os árbitros. A ausência de um tal contrato de arbitragem implica, segundo a jurisprudência, a nulidade da decisão arbitral, mesmo no caso de as partes participantes terem se submetido tacitamente ao juízo arbitral¹⁰⁸. Para tanto não basta o acordo de que os árbitros devam ser nomeados por uma instituição de arbitragem, nem tampouco será sanado o vício do contrato de arbitragem através da argumentação do mérito junto ao tribunal de arbitragem¹⁰⁹. Finalmente, o processo de arbitragem também pode ser realizado no estrangeiro; neste caso dever-se-ia analisar mais detalhadamente os requisitos para a homologação da sentença arbitral no Brasil.

103. Até que ponto as determinações legais citadas nas notas de rodapé 52, 64 contêm uma exceção ainda não foi decidido judicialmente até hoje. Sobre direito marítimo ver nota supra 51.

104. Nota 20 supra.

105. Nas decisões supracitadas (notas 92-102) o protocolo não foi levado em consideração de modo algum, sendo na maioria dos casos, inaplicável por motivos de tempo ou de espaço.

106. R. Nunes (nota 77), pág. 19; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 2, 8ª edição, 1978, pág. 275. Comp. também Moser (nota 66), pág. 31 e 33 e segs.

107. Comp. acima II 2 b.

108. Trib. São Paulo, 16-05-1978, *Rev. Trib.* 514, pág. 82.

109. Em contrário Marotta Rangel (nota 20), pág. 33, 36 e seg., 43. A sua opinião, no entretanto, não encontra respaldo na jurisprudência e na lei (ver artigos 1.074 II, 1.100 I do Código de Processo Civil).

4. Homologação de decisões arbitrais estrangeiras

Inicialmente considerava-se a homologação e execução de decisões arbitrais estrangeiras como objeto de cartas rogatórias. Relata-se, nesse contexto, que no ano de 1846, uma decisão arbitral francesa chegou à execução¹¹⁰ a pedido da legação francesa no Brasil. Pouco tempo depois, ainda no século XIX, a homologação de decisões arbitrais foi regulamentada legalmente. Esta regulamentação representou o ponto de partida para a posterior evolução do direito.

a) Regulamentação legal

Já o Decreto nº 6.982 de 1878 tratava da execução de decisões judiciais e sentenças arbitrais estrangeiras¹¹¹. Uma nova regulamentação ampla efetuou-se por meio da Lei nº 221 de 1894, que, em princípio, transferia ao Supremo Tribunal a homologação de decisões estrangeiras¹¹². As disposições normativas foram então coletadas na “Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal” de 1898¹¹³, que durante um longo período de tempo representou a base para a homologação de decisões estrangeiras¹¹⁴. As disposições pertinentes no todo foram adotadas, praticamente inalteradas, pela legislação posterior¹¹⁵, sendo sempre assumidas pelos diferentes regimentos internos do Supremo Tribunal Federal¹¹⁶. O Código de Processo Civil de 1973 limita-se, no art. 483, a deixar a homologação de sentenças estrangeiras, em geral, ao Supremo Tribunal e se reporta, daí por diante, no que diz respeito aos requisitos¹¹⁷, ao regimento interno do mesmo. A decisão sobre a homologação compete, desde 1977, ao presidente do Tribunal¹¹⁸. A execução deve ser levada a cabo em seguida junto ao tribunal brasileiro competente.

110. Pimenta Bueno, *Direito Internacional Privado*, 1863, pág. 143 e seg., 145.

111. Decreto nº 6.982 de 27-07-1878, Col. 1878 pág. 445; complementado pelo Decreto nº 7.777 de 27-07-1880, Col. 1.880, pág. 380. Ver Almeida Oliveira, *A lei das execuções*, 1915, pág. 8 276 e seg.

112. Lei nº 221 de 20-10-1894, art. 12 § 4; ver Clóvis Bevilacqua (nota 80). art. 16 Intr. Obs. 1.

113. Consolidação, Parte V, artigos 7 e seg.; ver Tavares Bastos, *Decreto nº 3.084 de 05-11-1898 ou Consolidação das leis referentes à justiça Federal*, Vol. 2, 1915, pág. 357 e seg.

114. A Introdução de 1916 não continha regras próprias sobre a execução de decisões estrangeiras, referindo-se, no entanto, às “condições que a lei brasileira fixar” (art. 16), e desta forma à Consolidação de 1898; comp. em Carvalho Santos (nota 21), vol. 1. 1934, pág. 195 e seg.

115. Código de Processo Civil 1939, artigos 791 e seg., Lei de introdução 1942, art. 15.

116. Ver agora a edição em vigor do regimento interno no Código de Processo Civil de 1979 de Th. Negrão. 8ª edição, 1979, pág. 611 e seg. Os artigos 210-217 pertinentes se encontram também em Valladão, *Direito Internacional Privado*, Material de classe. 10ª edição, 1979, pág. 225 e seg.

117. Críticas por parte de Valladão (nota 20), pág. 188 e seg.

118. Art. 120 do Regimento Interno modificado com base na Emenda Constitucional nº 7 de 13-04-1977, (art. 119 § 3 d). Contra a decisão do Presidente é cabível agravo que no caso de seu não conhecimento será submetido ao julgamento do plenário (art. 300 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Com relação à revisão do processo ver Sup. Trib. Fed., 16-06-1976, Rev. Trim. Jur. 80, pág. 1.

A homologação de decisões estrangeiras depende, segundo as disposições mencionadas, dos seguintes requisitos:

- A sentença deve ter transitado em julgado e ser exequível no país de origem ¹¹⁹.
- Assim é necessário que a sentença tenha sido proferida por juiz competente, após citação das partes ou verificação de sua revelia, consoante os preceitos legais; também, no caso destes requisitos, o que, em princípio, decide é o direito do país de origem ¹²⁰.
- A decisão não deve atentar contra a ordem pública brasileira; assume-se, entre outras coisas, uma tal violação quando existe uma jurisdição exclusivamente brasileira ou quando as formalidades da citação são incompatíveis com a “*lex fori*” brasileira ¹²¹.
- A sentença deve estar autenticada pelo Cônsul do Brasil e acompanhada de uma tradução juramentada (oficial) ¹²².

Estes princípios valem, em geral, também para a homologação de laudos arbitrais. Já o Decreto nº 6.982, de 1878, vinculava a homologação, neste caso, à homologação judicial do laudo arbitral no país de origem; este regulamento também foi incluído na “Consolidação” de 1898 ¹²³. Em contraposição, todas as leis posteriores, inclusive o art. 483 do Código Processual Civil vigente se referem, nessa matéria, apenas à homologação de sentenças dos tribunais estrangeiros. De acordo com a opinião reinante, entendem-se aqui também sentenças arbitrais homologadas em juízo, ou seja, decisões judiciais pelas quais uma sentença arbitral foi confirmada ou declarada exequível, estando sujeitas, portanto, ao processo de homologação normal ¹²⁴. Sentenças arbitrais estrangeiras que não foram confirmadas judicialmente no país de origem não poderão ser homologadas posteriormente pelo presidente do Supremo Tribunal Federal ¹²⁵.

119. A executoriedade provisória de uma sentença alemã não basta, comp. Sup. Trib. Fed. 03-11-1978, Rev. Trim. Jur. 89, pág. 33.

120. Neste sentido expressamente a Consolidação de 1898, Art. 8 e o Código de Processo Civil de 1939, art. 791. Também as disposições vigentes na lei de introdução de 1942, art. 15 e no RISTF de 1970, art. 212, que não contém qualquer referência expressa com relação ao direito do país primário, são interpretadas neste sentido, Valladolid (nota 20), pág. 199 e seg.

121. Ver Valladolid idem: Pontes de Miranda (nota 41), vol. 10, 1960, pág. 54. Mais detalhes ref. a estes requisitos na nota 150 adiante, 155.

122. Comp. Samtleben, RabelsZ 30 (1966) pág. 465.

123. Decreto nº 6.982 de 1878, art. 13 (nota 111); Consolidação, art. 14 (nota 113).

124. Amílcar de Castro, Direito Internacional Privado, 3ª edição, 1977, pág. 526; Campos Batalha, Tratado de Direito Internacional Privado, vol. 2, 2ª edição 1977, pág. 453, 456, H. Accioly, Bol. Soc. Bras. Dir. Int. 8 (1952), pág. 112 e seg.; Barros Leães (nota 20), pág. 217.

125. De acordo com uma opinião defendida na literatura, estas sentenças arbitrais devem ser tratadas como transações de direito privado, *ibidem* Valladolid.

b) Jurisprudência

Até o ano de 1940 não havia decisões brasileiras dizendo respeito diretamente à homologação de laudos arbitrais estrangeiros ¹²⁶. Na verdade a jurisprudência considerava, naquela época, a convenção de tribunais de arbitragem estrangeiros de todo impropriedade, na medida em que o lugar de execução ou o domicílio da ré era o Brasil e classificava, neste contexto, a execução de uma tal sentença arbitral no Brasil como atentado contra a ordem pública ¹²⁷. Isto correspondia à prática em vigor antigamente que, nestes casos, inferia dos arts. 13 § 1 e 15 da Introdução de 1916 uma competência exclusiva dos tribunais brasileiros ¹²⁸. Somente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 e da Lei de Introdução de 1942 esta situação sofreu uma mudança. Em conseqüência, diversos laudos arbitrais estrangeiros foram reconhecidos pela jurisprudência.

Sup. Trib. Fed. 22-04-1941, Alves Vilela v. Dannemann ¹²⁹: Aqui não se tratava de um laudo arbitral estrangeiro propriamente dito, mas sim de um parecer dado por peritos. O algodão fornecido pela autora à ré havia sido revendido pela mesma na Inglaterra, onde, em um exame realizado por peritos, ficou constatada que quantidades consideráveis faltavam. A sentença baseada neste exame e proferida por um tribunal brasileiro foi contestada pelo Supremo Tribunal com a alegação de que houve violação das disposições sobre a homologação de decisões estrangeiras. O Supremo Tribunal rejeitou a petição (recurso) como inepta em se tratando de uma instrução (princípio de prova), cuja realização está sujeita à respectiva legislação local.

Sup. Trib. Fed. 02-05-1945, Frank Feher & Co. v. Cia. Industrial, Comercial e Agrícola ¹³⁰:

A autoria inglesa havia comprado da ré brasileira óleo de algodão para fornecimento a Liverpool, realizando, por isso, com a ré mais tarde um processo arbitral na Inglaterra. O laudo arbitral que condenava a ré à indenização de danos por inadimplência havia sido confirmada via recursal por tribunal de Estado. A requerimento da autora, o Supremo Tribunal brasileiro declarou esta sentença exequível no Brasil: as partes haviam se submetido eficazmente à jurisdição dos tribunais ingleses. Da mesma forma, a ordem pública brasileira não havia sido ofendida, já que a jurisdição dos tribunais brasileiros, funda-

126. Ainda em 1952 um parecer elaborado pelo Ministério do Exterior brasileiro, em resposta a uma pergunta apresentada por um Professor de Colônia, chegou à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal até então não havia tratado da homologação de laudos arbitrais estrangeiros. H. Accioly (nota 124), pág. 115 e seg.

127. Ver as decisões supra sob nota de rodapé 92, 95 e seg.

128. Comp. as comprovações em Garland (nota 18), pág. 89.

129. Rev. Forense 8, pág. 123.

130. Arch. Jud. 75, pág. 409.

mentada no local de execução ou domicílio da ré, poderia ficar inválida segundo art. 12 da Nova Lei de Introdução* de 1942¹³¹.

Sup. Trib. Fed. 04-05-1959, M. Augueso & Co., Inc. v. Aparício & Cia. Ltda.¹³²:

A autora americana havia importado da ré brasileira cera de carnaúba e por causa de sua má qualidade exigido indenização. Basendo-se em uma cláusula arbitral contida no contrato, a autora obteve um laudo arbitral da "American Arbitration Association", em Nova Iorque, que condenou a ré ao pagamento de US\$ 2800; a ré não integrou este processo. A sentença arbitral foi declarada exequível por um tribunal de Nova Iorque.

A sentença foi homologada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, visto que a jurisdição convencionada do tribunal de arbitragem de Nova Iorque não atentava contra a ordem pública brasileira¹³³. Com o seu recurso a ré contesta não ter sido citada para o processo em Nova Iorque; esta contestação, no entanto, não foi acolhida pelo Supremo Tribunal, que confirmou a homologação, referindo-se à cláusula de arbitragem e ao art. 12 da Lei de Introdução de 1942.

Nestas sentenças o local de execução ou o domicílio da ré no Brasil não mais era considerada impedimento para a homologação de uma sentença arbitral estrangeira. Isto correspondia a um conceito modificado que não mais interpretava como exclusiva a jurisdição dos tribunais brasileiros, agora consolidada pelo art. 12 da Lei de Introdução de 1942¹³⁴.

Conseqüentemente a escolha de um tribunal de arbitragem estrangeiro e a execução de uma sentença arbitral no Brasil não violavam, em princípio, a ordem pública brasileira¹³⁵. Parece que na jurisprudência e na prática brasileira, as sentenças mencionadas passaram despercebidas. Somente dez anos depois foi feita uma nova tentativa para executar sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil; a aprovação judicial, desta vez, era requisito primordial. Assim, o Supremo Tribunal Federal demonstrou claramente em três decisões consecutivas que laudos arbitrais estrangeiros, sem confirmação judicial no país de origem, não podiam ser liberados (admitidos) para execução no Brasil.

* Lei de Introdução ao Código Civil.

131. A argumentação também deixa perceber a influência do Código Bustamante que no art. 318 permite expressamente a prorrogação internacional; comp. quanto à decisão Samtleben (nota 28), pág. 159 nota 187.

132. Rev. Trim. Jur. 10, pág. 409.

133. Sup. Trib. Fed. 04-08-1958 (não publicado); ver Straus, Bus. Lawyer 21 (1965/66), pág. 51.

134. Comp. provas em Valladolid (nota 20), pág. 139 e seg.

135. A questão da "ordre public" foi apresentada em um processo perante o Supremo Tribunal sobre a homologação de duas sentenças arbitrais, que envolviam a abdicação e a sucessão do primaz de uma dinastia; comp. Redig de Campos, Rev. Forense 166 (1956) pág. 117, 120 e segs.; desconhece-se o final do processo.

Sup. Trib. Fed. 20-03-1969, Panchaud Frères v. Cia. Paulista de Exportação ¹³⁶:

Trata-se de uma carta rogatória de um processo suíço, no qual uma firma suíça solicitava seqüestro contra seus vendedores brasileiros de milho com base em uma sentença arbitral da "London Corn Trade Association". O presidente do Supremo Tribunal Federal havia, de início, rejeitado o pedido de citação dos participantes brasileiros já que os mesmos só poderiam ser acionados no Brasil e, além do mais, a sentença arbitral não havia sido homologada (confirmada) judicialmente. Por outro lado, o Supremo Tribunal no procedimento recursal acolheu a petição. Embora uma execução da sentença arbitral, não confirmada judicialmente, seja impossível no Brasil, a notificação da citação para o processo pendente na Suíça não implicaria uma execução ¹³⁷.

Sup. Trib. Fed. 03-06-1970, Northern International Co., Inc. v. Curtume Kern-Mattes S.A. ¹³⁸:

A autora norte-americana, que havia comprado da ré brasileira no Rio Grande do Sul um lote de couro, pretendia a homologação de uma sentença arbitral da "Inter-American Commercial Arbitration Commission" em Nova Iorque, pela qual a ré havia sido condenada ao pagamento de US\$ 1.100 com base na cláusula arbitral convencionada. O Supremo Tribunal brasileiro negou a homologação da sentença arbitral não confirmada judicialmente, em se tratando de uma mera decisão de uma organização privada sem qualquer participação do Estado. Na verdade, esta forma de resolução de um litígio corresponde a uma tendência difundida a favor da arbitragem no intercâmbio comercial internacional ¹³⁹. De acordo com o direito brasileiro, porém, no que diz respeito à garantia de instância (via legal) do art. 153, § 4 da Constituição, torna-se imprescindível, em todo o caso, a confirmação judicial da sentença arbitral ¹⁴⁰. Com relação a uma posição do direito americano, algo divergente, a autora prescindiu da indicação da prova ¹⁴¹.

136. Rev. Trim. Jür. 52, pág. 299 = Rev. Forense 235, pág. 64.

137. No que tange a disputa, se um pedido de citação pode ser efetuado no Brasil apesar de a decisão estrangeira correspondente não ser homologada, ver provas em Samtleben, *RabelsZ* 44 (1980) pág. 274 nota 107 e seg.

138. Rev. Trim. Jür. 54, pág. 714.

139. Neste contexto encontra-se uma referência casual sobre os tratados de Genebra de 1923 e 1927, Rev. Trim. Jür. 54, pág. 715.

140. Comparar as notas de rodapé supra 39, 42, 58.

141. Daí não pode ser deduzido que o tribunal julgaria a necessidade da confirmação judiciária realmente de acordo com o direito do Estado de origem. Antes aqui lhe era dado um meio fácil de contestar este argumento obviamente apresentado no processo; comparar Samtleben, A aplicação do direito estrangeiro em DIP, 1966, pág. 61, 63.

Sup. Trib. Fed. 18-11-1971, Otraco S.A. v. Cia. Nacional de Óleos Vegetais ¹⁴²:

A autora suíça havia comprado da ré brasileira sementes de rícino fazendo valer pretensões de indenização por causa de acondicionamento deficiente. Uma decisão arbitral da "Cattle Food Trade Association" em Londres condenou a ré ao pagamento de 40.000 francos franceses. A homologação deste laudo arbitral no Brasil, como no caso precedente, foi negada pelo Supremo Tribunal Federal referindo-se à falta de confirmação judicial. Além disso, não havia sido apresentada a prova de competência e citação.

Estas decisões, no que diz respeito ao resultado (efeito), fizeram com que a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil se tornasse novamente incerta. Foi necessária mais uma década antes que o Supremo Tribunal Federal tivesse outra oportunidade para se pronunciar sobre este assunto. Em suas decisões (jurisprudência) mais recentes, o Supremo Tribunal Federal definiu finalmente os princípios para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. O Supremo Tribunal Federal declara que, em princípio, não existem quaisquer impedimentos para a homologação no Brasil de sentença arbitral estrangeira confirmada judicialmente. A homologação, no entanto, depende de a ré no Brasil ter sido citada regularmente por vias legais.

Sup. Trib. Fed. 08-11-1979, Centrofin S.A. v. La Pastina S.A. ¹⁴³:

A autora suíça, que havia adquirido arroz da ré brasileira, tinha convencionado no contrato de compra "Hamburger freundschaftliche Arbitrage" e obtido, posteriormente, uma decisão arbitral correspondente, referente a uma reivindicação de indenização no valor de US\$ 25.000. No processo de arbitragem, a ré havia sido representada por uma firma de Hamburgo. A decisão arbitral havia sido declarada exequível pelo LG* de Hamburgo; a ré, a despeito de ter sido citada para este processo por meio de carta rogatória, não atendeu ao chamado. A homologação da decisão arbitral no Brasil foi detalhadamente fundamentada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal ¹⁴⁴. A competência da Corte de arbitragem de Hamburgo seria eficaz de acordo com o direito alemão (!), não havendo uma competência exclusiva por parte das cortes brasileiras. A ré havia sido citada legalmente para o processo perante o LG de Hamburgo, não podendo mais questionar eventuais irregularidades na citação ao processo de arbitragem,

* Landgericht = Tribunal Regional.

142. Rev. Trim. Jur. 60, pág. 28.

143. Rev. Trim. Jur. 92, pág. 515.

144. Pres. Sup. Trib. Fed. 30-06-1979, Diário da Justiça de 27-08-1979, Jurispr. pág. 6.285 = Rev. Trim. Jur. 91, pág. 48; ver com relação a esta decisão Rosenn, Am. J. Com. L. 28 (1980) pág. 498 e sgs.

já que no referido processo ela havia sido representada e no processo judicial subsequente não teria censurado esta irregularidade. A ordem pública brasileira não fora violada, pois a decisão arbitral tinha obtido convalidação forense equiparando-se, com isto, a uma sentença estrangeira ¹⁴⁵.

Esta decisão do presidente foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal e um exame formal e textual da decisão arbitral foi categoricamente rejeitada.

Pres. Sup. Trib. Fed. 14-12-1979, *Compagnie Noga S.A. v. Fasko S.A.*¹⁴⁶:

A autora suíça reivindicava a homologação de uma sentença arbitral inglesa pela qual a ré brasileira havia sido condenada ao pagamento de US\$ 120.000. A sentença arbitral havia sido confirmada pelo High Court (Q.B.). A citação para os dois processos havia sido entregue ao Consulado Geral do Brasil em Londres; a ré não havia comparecido ao processo perante o High Court. O Presidente do Supremo Tribunal Federal opinou de modo desfavorável à homologação pelo fato de a citação para o processo judicial não ter sido apresentada através de uma carta rogatória formal e esta irregularidade não ter sido sanada por meio de defesa do fundo (defesa do mérito).

Pres. Sup. Trib. Fed. 19-12-1979. *Société Nouvelle D'Affétement v. Caldas Ltda.*¹⁴⁷:

A autora francesa havia encarregado a ré brasileira de embarque de madeira para a Argélia. Com base em uma cláusula de arbitragem contida no contrato de fretamento, um tribunal de arbitragem de Londres havia condenado a ré por violação de contrato ao pagamento de 62.000 libras esterlinas. A sentença arbitral havia sido confirmada pelo High Court (Q.B.). Para o processo perante o High Court a ré havia sido citada por meio de carta e através de encarregados no Brasil, não tendo porém comparecido. O presidente do Supremo Tribunal Federal salientou no processo homologatório que, com base no preceito contratual vinculativo, a Corte de arbitragem e o High Court eram competentes de acordo com o direito inglês e que também a forma de citação teria, em princípio, que ser considerada segundo o direito inglês. A ordem pública brasileira, porém, exige que, conhecendo-se o endereço da ré, esta seja citada por meio de carta rogatória entregue por um oficial de justiça; esta irregularidade só poderia ser sanada por meio de defesa de fundo (argumentação do mérito).

145. Face ao argumento de que a garantia da via judicial do art. 153 § 4 da Constituição de 1969 contradiga a homologação da sentença arbitral, o Presidente se referiu, entre outras coisas, à equiparação de laudos judiciais e sentenças arbitrais estrangeiras na Convenção de Montevidéu de 1979 (acima I 2 b).

146. Rev. Trim. Jur. 92, pág. 1.074.

147. Rev. Trim. Jur. 92, pág. 1.077.

De acordo com esta jurisprudência deve-se considerar, como objeto da homologação, a decisão judicial pela qual a decisão arbitral foi confirmada. Torna-se necessário, portanto, que a ré seja citada regularmente para este processo judicial¹⁴⁸. É verdade que, teoricamente, neste caso parte-se do princípio segundo o qual a citação se orienta pelo direito do país do juízo. Na prática, porém, sabendo-se que o domicílio da ré é no Brasil, exige-se que a citação seja realizada aqui por meio de uma carta rogatória formal¹⁴⁹. A jurisprudência mais recente defende, de modo inequívoco que, neste caso, qualquer outro tipo de citação representa um atentado contra a ordem pública brasileira¹⁵⁰; isto também se aplica principalmente à citação direta feita através de representações diplomáticas¹⁵¹. Esta irregularidade só pode ser sanada quando a ré, a despeito da ausência de citação ou, apesar de citação insuficiente, tenha-se submetido ao processo¹⁵² ou, ela própria, posteriormente se refira a esta decisão¹⁵³.

c) Conclusões

Hoje em dia, a homologação de sentenças estrangeiras no Brasil pode ser considerada como assegurada em larga escala, apesar de ser preciso talvez contar com um processo moroso¹⁵⁴.

A jurisdição do tribunal de arbitragem estrangeiro é respeitada sempre que convencionada de acordo com o direito vigente no país

148. Hoje em dia dedica-se maior atenção a este ponto do que nas decisões antigas (notas de rodapé supra 130, 132). Em contrapartida, a citação para o processo arbitral não é tão importante. Este ponto foi devidamente salientado pelo procurador geral nos dois processos mais recentes (acima nota de rodapé 146 e seg.)

149. Também a carta rogatória no processo de exequatur deve ser confirmada pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 218 e segs. do RISTF) e cumprida antes da promulgação da decisão estrangeira, Sup. Trib. Fed., 29-04-1970, Rev. Trim. Jur. 54, pág. 501. 150. Comp. da prática do Supremo Tribunal Federal com relação à citação por meio de notificação pública: 20-10-1958, Rev. Trim. Jur. 8, pág. 275; 19-11-1979, idem 192, pág. 522; através de carta registrada: 14-11-1958, idem 9, pág. 263; 04-04-1974, idem 87, pág. 384; 20-10-1975, idem 89, pág. 743; através de carta informal: 23-10-1973, idem 81, pág. 782; 20-10-1978, idem 89, pág. 742.

151. Comp. Mendonça Pais, *Scientia Juridica* 4 (1955) pág. 359 e segs. A citação através da representação no exterior segundo § 199 ZPO a princípio foi considerada no Brasil sem efeito. Sup. Trib. Fed. 20-10-1958, Rev. Trim. Jur. 8, pág. 276, mais tarde, porém, aceita. 25-07-1960, idem 14, pág. 272; a prática mais recente volta a se basear nas decisões antigas, 04-06-1979, idem 90, pág. 777 (e decisões supracitadas notas de rodapé 146 e sg.).

152. Supr. Trib. Fed., 14-11-1958 (nota 150); 06-08-1979, Rev. Trim. Jur. 91, pág. 56.

153. Através de requerimento de homologação: Pres. Sup. Trib. Fed. 04-06-19779 (nota 151); 17-11-1978, Rev. Trim. Jur. 90 pág. 14; 04-06-1979, idem 91, pág. 419; por meio de emprego em outro processo: 04-06-1979, idem 90, pág. 780.

154. Entre o requerimento de confirmação judiciária da sentença arbitral no país de origem e a homologação pelo STF brasileiro existem, às vezes, períodos de 4 ou de até 10 anos (ver o processo nas notas de rodapé 143, 147); críticas por parte de Rosenn (nota 144), pág. 499, 503 e segs. — A transferência de decisão do exequatur para o presidente do tribunal pretende evidentemente servir para apressar o processo, uma vez que o recurso contra a sua decisão não possui efeito suspensivo (comp. acima nota 118).

do processo de arbitragem ou fundada em defesa de mérito e os tribunais brasileiros não gozarem de jurisdição exclusiva¹⁵⁵. A citação para o processo de arbitragem não é analisada em sentido formal; mesmo a homologação de uma decisão arbitral promulgada à revelia da ré em geral não é excluída¹⁵⁶.

Contudo é imprescindível que a ré tenha tido oportunidade suficiente para se defender¹⁵⁷. Aliás a decisão arbitral não é examinada nem do ponto de vista formal, nem quanto ao seu conteúdo material, na medida em que não exista no caso concreto uma violação contra a ordem pública brasileira¹⁵⁸.

Condição "*sine qua non*" para a homologação da sentença arbitral é, no entanto, que ela, no país de origem, tenha sido confirmada ou declarada executável por uma decisão judicial. É preciso considerar aqui que esta decisão, segundo a jurisprudência, representa o objeto propriamente dito da homologação; ela deve, portanto, preencher todos os requisitos dos quais depende a homologação de decisões estrangeiras em conformidade com o direito brasileiro¹⁵⁹. A competência do foro homologatório é dada regularmente na medida em que o tribunal de arbitragem por seu lado seja competente de acordo com o respectivo direito local. No entanto, de importância primordial é o fato de a ré no Brasil ser citada para o processo judicial estrangeiro por meio de uma carta rogatória formal. No caso de uma homologação judicial de uma sentença arbitral na Alemanha, estes seriam os passos que deveriam ser tomados hoje em dia¹⁶⁰. Se, por outro lado, o processo de arbitragem for realizado em um terceiro país, cujo direito prevê possibilidades menos formais de citação, então a homologação da decisão arbitral no Brasil só será garantida quando a ré puder ser citada formalmente para o referido processo judicial ou então participe do mesmo.

155. Uma competência exclusiva das autoridades judiciais brasileiras existe de acordo com art. 89 do Código de Processo Civil de 1973 apenas com relação a imóveis situados no Brasil e a herança. Além disso é afirmada uma competência exclusiva para as ações nas quais o estado brasileiro toma parte. Comp. Rosenn (nota 144), pág. 502 nota 14; contrário Marotta Rangel (nota 20), pág. 34.

156. Opinião divergente em Marotta Rangel (nota 20), pág. 39, 44, que se reporta à jurisprudência do STF; as sentenças publicadas, no entanto, não oferecem nenhum ponto de apoio (ver nota de rodapé supra 132).

157. Comp. no todo Valladolid (nota 20) pág. 200; uma referência expressa feita a esta exigência é encontrada na decisão supra sob nota 144, pág. 6.287 e/ou 56.

158. Valladolid (nota 20), pág. 220 vê tal infração especialmente no caso de cláusulas arbitrais abusivas em contratos de adesão (ref. a § 1.025 inciso 2 do Código de processo civil alemão); também a decisão na nota 130 supra exige um "loyal play" (pág. 415).

159. Ver II 4 a) supra com relação aos requisitos formais para a homologação.

160. Ver as disposições correspondentes dos §§ 6, 13, ZRHO em Bülow/Böckstiegel, Intercâmbio Jurídico Internacional em matérias civis e assuntos comerciais, 1973 e sgs., 900,9 e sgs., principalmente a nota de rodapé 49. — Relativo à praxe antiga ver nota acima 151 e OLG Hamburg, 27-04-1926, IPRspr. 1926-27, nº 157.

Confronto Essencial entre Heidegger e Hegel

Irineu Strenger

Professor Titular de Direito Internacional
Privado da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Uma análise filosófica que, como a presente, nasce de intenção puramente sistemática, difere de estudo histórico no sentido de que se preocupa apenas com a solução objetiva de configuração de problemas e não com exposição e comparação exaustivas de determinadas filosofias como “cosmovisão” (*Weltanschauungen*) ou “sistemas de pensamentos”. As tarefas prementes impostas, hoje em dia, à filosofia diante de humanidade que, mergulhada em angústia e confusão desabrocha para nova maturidade e “*Gestaltwerdung*”, e que já encontra esporadicamente simpatia intensa, exigem cada vez mais solução abrangente do problema da posição do ser humano — não em um “cosmos” inicialmente problemático e duvidoso, mas no ponto de intersecção das definições de verdade que o dominam e que são decisivas para o modo de vivência existencial.

Se o ser humano foi chamado de “junco oscilante”, mas igualmente pensante, é preciso acrescentar que o centro desse raciocínio cria o ponto de partida decisivo para seu modo de vacilar, para sua agitação na tormenta existencial, pois é nele que esse “junco oscilante” se fixa ao solo arraigado da existência. Esse centro é o logos representando a verdade da existência, como esta se concentra no interior do ser humano, provocando a evolução existencial de sua personalidade. Esse centro é a intersecção dos objetivos existenciais, que formulamos como antagonismo e contradição e confrontamos na forma de dois pensadores. Portanto, do ponto de vista da origem, os problemas relacionados são do tipo antropológico se refletirmos que, por um lado, na essência da verdade, sua concentração se encontra dentro do ser humano, enquanto, por outro lado, o conceito de todas as formas de expressão do ser humano concreto devem ter sua fonte de origem nessa concentração. A relação entre logos e antropos é relação muito íntima, que permite determinar o ser a partir de algo como consciência e in-consciência, assim como qualquer tipo de desmistificação dentro de suas possibilidades e limitações.

Nesse contexto, conceitos como “antagonismo” e “contradição” não deverão prevalecer como princípios rígidos, mas puramente como

sutilezas de polaridade. Em nossa análise formam os pontos cruciais da explicação de cujo âmago pode se realizar um confronto. A força lógica de Hegel, profunda e abrangente, e o fluir perpétuo, incansável e insistente, de Heidegger, não poderiam ser captados de modo algum em tais princípios. Os momentos acima citados, no entanto, devem caracterizar a diferença existente entre os dois pensadores. A essência neles contida só poderá demonstrar-se no decurso de nosso confronto, sendo necessário deixar qualquer definição “a priori” de lado, para evitar equívocos. A comparação em si não pode ser de forma alguma superficial, realizada entre quaisquer momentos dados, existentes, quando gerada a partir do próprio pensamento vivo. Onde se trata do pensamento nas formas de sua realização, a igualdade de uma comparação — o centro da relação — só pode ser o próprio pensamento, pois é o mesmo que se manifesta em suas expressões. Na hipótese de tal comparação é importante, sobretudo, confrontar não momentos heterogêneos, mas sim comparar os análogos correspondentes, como os relacionados, entre si, para que em sua diferença possam destacar-se com absoluta pureza. Pureza de conceito é um dos deveres primordiais impostos à filosofia nos tempos atuais, para que o emaranhado de línguas da nossa época, que suga em seu turbilhão todos os sentimentos humanos, possa alcançar clareza nos elementos autênticos de sua catarse.

Os dois pensadores, sobre os quais se fundamenta o nosso estudo, do ponto de vista das definições formuladas como contradição e antagonismo, não foram escolhidos com base em uma perspectiva histórica ocasional, mas por necessidade objetiva. Ambos os filósofos na área de tensão de sua polaridade representam o manancial vivo de todas as tendências fecundas e estímulos futuros da filosofia, desenvolvendo a acuidade da problemática concludente, exigindo para o seu domínio, o máximo de forças. No que diz respeito a filósofos realmente eminentes, o mundo demonstra tendência fundamental em seu próprio caráter e na exclusividade desses pensadores de proselitismo (tese) e antagonismo (antitese), extremos que não correspondem à coisa em si, mas representam necessidade única que a protege. Essa ingenuidade de duas faces proporciona o meio, permite à causa do espírito mais forte prosperar, repelindo a vaidade de um sabe-tudo imaturo.

A filosofia, porém, não se realiza nos recônditos enclausurados do espírito, e sim na lei de abnegação que penetra todo concreto. Comparação é, portanto, método para romper esses espaços e mostrar novamente a grandeza e as limitações de dois filósofos identificados um ao outro, fazendo com que toda a problemática consolidada seja posta em vibração a partir de outro centro. Como lei de tal dialética podemos afirmar “a priori”, que a maneira como esses filósofos comparados interpretam ou teriam interpretado um ao outro, forçosamente terá vacilações. E isto porque essa interpretação mútua é gerado do ponto de vista de *seus* modos de pensar e não de *seus* interiores, o que forçosamente provocará alteração de perspectiva. Em

nosso caso será dada ênfase à crítica da interpretação heideggeriana de Hegel, já que o contrário só poderia ser suposto. Além disso, crítica imanente à filosofia de Hegel provará ter sido fecundada por Heidegger, enquanto a tentativa de evolução crítica de motivos heideggerianos poderia ser, em parte, inspirada por Hegel. Todavia, o que se pretende realizar neste caso é tudo menos combinação superficial de modos de pensar heterogêneos; o que se pretende tentar na tensão mútua dessas duas maneiras, que na verdade são modos do *pensar*, é criar lugar de fecundação de novas manifestações de pensamento.

Parece que Heidegger não baseou sua doutrina inicialmente em argumentação direta com Hegel. A princípio a doutrina de Heidegger sofreu influência, em primeiro plano, do neokantismo e do próprio Kant, da escolástica e Aristóteles, de Agostinho, Descartes e Pascal, aos quais se juntou o impulso poderoso de Husserl. É certo, porém, que o filósofo já desde muito cedo assimilara a doutrina de Hegel, conforme pode ser depreendido da conclusão de seu trabalho de doutorado, principalmente pela característica alemã da “Geisteswissenschaft” (ciência do espírito) que difere de forma acentuada da tradição holandesa, inglesa e italiana, quase não levando em consideração a ciência da lógica. Através de muitos vultos da filosofia que vieram depois de Hegel, e que absorviam unilateralmente os motivos principais do último grande lógico e metafísico e que, como Dilthey, os usavam para fecundar ciências individuais ou que, como Marx, Nietzsche e Kierkegaard, representavam parcialmente preocupação essencial com relação a Hegel. Sem no entanto poder transformá-la para a forma pura da verdade, Heidegger também indiretamente dialogava constantemente com Hegel. Todos estes motivos e interesses, ele os acolheu, contudo não em uma “síntese” superficial e impotente, mas induzido por emoção genuína, provocada pela angústia do tempo em razão de profunda penetração no âmago da filosofia ocidental em geral. Essa doutrina, todavia, não se desenvolve primariamente em oposição a Hegel, mas sim impulsionada por desejo interior de uma “Gestalt” (forma) própria; e é exatamente por esse motivo, ainda em parte oculto, que se relaciona profundamente àquela. Acreditamos, pois, que quando Heidegger se refere explicitamente a Hegel, a diferença não se manifesta evidentemente, porque justamente também no espírito de sua doutrina essa relação tinha de permanecer oculta. O próprio filósofo sugere isto quando, referindo-se à sua interpretação da crítica da razão pura, que difere da dos grandes filósofos idealistas, afirma: “Será que existe porventura no nosso próprio esforço, se é que podemos compará-lo, uma fuga *oculta* de algo que nós — e não só por acaso — não vemos mais?” (grifo nosso).

Heidegger insere a doutrina hegeliana na esfera da manifestação da verdade, que denomina de “a metafísica” e que vivencia como “época” excepcional da verdade existencial. A metafísica pensa nos níveis de seu desdobramento, o existir como a existência do ser, ou a existência como o ser, segundo a palavra de Aristóteles, mas não

leva em consideração o que se oculta justamente no que foi pensado; na verdade oculta em seu agir até este se-ocultar, de modo a se tornar invisível a seus olhos. O processo de grau em grau, de forma em forma, é a crescente autopenetração e autoconsolidação dessa manifestação que se realiza em apresentação da essência fundamentada no sujeito até que este sujeito, na certeza de sua subjetividade, tenha captado a essência em seu todo e tenha obliterado com o ser, assim imaginado, o horizonte do ser por completo. Mas, então, também é chegado o momento de enfrentar a época *como* época ou privação do ser em sua verdade e afirmá-lo, a fim de que o esconder-se do oculto se torne visível preparando percepção mais profunda.

O conceito de metafísica, refletido em profundidade e generosamente desdobrado corresponde à dimensão de sua realização; deixa porém outras zonas inexploradas e reúne, num ponto de vista, o que comumente é incompatível. Nietzsche, por exemplo, como seu último executor ao menos na qualidade de metafísico, poderia ter sido absorvido inteiramente por esse processo, mas não refere dimensões essenciais da doutrina hegeliana. O próprio Hegel combateu acirradamente a manifestação e o pensamento racional concretizante, também na forma do idealismo transcendental de cunho hantiano e fichteniano, que ele próprio denominou de subjetivo. Assim toda sua lógica deve ser considerada como a evolução do ser em sua verdade. Apesar de tudo Hegel é atingido de certa forma pelo conceito heideggeriano, quando este sofre modificação, segundo tentaremos demonstrar no decorrer do estudo. É, porém, igualmente, nossa tarefa livrar Hegel da interpretação de Heidegger, aprofundando e alargando concomitantemente a substância da metafísica e conseqüentemente transformando a posição de Heidegger.

O caminho traçado nos levará de uma consideração do método, essencial a qualquer filosofia genuína, ao problema da verdade, para então compreender a verdade em sua essência como temporalidade e a diferença de natureza e espírito como diferença existencial, surgida desta temporalidade, mas sempre com a preocupação de identificar os conceitos análogos dos dois filósofos em confronto essencial. Em sua essência sistemática essa evolução de conceito termina finalmente na esfera de problemas de uma filosofia de centro.

Diferença fundamental entre a filosofia e as ciências individuais consiste no fato de que para a filosofia o método não é apenas meio empregado exteriormente entre ela e o objeto, mas sim parte integrante dela própria, elemento essencial, que na evolução dessa ciência pura deve-se destacar como verdade mais profunda.

A diferença, no entanto, perde rigor à medida que as ciências individuais evoluem, aprofundando-se tanto em seu problema, como penetrando em si próprias. Na física atual, por exemplo, o método está tão intimamente ligado ao progresso e à revelação de seus temas que uma conscientização permanente da relação entre método e objeto

torna-se imprescindível à evolução da própria ciência. Na verdade a ciência individual não consegue realizar este tipo de reflexão, enquanto se limitar apenas a si própria, deixando de tirar força de uma contemplação lógica. Mas para a filosofia, que tem como objeto a verdade global, a evolução do método no todo, lado a lado com reflexão isolada, e seu elemento intrínseco: o método não é apenas a verdade aplicada externamente; em sua realização mais pura precisa revelar-se como a própria verdade.

Isto se aplica principalmente aos dois filósofos dos quais trata o presente estudo. Mas, quanto mais o método ganhar em importância, tanto mais premente se tornará a tarefa de dedicar-lhe atenção à luz de reflexão crítico-sistemática. No caso de Heidegger tarefa desse porte contra dificuldades muito maiores do que com relação a Hegel. Não somente, no caso deste último, o método se revela de forma concreta nos diferentes ramos da ciência filosófica, como também se apresenta particularmente desenvolvido na ciência da lógica, representado em toda sua pureza. Em contraposição, na doutrina heideggeriana, que se manifesta em um constante devir, o método ou o caminho não pode, a princípio, se tornar visível de forma tão inequívoca, o que o próprio filósofo exprimiu com a expressão "Holzweg".

Se o método filosófico está tão intimamente entrelaçado com a essência da coisa em si, como demos a entender, então é preciso que juntamente com a evolução criativa dessa coisa, o método também penetre na pureza de sua própria essência. Finalmente a relação assim expressa, entre coisa e método não pode ser externa nem quanto à coisa, nem quanto ao método. Segundo Hegel, conforme ainda teremos ocasião de pormenorizar, essa relação seria de tal forma, que a coisa ou a essência e o método se confundiriam, mas não no sentido de simples uniformidade, e sim de modo que a forma se transforme no momento da essência e a essência se apresente como momento da forma em ambos, acabando nessa transformação por convergirem.

Se pois na doutrina heideggeriana a coisa se manifesta de modo diferente do que na hegeliana — conforme presumimos e mesmo se considerarmos que esses modos, sendo modos da mesma coisa, devem estar em relação essencial um com o outro — então não somente o método, mas também a relação de método e coisa será, conseqüentemente, outra. Sempre quando temos de lidar com doutrinas filosóficas é inevitável que essa relação seja manifestada no nível mais elevado de seu desdobramento, tanto na essência do método como na essência da coisa em si. A coisa em si, porém, é, para os nossos dois filósofos, como será revelado, a existência em sua verdade. A comparação que toma como ponto de partida o método, tende, através do próprio método, alcançar a coisa em si, que se revela como centro único nos seus dois modos.

O método de Heidegger se apresenta de início como fenômeno-lógico, mas o que explica sobre isso no começo do "Sein und Zeit"

não passa de um “preconceito preliminar introdutório”, um preconceito, que tem de se afirmar antes de tudo na penetração concreta da coisa e somente revelar-se verdade como “idéia da fenomenologia”, onde a “problemática central” “do sentido da existência” e da correlação entre existência e verdade é desenvolvida. A respectiva terceira parte correspondente do “*Sein und Zeit*” intitulada “*Zeit und Sein*” não foi publicada, de modo que dependemos, com relação a esse desenvolvimento, de manuscritos menores posteriores.

Na parte publicada de “*Sein und Zeit*”, porém o método se afirma na revelação da existência, como do *ser* exemplar, em cuja realização existencial, ao mesmo tempo meio, a verdade do próprio ser deve se tornar visível. O método se afirma dando à própria existência a possibilidade da exploração original e permitindo ao mesmo tempo sua própria interpretação. Heidegger acompanha essa descoberta apenas para elevar existencialmente a essência fenomenal do conceito do explorado. Nessa particularidade não se diferencia em nada de Hegel, muito pelo contrário, percebemos profunda concordância quando pretende que a percepção se esforce para renunciar à liberdade do conteúdo e “ao invés de representar o princípio arbitrário vivo do conteúdo, absorve essa liberdade e permite pela sua própria natureza, deixar-se levar contemplando esse movimento”.

Tudo muda de figura assim que o método se apresenta em seus momentos como facetas concretas do desdobramento do ser na existência. Isto porque os três momentos estruturais gerados uniformemente, conforme a essência do existir explicada em diferentes níveis de sua revelação, já estão predelineados no chamado método fenomenológico. Não haverá surpresa se refletirmos que o método, como analítica existencial, explica a existência em sua essência. Fenômeno e Logos são duas partes integrantes da fenomenologia, a primeira das quais é, por sua vez, duplicada em si. Embora “fenômeno” seja “o que se manifesta em si próprio”, o evidente e o verdadeiro, é também, ao mesmo tempo, “aquilo que de início e em geral não se manifesta”. O velado, de onde o fenômeno tem de ser tirado à força e do qual se destaca, é momento essencial que lhe pertence. Isto se exprime no “des” de “des-velado”, que é como Heidegger define o verdadeiro no sentido da palavra grega “*Aletheia*”. Na analítica da existência reencontramos esses três momentos no projeto do ser esboçado, que se explicita como expressão (Logos) ou no fundamentar-se como privação excessiva ou na superabundância que se priva respectivamente, que se revela na sua continuidade como argumentação (Logos). Os três momentos juntos formam o caráter aberto da existência como sendo a verdade original e portanto a forma concreta do que significa fenomenologia no sentido de Heidegger radicalmente aprofundado se comparado com Husserl. E à medida que esse aprofundamento da análise vai progredindo, aprofunda-se também o conceito dessa triplicidade original que certamente no nível mais elevado, em “*Zeit und Sein*”, também deveria

ter sido representado intimamente ligado à verdade do método ou então já o está, sem que isto seja conhecido.

Nos escritos posteriores encontramos, ao invés disso, o “pensar essencial” exprimido como essa verdade, surge da recordação do ser em si. À medida que, através do método fenomenológico, o ser como ser da existência (temporabilidade) já tenha sido revelado em um nível essencial, podemos encontrar no “pensar substancial” não “algo de novo”, mas apenas um nível mais puro daquele método, desenvolvido por necessidade interior. Contudo só poderemos reconhecer o que realmente importa depois de termos considerado a ambigüidade intrínseca do método aprovado, primeiramente, como interpretação existencial-ontológica.

Do significado da definição “fenômeno” ficou evidente que o “não” é momento fundamental. Pelo fato de Heidegger entender, por princípio, as definições “negação” e “negar” à luz da lógica formal e de sua interpretação declaratória sempre que nos referirmos à sua filosofia, pretendemos fazer uso das expressões “não” (nich) e “negar” (nichten). O “des” do desvelado de um fenômeno apenas pode ser obtido em um negar. O fenômeno genuíno é descoberto no esboço do ser, que se consuma como pura referência com relação a verdade do ser no impulso de negação original, que encontra nessa verdade do ser seu ponto de referência. Heidegger fala do “vir a ser do esboço” como o “quê que possibilita o esboçado”. Os esboços “trazem em si um vir-a-ser do qual se nutre igualmente a compreensão do ser”. O vir-a-ser primário, porém, é o sentido ou a verdade do ser. Qualquer comportamento direto para com o ente é suportado por compreensão do ser, mesmo quando a princípio permanece geralmente oculto; todo esboçar, porém, possui em si o fundamento de sua possibilidade naquele vir-a-ser primário, que, como tal, não chega a se tornar temático. É preciso pois que o desocultado fenômeno esboçado se liberte de uma “negação” existente em obscuridade dupla: primeiro da “simulação” pelo ente, que se evidencia, mas que ao mesmo tempo absorve essa luz, de modo que não pode se destacar como tal em pureza; em segundo lugar da “recusa” de sua verdade reinante no ser como o próprio “vir-a-ser” primário. O rompimento através daquela simulação acontece na transcendência anuladora do ente simulante. Não este ente em si, porém o sentido do ser no qual a princípio se encontra é anulado na transcendência, para o fenômeno original que a princípio ainda está oculto em sua verdade. A transcendência sempre tem se realizado, pois de outra forma o ente-ser não poderia estar evidente, mas igualmente se perdeu no ente-ser e deve agora ser realizada explicitamente e em pureza. Fica claro então que simulação e negação são duas facetas de um mesmo acontecimento, pois no rompimento negante da simulação do “vir-a-ser” original, nasce o fenômeno descoberto. O esboçar negante que se realiza a partir da pura relação para com a coisa e que é tudo menos um ato voluntário, livre, recebe do fenômeno prestes a se esboçar um contragolpe e se depara neces-

sariamente recorrendo ao ente originariamente oculto e negado no seu sentido de ser, ao descobrir-se expressamente como momento do fenômeno esboçado: O negar está presente em si próprio e o desvelado obtém abrigo como seu momento enigmático.

Assim, pois, torna-se manifesto na analítica da existência que o ser humano, a princípio, se depara como existente entre o existente e se descobre e, por conseguinte, se interpreta em seu sentido de ser. Isto não representa uma infelicidade, mas sim uma necessidade da própria existência que precisa ser compreendida. Tal compreensão contudo só é possível a partir de motivo mais profundo, dentro de perspectiva mais abrangente do que a representada pela experiência em si, obtida no rompimento através da imagem dada e já consolidada do ser humano e do ser-ente que o envolve, ao esboçar o “estar-no-mundo”. Secundariamente, porém, da verdade desse fenômeno o presente negado em sua presença, como presença, reedescobre na verdade só poder ser visualizado no esboço do “estar-no-mundo.” Esse esboçar negante que, em si próprio, é reganhar do negado, vai evoluindo de nível para nível, retornando assim ao “vir-a-ser” original, como seu próprio fulcro, porém por força da eficácia dessa própria verdade de ser. A revelação deve evoluir gradativamente para realmente permanecer em relação autêntica à coisa. A negação não é absolutamente um negar exterior, mas sim recuperação onde a própria coisa se destaca de si mesmo em sua imediação. Heidegger fala de “libertação demonstrada”, evidenciando nesse método afinidade profunda com a indução (epagoge) de Aristóteles. Em cada um dos níveis o fenômeno inicialmente esboçado é fundamentado mais espontaneamente por nova “situação hermenêutica” (campo de interpretação). O “estar-no-mundo” conduz à “abertura”, esta ao “cuidado”, que por sua vez se revela como “decisão primordial” em sua “particularização” e “integralidade”, como seu sentido de ser e assim como a verdade do ser da existência compreendida como “temporalidade”. A luz de cada nível da revelação do fenômeno os precedentes não são decifrados, mas no seu sentido de ser somente mais visíveis espontaneamente e assim “repetidos”. Em cada nível o oculto obscuro permanece igualmente eficaz no contra-ataque do negar, tornando novo avanço de esboçar negante não só necessário como possível. Assim lemos: “A libertação do ser original da existência deve-se-lhe arrancada na *contrapartida* contra a tendência interpretativa decadente onto-ontológica”, “e conquistada contra a sua própria tendência de se ocultar”.

Se analisarmos o caminho ou o método da revelação fenomenológica em sua negação presente, é preciso ainda acrescentar, como momento decisivo, que essa negação nasce do primeiro “vir-a-ser” como origem da qual o próprio pensamento, que assim se realiza, *não dispõe*. Está, ao contrário, *entreque* ao fenômeno que nasce do esboçar e tem de sentir essa presença em si próprio. Veremos o significado decisivo que isto tem para o caráter do logos dominante nessa fenomenologia. O método no pensamento heideggeriano não se modificou de forma

alguma, apenas foi captado com maior acuidade e pureza. Assim exsurge a noção do sentido do refletir essencial: “Se deixarmos persistir a coisa em suas coisas do mundo cósmico, pensamos *na* coisa como coisa. Refletindo destarte nos deixamos influenciar pela essência cósmica da coisa. Pensando dessa forma somos atingidos pela coisa como coisa. Somos condicionados no sentido restrito da palavra. Deixamos a arrogância de tudo o que é incondicional para trás”.

Torna-se evidente que a afirmação de Sartre, a censura de Bachelard dirigida contra a fenomenologia, de não observar suficientemente o que denomina de “coefficient d’adversité” dos objetos, atinge tanto a transcendência heideggeriana como a intencionalidade husserliana, mas não se aplica de forma alguma ao primeiro. Muito pelo contrário, seu pensamento é tão impregnado de tal “adversité” ou adversidade, que se chega a ver nela um motivo principal. O pensar essencial como pensamento do ser é pura convergência do método fenomenológico no sentido heideggeriano. Indubitavelmente nele se realiza uma mudança fundamentada na coisa. Na passagem da análise da existência (“*Sein und Zeit*”) para a área da verdade do próprio ser (“*Zeit und Sein*”) mostra-se em toda a diferença profunda a analogia evidente da passagem de fenomenologia do espírito para a lógica.

Relembrando mais uma vez o objetivo deste estudo, escapar rigorosamente de qualquer comparação externa de objetos heterogêneos, de focar, mediante comparação essencial a diferença real entre os dois sábios, para nos aproximarmos das grandes tarefas do futuro; uma comparação, todavia, que somente poderia se realizar através de penetração da interpretação hegeliana por Heidegger. A analítica da existência com relação ao método é análoga à fenomenologia do espírito e a revelação da verdade do ser à ciência da lógica, onde a tendência praticamente antagônica da passagem entre estas áreas não é facilmente compreensível.

Assim como Heidegger, Hegel apresenta em sua introdução a fenomenologia um “preconceito” de seu método, cuja apresentação real pertence à lógica ou, “melhor, é a própria lógica, pois o método é a estrutura do todo em sua essencialidade pura”.

Assim como a “analítica”, a “fenomenologia” desenvolve o método no exemplo concreto do espírito finito, ou seja, em sua cisão como consciência: “Na fenomenologia do espírito apresentei um exemplo desse método em um objeto concreto, na consciência” proclama Hegel. Contudo, não é por acaso que este exemplo se encontra no início, tampouco como o caminho para a verdade de Heidegger apenas incidentalmente se encaixa no ente humano citado na “existência”, para o desenvolver no seu ser. Tanto a existência como a consciência representam ambas o ente no todo, já que em ambas o método já se encontra implícito, mas apenas implícito como caminho do ente no e em direção ao ser. No primeiro caso isto se evidencia na “compreensão pré-ontológica do ser” como um compreender que ainda não

se delinea como compreensão *do ser*; no segundo caso como a experiência da passagem através e como as diferentes formas de consciência, que ainda não se conscientizou da necessidade enraizada na idéia ou, o que dá no mesmo, no método.

No desenvolvimento do método heideggeriano, portanto, alguns conceitos desempenham papel importante, os quais temos que considerar em primeiro lugar, já que são importantes para a comparação com o método hegeliano, visto que o próprio Heidegger apresenta esse método sob o ponto de vista de alguns desses conceitos.

Os Conceitos Jurídicos e a Doutrina Real do Direito

Eros Roberto Grau

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

I. Introdução

01. — Tenho desenvolvido, de dois anos para cá, pesquisa atinente aos regimes a que se sujeitam, estrutural e funcionalmente, as empresas estatais ¹.

Neste desígnio, buscando definir uma tipologia ideal de tais empresas, enfrento problemas específicos, relacionados fundamentalmente à determinação dos conceitos de *atividade econômica* e de *serviço público*.

Esses problemas suscitam o desenvolvimento de algumas reflexões, atinentes a temas tais como o dos *conceitos jurídicos* e aquele que tenho referido como o da *doutrina real do direito*.

Não me conduzem ainda, por certo, tais reflexões, a um entendimento bem definido a respeito desses temas. Não obstante, há indicações que tenho alinhadas, na trilha da pesquisa desenvolvida, que me parece adequado aqui postular, menos como teses a sustentar do que como exercício de provocação do debate.

É desde esta última perspectiva, pois, que passo à exposição sintética de parte de tais indicações.

II. Uso e ocupação com as palavras e expressões jurídicas: ambigüidade e imprecisão delas

02. — Os juristas, correntemente, usam determinadas palavras e expressões jurídicas para trabalhar em suas respectivas disciplinas, supondo ser conhecido e assente o sentido que nelas discernem.

1. Uma introdução ao tema pode ser encontrada em meu *Elementos de Direito Econômico*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, págs.87/97. Posteriormente, dele tratei, parcialmente, em *Disciplina Jurídica da Iniciativa Econômica*, in *Caderno de Direito Econômico nº 1*, Editora Resenha Tributária, 1983, págs. 42 e ss. Deste último texto há trechos de que no presente ensaio lanço mão.

Isso, contudo, como veremos a seguir, não ocorre. Por isso me parece imprescindível, para que possamos seguir adiante, de modo produtivo, no conhecimento do Direito, *ocuparmo-nos* com as palavras e expressões jurídicas antes de as usarmos. Essa necessidade, logo demonstrarei ser inafastável.

Ocorre-me, neste passo — e para tanto valho-me da exposição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr.² — lembrar que a relação básica entre Direito e linguagem pode ser encarada em três diversos sentidos:

- a) no primeiro deles considera-se que o *Direito tem uma linguagem*, tomado o vocábulo como significativo, concomitantemente, de *língua e discurso*;
- b) no segundo assume-se a existência de um *Direito de linguagem*, no qual esta aparece como objeto de disciplinação jusnormativa — e não lógica ou gramatical;
- c) no terceiro sentido cogita-se do *Direito enquanto linguagem*, o que leva à afirmação da tese da intranscendentalidade da linguagem.

Fato incontestável é o de que o Direito é, fundamentalmente, comunicação, seja para ordenar situações de conflito, seja para intrumentalizar políticas. Daí a necessidade, inafastável, de penetrarmos o nível lingüístico, na prática das atividades próprias do profissional do Direito. Note-se que, aqui — como adverte TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr.³ — “o estudo que se desenvolve não é de lingüística, mas jurídico, pois não dispensamos, ao investigar a norma, as características operacionais da teorização jurídica”

03. — Reportando-me, neste passo, às *Notas sobre Derecho y Lenguage*, de GENARO CARRIÓ⁴, lembro que a linguagem jurídica é nutrida pela linguagem natural, que apresenta uma textura aberta. Por isso mesmo a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, ambígua e imprecisa.

Assim, *ambigüidade e imprecisão* são marcas características da linguagem jurídica. Manifesta-se a primeira em virtude de as mesmas palavras, em diversos contextos, designarem distintos objetos, fatos ou propriedades. Quanto à *imprecisão*, decorre da fluidez de certas palavras, cujo limite de aplicação é impreciso. Buscando exemplos na linguagem comum, aí teremos os vocábulo *jovem, alto, calvo*. Transcrevendo CARRIÓ⁵: “há casos centrais e típicos, frente aos quais ninguém vacilaria em aplicar a palavra, e casos claros de exclusão, em relação os quais ninguém duvidaria em não usá-la. Mas no meio

2. Teoria da Norma Jurídica, Forense, Rio de Janeiro, 1978, pág. 6.

3. Ob. cit., pág. 8.

4. Segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

5. Ob. cit., págs. 31/32.

há uma zona mais ou menos ampla de casos possíveis frente aos quais, quando se apresentam, não sabemos o que fazer”.

Cumprе enfatizar, de toda sorte, não ser esse um mal injustificável, de que padece a linguagem jurídica, visto que, se as leis devem ser abstratas e gerais, necessariamente hão de ser expressas em uma linguagem de textura aberta⁶. A consideração do até então exposto, porém, nos remete a uma referência aos conceitos jurídicos.

III. Conceitos jurídicos indeterminados

04. — Os fenômenos da ambigüidade e imprecisão das palavras e expressões jurídicas levam ao surgimento dos *conceitos jurídicos indeterminados*.

Excuso-me, neste passo, por não me estender em referências mais detidas à doutrina a esse respeito, lembrando as contribuições de LARENZ, ENGISCH, PHILIPP HECK, QUEIRÓ, ASCARELLI e FORSTHOFF. Isso porém findaria por nos levar a uma ampliação do presente texto, que pretendo seja conciso. E, por tais sendas, não poderíamos deixar de abordar o complexo problema dos “standards” jurídicos e das *directivas* do direito francês.

Podemos todavia, sumariamente, afirmar que são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos — especialmente imprecisos — razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez mais adequadamente pudesse referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Daí a afirmação, que introduzo, de que os parâmetros para tal preenchimento — quando se trate de conceito aberto por imprecisão⁷ — devem ser buscados na realidade, na consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais⁸.

A verificação de que, tratando-se de conceitos indeterminados, impõe-se o seu preenchimento, reclama a análise de duas questões: quem deve, na instância derradeira, preenchê-los? Como preenchê-los?

IV O sujeito do preenchimento dos conceitos jurídicos

05. — Quando temos sob exame um conceito indeterminado, que o legislador não definiu estipulativamente, deverá fazê-lo o aplicador.

6. Neste sentido, ANTONIO ANSELMO MARTINO. *Definiciones Legales*, in *Language y Definicion Juridica*, de Warat e Martino, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, pág. 65.

7. Quanto aos conceitos abertos por ambigüidade, o seu preenchimento é procedido mediante a consideração do contexto em que inseridos.

8. Neste sentido, FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, C.H., Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique, 10ª ed., 1973, págs. 17/18.

Deixando à parte as relações entre agentes privados e centralizando nossa atenção naquelas em que atua o Estado, poderemos mencionar como *aplicadores* — sem considerações maiores — a Administração e o Poder Judiciário.

Cuidemos assim, primordialmente, da situação da Administração como sujeito de preenchimento do conceito.

Dir-se-ia, neste passo, que o exercício desta tarefa, pela Administração, supõe exercício de poder político, expresso em termos de discricionariedade.

Dir-se-ia, mais, que a discricionariedade é inafastável, visto que, se as leis devem ser abstratas e *gerais*, necessariamente devem ser expressas em linguagem de textura aberta⁹. Isso contudo, como salienta ANTONIO ANSELMO MARTINO¹⁰, é antifuncional e introduz a incerteza entre os destinatários da norma, além de permitir ao “mandamás de turno” que preencha o conceito com a carga emotiva, para a comunidade, de que tal preenchimento é “legal”.

06. — Tem-se hoje por superada, no entanto — ao menos no campo doutrinário — a tese que sustenta operar-se no campo da discricionariedade da Administração o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados. Temos agora entendido — a partir de rica contribuição da doutrina alemã, no tratamento do tema — distinguiam-se fundamentalmente as técnicas da discricionariedade e da utilização dos conceitos indeterminados. A exposição de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS-RAMON FERNANDEZ¹¹ a esse respeito é primorosa e dela me valerei, na sintética reprodução de seus argumentos.

Os conceitos indeterminados — que compreendem conceitos de experiência ou de valor — não conduzem a uma situação de indeterminação de aplicação deles. Estas, segundo aqueles autores, só permitem uma “unidade de solução” em cada caso¹². Assim, quando se fala em boa fé, v.g., o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa fé: *tertium non datur*.

Em razão disso, a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros

9. A referência à *abstração* das leis, que volto a fazer, deve ser tomada em termos restritos, sujeita a uma ampla revisão. Pois é certo que uma lei *abstrata* estará condenada à ineficácia, jurídica e social. O destino e vocação delas é a *concreção* dos preceitos que encerram. Logo, aqui encontramos situação exemplar de imperiosidade de nos *ocuparmos* com a expressão em questão: *lei abstrata*.

10. Ob. cit., pág. 66.

11. Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1981, vol. I, págs. 385 e ss.

12. Ob. cit., pág. 385.

termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito¹³. Daí porque a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei.

A conseqüência mais relevante que se extrai dessa distinção respeita ao papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário diante de ambas as hipóteses. Se não lhe cabe, por um lado, a apreciação da decisão discricionária, por outro lhe cumpre, inquestionavelmente, manifestar-se sobre a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados.

A distinção entre as duas técnicas — da discricionariedade e dos conceitos indeterminados — permite-nos, assim, a depuração, no campo da primeira delas, de uma série de expressões (da Administração) que notoriamente, em termos de fidelidade aos valores do chamado Estado de Direito, nele não poderiam caber, ainda que lá se as tivesse como incluídas. Por isso que GARCIA DE ENTERRIA e FERNANDEZ¹⁴ — referindo que conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até interesse público não permitem, em sua aplicação, uma pluralidade de soluções justas, mas apenas uma solução em cada caso — anotam a virtual conversão, para a doutrina germânica, da generalidade das potestades discricionárias em regradas, posto que, explícita ou implicitamente, todas as potestades discricionárias se outorgam para alcançar um interesse público, conceito indeterminado cuja aplicação só permitiria, em cada caso, uma solução justa.

07. — A tese assim sucintamente exposta leva à satisfação de uma necessidade social, qual seja a da ampliação dos controles do Poder Judiciário sobre os atos da Administração. É preciso não esquecer que, como com precisão e incisividade lembra AUGUSTIN GORDILLO¹⁵, “a grande questão do direito administrativo contemporâneo é como controlar uma administração pública que, por seu natural crescimento, tem incrementado consideravelmente, de fato, as possibilidades de abuso e excesso”.

Permito-me, de toda sorte, embora convicto da correção das conclusões a que encaminha a tese postulada, uma ressalva a um dos seus fundamentos, precisamente o que faz repousar na “unidade de solução justa” a distinção entre as duas técnicas consideradas. E isso porque tenho para mim — como enfatizarei a seguir — que, compor-

13. GARCIA DE ENTERRIA E FERNANDEZ, ob. cit., pág. 386.

14. Ob. cit., pág. 387.

15. Problemas de Control de la Administracion Publica en América-Latina, Editorial Civitas, Madrid, 1981, pág. 12.

tando o fenômeno jurídico, sempre, mais de uma solução normativa ¹⁶, forçoso é desprezarmos a pretensão da conquista de soluções exatas para eles. No exercício do ofício jurídico — disso estou convicto — o que se deve perquirir são soluções *corretas*, visto que inexistem reais “unidades de soluções justas” ¹⁷.

Penso, assim, podermos apartar as duas técnicas na consideração das matérias que lhes respeitam. No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de *juízos de oportunidade*, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de *juízos de legalidade*. Por isso é que — e não porque o número de “soluções justas” varia de uma outra hipótese — são distintas as duas técnicas e se buscando, na segunda delas (a da aplicação dos conceitos indeterminados), a formulação de um juízo de legalidade (ou seja: de aplicação da lei), forçoso é entendermos o Poder Judiciário como o sujeito último do preenchimento do conceito, no que se coloca sob o seu controle o exercício anterior dessa mesma atividade pela Administração.

Devo passar prontamente, no entanto, à segunda questão formulada.

V. O preenchimento dos conceitos jurídicos

08. — Diante da questão — como preencher os conceitos jurídicos abertos? — há, fundamentalmente, dois caminhos a seguir. Incumbirá ao aplicador, ao advogado, ao jurista, para tal efeito, buscar uma definição aristotélica ou, alternativamente, a significação do conceito. Exploremos estas duas sendas, mesmo porque, no palmilhá-las, encontraremos a direção que nos levará a diversa reflexão que pretendo ver debatida.

09. — Neste passo, porém, permito-me a liberdade de, parentética e brevemente, tratar de matéria que talvez mais adequadamente coubesse em nota de rodapé. Como, no entanto, não será este texto senão um pretexto para o alinhamento de reflexões que de uma ou de outra forma se interpenetram, interrompo o fio de minha exposição, à qual retornarei.

O que pretendo salientar é a circunstância de que não nos basta, enquanto estudiosos do Direito, a prática tão-só da dogmática jurídica, ao gosto e proveito dos glosadores. Inúmeras razões conspiram para tanto.

De uma parte, as normas jurídicas deixam de ter em vista tão somente a harmonização de conflitos de interesses entre partes, identi-

16. FABIO KONDER COMPARATO, *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, Forense*, Rio de Janeiro, 1981, pág. IX.

17. Anote-se que GARCIA DE ENTERRIA E FERNANDEZ (ob. cit., pág. 388) aludem à dificuldade de se alcançar a concreção das únicas soluções justas contidas nos conceitos indeterminados.

ficadas, em determinada relação. Mas, a par dessa função, cumprem também o papel de instrumento de conformação de comportamentos. Vale dizer: a *finalidade* das normas jurídicas deixa de ser, unicamente, a de *ordenação*¹⁸, passando a terem como objetivo a *realização de determinadas políticas*. O Direito, então, deixa de ser mero instrumento de *conservação* da sociedade; volta-se a sua *transformação*. Daí, aliás, o surgimento das *normas objetivo*, que tantas vezes tenho mencionado¹⁹.

De outra, cumpre observar que a tradicionalmente chamada Ciência do Direito não é apenas *interpretativa*, mas também — se é que se a pode, assim, admitir como ciência²⁰ — *normativa*. Por isso que a finalidade dela não é apenas o desejo de saber ou conhecer²¹, mas, sobretudo, a de viabilizar a realização das finalidades da norma jurídica: *ordenação e/ou realização de políticas*.

Neste ponto, ainda parenteticamente, cabe nova digressão, referida ao âmbito da atuação do jurista. Modernamente, são múltiplas as finalidades da norma jurídica — e não apenas os seus conteúdos, diversos em razão de estarem referidos a diversidade de interesses. Assim sendo, deve necessariamente o jurista tomar também como objeto da chamada Ciência do Direito o conhecimento (a consideração e análise, portanto) de tais finalidades. Isso significa que, no primeiro momento de sua atuação, enquanto jurista — o momento *interpretativo* — deve ser postulado o conhecimento da finalidade da norma jurídica, que não é mais, sempre e necessariamente, a da ordenação. É evidente que, se variam as finalidades das normas jurídicas, deve o jurista preliminarmente determiná-la, em cada caso, para somente após enfrentar o momento *normativo* da Ciência do Direito. A perquirição de tais finalidades, pois, consubstancia o exercício de atividade própria do jurista — jurídica, pois — integrada no escopo da Ciência do Direito, e não de atividade metajurídica, como costumam afiançar os entusiastas do formalismo jurídico.

Voltemos, de toda sorte, à consideração das alternativas anteriormente referidas.

18. Vide a antológica conferência de PHILIPP HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (em tradução espanhola, de Manuel Enteriza, *El Problema de la Creacion del Derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, especialmente págs. 76/77).

19. Vide meu *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, págs. 242 e ss. e, posteriormente, meu *A Lei do Plano*, in RDP, vol. 53/54, bem assim meu verbete *Norma-objetivo*, na Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 54.

20. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *A Ciência do Direito*, Editora Atlas, São Paulo, 2ª edição, 1980, pág. 15.

21. PHILLIP HECK, ob. cit., pág. 35 e TERCIO SAMPAIO FERRAZ, ob. cit., pág. 15.

VI. Concepção de definição aristotélica

10. — As definições aristotélicas são essencialistas. Quem define, segundo este método, busca a determinação da essência do definido. Daí dizer-se que, em sentido estrito, o conceito é a “simplex apprehensio essentiae rei”. A tarefa definitória, pois, para ARISTÓTELES, consiste na determinação do conteúdo do conceito, mediante a decomposição dos seus elementos constitutivos, o que, na expressão mais singela, supõe a indicação do gênero próximo e da diferença específica.

As críticas maiores que se opõem ao método definitório aristotélico são as seguintes ²²:

- a) supõe a existência de apenas uma definição verdadeira;
- b) está vinculado a uma concepção ontológica unidimensional;
- c) a pirâmide conceitual termina, no topo, em uma representação vazia de qualquer significação específica.

11. — A suposição da existência de apenas uma definição verdadeira — exata — é insatisfatória para o jurista. Não há, no Direito, definição exata, mas um elenco de definições corretas. Vale dizer: no Direito, para cada problema, podem ser encontradas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, mas todas corretas. Pretendo, nisso, afirmar que a complexidade e o dinamismo da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de definições corretas para aplicação pelo jurista.

De outra parte, em razão das mesmas causas acima referidas — complexidade e dinamismo da realidade social — a prisão do jurista a uma concepção ontológica unidimensional torna-se também insatisfatória.

Por derradeiro, o método aristotélico de definir leva à estruturação de uma pirâmide conceitual, armada sobre uma sucessão de classificações. Cada divisão — observa CASSIRER ²³ — supõe um princípio de classificação que não está contido no classificável, sendo externo a este universo. Como a definição é o “pendant” da divisão, o gênero próximo não pode desprender de si mesmo a diferença específica. Assim, cada novo passo que se dê no caminho da divisão exige a aplicação de conceitos novos, que estão além do cientificamente dado ²⁴. De outra parte — afirma ainda CASSIRER ²⁵ — a pirâmide

22. Vide ANTONIO ANSELMO MARTINO, ob. cit., págs. 69/70 e FRITZ SCHREIER, *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*, trad. de Eduardo García de Maynez, Editora Nacional, México, 1975, págs. 26/27.

23. Apud FRITZ SCHREIER, ob. cit., 26/27.

24. Cf. CASSIRER, *idem*, pág. 27.

25. *Idem*, *ibidem*.

conceitual termina, no topo, na representação abstrata do ser (algo), representação que, por abarcar tudo quanto existe, pode ter qualquer conteúdo e se torna, por fim, vazia de qualquer significação específica. Ora, se a meta que se busca — o topo da pirâmide conceitual — se perde no vazio, todo o procedimento definitório resta comprometido.

As observações neste passo dispostas, a par de colocarem sob suspeição o método aristotélico de definir, ensejam o alinhamento de distinto passo, referido à compostura do conhecimento científico.

VII. Conhecimento científico: axiomatização e conceituação

12. — Segundo afirma SCHREIER,²⁶ valendo de texto de HUSSERL, o fim supremo de todo conhecimento científico é a *axiomatização*, que permite que todos os procedimentos mentais mediatos sejam reduzidos a simples subsunções do axioma estabelecido sistemática e definitivamente para cada disciplina — a não ser que se trate da lógica formal pura e se pretenda reforçar a subsunção relativamente aos axiomas desta última.

Daí ser despiciendo qualquer esforço no sentido de definição do objeto de qualquer ciência: o que importa é a formulação de axiomas, dos quais se possa inferir a totalidade de conhecimentos de cada território científico²⁷. Por isso é inteiramente irrelevante para a Geometria definir espaço, para a Aritmética definir número. O que nessas ciências se coloca é tão-somente a exposição de uma série de princípios supremos.

A ciência, assim, é um sistema fechado, com legalidade própria, que não se abre para o campo da metaciência precisamente porque seus conceitos fundamentais não são definidos. Em lugar de conceitos fundamentais — cuja definição, pelo método aristotélico, supõe o recurso a outros conceitos, externos ao sistema — a ciência postula axiomas.

Desta sorte, se pretendermos referir uma *ciência do Direito* há de ser ela concebida como um sistema fechado — atemporal e inespacial — no qual não há lugar para a conceituação do Direito. Seu objeto, à moda de KELSEN, é o conhecimento, tão-só, da estrutura formal do Direito, no exame restrito, porém, da norma jurídica.

26. Ob. cit., págs. 27/28.

27. Cf. FRITZ SCHREIER, ob. cit., pág. 28. Observe-se, porém, que a tentação do conhecimento total deve ser recusada. Como observa HERMANN BONDI (A Tentação do Conhecimento Total, in Enciclopédia da Ignorância, Duncan & Weston Smith-org. tradução. Editora Universidade de Brasília, 1981), "na verdade, pode-se dizer que a ciência só é possível porque se pode afirmar *algo* sem saber-se *tudo*. Portanto, trabalhar no sentido da obtenção do conhecimento total pode ser um equívoco essencial. É muito mais produtivo extrair o máximo do que se sabe e acrescentar novos elementos a esse núcleo quando for possível".

VIII. Ciência do Direito (teoria jurídica formal) e doutrina real do Direito

13. — A ponderação das observações anteriormente alinhadas tem para mim o valor de explicar a postura dos adeptos da teoria pura do Direito. Afastando-me, neste passo, das considerações de FRITZ SCHREIER — da qual me vali largamente, até este momento de minha exposição — tenho que a virtude do pensamento kelseniano está justamente na eleição de axioma que, por não ser definível, confere ao Direito a compostura de ciência. Pretendo se alinhe, a partir deste ponto, outra série de reflexões que ofereço a debate.

14. — A postura dos adeptos da teoria pura do Direito nos conduz, em determinados momentos, a verdadeiros “culs de sac”. Isso se verifica, ordinariamente, quando, no auge de uma discussão, emitem a tradicional sentença: “isso é metajurídico”. É necessário observar, contudo, que sob essa afirmação repousa a velha questão da oposição entre Ciência e Filosofia. Diante das duas indagações — “quid juris, quid jus” — o formalista do Direito só tem resposta para a primeira. A atenção que fosse conferida à segunda faria desmoronar todo o edifício da Ciência do Direito.

15. — Tenho me preocupado, em escritos anteriores, em demonstrar a insuficiência da postura formalista. Veja-se, a respeito, meu *Elementos de Direito Econômico*²⁸, especialmente págs. 3/7. Em oportunidade mais recente²⁹, acuso os adeptos da teoria pura do Direito da adoção de uma postura ideológica liberal, que não é coerente com a noção de Estado Social do Direito³⁰. Além disso, imputo a eles a adoção de uma postura metodológica também equívoca, postura essa peculiarizada pela busca da lógica das noções jurídicas exclusivamente na razão teórica. Esse — afirmei então — o seu grande equívoco, pois é evidente que as noções jurídicas não devem ser apreciadas somente desde o ponto de vista teórico, dado que é como produto de

28. Ob. cit. Nesse texto reproduzo, sumariamente, exposição de BOBBIO a respeito da inocuidade da concepção, de Kelsen, da norma fundamental. BOBBIO chega a referi-la como supérflua. Não obstante, para mim de modo surpreendente, o próprio BOBBIO, em conferência que pronunciou, em 13 de setembro de 1982, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sobre o tema Direito e Poder, adotou como premissa fundamental dessa outra exposição precisamente a concepção de norma fundamental, que anteriormente qualificara de supérflua.

29. Parecer inédito, sobre *poder regulamentar*.

30. Afirmei, então, entre outros pontos, que os adeptos da doutrina liberal kelseniana são incapazes de perceber a realidade de Estado de nossos dias, visualizando-o exclusivamente como aquele que se relaciona aos particulares na situação de titular de “jus imperii”, na qual estes se colocam em relação de subordinação ou dependência àquele. São herdeiros da concepção de Estado que nasceu à sombra da revolução burguesa e que levou, no campo econômico, às garantias formais da liberdade de concorrência e da propriedade privada e, no campo político, à organização do poder, segundo o princípio da sua separação. Daí a sua adesão radical às teorizações do positivismo jurídico.

situações histórico-políticas (e não da razão teórica) que elas adquirirem sua lógica própria³¹.

Todos esses pontos críticos, no entanto, são produto de necessidade interna da teoria pura do Direito. O rompimento dos limites do seu universo, constituído pela matéria do abstrato, para o encontro com o mundo do real, importaria a ruptura do sistema e o perecimento da Ciência do Direito.

16. — A sujeição a tais limitações parece-me perniciosa e impõe a introdução da distinção entre a Ciência do Direito e a *doutrina real do Direito*.

A prática da *doutrina real do Direito* supõe o tratamento do Direito como fenômeno social — portanto indissociável da realidade — e não como expressão de uma estrutura formal. Devo observar não divisar nenhuma diminuição intelectual nesta opção. Se o exercício da ciência jurídica impõe a prisão do jurista ao âmbito estrito da teoria jurídica formal, abstenhamo-nos de fazer ciência. Pois, como demonstrarei a seguir, o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados é impraticável dentro dos limites fechados dessa Ciência do Direito.

17. — Com efeito, a busca daquele preenchimento, como assinala CARRIÓ³², é praticada pelos adeptos da teoria pura do Direito mediante a oficialização de uma apenas das significações possíveis do conceito, com o abandono das restantes — isto é, mediante a consumação de uma redefinição estipulativa. Com isso — prossegue CARRIÓ — constrói-se, em nome da chamada pureza metódica, um aparato conceitual coerente e “econômico”, a partir de um grupo restrito de noções básicas.

Exemplo marcante disso encontra-se no conceito de serviço público desenvolvido pelos formalistas, que não apenas é insuficiente, mas também terrivelmente enganoso, na medida em que coloca em risco a operacionalidade de preceitos constitucionais, tais como o do § 1º do artigo 170 da vigente Constituição Federal. Não obstante, em sua formulação, a pureza metódica do sistema jurídico é inteiramente resguardada.

Vê-se para logo que tal expediente é insatisfatório, cumprindo ao jurista romper aqueles limites, caminhando do universo, restrito, da Ciência do Direito para o campo de horizontes inatingíveis³³ — por isso mesmo extremamente mais rico e desafiador — da *doutrina real do Direito*.

31. Neste sentido, FORSTHOFF, ob. cit., págs. 132/133.

32. Nota preliminar a W.N. Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, Centro Editor de América-Latina, Buenos Aires, 1968, págs. 10/11.

33. Vide, na nota 27, referência à tentação do conhecimento total.

IX. Os conceitos jurídicos: sua operacionalidade ou funcionalidade

18. — Os conceitos jurídicos, como adverte ALF ROSS ³⁴, não são idéias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade. Daí porque há perguntas de formulação incabível no nível do jurídico.

Podemos perguntar — continua ALF ROSS — “o que é água?”, visto que não resta dúvida quanto ao significado da palavra “água”. A tal pergunta respondemos com um enunciado revelador da essência da água. Se, no entanto, há dúvida quanto ao significado de uma palavra, a pergunta “o que é” torna-se despropositada. Não se trata de encontrarmos dificuldades para respondê-la; o problema está na própria pergunta, que não poderia ter sido formulada.

Em verdade, ao jurista não importa descobrir a essência das coisas, mas sim descobrir o significado dos conceitos jurídicos. Cabe-lhe, assim, inicialmente enunciar o contexto em que se insere o conceito e, posteriormente, buscar uma definição operacional (funcional) — e não essencialista — dele.

Neste ponto, retornando à distinção entre a Ciência do Direito e a *doutrina real do Direito*, podemos dizer que a primeira — teoria jurídica formal — é um *sistema lógico* e a segunda é, também, *sistema semiológico*.

19. — Insisto em que é irrelevante para o jurista a determinação da essência dos objetos, o que supõe a sua naturalidade. Pois é certo que há expressões jurídicas — conceitos — a que não corresponde nenhum objeto, não sendo possível tratar-se, portanto, da naturalidade delas.

Retornando, neste passo, à exposição de SCHREIER ³⁵, veremos que o ato de expressão compreende quatro elementos: a) o aspecto físico da expressão; b) a significação; c) o objeto; d) a intuição sensível.

Por conceito pode-se entender tanto a *significação* quanto o *objeto*.

Pois os conceitos jurídicos são referidos à *significação* e não a *objetos*, que possam ser identificados em sua essência. Passa-se, com eles, o que ocorre com o número, que não tem objeto. Não há qualquer sentido, por exemplo, em pesquisarmos a naturalidade da hipoteca ³⁶, visto que hipoteca é palavra que não tem objeto.

É certo que há expressões jurídicas que tem objeto, mas o que continua a importar, para o jurista, sempre, é a sua *significação*.

34. El Concepto de Validez y Otros Ensayos, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, págs. 85/86.

35. Ob. cit., págs. 35/36.

36. O exemplo é de ANTONIO ANSELMO BARTINO, ob. cit., pág. 71.

E isso ocorre justamente porque os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas sim para permitir a viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Esse, o seu destino e a sua vocação³⁷.

20. — Visto isso e reiterado o fato de que a *doutrina real do Direito* é também um sistema semiológico, teremos que o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser procedido, inicialmente, desde a consideração dos fins para os quais serão usados. Aí, definidamente, a marca da *operacionalidade/funcionalidade* deles.

Apurada a finalidade de utilização do conceito — o que supõe a consideração do contexto em que será inserido — impõe-se assumirmos que, sendo imprecisa a expressão, o sujeito emissor da norma reportou-se ao sentido que ela assume na linguagem natural. Explicita CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO³⁸: "... ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes da sociedade".

21. — Cumpre-nos assim, enquanto cultores da *doutrina real do Direito*, porque envolvidos com a realidade social cuidando da aplicação e da operacionalidade (eficácia) das normas jurídicas, buscar o preenchimento dos conceitos indeterminados mediante o aproveitamento dos subsídios da realidade social, nos quadrantes dos fins em razão dos quais a clarificação do conceito é pretendida.

Lembro que o grau de complexidade desta tarefa será menor na medida em que contemplada, no contexto normativo a considerar, uma *norma-objetivo*³⁹, na qual deverão ser buscadas pautas para aquele preenchimento.

X. Ainda a doutrina real do Direito

22. — No mais, devo ressaltar que não pretendo, neste texto, sumariamente repudiar a postura dos adeptos da teoria pura do Direito. Pelo contrário, explicando-a como manifestação — deles — de apego à pureza metódica, procuro apenas pontualizar o fato de que a teoria formal está colocada em nível diverso de indagação (enquanto sistema lógico) daquele ocupado pela *doutrina real do Direito* (enquanto sistema semiológico). Não se trata de valorar a teoria pura do Direito entre os extremos do falso e do verdadeiro, mas de apontar a verificação de que a tenho por insatisfatória e meramente parcial. A compreensão plena do Direito — não apenas o "quid juris", mas também o "quid jus" — reclama o exercício das práticas da *doutrina real do Direito*,

37. A propósito, afirma CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (Prestação de Serviço Público e Administração Indireta, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, pág. 18) que "um conceito jurídico é necessariamente um ponto terminal de regras, um termo relator de princípios e regras"

38. Ob. cit., págs. 22/23.

39. Sobre a noção norma-objetivo, vide nota 19.

ainda que ao custo, menor, de não estarmos alinhados entre os olímpicamente perfilados cultores da “soi disant” única e definitiva Ciência do Direito.

23. — É necessário que se afirme, ainda, que o Direito não é só *norma* mas *ordenamento, norma e decisão*. O anseio e a aspiração de KELSEN, em erigir uma Ciência do Direito, leva-o — e aos adeptos da teoria pura do Direito — à constituição apenas de uma *ciência da norma jurídica*, parcial e fracionada, em presença do Direito, a partir do axioma da norma fundamental.

É imperioso verificarmos que o Direito é pluridimensional, dotado de conteúdo empírico e axiológico, e constitui verdadeira *prudência* — e não ciência. Produto cultural — na medida em que é uma *invenção* do homem — urdido a partir do confronto que se estabelece entre as forças sociais, e também expressão ideológica, há que tomá-lo o jurista como objeto de indagação desde a perspectiva teleológica.

O desafio que permanece, ao final desta breve enunciação de reflexões menores, é o atinente à necessidade, com precisão maior, sublinharmos o perfil da doutrina real do Direito — o que nos levará, por certo, de encontro a uma série sempre maior de inquietações e perplexidades.

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

Direito de Arena

Prof. Antônio Chaves

Membro do Conselho Nacional de Direito Autoral
Presidente do Instituto Interamericano de
Direito de Autor

Membro da Comissão Jurídica e de Legislação
da Confédération Internationale des Sociétés
d'Auteurs et Compositeurs (CISAC)

SUMÁRIO: 1. *Natureza jurídica* — 2. *O que é o atleta profissional: artista ou empregado?* — 3. *Titularidade do direito* — 4. *Limitações* — 5. *Arrecadação e distribuição do direito* — 6. *Desvios legislativos* — 7. *Jurisprudência* — 8. *Têm os árbitros de futebol participação no direito de arena?*

1. Natureza jurídica

Uma das inovações mais ousadas da Lei 5.188, é sem dúvida a que diz respeito ao “direito de arena.”

A matéria dedica dois dispositivos, um fixando a norma geral, outro, abrindo uma exceção.

Na conformidade do art. 100, caput, à entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga.

A idéia primitiva, consubstanciada no art. 191, primeira parte, do Projeto BARBOSA-CHAVES, contrariando, aliás, minha oposição formal, outorgando às entidades, associações promotoras de quaisquer modalidades desportivas poderes para autorizar e receber os proventos decorrentes de transmissões, retransmissões ou fixações por qualquer processo, de competições atléticas, assegurando-se aos figurantes do espetáculo e técnicos, uma participação de 10% da importância recebida, a ser dividida proporcionalmente e igualmente, na forma em que for determinado pelo Conselho Nacional de Desportos.

* Palestra proferida no Simpósio sobre Direito Autoral, promovido pela Comissão de Comunicações, pelo seu Presidente, Deputado Edson Vidigal, na Câmara dos Deputados, dia 19-05-1982.

Convocado a prestar meu depoimento pessoal numa eventual ação de investigação de paternidade, terei, não apenas de confessar, com toda humildade, nenhuma participação no nascimento dessa criatura, fruto exclusivo dos arroubos e dos ímpetos do Des. Milton Sebastião Barbosa, como até mesmo terei que repudiá-la, com toda energia, pois pelo meu voto tinha sido expungida do projeto, ali vindo-a ressurgir não sei por que demoníacas artimanhas.

Não se trata, com efeito, a meu ver, de um direito de autor, e sim de outra espécie de direito de personalidade, um como que direito à própria imagem, importante, sem dúvida, nas obras cinematográficas, teatrais, coreográficas e semelhantes, mas de natureza essencialmente diferente.

Antes de um direito de autor ou de um direito conexo, teremos, nessa hipótese, um reflexo do direito de personalidade à própria imagem, de natureza essencialmente diferente daquele que interessa às obras cinematográficas, teatrais, coreográficas e semelhantes.

Manifestos os inconvenientes a que dá margem a idéia, sem dúvida sedutora, mas desconsertante, de ampliar o conceito de artista intérprete e executante aos jogadores de futebol, de basebol, de tênis aos nadadores, aos boxeers, aos enxadristas, corredores, esquiadores, nadadores, atletas em geral, toureiros, etc.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO aceita, sem entusiasmo, a inclusão do direito de arena no quadro da lei que regula os direitos autorais e os direitos conexos, ressaltando, como é obvio, que “não há por natureza uma obra literária ou artística a que a atividade do atleta se reporte. Ele não é um intérprete, necessariamente” (*Direito Autoral*, pág. 286).

“De fato” — acompanha CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES —, causa certa perplexidade que o legislador tenha incluído a fixação, transmissão ou retransmissão de espetáculo esportivo na área das criações do espírito, sejam elas literárias, artísticas ou científicas. Daí a indagação, feita de forma pitoresca por HENRIQUE GANDELMAN: “Por que mesclar, numa mesma moldura jurídica, a inspiração de Jorge Amado e Picasso, as cenas de Ingmar e Marlon Brando, os sons de Stravinsky e Roberto Carlos com beleza dos gols de Zico, a criatividade de Pelé e os lances do tenista Bjor Borg?” (*Jornal do Brasil*, 05-10-1979, pág. 11).

Também para ele o direito de arena é uma extensão do direito à própria imagem e do direito dos artistas, intérpretes ou executantes.

A atividade do atleta que participa de um espetáculo esportivo — conclui — não pode ser considerada como artística, não se cogitando, por isso, a rigor, de um direito de intérprete, embora reconheça que certos atletas “representam, na arena, verdadeiros artistas, que criam o Belo, na fase de seu talento e de sua capacidade de improvisação”, como exemplifica com “a beleza imorredoura do ‘gol de

placa' de Pelé, no Estádio do Maracanã, dos dribles de Garrincha e das defesas magistrais do goleiro Gilmar”.

Encarecendo que o “direito de arena”, se configura no desempenho da atividade laboral do atleta, fazendo repercutir na esfera de atuação do Direito de Autor, cujo escopo consiste na proteção ao valor-criação insito na capacidade intelectual, a mera prestação de um contrato de *locatio operis*, onde sequer se vislumbra qualquer caráter de intelectualismo, consigna MANUEL CAVALCANTI, *A Nova Lei do Direito Autoral e a influência de um longo processo de pretendida atualização*: “O legislador confundiu insolitamente o interesse econômico, que se eixaure no interior da relação obrigacional e se apresenta sob a modalidade de cumprimento do contrato, com o velho e debatido direito à imagem, sacando-lhe por cima um rendimento que absolutamente não se entende com a natureza e o caráter de direito de autor.

Ainda quando o quiséssemos afeiçoar a um direito conexo a fim de dar-lhe guarida no contexto autoralístico, estaríamos alargando o campo de abrangência de propriedade imaterial para incluir corpo estranho no sistema orgânico da especialidade.”

2. O que é o atleta profissional: artista ou empregado?

O fato da Consolidação das Leis do Trabalho não ter regulamentado a profissão do atleta ocasionava dúvidas doutrinárias e vacilações jurisprudenciais nem sempre fáceis de resolver. Foi a Lei 6.354, de 02-09-1976 que veio regulamentar as relações empregatícias entre o atleta profissional de futebol e as associações.

Considera atleta profissional o art. 1º, parágrafo único do Decreto nº 77.774, de 08-06-1976, que regulamenta a Lei nº 6.269, de 24-11-1976, que instituiu sistema de assistência complementar ao atleta profissional aquele que, mediante remuneração a qualquer título, faça do desporto sua atividade principal, entendendo-se por desporto a atividade como tal definida na referida Lei.

Por outro lado, a Deliberação nº 07, de 20-06-1980, do Conselho Nacional de Desportos, DOU, I de 17 do mês seguinte, págs. 14.321-14.324 considera, art. 1º e seu parágrafo, atleta amador de futebol aquele que pratica o desporto sem receber, direta ou indiretamente, qualquer forma de remuneração ou recompensa de ordem material, observada a regulamentação da Fédération Internationale de Football Association.

Não tem porém na conta de remuneração ou recompensa o auxílio dado para ressarcimento de despesas com alimentação e transporte, desde que de importância mensal não superior a um salário mínimo regional.

J. ANTERO DE CARVALHO, *Direito e Jurisprudência do Trabalho* (pág. 131), comenta decisão da 2ª turma do Tribunal Superior do Trabalho que apreciando reclamação suscitada contra o América F.C., equiparou o atleta profissional aos empregados que só tenham exercido cargo de confiança, aos quais a lei não dá estabilidade, mas determina o pagamento de indenização simples quando despedidos sem justa causa e desde que contem mais de 10 anos de serviço na mesma empresa.

Em outra reclamatória em que figurou como reclamado o São Cristóvão F. e Regatas, todavia, o mesmo Tribunal em acórdão da lavra do Ministro RÔMULO CARDIM já proclamava ser necessário “que uma legislação especial venha amparar esses profissionais que consomem as suas energias físicas na prática de uma profissão esgotante.”

Manifesta-se de acordo JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA, *O Atleta Profissional - Artista ou Empregado de Confiança*, Tribunal da Justiça de 30-12-1964: o que pedia o recorrente era a soma do período descontínuo para pagamento de indenização sobre onze anos de trabalho. A lei dispõe em sentido contrário dizendo que os períodos de trabalho dos artistas e congêneres não se somam.

ANTERO DE CARVALHO conclui que “a eles (aos atletas) aplica-se o preceito do art. 507 da Consolidação, porque exercem atividade congênera a exercida pelos artistas em geral”.

Aponta o articulista as conseqüências de notável importância que traz a questão: “se artistas, os atletas, não gozarão do benefício de verem somados os períodos descontínuos de trabalho. Se empregados de confiança ficarão desprotegidos do instituto da estabilidade, mas terão direito a indenizações.”

Que sua atividade implica na verificação de condições estranhas ao direito do trabalho, não se discute. A exibição nos campos de atletismo faz a delícia do público que o consagra como um artista. Mas, do “passe” obtém o clube empregador rendimentos, colocando o atleta, não mais como um empregado, mas como um artigo de compra e venda. Sua absoluta submissão aos Tribunais de Esportes ocasionam-lhe, às vezes, suspensões desconhecidas pela Consolidação e multas odiosas.”

Já reconheceu o Tribunal Superior do Trabalho competência da Justiça do Trabalho para a apreciação de litígios oriundos do atletismo, competência instituída por motivos de ordem pública que não pode ficar a depender de uma Justiça de Esportes (*O Direito do Trabalho nos Tribunais*, J. ANTERO DE CARVALHO, págs. 208 e 209).

Também o Supremo Tribunal Federal proclamou os atletas profissionais equiparados aos artistas de teatro e congêneres (*Direito*

Individual e Coletivo do Trabalho, L. R. DE REZENDE PUECH, pág. 244).

Entende, igualmente, o brilhante procurador da Justiça do Trabalho da Segunda Região que “têm os atletas na órbita do Direito do Trabalho, posição entre os congêneres dos artistas.

Somados os períodos de serviço, se resultam mais de dez anos, têm estabilidade.

Sequer sofrem as restrições do art. 507, parágrafo único, as quais nem abrangem o art. 492, nem a eles se referem”. (Op. cit. pág. 247).

Por sua vez NÉLIO REIS ensina que dentre os congêneres de artistas de teatro se encontram os atletas profissionais (*Contratos Especiais de Trabalho*, pág. 76).

E assim permanece o impasse, enquanto o Anteprojeto de Código do Trabalho apresentado pelo professor EVARISTO DE MORAIS FILHO (DO, de 23-04-1963, Suplemento ao nº 76), enfrenta a questão, deslindando-a de vez: nem artista nem empregado de confiança, mas trabalhador *sui generis*, a merecer regulamentação especial.

Por isso, apesar de restringir a regulamentação, exclusivamente, aos jogadores de futebol, faz contrato escrito que não poderá ultrapassar dois anos; estabelece horário de trabalho que será de 48 horas semanais, limitando o prazo para excursões em noventa dias e dirimindo a controvérsia delineada, estabelece que “o atleta profissional que contar mais de 10 anos de serviço terá direito a todas as vantagens que o Código do Trabalho garante ao empregado estável, menos reintegração” (art. 536). Quer dizer, menos estabilidade.

E alonga-se, prevendo as figuras da “transferência” (que serão reguladas pelas leis desportivas), do “passe” (a importância devida pelo empregador a outro, pela cessão do “atleta, haja ou não extinção do contrato), das “luvas” (importância paga ao empregado pela assinatura do contrato).

Permite a aplicação de penas, mas não as de caráter pecuniário, tão comuns hoje em dia.

Estabelece a competência da Justiça do Trabalho para a solução das controvérsias que surgirem, mas, tão-somente, depois de esgotadas as instâncias da justiça desportiva.

“Em suma” — conclui JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA —, “consagra a equiparação do atleta ao empregado de confiança, concedendo-lhe o direito de verem somados os peritos descontínuos de trabalho, sem, no entanto, ensejar a estabilidade”.

Lamenta apenas que cuide só do jogador de futebol, esquecendo outras categorias de atletas, já hoje, em pleno profissionalismo. Pena maior, entretanto, admitir a figura do “passe”, meio de o empregador

aufferir vantagens pecuniárias pela venda de um objeto, que é sujeito de relação de emprego, e, mais, um ser humano.

3. Titularidade do direito

Cabe, pois, nos termos do art. 100 o direito de arena não ao atleta, mas “à entidade a que esteja vinculado.”

Considera JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO, *A tutela da imagem nas transmissões esportivas*, “*O Estado de S. Paulo*” de 21-02-1980, ter sido pragmático o legislador ao dispor que é à entidade a que esteja vinculado o atleta pertencer o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão do espetáculo, não, pois, ao atleta diretamente: a anuência dos atletas todos de um time de futebol, por exemplo, poderia se tornar problemática. Na prática, se exigida, talvez se tornasse inoperante em favor do atleta que, tratando diretamente com o interessado na fixação ou transmissão, não teria, frequentemente, condições de lidar com este de igual para igual, principalmente porque dividido ou apartado de seus companheiros.

Em brilhante artigo, *Televisão, Futebol e a Lei Municipal 4007*, “*O Estado de S. Paulo*” de 12-02-1961 teve oportunidade de consignar JOSÉ FREDERICO MARQUES ser sabido que a televisão diminui a assistência aos campos de futebol, com visível prejuízo financeiro para os clubes que tão grandes verbas despendem a fim de manter seus quadros de futebol profissional.

Esses clubes precisam de sólida receita para atenderem aos gastos elevados de suas folhas de pagamento. E uma de suas fontes de receita é justamente a renda das partidas amistosas, ou de campeonatos, ou de torneios.

Evidente, assim, que televisadas essas partidas e competições, a renda decresce, ao mesmo tempo em que centenas de espectadores, em frente ao “vivo”, assistem, sem pagar um real, a empolgantes disputas futebolísticas.

A ocorrência desse fenômeno de diminuição de renda verifica-se em toda parte (Cr. *François Hepp, Radiodiffusion, Télévision et Droit d'Auteur*, 1958, pág. 49).

E embora tal fato seja notório e incontroverso, nunca é demais, tampouco impertinente, lembrar o que foi dito em um julgado da Corte de Baltimore, de que se apresenta como incontestável “que a radiotelevisão dos espetáculos esportivos faz decrescer o número dos espectadores que pagam” (Cf. *Hermano Durval, Direitos Autorais nas Invenções Modernas*, 1956, pág. 257, nota 358).

É que surge o que os franceses denominam de “le public inconnu”, o qual se locupleta, nos espetáculos de televisão, às expensas dos clubes que tantos gastos fazem para a manutenção de suas turmas esportivas.

E como é praticamente impossível cobrar de cada um o programa futebolístico que a televisão proporciona, a providência preconizada consiste em auferir-se da estação televisora o pagamento do prejuízo resultante da atividade que ela desenvolve, tanto mais que programas esportivos de tal natureza são, geralmente, pagos por patrocinadores (Cf. *François Hepp*, “op. cit.” pág. 88).

Considera, portanto, que a estação de televisão de nenhum direito próprio é titular para poder exigir que não se lhe impeça a transmissão de partidas futebolísticas.

“Os clubes de futebol, estes sim, é que se apresentam como portadores do que a técnica jurídica americana denomina de “direito à arena”, conceituando como direito de propriedade (“property right”), em favor “do empresário de espetáculos públicos, do proprietário, arrendatário ou concessionário de praça desportiva, do promotor do espetáculo ou pejeja, luta ou combate contra a radiodifusão não autorizada”. O dono do campo (“The owner of the arena”), ou o que o arrenda para competições esportivas é que pode impedir que estas sejam televisadas (Cf. *H. Duval*, “op. cit.”, pág. 259).

Mas a introdução do direito de arena se fez na legislação brasileira, conclui JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO, para beneficiar o atleta.

Teria sido interessante que a lei houvesse encaminhado parte dos “direitos de arena” para os clubes a que pertencem os atletas? Entende que o legislador destinou às entidades a que filiados os atletas não apenas uma parte, mas a maior parte do que sempre possam vir a arrecadar com o “direito de arena”

Com efeito, a lei dispõe que 20% do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo, “salvo convenção em contrário” (art. 100, parágrafo único).

“Então, embora agentes do espetáculo, diretamente, a maior parte do que arrecadado com direito de arena ficaria com a entidade a que filiados, não com os atletas, a menos que estes, pessoalmente, ou por meio de seus sindicatos, impusessem aos clubes, por convenção, uma maior participação sua no preço da autorização.

E claro fica, tendo em conta a finalidade da lei ao instituir o “direito de arena”, que os atletas não deverão concordar nunca com distribuição a eles de menos do que o mínimo fixado pelo legislador. Os clubes já se beneficiam da repartição de rendas com a venda dos ingressos para o espetáculo.

A participação das entidades a que filiados os atletas no “direito de arena” encarecerá sempre o custo da fixação

ou transmissão do espetáculo. Isso poderia desanimar eventual interessado na fixação ou transmissão do espetáculo desportivo.”

A imagem — conclui — é “gerada” pelo atleta, não pela entidade a que é filiado o atleta. Com o primeiro, principalmente, deveria ficar a vantagem decorrente do “direito de arena”, direito que não alcança apenas jogador de futebol, mas qualquer atleta. “A lei não distingue quanto à natureza da prática desportiva. Agora, é esperar os resultados da lei — tudo o que importa. Os tribunais judiciais, possivelmente, terão muito que decidir a respeito.”

4. Limitações

O art. 101 da Lei 5.988 exige de aplicação o dispositivo anterior a fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos, para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema, ou televisão.

A empresa de TV que fixa esses momentos, num espetáculo esportivo, e os transmite e retransmite, para o Brasil e para o mundo, recebendo vultosas importâncias de seus patrocinadores, está, assim, se aproveitando — observa CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES — da atividade alheia, que, por conseguinte, deve ser convenientemente remunerada.

A ressalva acompanha o princípio do art. 10, *bis*, da Convenção de Berna, promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 75.699/75; não constitui violação ao direito de arena: trata-se de irradiação, filmagem ou televisionamento a título de *atualidades*.

Qualifica o referido JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO, de singular o modo pelo qual o legislador brasileiro disciplinou o “direito de arena”, sobretudo porque não se olvidou, do interesse social que envolvia a matéria no que diz respeito às limitações ao direito da personalidade:

“Como se dá com o direito à imagem, de que o “direito de arena” é espécie, este fica sujeito às chamadas “limitações” que envolvem o primeiro, independentemente de expressa previsão legal.

Uma fixação, *v. g.*, de espetáculo desportivo público, ainda que com entrada paga, não pode ser impedida, em face de um interesse da Justiça, ou didático ou cultural.”

E, como resulta, *a contrario sensu*, da leitura do citado artigo 100, se se tratar de espetáculo desportivo público, mas não com exigência de pagamento pela entrada, a fixação, transmissão ou retransmissão será livre e sem contraprestação à entidade a que esteja vinculado o atleta. Isto é, essa entidade não apenas não pode proibir a filmagem,

transmissão ou retransmissão do espetáculo, como nada poderá cobrar de pessoa ou empresa que o faça.

“Por outro lado, o disposto no art. 100 não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos, para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão, em conformidade com o previsto no art. 101, da Lei.

Quanto a esta parte, deve-se reconhecer que era o mínimo que o legislador poderia fazer. Com a técnica de hoje em dia não basta o órgão noticioso informar, mas também “ilustrar” o acontecimento. Vedar uma fixação de imagem de espetáculo desportivo destinada a uma ilustração de notícia poderia significar o mesmo que uma espécie de restrição ao direito de informação.”

Verifica VIEIRA MANSO, “Gazeta Mercantil” de 28-11-1973 que essa abertura para a informação se presta, apenas e exclusivamente, para a imprensa televisual e cinematográfica, ficando de lado a radiofônica e a escrita.

“Não se pode dizer que o texto seja também aplicável à imprensa radiofônica, porque esta não realiza, como regra geral, propriamente uma fixação do espetáculo, mas faz uma reportagem deste, descrevendo-lhe todos os passos.

De que forma o rádio poderá valer-se dessa prerrogativa, para fixar apenas três minutos, livremente, isto é, sem obrigar-se a pagar direitos de transmissão, ou sem ter de pedir autorização à entidade que detenha esses direitos? E qual será a empresa que deslocará toda uma equipe de técnicos, repórteres, etc. para transmitir apenas três minutos de um espetáculo esportivo? Por outro lado, a exceção não se aplica, de forma alguma, à imprensa escrita, porque esta não tem qualquer condição de “fixar em três minutos”, qualquer parte do espetáculo. Será que, por isso, a imprensa escrita deverá pagar para fotografar os espetáculos esportivos?”

5. Arrecadação e distribuição do direito

Dispõe o parágrafo único do art. 100 da Lei nº 5.988 que, salvo convenção em contrário, 20% do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

Aquele “salvo convenção em contrário” denota regra de caráter supletivo que presume ausência de entendimento entre as entidades desportivas e os atletas de sua equipe e que tenham tomado parte do espetáculo.

Trata-se de problemas que não encontrou ainda solução adequada, apesar da sua inegável importância.

Em entrevista concedida a *Educação Física e Desportos*, nº 47, 1981, págs. 11-12, reconheceu JOSÉ CARLOS COSTA NETTO, Presidente do CNDA, que atualmente o direito de arena tem sido apenas parcialmente cumprido. Há uma tônica nas autorizações feitas diretamente pelos clubes, mais em futebol do que nas áreas de atletismo, onde a situação é ainda mais grave, no sentido de que direito de arena é somente direito de autorizar a transmissão direta do espetáculo desportivo.

“Não se pensa na mera fixação, nem tampouco na retransmissão de eventos (video-teipes) ou mesmo transmissões simultâneas para locais diversos ao da realização do evento.

Se isso ocorre na área de futebol, podemos imaginar na das demais atividades esportivas, onde a situação está ainda mais precária.

Por outro lado, ainda não é do conhecimento do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) que, mesmo nas transmissões diretas, sejam distribuídos entre os atletas participantes do espetáculo os 20% do montante cobrado pelos clubes. É uma deficiência total.

As atividades diretas das entidades a que se vinculem atletas na arrecadação, controle, fiscalização e na distribuição dos 20% propiciem que, por terem mais poder junto aos veículos de radiodifusão, os clubes maiores tenham chance de autorizar as transmissões diretas, no local do evento. O mesmo não ocorre com as agremiações pequenas, que não têm essa chance, muitas vezes nem mesmo em relação à transmissão direta para o local de realização do espetáculo.

Assim, o direito de arena não está sendo exercido na sua amplitude, posto que não há controle das entidades de atletas de pequeno ou grande porte, em relação à fixação, transmissão direta para os locais que não o da realização do espetáculo, bem como a retransmissão (video-teipe) dos espetáculos esportivos.

No entanto, na transmissão ou retransmissão de eventos esportivos, principalmente com relação à televisão, as emissoras *faturam* em cima desses programas, que não são nada mais, nada menos, que a simples reprodução visual do espetáculo. Desse faturamento, que é substancial, nada recebem os clubes e demais entidades a que se vinculem os atletas e muito menos os participantes do espetáculo que gerou aquele lucro para as emissoras.”

Considerando este último tópico como grave acusação às emissoras de radiodifusão e entidades esportivas por prática de atos ilícitos, LUIZ EDUARDO BORGERTH, Presidente em Exercício da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), encaminhou, em data de 02-10-1981, ao Editor Responsável daquela Revista ofício considerando espantoso que se possa imaginar que a

televisão brasileira transmite, ao vivo ou por vídeo-teipe, eventos esportivos sem autorização dos clubes ou entidades, gratuitamente, e que as entidades responsáveis pelos eventos elidam a parte dos atletas.

Para informação dos leitores do periódico e autoridades, apresenta os seguinte valores arrecadados a título de direitos de transmissão pelo Campeonato Nacional e pelos amistosos da Seleção Nacional, pagos pela Televisão Brasileira nos 16 meses anteriores:

01. Jogos da Seleção	:	Cr\$ 91.544.027,00 (negociados e pagos pela ABERT)
02. Campeonato Nacional:	Cr\$ 72.255.800,00 (condições negociadas pela ABERT)	
03. Jogos Avulsos	:	Cr\$ 60.000.000,00 (negociados e pagos pelas emissoras)
num total de	:	<hr/> Cr\$ 233.799.827,00

Nota que tais valores constituem *apenas* a parte negociada através da ABERT e pela ABERT, como é o caso dos jogos do Selecionado Brasileiro, cujos direitos são adquiridos pela ABERT à CBF.

Os jogos adquiridos individual e particularmente pelas emissoras, são objeto de uma estimativa. Os realizados fora do Brasil ou entre equipes estrangeiras, não estão relacionados, de maneira que o total geral será bem maior do que o reproduzido.

Anexa relação dos jogos do Selecionado Brasileiro, com os valores cobrados pela CBF por Direitos de Transmissão de Jogos da Seleção Brasileira, durante 1980 e 1981 até 28-09-1981.

1980

01 — Jogo Brasil × Sel. Novos, R. J., 02-04-80	=	700.000,00
02 — Jogo Brasil × Sel. Mineira, Brasília, 01-05-80	=	700.000,00
03 — Jogo Brasil × México, R.J., 08-06-80	=	2.000.000,00
04 — Jogo Brasil × Rússia, R. J., 15-06-80	=	2.000.000,00
05 — Jogo Brasil × Chile, B. Horizonte, 24-06-80	=	2.000.000,00
06 — Jogo Brasil × Polônia, São Paulo, 29-06-80	=	2.000.000,00
07 — Jogo Brasil × Uruguai, Fortaleza, 28-08-80	=	2.250.000,00
08 — Jogo Brasil × Paraguai, Assunção, 25-09-80	=	2.759.427,00
09 — Jogo Brasil × Paraguai, Goiânia, 30-10-80	=	2.350.000,00
10 — Jogo Brasil × Suíça, Cuiabá, 21-12-80	=	2.350.000,00
SOMA	=	<hr/> 19.109.427,00

1981

01 —	Jogo Brasil × Chile, R. Preto	SP, 14-03-81	=	7.358.000,00
02 —	Jogo Brasil × Bolívia, R. J.,	22-03-81	=	7.506.000,00
03 —	Jogo Brasil × Venezuela, Goiânia,	29-03-81	=	7.653.000,00
04 —	Jogo Brasil × Inglaterra, Londres,	12-05-81	=	6.508.000,00
05 —	Jogo Brasil × França, Paris,	15-05-81	=	6.635.200,00
06 —	Jogo Brasil × Alemanha, Stuttgart,	19-05-81	=	6.774.400,00
07 —	Jogo Brasil × Espanha, Salvador,	08-07-81	=	6.000.000,00
08 —	Jogo Brasil × Chile, Santiago,	26-08-81	=	12.000.000,00
09 —	Jogo Brasil × Irlanda, Maceió,	23-12-81	=	12.000.000,00
S O M A				= 72.434.600,00

Oferece igualmente, como ilustração, uma cópia do “Controle de Televisionamento” da CBF que demonstra, exatamente ao contrário daquelas declarações, o controle das emissões por televisão.

Esclarece, ainda, que a maioria esmagadora dos Jogos do Campeonato Nacional não pode ser transmitida, por proibição imposta pelos próprios clubes e federações que não permitem transmissões para locais onde estejam sendo realizados, localmente, jogos do Campeonato. Isto acontece praticamente em todas as rodadas ficando disponíveis apenas praças de menor importância para a transmissão por televisão. Uma melhor disposição da tabela faria crescer, consideravelmente, esta importância.

Por outro lado, seriam também falsas as acusações às entidades esportivas de não distribuírem a parte que cabe aos atletas.

A CBF, notadamente, para a parte dos direitos que cabe ao atleta quando o jogador se apresenta para o compromisso seguinte, sem qualquer dedução, por administração, gastos de cobrança, ou quaisquer outros que reduzam o valor a ser recebido como faz o ECAD.

Mas está justamente nessa distribuição a maior dificuldade, o verdadeiro desafio.

“Se um atleta de renome (e, portanto, em condições de negociar índice de sua participação no preço das autorizações)” — consigna VIEIRA MANSO — “fixar, em seu contrato, outra taxa maior que a da lei, como poderá esse contrato ser oposto à Federação que é detentora do direito de transmissão? E, ainda que isso seja possível, como fixará a igualdade de distribuição que o Projeto determina seja observada?”

Por outro lado, havendo substituição de atletas, no transcorrer de uma partida, deveriam mesmo todos os participantes receber quantias iguais, tanto os que tiverem tido uma atuação por todo o tempo, como os que participaram apenas de parte do espetáculo?

Essa participação, em igualdade com os demais atletas não apenas será exagerada em relação ao substituto, como determinará uma divisão entre maior número de participantes e, portanto, uma diminuição da verba que caberia aos jogadores que tivessem tido todo o tempo de jogo.

E mais: não definindo o que seja atleta, para os fins dessa participação, poder-se-ão excluir daquela remuneração o massagista, o roupeiro; o técnico e os atléticos catadores de bolas (que a linguagem esportiva está chamando de “gandulas”)?

E os atletas reservas que, a despeito de não terem tido uma participação ativa e direta no espetáculo, terão sido um dos elementos de possibilidade de sua realização (ainda mais que, nos intervalos dos jogos, costumam dar verdadeiros espetáculos de “bate-bola”)?

Indagado do encaminhamento que poderia ser dado ao assunto para garantir o cumprimento da lei, considerou COSTA NETTO, em prosseguimento à entrevista, ter ficado claro que as entidades desportivas não conseguiriam organizar e manter um sistema próprio e individual de arrecadação, controle, fiscalização e distribuição (esta em relação aos 20%).

Assim, a exemplo de outras áreas, como dos compositores, autores teatrais, músicos, intérpretes, atores, radialistas, etc., recomenda que essas entidades se agrupem numa associação específica para a arrecadação dos direitos de arena, que poderia, como as já existentes nas outras áreas, utilizar-se do potencial do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o ECAD, de âmbito privado, que tem como finalidade única a arrecadação e distribuição de direitos autorais que já possui uma estrutura capaz de atuar em todo o território nacional.

6. Desvios legislativos

De acordo com o art.1º do Decreto federal nº 21.111, de 01-03-1932, a radiotelevisão constitui “serviço de radiocomunicação” E o art. 4º do citado decreto estatui: “São da exclusiva competência da União os serviços de radiocomunicação no território, nas águas territoriais e no espaço aéreo nacionais, ficando sob sua imediata dependência toda e qualquer legislação sobre os mesmos serviços”. A radiodifusão “é um serviço público, da competência da União”, que pode, no entanto, ser exercido por empresas particulares, mediante autorização ou concessão. Considerações análogas expendeu na Câmara Federal, no então deputado Afonso Arinos (Cf. nosso *Direito Autoral de Radiodifusão*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs. 126 e 127).

Veja por outra, no entanto, o legislador estadual ou o municipal esquece essa orientação, emanando disposições que pecam, desde logo, pela sua inconstitucionalidade.

Assim, a Lei do Município de São Paulo nº 4007, de 04-01-1951, obrigou “as entidades, clubes e associações que promovam competições ou espetáculos esportivos, no Município da Capital, mediante pagamento de entradas, vendas de *poules* ou talões de aposta, “a permitir, no uso de um direito próprio da imprensa, da radiodifusão e radiotelevisão, a irradiação dos espetáculos e das competições diretamente dos locais onde eles se realizam”

Como alguns clubes pretendessem que as estações de televisão pagassem as transmissões das partidas de futebol, foi impetrado interdito proibitório com o fito de tais transmissões não serem impedidas pelas entidades futebolísticas da Capital.

O então juiz JOSÉ DE CASTRO DUARTE negou a liminar, o que levou a estação televisora, que requereu o interdito proibitório a desistir de prosseguir na ação.

A decisão foi objeto do aludido lúcido e erudito comentário de JOSÉ FREDERICO MARQUES, demonstrando ser evidente que nenhuma ação pode intentar as estações de televisão, com base e fundamento no citado diploma legislativo, pois que ao Município não cabe legislar sobre “radiodifusão e radiotelevisão”, por tratar-se de serviço público federal que somente funciona, ou por concessão ou por autorização da União, conforme o que claramente deflui do art. 5ª, nº XII, (hoje art. 8º, XV, *a*) da Constituição Federal.

Lembra que quando se discutia, na Câmara Municipal de São Paulo, o projeto de que resultou a Lei nº 4.007, ANTÃO DE MORAES teve ocasião de elaborar parecer contra as normas desse projeto, em que mostrava não apenas que cabe à União, privativamente, legislar sobre a radiocomunicação, como ainda, que a Câmara Municipal não tem competência para disciplinar relações entre entidades esportivas e as estações de rádio, por refugir tal matéria da esfera de seu poder de polícia (Cf. “Revista de Direito Administrativo”, vol. 27, pág. 391).

Considera um absurdo que o legislador municipal pretenda estabelecer normas sobre relações jurídicas entre duas esferas de interesses subjetivos particulares, quando problemas dessa ordem devem ser resolvidos, no plano legislativo, tão-só pela União.

O poder municipal não cria direitos subjetivos de uma empresa particular contra entidades também particulares. Esdrúxulo é, portanto, que a Lei nº 4.007 venha falar em direito próprio de estação de televisão em face de “entidades, clubes e associações” desportivas.

Não compete ao Município regular o serviço de televisão, e muito menos criar vínculos obrigacionais e direitos subjetivos entre sujeitos de Direito sobretudo, em esfera predominantemente patrimonial.

Aos demais, segundo o articulista, a própria União estaria impedida de impor limitações dessa ordem às entidades do futebol, por-

quanto, assim agindo, iria infringir preceitos constitucionais sobre a garantia do direito de propriedade.

A Lei municipal 4.007, além de invadir terreno que não é da área normativa do Município, ainda o fez para inverter os termos da relação jurídica, conferindo direito subjetivo a quem não o possui, e criando obrigações e ônus para entidades, que, ao revés, por estarem em seus domínios, titulares é que são de direitos e faculdades pela ordem jurídica assegurados.

Todavia, para não se ir ao extremo de considerá-la de todo inoperante, ineficaz e sem lastro jurídico, como diploma legal, parece-lhe que a Lei nº 4.007 pode ser entendida como determinando que os espetáculos esportivos sejam transmitidos do local onde se realizam, quando a estação de televisão, por contrato, negócio jurídico ou convenção, tiver direito à transmissão do jogo ou partida.

Isto se circunscreve ao exercício do poder de polícia do Município, pois consiste em fixar o lugar da transmissão, a fim de atender aos reclamos da ordem pública.

O que não se pode, de maneira alguma, reconhecer ao Município é o poder de legislar sobre o assunto para conferir direitos subjetivos à televisão contra os clubes de futebol.

Deduz, do exposto, que a Lei 4.007 não confere direito algum às estações televisoras, pois que não se pode dar caráter constitutivo de direito subjetivo a uma lei municipal dessa ordem. Ali se presupõe a existência desse direito, quando emanado de convenção ou ato jurídico, para o fim de regulamentar-se o local de onde obrigatoriamente deva ser transmitida e televisada a competição esportiva. Se a estação televisora não adquirir esse direito, por negócio jurídico regular com o titular do direito à arena, isto é, com os clubes empenhados na disputa futebolística, podem estes legitimamente impedi-la de transmitir a competição.

Tinha razão RENÉ SAVATIER ao lembrar que diante “de la puissance démesurée des techniques modernes de diffusion”, complexas questões surgem no campo do Direito, que esforços exigem do jurista, obrigando-o “d’être sans cesse tenu en haleine par des problèmes nouveaux” (*Les Métamorphoses du Droit Privé d’aujourd’hui*, 1969, vol. II, págs. 273 e 301).

Sem embargo, nova tentativa foi ensaiada pelo Prefeito FÁRIA LIMA que determinou a aplicação da Lei 4.007, não se sabendo a que título não era aplicada.

Solicitaram os clubes liminar de segurança contra o televisoramento das partidas de futebol no Pacaembu, que foi negada pelo Des. GERALDO GOMES CORREA, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, aos 22-07-1965, afirmando que não se fez prova nos autos

do ato do prefeito e, dessa forma, não pode ser ele submetido ao exame judicial.

As emisoras de TV informaram oficialmente todavia que não transmitiram o jogo Palmeiras × Portuguesa: “As emisoras de televisão desta Capital, canais 2, 4, 5, 7 e 9, assistidas pela Associação das Emissoras de São Paulo e pelo Sindicato das empresas de Radiodifusão do Estado de São Paulo, sem que importe em renúncia a qualquer direito, inclusive o respeito que devem ao público telespectador, mas com o objetivo de manter um clima de serenidade para os entendimentos que se processam entre o dr. Paulo Machado de Carvalho — representante autorizado das signatárias — e o deputado João Mendonça Falcão — presidente da Federação Paulista de Futebol — tornam público que não será televisionada diretamente, neste próximo domingo, qualquer partida de futebol promovida por aquela Federação no Estádio Paulo Machado de Carvalho (Pacaembu).

A Lei nº 9.455, de 23-06-1966, do Estado de São Paulo, autorizou o Executivo a adquirir, pelo preço de 1 bilhão e meio de cruzeiros, da Associação das Emissoras de São Paulo e da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, os “vídeo teipes” de todos os jogos relativos ao Campeonato Mundial de Futebol, a se realizarem na Inglaterra, bem como das partidas que a Seleção Brasileira disputasse na Europa, antes daquele campeonato, com direito exclusivo de sua exibição em território nacional. Os “vídeo-teipes” adquiridos seriam de propriedade do Estado e ficariam sob a guarda da Secretaria do Governo que, mediante convênio com aquelas entidades os cederia às emisoras nacionais de televisão, que poderiam promover, dentro e fora do Estado, as medidas necessárias para proporcionar patrocinadores das exibições, devendo o produto das transações ser recolhido aos cofres do Estado.

Um grupo de estudantes de Direito, entendendo que esse diploma legal havia propiciado grave lesão aos cofres públicos, ajuizou ação contra a Associação das Emissoras de São Paulo, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão e o governador do Estado, Laudo Natel, este excluído do processo por decisão judicial.

Julgando o caso, a 5ª Câmara Civil do Tribunal fulminou três verbas que não se enquadravam na lei ou que eram exorbitantes: *a.* 60 mil cruzeiros, pelo televisamento dos treinos da Seleção realizados no Brasil; *b.* 50 mil cruzeiros para “despesas de promoção”, item considerado exorbitante; *c.* e Cr\$ 470.400,00, correspondente a 500 rolos de “vídeo-teipe” que não foram adquiridos — tudo no total de Cr\$ 580.400,00, quantia a ser restituída ao Tesouro do Estado.

Dos autos consta ofício do presidente da Associação das Emissoras de São Paulo, dizendo que todo o numerário recebido fora remetido à Grã-Bretanha, não tendo as associações do rádio e televisão recebido e, pois, contabilizado qualquer quantia (“*O Estado de S. Paulo*”, 12-10-1974).

7. Jurisprudência

Localiza CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES uma das primeiras tentativas de fazer valer o direito de arena no ano de 1939.

O Clube Palestra Itália, de S. Paulo (hoje Palmeiras), celebrou um contrato com a emissora Rádio Cruzeiro do Sul S.A., dando-lhe o direito exclusivo de transmitir jogos, treinos, competições esportivas ou de qualquer natureza que se realizassem em seu campo. Apesar desse contrato e de notificação judicial feita às demais emissoras paulistas, algumas delas conseguiram transmitir um jogo de futebol de que participou o Clube Palestra Itália, através do expediente da construção de torres fora do campo em que se desenvolveu o jogo (cf. HERMANO DUVAL, *Direitos Autorais nas Invenções Modernas*, pág. 257).

Nos Estados Unidos, após uma decisão pioneira por parte de uma Corte Federal da Pensilvânia, — adita — foi reconhecido o direito de arena em favor do empresário de espetáculos públicos, do proprietário ou arrendatário de praça desportiva contra a radiodifusão não autorizada.

Com o advento da televisão e, mais particularmente com a utilização dos satélites de comunicação, o problema da proteção aos espetáculos desportivos para evitar sua exploração comercial não consentida se tornou mais agudo, justificando a iniciativa de MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, que resultou no art. 100 da Lei nº 5.988.

Jairzinho, conhecido jogador do Botafogo, campeão mundial, foi colhido de surpresa ao ler o jornal, vendo a sua imagem, de corpo inteiro, publicada vistosamente, com um texto publicitário de determinada empresa.

Anteriormente, havia autorizado, através de uma empresa de propaganda, a utilização da sua fotografia, em anúncio a ser divulgado por outra indústria.

Por isso, procurou informar-se se a autorização abrangia a segunda empresa e, como a conclusão fosse negativa, propôs ação contra a firma, reclamando dela o pagamento da indenização a que achava com direito.

A defesa girou em torno de dois pontos fundamentais: inexistia impedimento legal, para que utilizasse a fotografia do jogador, pois se tratava de pessoa consagrada no mundo esportivo, cuja imagem já era de domínio público.

Não havia, no caso, um direito ao recato, que merecesse tutela. Se a publicação não era ilícita, daí não podia decorrer direito a indenização alguma.

Em segundo lugar, fizera contrato com uma empresa de propaganda e, assim, se algum responsável houvesse, seria esta e não ela, indústria, cujo produto estava sendo divulgado.

O segundo argumento foi repellido pela Justiça, com a ponderação de que a interessada havia feito contrato escrito com a agência, em que se incluía a divulgação da fotografia do jogador. A sua responsabilidade, portanto, era incontestável.

Reconheceu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do antigo Estado da Guanabara (Apelação Cível nº 24.294, *Diário da Justiça* de 14-01-1974, pág. 9), o direito que tem a pessoa, cujo nome ou imagem são usados, sem seu consentimento, por qualquer meio de comunicação, para fins de propaganda, de receber indenização, em cujo cálculo deverão ser considerados os valores usuais em contratos dessa natureza.

Esse direito à imagem, de que era titular o jogador, é reconhecido e tutelado pelo nosso ordenamento jurídico.

Sem dúvida, a simples divulgação de fotografias de pessoas largamente conhecidas, prescinde da autorização.

Mas “uma coisa é a fotografia de um campeão, emoldurada pelo noticiário da página esportiva de um jornal, e outra coisa é a reprodução de tal imagem, como o nome do atleta, junto a uma mensagem publicitária”.

No primeiro caso, efetivamente, a autorização não é indispensável, mas o é no segundo.

A única objeção diz respeito à cominação nos “valores usuais em contratos dessa natureza”.

Tais condenações não têm apenas finalidades indenizatórias, e sim, também, premonitórias.

Mandar pagar o preço usual da praça, é prescindir do consentimento do interessado, é incentivar os transgressores da lei, que, podendo pagar esse montante, depois de uma demanda que levará sempre de um a dois anos para ser solucionada, preferirão arriscar-se a não entrar em entendimento, na esperança de que o interessado não tome conhecimento da transgressão ou, dela conhecedor, não tenha disposição para enfrentar os percalços e as demoras de uma demanda.

O pagamento em dobro, em triplo, ou mais ainda é que seria um argumento dissuador de primeira ordem.

Foi justamente o que argumentou o mesmo JAIR VENTURA FILHO ao apelar da sentença que, em outro caso, havia condenado a Siemens do Brasil S.A. a pagar-lhe uma indenização de apenas Cr\$ 11.000,00, que pediu fosse elevada, no mínimo, para Cr\$ 69.000,00, levando-se em conta outro contrato, com Alpargatas, para publicidade *regional*. No caso da ré, houve publicidade *nacional* comprovada, tendo havido talvez publicidade de âmbito mundial, sendo assim mesquinha a indenização arbitrada, normalmente porque no caso de Alpargatas houve o consentimento das partes e no caso da ré ocorreu

o que o autor considera um esbulho, suscetível de uma indenização quatro vezes maior do que a de um pagamento convencional e lícito. Se não adotado esse critério, pediu que se aceitasse a média dos laudos: Cr\$ 171.000,00.

Os Juizes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara deram-lhe razão, por unanimidade, fixando a indenização em Cr\$ 68.965,51 por acórdão de 27-06-1974, Rev. Forense, vol. 250, pág. 269:

“Uso de fotografia de campeão mundial para fim publicitário, sem autorização. Dever de indenizar. Critério da indenização com base em contrato de publicidade firmado anteriormente entre o atleta e outra empresa.”

Reconheceu o Relator, RUI DOMINGUES que o critério do laudo pericial decorre de um erro de fato, ou, ao menos, de uma insuficiente apreciação dos pontos de afinidade entre o contrato de publicidade que o autor fez com a agência de publicidade da empresa São Paulo Alparbatas S.A., de um lado, e a publicidade não-autorizada realizada pela Siemens.

Qual o mais imparcial critério para se fixar a indenização senão o exame do preço pago para uma publicidade autorizada, semelhante em tudo ao tipo de promoção da ré?

Entretanto, o laudo pericial partiu de uma premissa frágil, desprezando os pontos de analogia, e buscando o que poderia haver de diferença entre os dois casos. Sustentou que o retrato do autor, usado pela Siemens, era um retrato de jornal, ao passo que a imagem do autor, usada pela Alparbatas, era de pose especial. Por isso, seria natural que Alparbatas pagasse Cr\$ 68.965,51, mediante contrato escrito.

Se ele posasse também para a Siemens, o preço poderia ser este. Mas o autor não posou. A fotografia foi tirada de improviso, durante um jogo de futebol, sem nenhum trabalho especial do atleta. Logo, para o caso da Siemens, o preço deveria ser de um sexto, aproximadamente, porque não houve pose.

“Ora, aceitar tal critério seria estimular a pirataria, o banditismo no campo da exploração da imagem. Os heróis, os atletas, os campeões mundiais, já não mereceriam daqui por diante sequer o obséquio de um contrato, para a exploração de suas imagens e de seus nomes. Porque seria mais negócio roubar-lhes imagens e nome, eis que a pirataria paga somente um sexto do preço contratado.

De resto, qual a pose, qual o trabalho do atleta, previsto no contrato com Alparbatas? Uma pose de alguns segundos, com o tempo máximo previsto de trinta segundos. A partir de tal pose seriam feitos cartazes e filmes. Mas

o trabalho, como chama o perito, o trabalho do atleta previsto no contrato se resume a uma pose de trinta segundos.”

Realça pormenor importante: a fotografia do autor pelo contrato, se destinada à distribuição em tiragem de vários jornais, como “O Estado de São Paulo”, “Jornal do Brasil”, “O Globo”, “Folha de São Paulo”, “Jornal da Tarde”, “Correio do Povo”, e outros com circulação combinada superior a um milhão de exemplares, para lançar a sua mensagem publicitária, à custa da imagem furtada ao autor.

O perito esclarece que a foto do autor foi usada pela suplicada nos “jornais de maior circulação no país”.

Se o autor autorizou a Alpargatas a usar sua imagem também na televisão, nos termos do contrato, isso não altera o fato de que a Siemens atingiu pelo menos uma massa de consumidores equivalente à do contrato Alpargatas.

“Portanto, para anúncios de eficácia comparável, não é possível que se considere equitativo que o preço pago pelo comerciante honesto, que solicitou a autorização do herói, seja seis vezes maior que a do empresário desonesto ou precipitado que lhe usurpou a imagem e o nome.”

O autor não foi consultado, nada lhe foi dito sobre a qualidade do produto anunciado. Como então a indenização teria de corresponder a um sexto do preço do contrato Alpargatas, submetido ao consentimento livre do autor?

“O valor da indenização é mesquinho, se se levar em conta que o jogador de futebol representa alguns dos aspectos mais apreciados do público, porque é uma culminância, no caso do campeão mundial, entre milhões de praticantes do mesmo esporte no mundo inteiro. O futebol é o maior *show* olímpico da Terra. E se Pindaro, o grande poeta da Hélade, celebrou em versos imortais os pés nus dos que corriam nas memoráveis competições gregas, dedicando dezenas de poemas que eternizaram os nomes desses atletas de frente coroadas pelo triunfo não apenas do físico mas também da firmeza da vontade, não pode merecer menor respeito o atleta Jairzinho, campeão mundial de futebol.”

A suplicada, ao usar a fotografia do campeão mundial de futebol, fê-lo consciente da importância dos heróis desse esporte. Por que não usou a fotografia de um campeão de bola de gude? É que sobretudo no Brasil o futebol tem uma importância imensa para o povo.

As vitórias em escala mundial do selecionado brasileiro deram ao povo uma euforia de que tinha necessidade, sobretudo nos anos de austeridade econômica indispensável ao aumento sustentado do produto nacional bruto, de modo que

de sete em sete anos possa esse produto dobrar, à custa, imensos sacrifícios. Para uma nação que deseja ser uma grande potência, não tão importante do que um tipo de vitória como o dos campeonatos mundiais de futebol, porque aí se faz no psiquismo do povo um ensaio de grandeza, de autoconfiança de certeza da capacidade brasileira de organização e de disciplina, a par do talento desses homens de classe humilde, que se erguem à condição de nomes de cintilação universal.

A própria unidade do povo brasileiro é servida pelos jogadores de futebol, vindos de todos os pontos do nosso território, e acompanhados em todas as cidades, pelo rádio, pela televisão, pelo cinema, pelo jornal, pelas revistas, ou ao vivo, nas grandes concentrações de massa, nos estádios.

A escola de futebol criada pelo Brasil tem raízes humildes, vem do povo humilde, assim como as coreografias e cânticos carnavalescos, modelos de organização, de disciplina, de espírito de equipe. Os heróis do futebol são admirados e contemplados pelas massas e pelos seus representantes, inclusive pelas mais altas autoridades federais. Não há assunto mais sério no Brasil.

De sorte que não pode ter indenização desprezível a usurpação da imagem de um jogador de futebol brasileiro, três vezes campeão do mundo. Nem pode tal indenização situar-se em nível subjetivo, quando existe no processo uma base objetiva para a indenização, qual seja o contrato de publicidade anteriormente firmado entre o autor e a agência que representa os produtos da empresa São Paulo Alpar-gatas S.A.

Um grande jogador de futebol como Jairzinho é tão importante para o povo brasileiro como Kant ou Heidegger para um estudante de filosofia na Alemanha. Tais nomes, tais imagens, não podem ser tomados em vão, nem a troco de nada.”

8. Têm os árbitros de futebol participação no direito de arena?

Uma interpretação literal da lei talvez levasse a uma resposta negativa. Mas o art. 100 deslizou para reconhecer a prerrogativa “à entidade a que esteja vinculado o atleta”.

Não considera pois a lei um direito da pessoa física do atleta propriamente dito, mas da entidade ao qual esteja vinculado, e, expressamente, para a “fixação, transmissão ou retransmissão, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo público com entrada paga”.

Ora, aí está: é o espetáculo desportivo público que origina o direito, incluindo, assim, todos aqueles que nele figuram: juizes, “bandeirinhas”, técnicos, massagistas, enfermeiros, cuja imagem esteja não fugazmente, nem como composição do cenário, relacionada com o espetáculo esportivo.

O que a lei garante explicitamente aos atletas participantes do espetáculo, salvo convenção em contrário, são os “vinte por cento do preço da autorização”, a serem entre eles distribuídos, em partes iguais (parágrafo único).

Ressalvada, pois, essa parte intocável desses “artistas principais” não nos parece existir óbice ao reconhecimento dos direitos aos demais participantes, entre os quais ressalta a figura central, imprescindível, muitas vezes apaixonante, do juiz.

Admiti-lo corresponde a um princípio de justiça elementar, que se harmoniza, de resto, com a força de expansão característica do direito de autor, a princípio limitado ao criador de uma obra intelectual, depois, gradativamente se ampliando para, sob a denominação dos direitos conexos, ir abrigando pessoas e entidades cujo relacionamento com a criação propriamente dita é às vezes bastante tênue: artistas intérpretes e executantes, gravadores, cinegrafistas, empresa de radiodifusão, etc. etc.

Mas outro argumento de valia existe.

A redação atormentada do art. 100 da Lei ficará mais explícita se recorreremos à sua fonte originária: o art. 191 do Projeto BARBOSA-CHAVES, assegurando a prerrogativa “aos outros participantes figurantes do espetáculo e técnicos” da participação na importância recebida, a ser dividida proporcionalmente e igualmente na forma em que fosse determinada pelo Conselho Nacional de Desportos.

E ninguém negará ao árbitro a condição de técnico, incluída na intenção do Projeto.

Confirma, de resto, o entendimento a própria definição legal de atleta profissional, que, já vimos, é “aquele que, mediante remuneração a qualquer título, faça do desporto sua atividade profissional.”

Reconhecer-lhe, pois, participação no direito de arena, a ser regulado pelo CNDA, no uso de suas atribuições, parece, assim, um imperativo da mais estrita justiça.

Mas esse reconhecimento não cai do Olimpo.

Para dele usufruir terão que, ao lado dos atletas e acolitados pelos demais técnicos que possam ser abrangidos pelos termos da lei, constituir-se em associação que congregue todos os titulares, pleiteando, em seguida, sua regularização e seu registro, como manda a lei.

Responsabilidade do Transportador por Via Aérea

Professor Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Transportes aéreos

Sem embargo da semelhança que sob alguns aspectos possa apresentar com o transporte por terra e por água, a expansão comercial da aviação patenteia que os princípios da responsabilidade civil insertos no CC manifestam-se insuficientes para a solução dos problemas que surgem, exigindo a estruturação da responsabilidade do transporte aéreo segundo princípios próprios.

Para compreender-se a matéria é preciso remontar a mais de meio século atrás, quando as empresas de aviação não haviam assumido ainda o poderio e o desenvolvimento que as caracteriza nos dias de hoje.

Os riscos eram então enormes, não só para os passageiros e as cargas, como também para os operadores de vôo, tripulação, e para os empresários, que tinham que investir quantias vultosas em empreendimentos dos mais arriscados.

A aplicação dos cânones da responsabilidade civil comum, ao lado do retraimento das companhias seguradoras, implicaria fatalmente num atraso desse fator de desenvolvimento.

Sentiu-se então necessidade de uma atenuação do rigor, principalmente por meio de cláusulas contratuais que diminuíam ou isentavam o transportador por via aérea da obrigação de indenizar, nos casos de acidente, como fez a Lei francesa de 1924.

Instituído pelo Decreto-lei nº 483, de 08-06-1938, o primeiro Código Brasileiro do Ar. com 173 artigos, consagrou à matéria da responsabilidade três capítulos, revogou o art. 84 do Regulamento dos Serviços

* Parte da palestra proferida no dia 05-10-81, na 5ª Semana de Estudos de Direito Civil, do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Civis da Navegação Aérea, de 22-07-1925, que mandava aplicar os dispositivos do CC aos casos de prejuízos causados por uma aeronave, a fim de apurar a responsabilidade do piloto e do armador, no caso, os arts. 1088, 1056 e 1059 CC.

Foi substituído pelo vigente Decreto-lei nº 32, de 18-11-1966, com emendas pelo Decreto-lei nº 234, de 28-02-1967 e pela Lei nº 6.350, de 07-07-1976.

Seus 165 artigos estão distribuídos em 13 títulos: I. Introdução (arts. 1º-7º); II. Das Aeronaves (8º-28); III. Dos Tripulantes (29-42); IV. Da Infra-estrutura Aeronáutica (43-79); VII. Do Transporte Aéreo (80-121); IX. Das Garantias de Responsabilidade (122-127); X. Do Abalroamento Aéreo (128-133); XI. Da Assistência e do Salvamento (134-149); XII. Da Decadência (150-152) e XIII. Das Infrações (153-161), com quatro Disposições Finais.

Mas o transporte aéreo é, por vocação, insofrido de fronteiras, não tardando reuni-se, em Paris, em 1925, uma Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo, realizando-se em 1929, após longos trabalhos preliminares, uma segunda Conferência.

OCTANNY SILVEIRA DA MOTTA, *O Dolo do Transportador Aéreo face à Lei Internacional e ao Código Brasileiro do Ar*, Rev. dos Tribunais, vol. 356, 1965, págs. 46-57, encarece que, sob o ponto de vista único da responsabilidade civil, a Convenção trouxe vantagem clara para as empresas de transporte aéreo, permitindo-lhes conhecer antecipada e precisamente a extensão dos montantes de indenização devidos, cobrindo-os através de seguro.

De outro lado, o passageiro ou seus sucessores que perdem, eventualmente, a possibilidade de se ressarcirem da totalidade do dano sofrido, são colocados pela Convenção, em contrapartida, ao abrigo de quaisquer cláusulas de exoneração e vêm erguer-se em seu benefício, presunção de culpa do transportador.

Foi preocupação marcante e visível do legislador convencional estabelecer equilíbrio entre as posições de usuário e transportador. E procura de equilíbrio em termos semelhantes aos do atingido na lei internacional veio a marcar a lei brasileira, modelada naquele padrão.

É sob esse ângulo — o de seu papel no esquema de proporcionalidade pretendido — que encara e interpreta os dispositivos que, na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro do Ar. aludem ao dolo.

Cuidemos dos Capítulos que dizem respeito ao nosso tema, a começar pelo da Responsabilidade Contratual, versada nos arts. 97-109, do Decreto-lei nº 32, cujos textos analisaremos já com as modificações das leis posteriores.

Nos termos do art. 97, caput, responde o transportador por qualquer dano resultante de acidente relacionado com a aeronave em voo ou na superfície, a seu bordo ou em operação de embarque ou desem-

barque, que causar a morte ou lesão corporal do passageiro, salvo culpa deste, sem culpabilidade do transportador ou de seus prepostos.

Qual será o fundamento dessa responsabilidade? AGUIAR DIAS o localiza na culpa presumida, ao passo que, para ALVINO LIMA, teria natureza contratual, afirmando que a própria Lei assim o diz, sob o título "Responsabilidade Contratual".

Na verdade será de natureza contratual, quando decorra do contrato; provirá, de culpa presumida, podendo ser ilidida, quando o inadimplemento da obrigação de conduzir o passageiro são e salvo ao seu destino tiver ocorrido por culpa exclusiva deste.

O transportador responde pelo dano resultante de destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou de carga, nos acidentes ocorridos durante o transporte aéreo (art. 98), que compreende, para tais efeitos, o período durante o qual a bagagem ou a carga se acharem sob a guarda do transportador, em aeródromo, a bordo da aeronave ou em qualquer outro lugar (art. 99).

Exclui o art. 100, do transporte aéreo, o transporte terrestre ou aquático realizado fora do aeródromo, mas se na execução do contrato do transporte aéreo for executado transporte terrestre, marítimo ou fluvial para o carregamento, entrega ou baldeação, presume ocorrido o dano durante o transporte aéreo, salvo prova em contrário.

O transportador responde ainda pelo dano resultante de antecipação ou de atraso do transporte aéreo do passageiro, da bagagem ou da carga, salvo caso de força maior inclusive os impostos pela segurança do voo, cabendo-lhe a prova de tal circunstância (art. 101).

Tivemos oportunidade de assinalar, *Responsabilidade pré-contratual*, pág. 26, que o transporte, em geral há de ser feito nas condições e nos horários estabelecidos: o público conta com aquela determinada condução no momento certo; a alteração, sem prévio aviso, podendo ocasionar detrimento, transtornos, perda de tempo, dá margem a indenização. Para que a empresa possa alterar os horários sem vir a ser eventualmente responsabilizada, terá que levar ao conhecimento do público, pelos meios ao seu alcance, essa modificação, assim como a eventual impossibilidade em que venha a se encontrar, por força maior, de satisfazer os compromissos assumidos perante o público.

Por outro lado, a própria Lei cuida de tarifar a indenização devida pelo transportador.

O parágrafo único do mesmo art. 101 limita-o, nesse caso, em se tratando de passageiro, pelo máximo de 10% do valor dos prejuízos provados, e, nos demais casos, pelo máximo de 10% do valor respectivo da bagagem ou carga transportada.

"Art. 102. Se a viagem sofrer interrupção em aeroporto de escala por tempo superior a seis horas, qualquer

que seja o motivo, o transportador é obrigado à instância do passageiro, a fazê-lo reembarcar *incontinenti* para o destino pelo meio mais rápido possível e que ofereça idêntico ou melhor serviço, correndo por conta do transportador contratual todos os gastos inclusive os de hospedagem, decorrentes de interrupção, sem prejuízo das responsabilidades estabelecidas no artigo anterior.”

O sistema, da mesma forma que o convencional, baseia-se nos princípios da presunção de responsabilidade do transportador, da limitação dessa responsabilidade e da proibição de cláusulas contratuais que tendam a excluir a responsabilidade ou fixá-la aquém dos montantes legalmente estabelecidos.

O art. 103 do Código do Ar estabelece que no transporte de passageiros, salvo se for convencionada indenização mais alta, a responsabilidade do transportador por qualquer dano resultante da morte ou lesão corporal de passageiro será limitada por pessoa, à importância correspondente a 200 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Elevou, assim, embora ainda em base absolutamente insuficiente, o teto que a Lei nº 4.221, de 08-05-1963, alterando o art. 91 do anterior Código do Ar, fixava em 150 vezes o referido maior salário.

Também o CC português traça limites máximos de indenização nos casos de acidente de viação e nos de danos causados por instalações de energia elétrica ou gás (arts. 508-510).

2. Responsabilidade para com terceiro

É matéria objeto dos arts. 109 a 127, abrangendo quaisquer aeronaves, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, em vôo ou manobras de partida ou de chegada, em território brasileiro (art. 109), que causem dano a pessoas ou a bens, que se encontrem no solo ou em águas jurisdicionais brasileiras, bem assim o originado por pessoas ou coisas dela caídas ou projetadas, inclusive pelos alijamentos resultantes de força maior; não, entretanto, o dano que não for consequência direta do fato causador ou que ocorrer em virtude da operação normal da aeronave, realizada de conformidade com as normas recomendadas (art. 110).

Foi o caso do avião Navajo que no dia 24-03-1979 simplesmente “entrou” no apartamento de Mirian Gomes da Silva, no 15º andar do Edifício Marajó, à rua Gabriel Rezende Passos, bairro de Moema, S. Paulo, aí deixando dois grandes rombos e as laterais chamuscadas pelo incêndio. Pediu ela, na ocasião, dois milhões e meio de indenização pelos prejuízos sofridos.

A responsabilidade se estende aos danos produzidos pela queda de corpo caído da aeronave, mesmo quando se trate de lastro regu-

lamentar, ou de outras coisas alijadas por necessidades técnicas, e as provocadas por atos de pessoas que se encontrem a bordo. Neste caso, serão solidariamente responsáveis o dono ou explorador da aeronave e a pessoa que, de bordo, haja causado o dano.

Cuida-se, aí, da responsabilidade extracontratual, adotando-se os princípios da teoria objetiva como fundamento do dever de reparar; existe uma correspondência entre este e o art. 1.529 CC, relativo ao dano proveniente de objetos caídos ou lançados de uma casa, sendo mais explícito o Código do Ar quanto à definição dessa responsabilidade.

Considera o art. 112 a aeronave em vôo ou em manobra, a partir do momento em que é empregada a sua força motriz e até que, cessada esta, tenha fim o movimento próprio, aplicando-se à aeronave desprovida de força motriz a expressão “voo” ou “manobra” ao período compreendido entre o início e o fim de seu movimento.

Manda o art. 113 sejam regulados pelo direito comum os danos causados pela aeronave no solo e com motores parados.

O art. 114 subordina a responsabilidade pelo dano causado a terceiros na superfície, por outrem que não o explorador ou tripulantes da aeronave, à legislação comum, mas não exclui a responsabilidade limitada do explorador, prevista no Código do Ar.

Sujeita o art. 115 a responsabilidade pelo dano causado a terceiros na superfície, por quem utilizar a aeronave sem o consentimento do explorador, à regra do art. 110, mas não exclui a responsabilidade limitada do explorador, prevista no mesmo Código, que, no entanto, ficará elidida se provar que exerceu a devida vigilância para impedir o uso ilegítimo da aeronave.

“Art. 116. Qualquer das pessoas responsáveis terá direito à ação regressiva contra o autor do dano.

Art. 117 Os danos causados a pessoas na superfície serão indenizados pelo explorador, observado nos casos de morte ou incapacidade e estabelecido no art. 103, acrescido de 50%.”

Se duas ou mais aeronaves em vôo colidem ou se em suas evoluções perturbarem uma a outra, e daí resultarem danos pessoais a terceiros que dêem direito à indenização, nos termos do art. 110 ou se duas ou mais aeronaves causarem conjuntamente esses danos, cada uma delas será considerada pelo art. 118 como tendo causado o dano, e os respectivos exploradores serão responsáveis nas condições e limites estabelecidos no Código, tendo, nestes casos, a pessoa que sofrer os danos ou os seus beneficiários direito a ser indenizados, até a soma dos limites correspondentes a cada uma das aeronaves, mas nenhum explorador será responsável por soma que exceda os limites aplicáveis às suas aeronaves, salvo se sua responsabilidade for ilimitada, nos termos do art. 121.

O dano pode ser pois produzido pela colisão de duas aeronaves em vôo, ou em movimento, devendo-se, nesse caso, distinguir-se o dano sofrido por passageiro, por terceiro, na superfície do solo, considerado nesse dispositivo, ou pelas aeronaves que se abalroaram, objeto dos arts. 126 a 132.

Pelo dano sofrido por um passageiro, a responsabilidade da empresa é contratual, presumindo-se a sua culpa, mas ficando-lhe salvo o direito de regresso contra o responsável pela outra aeronave, no caso de culpa do piloto desta.

A responsabilidade pelo dano causado a terceiros na superfície está sujeita à regra do art. 119, sendo simplesmente objetiva.

Responde pelo dano a aeronave que diretamente o produziu, não lhe valendo a excusa de ter sido a colisão provocada por outro avião, porque, segundo aquela regra, sua responsabilidade se exclue, ou atenua, por culpa do lesado.

Caberá, porém, ação regressiva contra o responsável pelo avião, que tenha provocado o abalroamento.

Se ambas as aeronaves causaram o dano sofrido pelo terceiro na superfície, responderão solidariamente por ele as respectivas empresas. Se não se puder estabelecer qual das aeronaves, que se chocaram, produziu o dano na superfície, dividir-se-á a responsabilidade entre elas, em partes iguais.

No caso de danos a pessoas e bens na superfície, causados por aeronave brasileira, a indenização que será rateada, proporcionalmente aos prejuízos resultantes, obedecendo aos limites fixados no art. 119.

“Art. 120 Quando a importância total das indenizações fixadas exceder o limite da responsabilidade estabelecida neste Código, aplicar-se-ão as regras seguintes, tendo-se em conta o disposto no art. 117:

a. as indenizações, no caso de morte ou lesão, ou então somente no caso de danos materiais, serão reduzidas em proporção aos seus respectivos montantes;

b. se as indenizações se referirem tanto ao caso de morte ou lesões como aos danos materiais, a metade da importância total a ser distribuída destinar-se-á, de preferência, a cobrir as indenizações por morte ou lesões, e, se for insuficiente, deverá ser rateada proporcionalmente ao montante respectivo dos danos causados. O saldo da importância total a ser distribuído será rateado, proporcionalmente, entre as indenizações relativas aos danos materiais e, se for o caso, à parte não coberta das indenizações por morte ou lesões.”

“Art. 121. A pessoa responsável não se poderá prevalecer dos limites fixados neste Código, se o interessado provar que o dano foi causado por dolo.”

Em qualquer dessas hipóteses, fica salvo o direito à ação regressiva ao que pagou a indenização, contra o causador do dano, se posteriormente se reconhecer unilateralidade da autoria ou culpa pelo evento. A responsabilidade dos danos causados reciprocamente pelas aeronaves, que se choquem, é regulada, com fundamento na culpa.

3. Do abalroamento aéreo

Como tal define o art. 126 qualquer colisão entre duas ou mais aeronaves, em vôo ou em manobra na superfície, considerando prejuízos de abalroamento os danos causados por aeronave em vôo ou em manobra à outra aeronave também em vôo ou em manobra, mesmo que não resultem em colisão.

A responsabilidade pela reparação dos danos resultantes de abalroamento é atribuída pelo art. 129 ao explorador da aeronave comprovadamente culpada, quer a utilize pessoalmente, quer por preposto seu no exercício de suas funções.

Os prejuízos de abalroamento sujeitos a reparação são indicados no dispositivo seguinte:

- a. os danos a pessoas e coisas a bordo da aeronave abalroada;
- b. os danos sofridos pela aeronave abalroada;
- c. os danos decorrentes da privação do uso normal da aeronave abalroada, correspondente aos lucros cessantes;
- d. os danos que o explorador da aeronave abalroada for obrigado a pagar.

“Art. 131. Se a culpa for comum às aeronaves envolvidas em abalroamento, cada qual suportará os danos causados.”

“Art. 132. A responsabilidade dos exploradores das aeronaves culpadas em caso de abalroamento, não excederá:

- a. do dobro dos valores fixados neste Código para os casos de morte e lesões corporais de pessoas embarcadas, danos a mercadorias e bagagens despachadas, e a objetos sob a guarda pessoal de passageiros, a bordo de aeronave abalroada (art. 103);
- b. de valor dos reparos e substituições de peças da aeronave abalroada, se recuperável, ou de seu valor real imediatamente anterior ao abalroamento, se inconveniente a sua reparação;
- c. de 10% (dez por cento) do valor da aeronave abalroada, determinado em conformidade com o item anterior, por lucros cessantes, em virtude da privação do seu uso normal.”

Mas o art. 133 ressalva não prevalecerem tais limites:

- a. se o abalroamento resultar de dolo do explorador, ou de preposto seu, no exercício de suas funções;

b. se a pessoa responsável pelo abalroamento se tiver apoderado ilicitamente da aeronave, dela fazendo uso sem o consentimento de quem tiver esse direito;

c. se o explorador da aeronave causadora do abalroamento tiver concorrido, por si ou por seus prepostos, para o evento, por ação ou omissão violadora da lei ou da regulamentação em vigor, seja o ato, comissivo ou omissivo, causa imediata ou mediata, do abalroamento.

Seguem-se normas relativas à assistência e ao salvamento, que obrigam o Comandante da aeronave a prestar assistência a quem se encontrar em perigo de vida no mar, no ar ou em terra, desde que o possa fazer sem perigo para a aeronave, sua tripulação, seus passageiros ou outras pessoas (arts. 134-140), reconhecida a todo resultado útil direito a remuneração correspondente ao trabalho e à eficiência do ato, nas bases que o art. 141 especifica:

a. Considerar-se-á, em primeiro lugar, o êxito obtido, os esforços, os riscos e o mérito daqueles que prestaram socorro; o perigo ocorrido pela aeronave socorrida, seus passageiros, sua tripulação e sua carga; o tempo empregado, as despesas e prejuízos suportados tendo em conta, quando ocorrer, a situação especial do assistente;

b. em segundo lugar, o valor das coisas salvas.

Não haverá remuneração:

a. se o socorro for recusado ou se carecer de resultado útil;

b. quando o socorro for prestado por aeronave pública.

O proprietário ou armador do navio conserva o direito de se prevalecter do abandono, ou da limitação de responsabilidade fixada nas leis e convenções em vigor.

Todo aquele que, por imprudência, negligência ou transgressão, provocar a movimentação desnecessária de recursos de busca e salvamento ficará pelo art. 142 obrigado a indenizar a União pelas despesas decorrentes dessa movimentação, mesmo que não tenha havido perigo de vida ou solicitação de socorro.

“Art. 143. Prestada assistência sem obrigação de o fazer, aquele que a prestou somente terá direito à remuneração se obtiver resultado útil, salvando pessoas ou concorrendo para salvá-las.”

“Art. 144. Cabe ao proprietário ou explorador indenizar a quem prestar assistência a passageiro ou tripulante da aeronave”.

Se o socorro for prestado por diversas aeronaves, embarcações, veículos ou pessoas envolvendo vários interessados, a remuneração será fixada em conjunto pelo juiz, e distribuída segundo os critérios estabelecidos no art. 145, sem exceder o valor que os bens salvados tiverem no final das operações de salvamento (art. 146).

Obriga o art. 147 ao pagamento da remuneração quem utilizar a aeronave sem o consentimento do proprietário ou explorador, que com ele responderá solidariamente se não tiver exercido a vigilância para impedir o uso ilegítimo da aeronave, podendo a remuneração ser reduzida ou suprimida se provado que os reclamantes tornaram necessário o socorro, concorreram para aumentar os prejuízos ou se tornaram cúmplices de furtos, extravios ou outros atos fraudulentos (art. 148).

Dá o art. 149 ao proprietário ou explorador da aeronave o direito de reter as cargas até ser paga a cota que lhe corresponde da remuneração da assistência ou salvamento, podendo o proprietário da carga retirá-la mediante caução suficiente ao pagamento.

4. Da decadência

Sob pena de decadência, os direitos decorrentes das relações jurídicas indicadas no art. 150 deverão ser exercidos dentro do prazo de dois anos, a contar das datas que especifica.

Se o interessado provar que não teve conhecimento do dano ou da identidade do responsável, o prazo de decadência começará a correr do dia em que disso tiver conhecimento, mas não ultrapassará de três anos a contar da data do evento.

A requerimento da parte ou “ex-offício” o juiz determinará integração da lide por todas as pessoas solidariamente responsáveis pelo dano, para efeito do direito regressivo (art. 150).

O direito de ação contra os construtores da aeronave decairá em cinco anos, a contar da entrega da aeronave.

O transportador é obrigado a conservar, pelo prazo de três (3) anos, as vias respectivas dos seus documentos de transporte aéreo (arts. 151 e 152).

5. Danos decorrentes de defeitos mecânicos

Merece atenta ponderação o art. 151 fazendo decair em cinco anos o direito de ação contra os *construtores* da aeronave.

O CC, no art. 94, define como omissão dolosa, nos atos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, provando-se que sem ela não se teria celebrado o contrato, e nos arts. 1101-1106 autoriza seja enjeitada a coisa recebida em virtude de contrato comutativo por vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Mas quando uma pessoa é vítima de um acidente ocasionado por defeito no funcionamento de um maquinismo, ou sofra qualquer outro

prejuízo, o que lhe interessa não será certamente invocar esses dispositivos, e sim obter uma indenização substancial dos danos sofridos.

O CC italiano consagra à matéria norma expressa:

“Art. 2050. *Responsabilidade pelo exercício de uma atividade perigosa.* Aquele que ocasionar prejuízo a outrem no exercício de uma atividade perigosa pela sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, ficará obrigado à indenização se não provar ter adotado todas as medidas para evitar o prejuízo.”

Mas a doutrina se antecipa em deduzir semelhante princípio. Assim, ENRICO CATELLANI, *Il Diritto Aereo*, Milão, Bocca, já em 1911 realçava, a pág. 87, a importância do ordenamento jurídico da navegação aérea no que diz respeito às garantias relacionadas com a construção dos aviões e com o seu exercício, e a necessidade de disciplinar a liberdade de especulação a bem da segurança pública.

FEDERICO PEZZELA, *La Responsabilità del Proprietario di veicoli negli Infortuni della Strada e dell'Aria*, Roma, Società Editrice Libreria, 1935, depois de encarecer vigorarem as mesmas normas que governam o concurso de culpas, adita, a pág. 399, dever-se considerar, na conformidade da doutrina geral do direito, que mesmo a mínima observância das regras de conduta, produtiva de um fato previsto pela lei como crime culposos, torna penalmente responsável o agente, quando o fato é consequência da sua ação ou omissão.

O art. 64 do Decreto 70.050 dispõe que a aeronave civil acidentada, considerada irrecuperável, terá sua matrícula cancelada no Registro Aeronáutico Brasileiro.

Para evitar tal comunicação, e consequente inevitável cancelamento, determinadas oficinas costumam fazer “consertos” com tamanha falta de senso que uma simples faísca ou fagulha sobre a vaporização de combustível seja suficiente para provocar uma explosão.

Por isso é que o parágrafo primeiro do aludido dispositivo subordina a reconstrução de uma aeronave considerada irrecuperável ao parecer favorável do órgão competente do Departamento de Pesquisas e Desenvolvimento, acrescentando:

“Após o término dos serviços de reconstrução, deverá ser submetida aos testes de homologação, como se fosse um tipo novo de aeronave; após a aprovação nesses testes, o interessado requererá ao Departamento de Aviação Civil, nova matrícula no Registro Aeronáutico Brasileiro, anexo o Certificado de Homologação.”

Entre nós são mais raros do que era lícito supor, acórdãos a respeito de defeitos mecânicos em veículos terrestres e aéreos.

O Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de S. Paulo, teve ocasião de decidir, aos 15-03-1968, em embargos infringentes Rev. de Jurisprudência, vol. VII/236:

“Responsabilidade civil. Defeitos mecânicos em veículos não caracterizam força maior e nem caso fortuito. Obrigatoriedade de reparação de modo pleno, de tal forma que a situação do prejudicado seja restabelecida, da melhor forma possível, no seu estado anterior.”

Reconhecera o acórdão, pelo seu relator, Des. GOMES CORRÊA, que o defeito mecânico verificara-se na carburação e não se dera pelo fortuito ou força maior, uma vez que está diretamente ligado à conservação do veículo, aditando:

“Responsável pela reparação dos danos causados, em razão do ilícito, a Ré deve responder por todas as verbas necessárias à sua reparação e de modo pleno, de tal forma que a situação do prejudicado seja restabelecida, da melhor forma possível, no seu estado anterior.”

Decidiu acórdão unânime da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada de S. Paulo de 30-03-1964:

“Ato jurídico. Defeito. Erro. Caminhão de 1947, permutado como se fora de 1951. Certificado de propriedade adulterado. Negócio anulado. Obrigação do autor da falsificação de reparar as perdas e danos. Ação procedente”. (Rev. Tribunais, vol. 361/312)

O relator FRANCIS DAVIS, reconheceu estar provado o engano.

Daí a ementa:

“Automóvel cujo certificado de propriedade apresenta falsificação do ano de fabricação demonstra ardil visando precisamente a iludir eventual comprador.”

Poderão as agências distribuidoras de aviões e veículos terrestres, e os revendedores de aparelhos desses gêneros, usados, alegar que não têm responsabilidade, pois não são os fabricantes?

Claro que não, pois também contribuem para que os interessados os adquiram.

Orientação segura para o deslinde da dúvida iremos encontrar na regra, intuitiva, proposta por MARIANO FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, *Los Daños y la Responsabilidad Objetiva en el Derecho Positivo Español*, Pamplona, Aranzadi, 1972, pág. 176:

“Si suprimiendo mentalmente mi accion no se suprime contemporaneamente el resultado, en cuanto éste es directa e inmediatamente provocado por una conducta estraña que

se ha insertado en la mia, es que aquélla (mi acción) no ha intervenido sino mediata e incidentalmente en su causación.”

Qualifica de um tanto imprecisa a denominação corrente de “culpa de terceiro” ou de “terceira pessoa”, pois haverá casos em que tal atividade, embora produtora de um resultado lesivo, poderá não ser culposa nem simplesmente negligente, para tornar evidente que quando o resultado se produz como conseqüência direta da atividade alheia em mediata colaboração com a nossa, o problema se enraíza em determinar se existe “relação de causalidade” entre a nossa atividade e o resultado; e se, conseqüentemente, essa “atividade alheia” deve ou não excluir o “dever de indenizar” de nossa parte.

A responsabilidade civil está implícita no próprio gênero de atividade de quem vende ou serve de intermediário para a venda de aviões.

“De qualquer modo” — pondera PONTES DE MIRANDA, em seu Tratado, tomo LIII, pág. 95 —, “alegado e provado que o dano resultou da atividade perigosa, a culpa do exercente está presumida. Ao demandado apresentar a prova de que não teve culpa, pois tomara todas as providências e medidas para que o dano não se desse.”

Intuição clara da necessidade de “propor e adotar um sistema de fiscalização que evite a ocorrência, aqui, de tamanhos atentados à segurança de usuários e consumidores”, que bem merecia ser ampliado muito além do objetivo visado, teve o deputado SIQUEIRA CAMPOS, em discurso publicado no Diário do Congresso Nacional de 07-08-1976, pág. 2.333, no qual transcreve notícia de Washington de multa de quatrocentos mil dólares, cerca de quatro e meio milhões de cruzeiros, imposta a uma conhecida indústria de âmbito mundial por se recusar a cumprir determinação do Governo norte-americano, no sentido de recolher cento e oitenta e seis mil carros com um defeito de segurança possivelmente perigoso.

6. Das infrações

As penalidades previstas no Título XIII serão aplicadas pela autoridade aeronáutica competente, de acordo com a gravidade das infrações, sem prejuízo nem impedimento da imposição, por outras autoridades, de penalidades previstas em leis ou regulamentos.

O art. 155 indica os casos de aplicação da pena de cassação do certificado de navegabilidade da aeronave, do certificado do tripulante ou da concessão ou da autorização de serviços aéreos; e o art. 156 os de pena de multa, concomitantemente ou não com a suspensão dos certificados.

“Art. 158. Se a infração for cometida em conseqüência de ordem exorbitante ou indevida, do proprietário ou explorador da aeronave, devidamente comprovada, a responsabilidade de quem cumpriu a ordem fica atenuada ou eliminada, conforme o alcance da ação.”

Os arts. 159 e 160 indicam os casos de detenção pela autoridade aeronáutica, e de interdição da aeronave.

Seguiu-se, aqui — consigna ALVINO LIMA —, o sistema adotado pelo direito francês e alemão, quando tratam da responsabilidade em relação a terceiros, ilidindo-se tal responsabilidade tão-somente no caso de culpa da vítima.

7. Das garantias de responsabilidade

É matéria objeto dos arts. 122-127, o transportador ou explorador dará garantia de reparação dos danos pessoais e materiais de que for responsável nos termos do Código, na forma e limites nele estabelecidos, garantia que consistirá em seguro contratado com empresa idônea, na forma da legislação vigente, a cuja apresentação ou prova de vigência ficará condicionada a concessão ou validade do certificado de navegabilidade da aeronave.

Poder-se-á suspender, a qualquer momento, a validade do certificado de navegabilidade da aeronave ou aeronaves, quando o transportador ou explorador não provar que está executando, regularmente cláusulas do contrato de seguro a que estiver obrigado pela apólice respectiva.

LOUIS CARTOU, *Droit Aérien*, Paris, Presses Universitaires, 1963, demonstra que, em conseqüência de ser a aviação uma atividade que pode ser perigosa, é submetida a regras muito severas de utilização: é a razão por que *o direito aéreo traduz o cuidado de garantir a segurança da navegação aérea*, comportando numerosas disposições cujo conjunto constitui uma verdadeira regulamentação de polícia, em sentido amplo.

Acentuando que a técnica, caráter essencial da aviação, evolui rápida e profundamente, verifica que o direito aéreo traduz amplamente a complexidade técnica da aviação e a rapidez da sua evolução:

“O direito aéreo deve a esses liames com a técnica um dos seus caracteres menos felizes: a Instabilidade.”

Justifica-se, pois, que para reparação dos danos que as aeronaves estrangeiras possam causar a pessoas e bens no território brasileiro, pretenda o art. 125 a apresentação de garantias pelo menos iguais, ou consideradas equivalentes, às exigidas para aeronaves nacionais ou, quando aplicável, as estabelecidas em Convenção Internacional de que o Brasil for parte, apresentação essa indispensável, para o sobrevôo do território brasileiro por aeronaves estrangeiras.

Aquele que tiver direito a reparação do dano poderá exercer, nos limites da indenização que lhe couber, direito próprio sobre a garantia prestada pelo responsável.

Nas apólices de seguro de vida ou de seguro de acidente, não poderão os interessados excluir os riscos resultantes do transporte em aeronaves (arts. 126 e 127).

8. Regras mais rigorosas a que estão sujeitas as atividades de perigo

A doutrina tem ressaltado que, no exercício normal das profissões, obriga a lei a certo grau de previdência e de diligência, sob pena de responder cada qual por seus atos.

Diligência e previdência que se acentua — será preciso dizê-lo? — no desempenho das atividades consideradas perigosas. Por isso a diligência, em todas as atividades relacionadas com a aviação está sujeita a regras especiais, a particulares cautelas, tendentes a reduzir o perigo que as cercam.

A semelhança do nosso, o CC francês, no capítulo relativo aos delitos e aos quase-delitos, tem três dispositivos que solucionam a matéria.

O art. 1382, obrigando aquele por culpa do qual vem acontecer um dano decorrente de todo e qualquer ato, a repará-lo; o art. 1383 responsabilizando toda pessoa pelo dano que causou não somente por ato seu, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência, e o art. 1384, caput: toda pessoa é responsável não somente pelo dano que causou por ato seu próprio, mas ainda por aquele que foi causado por ato de pessoa pela qual devia responder, ou por coisas que estão sob a sua guarda.

Nenhum outro Código atingiu, nesse particular, o poder de síntese do mexicano:

“1913. Quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos, aparelhos ou substâncias perigosas por si mesmas, pela velocidade que desenvolvem, por sua natureza explosiva ou inflamável, pela energia da corrente elétrica que conduzam ou por causas análogas, está obrigada a responder pelo prejuízo que causar, mesmo que não obreilicitamente, a não ser que demonstre que esse prejuízo foi produzido por culpa ou negligência inexcusável da vítima.”

Manda o Decreto nº 57.055, de 11-10-1965, que aprova o Regulamento para o Serviço de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos; em seu art. 2º, caput, aos Comandantes, Diretores ou Chefes de Organizações do Ministério da Aeronáutica, Presidentes e Diretores de Empresas de Transporte Aéreo, de Aeroclubes, todos os

demais operadores, fabricantes de aeronaves e representantes de fabricantes de aeronaves nacionais ou estrangeiras, bem como todas as pessoas envolvidas na operação ou no apoio de aeronaves considerem a prevenção de acidentes aeronáuticos como requisito inerente às suas funções e responsabilidades. Todos deverão manter um contínuo e efetivo programa de prevenção de acidentes aeronáuticos com a finalidade de evitar perdas de vidas ou de material.

O Serviço de Investigação e Prevenção de Acidentes (SIPAER) tem a missão de orientar e supervisionar a prevenção de acidentes aeronáuticos e executar as investigações dos mesmos (art. 4º, caput), aditando:

“§ 1º Dessa forma toda ocorrência que sobrevier a uma aeronave, da qual resultam danos pessoais ou materiais, será objeto de investigações por parte do SIPAER, através da cadeia de autoridades que o integram.”

Quando o curso da investigação revelar indício de crimes ou de contravenção — art. 5º caput —, a autoridade que determinou a investigação ou a autoridade superior mandará instaurar, em paralelo ou posteriormente, o Inquérito Policial-Militar, a Sindicância ou o Inquérito Administrativo competente.

O Código Brasileiro do Ar comina, no art. 155, pena de cassação do certificado de navegabilidade da aeronave, do certificado do tripulante ou da concessão de autorização de serviços aéreos, entre outros casos,

- a. no de perda do nível de aptidão técnica ou de condições físicas;
- b. procedimentos ou práticas, no exercício das funções, que revelem falta de idoneidade profissional para o exercício das prerrogativas de certificado de habilitação técnica.

Continua pois da mais completa atualidade o reconhecimento de CESARE SAVOIA, um dos primeiros a versar *La Responsabilità Civile del Vettore Aereo*, Roma, Athenaeum, 1928, pág. 22, de que todos aqueles que pretendam colocar no ar o seu aparelho devem obter a prévia autorização da autoridade competente, mediante a outorga do certificado de navegabilidade.

Responde afirmativamente à pergunta se o certificado de navegabilidade pode servir para pré-constituir uma prova de diligência, que exclua a culpa, em caso de sinistro.

Os 67 artigos do Decreto nº 70.050, de 25-01-1972, que aprova o Regulamento para o referido serviço (SIPAER) revelam a preocupação primordial da segurança de vôo, reafirmando e desenvolvendo o art. 7º espírito do art. 2º do já citado Decreto 57.055.

Acrescenta o art. 11 que a autoridade que der a solução da investigação deve remeter uma cópia do Relatório Final de Acidente à

Inspetoria Geral da Aeronáutica, a quem competirá a difusão dos ensinamentos aos interessados, e, chegando ao ponto:

“Art. 12. Quando no curso de uma investigação de acidente aeronáutico houver indícios de crime ou contração, a autoridade que determinou a investigação mandará instaurar, em paralelo ou posteriormente, o Inquérito Policial Militar, Inquérito Administrativo ou Sindicância ou solicitará à autoridade civil a abertura de Inquérito Policial, conforme esses indícios sejam de natureza militar ou comum.

§ 1º Ressalvados os casos previstos na legislação federal, a apuração da responsabilidade criminal, surgida em investigação de acidente aeronáutico, ocorrido com a aeronave civil, é da alçada da Autoridade Policial do local do acidente ou da Polícia Federal, quando for o caso.”

Exige o art. 46 que o operador de aeronave não pertencente ao Ministério da Aeronáutica, em primeiro lugar, notifique pelo meio mais rápido o acidente aeronáutico ocorrido com a sua aeronave aos órgãos que indica, e, em segundo, que evite sejam a aeronave avariada ou os destroços removidos, ou tocados de qualquer forma, enquanto não chegar a autoridade investigadora.

O art. 7º do aludido decreto atribui a prevenção de acidentes aeronáuticos, a *todas as pessoas envolvidas na operação ou no apoio de aeronaves*, regra de ordem pública.

Compendiando a lição da doutrina e da jurisprudência, propunha o anteprojeto do Código das Obrigações CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na Seção III, Responsabilidade independente de Culpa, Título IX, Responsabilidade Civil:

“Art. 935: Aquele que cria um perigo em razão da sua atividade ou profissão, pela natureza delas, ou pelos meios empregados, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se provar que adotou todas as medidas idôneas a evitá-los”.

9. Cálculo da indenização

Varia, de caso para caso, o montante da indenização a ser paga.

No cálculo de abaloamento de veículos, como danos materiais, deverão, no entanto, ser levados em conta dados diversos.

No caso de *danos pessoais* o Código Criminal de 1830 já preceituava, no art. 22, que “A satisfação será sempre a mais completa que for possível, sendo no caso de dúvida, a favor do ofendido. Para este fim, o mal, que resultar à pessoa e bens do ofendido, será avaliado em todas as suas partes e conseqüências”.

A legislação posterior parece como que atenuar a severidade — muito justa, aliás — do dispositivo.

A Lei nº 2.681, de 07-12-1912 estabelece, nos casos de:

morte: que a responsabilidade será por todas as despesas e indenização a todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação;

lesão corporal ou deformidade: de acordo com as circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, uma indenização conveniente (art. 21);

ferimento: indenização equivalente às despesas do tratamento e aos lucros cessantes durante ele.

Na mesma linha de pensamento, no caso de morte, manda o CC pagar despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família e na prestação dos alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde determina o art. 1538 que o ofensor indenize o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença.

Cominava ainda uma multa, a ser duplicada no caso de resultar do ferimento aleijão ou deformidade, de que não há cogitar, uma vez que o Código Penal vigente não a determina.

Em se tratando de mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá num dote (§ 2º).

Finalmente, o art. 1539 limita-se a dispor que “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação, que ele sofreu.”

Não escapou à perspicácia de CLÓVIS BEVILÁQUA, a discrepância com o critério anterior, muito mais coerente na sua menor benevolência, uma vez que o que se cogita é justamente “Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”.

Mas procura justificar que o dispositivo de 1830 havia sido haurido em BENTHAM e seria uma recomendação ao juiz do que um preceito imperativo, antes a síntese de uma doutrina do que uma regra legal, que se possa aplicar aos casos concretos sem o perigo do arbítrio.

E se a vítima já recebe uma pensão pelo Instituto de Previdência ou instituição análoga?

É claro que não se irá descontar a respectiva importância da indenização decorrente do desastre.

O pagamento da pensão — teve oportunidade de encarecer acórdão da 5ª Câmara do TJ do Estado de São Paulo, RT 197/270, que pode ser tomado como padrão — resulta da própria contribuição da vítima ao Instituto, e é descontado do seu salário, mensalmente, para formar o fundo de providência e ampará-lo em caso de enfermidade. A jurisprudência é tranqüila nesse sentido: RT 200/380, 203/181, 251/265 etc.

Na lição de EDUARDO ESPÍNOLA:

- 1º — Nos desastres ou acidentes ferroviários, aplicam-se às lesões dos passageiros e aos danos das coisas transportadas os dispositivos da Lei nº 2.681, de 1912 (culpa contratual).
- 2º — Nos mesmos desastres ou acidentes, aplicam-se, aos infortúnios dos transeuntes e às deteriorações das coisas estranhas ao contrato de transporte, os dispositivos dos arts. 159, 160, 1.118 e segs. CC (culpa extracontratual).
- 3º — Nos desastres ocorridos em bondes, ônibus, etc., aplica-se o art. 1.056 CC, que, em sua generalidade, abrange a regra do art. 102 do CCom, aos males que sofrem os passageiros ou as coisas transportadas (culpa contratual).
- 4º — Nos mesmos desastres de bondes, etc. aplicam-se os dispositivos do CC, arts. 159, 160, 1.518 e seguintes, quando ofendida seja pessoa que não tenha a qualidade de passageiro, ou coisa que se não encontre no veículo, que não seja transportada.

Terão que ser considerados ainda os seguintes elementos:

- desvalorização do veículo (RT 200/185);
- estadia do mesmo em garagem, estaleiro, hangar, etc.;
- despesas de condução. Quem possui um carro, por exemplo, para seu uso, para levar os filhos à escola, para as necessidades da mulher, não é obrigado a privar-se dessa comodidade;
- tratando-se de motorista ou de piloto profissional, os dias em que ficar impossibilitado de trabalhar;
- honorário de advogado: RT 291/700, 290/432, 200/185, etc.

No transporte de carga ou bagagem, salvo convenção entre as partes, dispõe o Código do Ar, art. 103, § 1º, a responsabilidade do transportador se limita à quantia calculada por quilo, à base de $\frac{1}{3}$ do maior salário mínimo vigente no País.

§ 2º Quanto à bagagem e objetos que o passageiro conservar sob a sua guarda, a responsabilidade do transportador não excederá de quatro vezes o maior salário mínimo vigente no País.

“Art. 104. O transportador responde perante os tripulantes da aeronave e demais empregados que nela viajarem a seu serviço, ou perante os respectivos beneficiários, nos mesmos casos, segundo o mesmo critério e sob o mesmo regime de garantias estabelecidas com relação ao passageiro, por uma indenização de limite igual à que lhes seria devida se passageiros fossem deduzido o valor da indenização que receberem, ou que teriam direito a receber pela legislação de acidentes de trabalho.”

Comparando-se o texto atual com os arts. 90 e 93 do anterior Código verifica-se a eliminação da eventualidade do dano ter sido causada por culpa da pessoa lesada, caso em que era admitida a hipótese de exclusão ou atenuação da responsabilidade do transportador, mantido o anterior art. 93 no atual:

“Art. 106. Quando o dano resultar de dolo do transportador ou de seus prepostos, nenhum efeito terão os artigos deste Código que excluam ou atenuem a responsabilidade.”

Confrontando o dispositivo com o correspondente da Convenção de Varsóvia nota OCTANNY SILVEIRA DA MOTTA que o legislador brasileiro sintetizou, nessa fórmula breve, o conteúdo de duas alíneas do art. 25 daquela Convenção, fugindo, entretanto, a equiparar a culpa ao dolo, para efeito de tornar ilimitada a responsabilidade do transportador aéreo, que havia motivado críticas severas.

Sustenta que ao dolo do transportador, só se podem ligar consequências após provado o mesmo dolo. E à tentativa de produção dessa prova, o transportador há de estar legitimamente autorizado a opor toda e qualquer defesa que a norma faça permissível pela razão de que oportunidade para fazê-lo apresenta-se no decurso do processo em cujo encerramento o dolo seu virá, acaso, a ser reconhecido. Entendimento diverso permitiria retirar consequências do dolo do transportador antes do mesmo provado.

Diante da possibilidade, já admitida no art. 91 do Código revogado, de transportador e usuário estipularem, convencionalmente, que o montante de indenização eventualmente devida seja superior ao previsto em lei, indaga se o transportador que aja com dolo poderá ser admitido a não indenizar para além da quantia convencionalmente fixada.

Demonstra que, em caso de dolo próprio ou de prepostos, o transportador não poderá invocar montante de indenização convencionalmente fixado e ater-se a ele, fugindo a cobrir quaisquer prejuízos que o excedam. A sanção prevista pelo art. 25 da Convenção — e pelo art. 106 de nosso Código — é a da ilimitação e, assim, o transportador ver-se-á compelido a compensar totalmente o prejuízo causado por dolo, não só próprio, mas ainda de prepostos seus.

“Art. 107 O recebimento de bagagem ou carga, sem protestos do destinatário faz presumir, salvo prova em contrário, que foi entre-

gue em bom estado e de conformidade com o documento de transporte.”

“Art. 108. No caso de transporte executado sucessivamente por vários transportadores, cada transportador que receber passageiro, bagagem ou carga, ficará sujeito às regras deste Código e considerado parte no contrato de transporte.

§ 1º O passageiro, ou os que o sucederem nos seus direitos, só terão direito de ação contra o transportador que haja efetuado o transporte, no curso do qual se tiver produzido o acidente ou atraso salvo se, por estipulação expressa, o primeiro transportador assumir a responsabilidade em todo o percurso da viagem.

§ 2º Em se tratando de bagagem ou carga, o expedidor terá ação contra o primeiro transportador, e o destinatário, a quem couber direito a entrega, contra o último. Um e outro poderão acionar o transportador que haja efetuado o transporte durante o qual tiver ocorrido a destruição, perda, avaria ou atraso. Esses transportadores serão solidariamente responsáveis ante o expedidor e o destinatário.”

A Transferência Empresarial de Tecnologia para Países Subdesenvolvidos: um Caso Típico de Inadequação dos Meios aos Fins *

Fábio Konder Comparato

Professor Catedrático de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

O reconhecimento generalizado, neste último meio século, de que a tecnologia constitui um fator mais importante que o acúmulo de capitais, para o aumento da produtividade empresarial, deveria levar, naturalmente, a uma revalorização do sistema jurídico da propriedade industrial, considerado por tradição como dirigido ao desenvolvimento da técnica.

No entanto, os comentários críticos emanados de quase todos os países, nos últimos anos, traduzem um sentimento generalizado de crise do sistema dos privilégios industriais, ou seja, a consciência de que este padece, atualmente, de grave disfunção.

O que salta aos olhos, desde logo, é a inexistência de paralelismo entre o desenvolvimento da tecnologia industrial e o crescimento do número de invenções registradas nos países industrialmente mais evoluídos do planeta, isto é, nos centros mundiais de criação tecnológica. Nos Estados Unidos, por exemplo, o aumento do número de invenções depositadas no período de espantoso progresso técnico, que vai das vésperas da Segunda Guerra Mundial ao início da década de 60, foi de apenas 6%. Mais recentemente, entre 1969 e 1978, o total de pedidos de privilégio industrial depositados em seis países altamente desenvolvidos — Alemanha Federal, Canadá, França, Holanda, Japão e Estados Unidos —, segundo as estatísticas divulgadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, teve um crescimento inferior a 10%, com uma curva sensivelmente declinante a partir de 1973.

Em contrapartida, no mundo economicamente subdesenvolvido, tradicionalmente estéril na geração de tecnologia industrial, o aumento do número de invenções registradas ultrapassa o próprio crescimento do PIB. Num conjunto de 21 países africanos e asiáticos, escolhido

* Conferência pronunciada no II Seminário Nacional de Propriedade Industrial, no Rio de Janeiro, em 10-08-1982.

pela OMPI, o total das invenções depositadas, no mesmo período de 1969 a 1978, aumentou em mais de 60%. Obviamente, tais depósitos foram feitos, em sua esmagadora maioria, por estrangeiros (85% dos pedidos depositados em 1978). Em nosso país, embora o número de depósitos de pedidos de patentes tenha permanecido relativamente estável nos últimos anos (em 1979, 11.496; em 1980, 11.312; em 1981, 11.351), quase três quartos desses depósitos são feitos por estrangeiros. Quanto à concessão de patentes no Brasil, em 1981, nada menos que 91,8% do total pertencem a estrangeiros.

Na verdade, a importância reduzida do sistema de privilégios industriais, como modo de transferência de tecnologia para os países subdesenvolvidos, já não escapa a nenhum observador atento. Em 1972, calculou-se que a parte dos privilégios, de modo geral, na totalidade da tecnologia transferida dos países ricos para os povos industrialmente mais atrasados não supera 5%; cifra que não deve, evidentemente, ser tida como precisa, dada a enorme discutibilidade do cálculo, mas que representa, sem dúvida, uma aproximação sugestiva da realidade.

Não é difícil atinar com as razões do fato. Em relatório publicado em 1964 por recomendação da Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante iniciativa do nosso país, o Secretário Geral da ONU afirmou que “as patentes exercem uma função restrita na transferência dos conhecimentos técnicos, em razão de os conhecimentos técnicos, objeto de patentes, não serem senão uma parte dos que devem ser passados aos países subdesenvolvidos e dos que o são, efetivamente. Assim é, notadamente, porque grande parte dos conhecimentos técnicos de que necessitam tais países não estão entre os mais avançados, e são estes os únicos patenteados. Ademais, os países subdesenvolvidos carecem a tal ponto de conhecimentos técnicos gerais e de experiência gerencial que os conhecimentos patenteados são geralmente insuficientes, por si sós, para introduzir novos produtos, e novos processos nesses países”. E prosseguindo nessa linha de raciocínio, declarou esse mesmo relatório: “No tocante aos estrangeiros titulares de patentes (em países subdesenvolvidos), é de todo excepcional, sobretudo nos países mais atrasados, que uma empresa nacional tenha condições de fabricar o produto ou de utilizar o processo, garantido por uma patente, sem recorrer à colaboração técnica, administrativa ou financeira do titular estrangeiro da patente, ou a outras fontes estrangeiras. Assim ocorre, principalmente, porque a aplicação de invenções novas e sua utilização prática somente é possível quando já se possuem os conhecimentos técnicos não patenteados, pressuposto pelas fórmulas, processos, planos, segredos de fabricação etc.” (E/3.861/Rev. 1, *Le rôle des brevets dans le transfert des connaissances techniques aux pays en voie de développement*).

Acresça-se a isto que os grandes centros empresariais e militares do mundo já tomaram consciência, há algumas décadas, de que o fator determinante do crescimento econômico e da supremacia bélica não é, exatamente, como pensavam os teóricos do século passado, a

acumulação de capital e a extensão territorial, mas a acumulação de saber e tecnologia. A ciência e a técnica são, hoje, os instrumentos decisivos do imperialismo econômico e militar, e sua preservação depende, em boa parte, da aplicação de uma severa política de segredo e reserva. Ora, o sistema dos privilégios industriais, implicando sempre uma publicação do invento a ser registrado, é incompatível com essa política de acumulação reservada de conhecimentos técnicos.

Resulta daí, em boa medida, a importância crescente assumida pelo *know-how* industrial e mesmo comercial, relativamente às patentes de invenção ou modelos de utilidade, como forma de transferência de tecnologia. Sem dúvida, de um lado, a complexidade cada vez maior dos dados técnicos faz aumentar, proporcionalmente, as exigências de capacidade gerencial e experiência de fabricação, para a utilização de patentes. Mas, também, de outro lado, a possibilidade de manter em segredo os novos inventos, somente revelando a terceiros escolhidos o que pode ser divulgado sem dano para a manutenção do poder econômico da empresa no mercado, leva à multiplicação dos contratos de prestação de *know-how*, ao invés do depósito de patentes e da licença de sua utilização.

Todos esses condicionamentos parecem estar na origem da reduzida importância que assume, ainda hoje, o comércio mundial de tecnologia. Segundo a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (TD/B/C.6/55: *Legislation and Regulations on Technology Transfer: Empirical Analysis of their Effects in Selected Countries*), a receita de 6 dos principais países industrializados (Alemanha Federal, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Holanda e Japão), com a exportação de tecnologia em 1976, montou a cerca de 7 bilhões de dólares, ou seja, menos de 1% do total das exportações mundiais no ano anterior (880 bilhões de dólares). Daquele total de *royalties*, apenas 17% provieram de países subdesenvolvidos. Quando se aproximam esses números do fato que 40% do total das exportações de bens do Ocidente industrializado dirige-se para os países subdesenvolvidos, tem-se mais uma medida para aferir a reduzida importância da transferência de tecnologia para essas nações.

Retomando agora, depois de tantos outros, a análise do sistema dos privilégios industriais e dos contratos de prestação de *know-how*, em função das carências tecnológicas dos países subindustrializados, gostaria de reapreciar, numa primeira parte, o fundamento teórico desses privilégios, a fim de ensaiar, numa segunda parte, a busca de soluções aos problemas suscitados, de modo a verificar até que ponto é possível tornar menos ineficiente o fluxo de conhecimentos técnicos para o Terceiro Mundo, por via empresarial.

I

O Fundamento Teórico dos Privilégios Industriais

A função ideológica da teoria jurídica tem sido tantas vezes denunciada, que me considero dispensado de repisar o óbvio. Por isso

mesmo, não surpreenderei certamente ninguém ao tentar apontar as ideologias subjacentes à concepção teórica dos privilégios industriais.

Duas tradições, como sabido, concorrem na explicação racional desse instituto: a da propriedade, que remonta à lei revolucionária francesa de 7 de janeiro de 1791 e ao *Patent Act* norte-americano de 1790, e a tradição inglesa de monopólio legal de direito privado, firmada desde o *Statute of Monopolies* de 1624.

Na verdade, ambas essas concepções visam ao mesmo alvo: impedir a invasão arbitrária do Poder Público na exploração dos inventos industriais, com a concessão de privilégios vitalícios ou perpétuos a determinadas famílias.

Para os revolucionários franceses de fins do século XVIII, *ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son inventeur* (Lei de 7 de janeiro de 1791, preâmbulo). Essa declaração solene teve eco na conferência internacional de Paris, de 1878, cujos trabalhos redundariam, cinco anos depois, na convenção criadora da União para a proteção da propriedade industrial. Os representantes diplomáticos fizeram questão de declarar, então, que *les droits des inventeurs et des créateurs industriels sur leur propre travail, (...) sont des droits de propriété. La loi promulguée par chaque nation ne crée pas ces droits, mais se borne à les réglementer.*

Mas a aplicação da noção de propriedade aos inventos industriais não é logicamente sustentável.

O direito de propriedade tem por objeto um bem, material ou imaterial, cuja fruição não depende do desenvolvimento de uma atividade pelo proprietário. Trata-se de uma situação estática, redutível a relação de pura pertinência, com ou sem posse direta do bem. No invento industrial, diferentemente, é preciso distinguir a idéia, do seu suporte material (coisa tangível ou sensível, energia). Aqui, objeto da proteção jurídica não é, apenas, a relação de autoria ou criação da idéia (o chamado "direito moral", nas obras literárias, científicas ou artísticas), mas também e sobretudo a reproduzibilidade do seu suporte concreto pela exploração empresarial. No primeiro caso há, portanto, nitidamente, um *habere*; no segundo, um *facere*. A mera comunicação da idéia inventiva não ofende o direito exclusivo do inventor, desde que se não conteste a relação de paternidade, que não tem conteúdo patrimonial. Tampouco viola essa exclusividade a simples posse de um ou alguns dos objetos fabricados a partir da invenção, desde que não se tente reproduzir indevidamente o invento, ou ajudar outrem a escoar os objetos indevidamente fabricados.

A função declaratória da lei limita-se, por conseguinte, ao fato jurídico da invenção, enquanto idéia nova; não à exclusividade de sua exploração industrial, que representa sempre um *posterius* relativa-

mente a esse fato, e que depende da organização de uma atividade técnica por si ou por outrem, para o aproveitamento da idéia.

Por outro lado, a concepção inglesa do monopólio legal de direito privado apresenta os privilégios industriais como exceções ao princípio da livre iniciativa empresarial. Sucede que a liberdade de concorrência pressupõe a multiplicidade de agentes, em situação de igualdade no mercado. A partir do momento em que se instaura um mecanismo de acumulação do poder econômico em favor de um ou alguns agentes, apenas, a livre iniciativa se torna mera ficção e a livre concorrência um mito justificador do *status quo*. Ora, em se tratando de um bem de capital, cuja posse é decisiva para o sucesso empresarial e o desenvolvimento econômico, como é a tecnologia sua repartição forçosamente desigual entre os agentes econômicos é o fator que mais rapidamente conduz à situação de abuso de posição dominante nos mercados. A sanção legal à exclusividade de exploração empresarial, por parte dos detentores dos conhecimentos técnicos, não constitui, assim, mera exceção ao princípio da livre concorrência, mas a confirmação jurídica de uma desigualdade de fato já existente.

Colhe-se aí a essência dessa disfunção do regime jurídico dos privilégios industriais, a que aludi acima. A justificação funcional do instituto foi, originalmente, o incentivo à atividade inventiva como fator de progresso material da coletividade. Até o presente século, essa atividade inventiva tinha existência autônoma, não integrada à organização empresarial. Atente-se para qualquer das invenções industriais anteriores à Primeira Guerra Mundial — a utilização idealizada por Watt da teoria do calor latente na criação da câmara de condensação separada dos motores a vapor, ou a exploração do eletromagnetismo por Marconi para a criação da radiotelegrafia, por exemplo — e ver-se-á, de plano, que o inventor nunca fora homem de empresa. Mas corra-se a lista das grandes invenções industriais do século XX e ter-se-á grande dificuldade em encontrar algum que tenha medrado fora do âmbito empresarial. Os trabalhos de Carother, que levaram à fabricação do nylon, desenvolveram-se na Du Pont de Nemours; as pesquisas de Shockley, responsáveis pela invenção do transistor, foram todas feitas na Bell Telephone. E assim por diante.

O fato novo, responsável pela grande transformação da atividade produtiva, na era contemporânea, é justamente a organização e a programação do progresso tecnológico, como função da empresa, pública ou privada. Mesmo quando a pesquisa científica é patrocinada e custeada pelo Estado para fins políticos — como sucede na indústria bélica — ela acaba se moldando às exigências do funcionamento das empresas. Tanto mais que, atualmente, a simples demonstração, pela pesquisa, da solução prática de determinado problema não é bastante para seu aproveitamento industrial, sem um trabalho mais ou menos longo de desenvolvimento da invenção para fins de sua exploração empresarial. Para voltar, ainda uma vez, ao exemplo da máquina a vapor, a idéia de Watt, do condensador separado, estava perfeita e acabada desde 1765; mas foi preciso aguardar vários anos, até que

a sociedade com os capitalistas Roebuck e Boulton propiciasse os recursos necessários ao desenvolvimento industrial do invento.

O laboratório de pesquisas industriais não tem mais de um século de existência: ele foi criado na indústria química alemã por volta de 1880. Ainda em 1895, só havia um laboratório industrial nos Estados Unidos: o de Thomas Edison. Hoje, toda empresa industrial de porte mantém um departamento de pesquisa e desenvolvimento e nele investe somas consideráveis. Somente a I.B.M. despense, por ano, um bilhão e meio de dólares em pesquisas e desenvolvimento. O privilégio deixou, por conseguinte, de ser um prêmio ao inventor isolado, para se transformar em garantia da amortização dos investimentos empresariais no setor de pesquisa e desenvolvimento. Garantia sem dúvida justificável, à luz da lógica empresarial, mas que acaba redundando, forçosamente, na consolidação do poder econômico, dentro e fora dos espaços nacionais.

Aliás, a consideração exclusiva dos aspectos concorrenciais, no regime das patentes, acarreta a negação prática de sua função social, de estímulo às invenções de interesse para a coletividade. A utilização social do produto ou processo inventado torna-se de consideração secundária, na economia do sistema. O que importa é a regulação da concorrência, regulação essa que, como se assinalou, tende a reforçar e não a tenuous os desequilíbrios de poder e influência no mercado.

Ora, a análise crítica necessária à reconstrução do instituto há de partir da função que ele deve exercer na sociedade.

Desde os primórdios do direito industrial, sempre se considerou que o inventor tinha o munus público de instruir os interessados na utilização da nova idéia de fabricação. Não foi, por isso, simples coincidência se o *Statute of Monopolies* de 1624 fixou a duração do privilégio em 14 ou 21 anos, isto é, sempre em múltiplo do período de aprendizagem na guildas ou corporações de ofício, que era de 7 anos.

O direito exclusivo de exploração industrial não podia, nessas condições, ser considerado como resultado de simples ato declaratório do governo, ou reconhecimento de um direito de propriedade. Sempre se tratou de um direito-função, de um poder-dever. Daí por que a publicidade obrigatória do invento depositado não constitui, tão-só, uma advertência aos terceiros, para que impugnem o depósito do pedido, ou se abstenham de utilizar a idéia do inventor, mas representa também a informação indispensável ao aperfeiçoamento do nível técnico da coletividade, no campo industrial do produto ou processo inventado.

Pois é essa função formadora e instrutora da coletividade que deve, doravante, ser posta em relevo, no regime jurídico dos privilégios industriais, e não o simples interesse na amortização de investimentos. Não que esta última consideração seja desprezível, mas ela deve subordinar-se à consecução do interesse maior da coletividade e, de qualquer modo, não precisa se realizar, necessariamente, por via de uma garantia de mercado.

A concessão da exclusividade na exploração industrial do invento aparece, nessa perspectiva, como uma espécie de prêmio ou incentivo legal à divulgação da nova idéia industrial; um *tertium genus*, entre o reconhecimento do “direito natural” de propriedade do inventor e a divulgação compulsória do invento, sem contrapartida. Essa última solução, aliás, além de injusta, seria de mui discutível efetividade. Injusta, porque o exercício pelo particular de um *munus* público exige adequada compensação de seu sacrifício; de efetividade duvidosa, pois o Direito ainda não conseguiu criar mecanismos apropriados de execução específica, nas obrigações de fazer, cuja prestação apresenta alta complexidade, como é o caso da tecnologia industrial.

Em suma, a exploração dos inventos industriais no âmbito de um direito promocional ou premial — e não como propriedade ou monopólio privados — parece, hoje, melhor atender às exigências e necessidades de um mundo fundamentalmente desequilibrado, em sua organização social e econômica.

II

Proposta de Aperfeiçoamento do Regime Jurídico de Transferência Empresarial de Tecnologia

Convém examinar, distintamente, a problemática das invenções registráveis e a dos contratos de prestação tecnológica (*know-how*), à luz das considerações que acabam de ser feitas.

A — Inventos Industriais:

Qualquer tentativa de reformulação do regime jurídico das invenções industriais, no âmbito nacional, é obstada pela estrutura internacional da exploração econômica nelas fundada. Justamente pelo fato de que a capacidade inventiva é, sempre mais, função do investimento em pesquisa e desenvolvimento, e de que esse investimento é feito, em sua maior parte, por empresas multinacionais, ou pelo próprio Estado para fortalecimento das exportações, as soluções jurídicas para o problema da exploração de invenções industriais devem ser também de cunho internacional.

A esse respeito, desponta de todos os lados do mundo subdesenvolvido a insatisfação quanto às regras fundamentais da Convenção de Paris, de 1883, que ainda é o direito internacional básico na matéria. Dois dos princípios por ela consagrados, sobretudo, têm sido mais largamente criticados: o do tratamento nacional e o da independência dos registros nacionais de invenções.

O princípio do tratamento nacional corresponde à aplicação da idéia de igualdade dos agentes econômicos, nos mercados nacionais. Mas se, de fato, a proclamação de que todos são iguais perante a lei tinha sentido revolucionário, no século XVIII, como forma de abolição de monopólios e regalias pessoais, a sua manutenção em países

de economia totalmente desequilibrada, em que a acumulação de poder tecnológico é sempre feita nas empresas de controle estrangeiro, corresponde à consolidação jurídica dessa desigualdade de fato.

Algo de semelhante ocorre com o princípio da independência internacional dos registros de invenção, que é, a rigor, um corolário do tratamento nacional. Como a maioria absoluta das patentes registradas em países subdesenvolvidos é de origem estrangeira, o depósito no estrangeiro precede o depósito nesses países. Se pelo exame mais rigoroso e competente do pedido, as autoridades estrangeiras denegam o registro por razões de fundo, por que haveria de ser deferido ou mantido o registro nos demais países? G. Finnis, presidente honorário do conselho de administração e diretor geral do Instituto Internacional de Patentes, observou que, até os anos 70, o mundo estava dividido em dois campos, no tocante ao registro de patentes: o dos países em que esse registro se fazia por simples depósito ou exame formal do pedido e o dos que procediam a um exame rigoroso das condições de fundo dos pedidos depositados. No primeiro campo, encontravam-se alguns países europeus (França, Suíça, Itália, Espanha, Portugal, Bélgica, Luxemburgo) e a generalidade dos subdesenvolvidos (estes, em grande parte, por falta de aparelhamento dos serviços administrativos de exame das patentes). No segundo campo situavam-se os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e a Alemanha Federal. As empresas destes últimos países freqüentemente obtinham, no estrangeiro, registros de patentes que lhes eram denegados em seus próprios países. Hoje, com a criação de serviços regionais de exame de patentes (como na África) e com o recurso mais freqüente ao próprio Instituto Internacional de Patentes, essa dualidade de regimes tornou-se menos acusada. Mas uma certa incongruência ainda persiste (*Les brevets et l'expansion économique, in Mélanges en l'Honneur de Daniel Bastian*, t. 2, Paris, pp. 223 ss.).

No Brasil, o artigo 4º da Lei nº 4.137, de 1962, dispõe que “será automaticamente cassada a patente concedida pelo Departamento Nacional da Propriedade Industrial (antecessor do atual INPI), desde que feita a prova de já haver sido concedida e caducado em nação que mantenha acordos sobre a matéria com o Brasil”. Embora tecnicamente contrário às normas da Convenção da União de Paris, esse dispositivo foi declarado em vigor pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (processo administrativo nº 4, decisão de 22-10-68).

O nosso Código da Propriedade Industrial exige, nos casos de reivindicação da propriedade de depósitos feitos no estrangeiro, que o requerente indique o número, a data, o título, o relatório descritivo e as reivindicações relativas ao depósito ou à patente no estrangeiro (art. 17). A recente lei-modelo da OMPI sobre invenções para países subdesenvolvidos vai mais longe, exigindo que o requerente apresente, a pedido dos serviços nacionais de patentes, informações completas sobre depósitos ou registros no estrangeiro, haja ou não reivindicação de prioridade (art. 128).

Tudo indica, por conseguinte, que o rigor do princípio da independência dos registros nacionais de invenções tende a ser atenuado.

É possível que o veto dos países industrializados à revisão da Convenção de Paris conduza as negociações a um impasse. Nessa hipótese, os Estados subdesenvolvidos deveriam encarar seriamente a possibilidade de substituir o sistema da União de Paris por acordos regionais de uniformização legislativa, como o celebrado pelos países do Pacto Andino (Acordo de Cartagena, de 1969).

Essa harmonização legislativa, nos países subdesenvolvidos deveria prever, antes de mais, alternativas para o patenteamento de invenções. Os exemplos e precedentes não faltam.

As nações do bloco comunista conhecem, há vários anos, os chamados “certificados de atribuição”, que não outorgam um direito de exploração ao inventor, mas lhe conferem uma remuneração, correspondente às economias que seu invento propiciou à indústria nacional. De acordo com o sistema econômico desses países, somente os organismos estatais podem explorar tais invenções.

O projeto oficial de revisão da Convenção de Paris admite em seu artigo 1º a expedição, além das patentes, de “certificados de autoria de invenções”, que poderiam ser: a) “um título cujo detentor tem direito a uma remuneração e outros direitos e privilégios, em virtude da legislação nacional do país que o expediu, e que confere ao Estado os direitos de exploração da invenção, ou submete essa exploração por terceiros à autorização de uma autoridade governamental”, ou então, b) “um título cujo detentor tem o direito de explorar a invenção e obter de outras pessoas uma remuneração pela sua utilização de invenção aprovada pela autoridade nacional, mas sem o direito de excluir outras pessoas da utilização das invenções”.

A Decisão 85 dos países do Grupo Andino prevê que o titular de uma patente gozaria, durante os primeiros 5 anos do registro, de um direito exclusivo de exploração; durante os 5 anos seguintes, qualquer interessado poderia se utilizar da patente, pagando ao titular as regalias correspondentes. Ou seja, no segundo período de duração da patente, o seu titular não teria direito exclusivo à exploração.

Na Colômbia, no México e nas Filipinas, a legislação nacional criou licenças compulsórias de utilização de patentes, independentemente de não-uso pelo titular, desde que fundadas tais licenças em razões de interesse público relevante.

Na lei-modelo sobre invenções para países subdesenvolvidos, elaborada pela OMPI, prevê-se, igualmente, a concessão de licenças compulsórias de utilização de patentes, pela autoridade governamental competente, por razões de “interesse público e, em particular, de segurança nacional, alimentação, saúde ou para desenvolver outros setores vitais da economia nacional”. O licenciado seria organismo estatal ou terceiras pessoas autorizadas pelo Governo (art. 156).

Penso que as legislações nacionais deveriam criar um regime alternativo, compreendendo as atuais patentes e os certificados de invenção. Estes últimos atribuíram ao titular de uma invenção registrada, o direito não-exclusivo de sua exploração durante tempo limitado. Vale dizer que qualquer interessado teria direito a explorá-la, pagando regalias, cujo máximo percentual seria prefixado em decreto ou regulamento administrativo, de modo a evitar o abuso de poder econômico. E o titular do certificado teria a obrigação legal de prestar assistência técnica gratuita ao licenciado.

No Direito brasileiro, a licença compulsória não exclusiva somente existe por motivo de interesse público, para a exploração de privilégio em desuso, ou cuja exploração efetiva não atenda à demanda do mercado (Cód. Propriedade Industrial art. 33, § 1º). Passados mais de dez anos de promulgação do vigente Código de Propriedade Industrial, o INPI deferiu um único caso de licença desse tipo; o que demonstra a inefetividade do instituto, ou o surpreendente grau de utilização de privilégios industriais pelos seus titulares.

Nenhuma razão relevante subsistiria para proibir o registro de certas criações industriais de grande interesse social; como as de medicamentos ou alimentos, sob a forma de certificados de invenção e não de patentes. De um lado, o monopólio seria preexcluído pelo regime jurídico desses certificados; de outro, o sistema atual de controle administrativo de preços reduz o risco de exploração econômica do consumidor.

Mais: invertendo totalmente os termos do problema, a partir da consideração de que a proteção às invenções não é mero capítulo do direito concorrencial, mas verdadeiro estímulo à difusão tecnológica, pode-se cogitar de impor o depósito no país, como certificado de invenção, das invenções farmacêuticas de empresas estrangeiras, ainda em exploração, como condição administrativa de sua instalação no Brasil.

O pedido de registro sob a forma de patente poderia ser transformado pela autoridade administrativa em certificado de invenção, conforme as manifestações de interesse na sua utilização, recebidas por terceiros, após a publicação do pedido.

Por outro lado, não seria desarrazoado criar estímulos ao registro de certificados de invenção, em lugar de patentes como, por exemplo, a dedutibilidade a título de despesa operacional, para fins tributários, dos *royalties* pagos pela utilização desses certificados, pela sociedade controlada à controladora, no país ou no estrangeiro; bem como a possibilidade de remessa desses *royalties* para o exterior. Entre nós, como é sabido, essa dedução fiscal é vedada (Regulamento do Imposto sobre a Renda, art. 232, III e IV) e a remessa cambial também (Lei 4.131, de 1962, art. 14).

Para ambos os títulos, dever-se-ia exigir, como condição de registro, o chamado avanço tecnológico (*inventive step, activité inventive*),

além da novidade e da possibilidade de utilização industrial. É o que se prevê na lei-modelo sobre invenções para países subdesenvolvidos (art. 115) e em várias legislações nacionais.

Outra medida que parece recomendável para estimular o investimento tecnológico em países subdesenvolvidos é ampliar o âmbito de aplicação dos atuais modelos de utilidade, transformando-os em autênticas patentes de melhoramento.

No Brasil, ao contrário do que sucede em matéria de patentes, a grande maioria dos requerentes de registro de modelos de utilidade é de domiciliados no país (90,9% em 1980 e 76,2% em 1981). Mas a aplicação desse privilégio limita-se, por lei, à “disposição ou forma nova obtida ou introduzida em objetos conhecidos, desde que se prestem a um trabalho ou uso prático” (Cód. da Propriedade Industrial, art. 10). Não se vê por que esse aperfeiçoamento inventivo não poderia aplicar-se, também, por exemplo, a processos de produção, como sucede com as chamadas “racionalizações”, “melhoramentos técnicos”, ou “inovações”, na legislações dos países da Europa Oriental. O alargamento do campo de incidência dos modelos de utilidade certamente compreenderia várias inovações que, hoje, estão na vala comum do *know-how*. E nunca é demais sublinhar que a publicidade, inerente ao sistema dos privilégios industriais, favorece a divulgação tecnológica, em contraposição ao regime do segredo, próprio do *know-how*.

A respeito dessa publicidade das invenções depositadas, no entanto, a função de divulgação tecnológica acha-se, hoje, comprometida pela crescente obscuridade das descrições apresentadas. Sem dúvida, esse mau resultado é, em parte, devido à complexidade da técnica contemporânea, nos setores mais avançados. Mas em grande parte, também, resulta do óbvio interesse das empresas em revelar ao público o mínimo possível do que constitui a essência do seu poder de dominação no mercado.

Nesse sentido, é muito recomendável a disposição contida no artigo 123 — (3) da lei-modelo da OMPI sobre invenções para países subdesenvolvidos, ao exigir que a descrição técnica constante do pedido de registro “revele a invenção de modo suficientemente claro e completo, para que ela possa ser apreciada e posta em execução por qualquer pessoa habitualmente perita no campo técnico, devendo, em particular, indicar a melhor maneira conhecida pelo requerente para a utilização da invenção” É óbvio que esta última exigência compreende o *know-how* especialmente ligado ao invento.

Outro elemento do sistema de privilégios industriais carente de aperfeiçoamento é a exigência de efetiva exploração dos inventos registrados. Essa imposição, é claro, prende-se ao regime tradicional de exclusividade de exploração, perdendo sentido em matéria de certificados de invenção com direito não exclusivo de explorar, como sugerido acima. Mas o problema persiste, na medida em que perdurar o sistema clássico dos privilégios industriais.

Alguns países latino-americanos — Colômbia, Peru, Equador e México — passaram recentemente a seguir a orientação pioneira de nosso país, de não considerar a importação dos produtos patenteados como forma de exploração efetiva da patente no país (Cód. Propriedade Industrial, art. 33, § 1º).

Além disso, parece conveniente abandonar o sistema da Convenção de Paris, em que somente se admite o cancelamento de patentes por não-uso, quando a concessão de licenças obrigatórias não tenha sido suficiente para prevenir os abusos (art. 5º, A, 3). Segundo informa o nosso INPI, até hoje nunca se concedeu em nosso país uma licença obrigatória de exploração por não-uso de patentes, já tendo havido casos de cancelamento por caducidade, o que demonstra a ineficiência daquele remédio para prevenir o abuso por omissão dos titulares de patentes.

Sugeriria, ainda, fossem encurtados de metade os prazos estabelecidos em nosso Código da Propriedade Industrial (art. 49) para a caducidade do privilégio, pela sua não-exploração efetiva.

B — Contratos de know-how:

A situação atual, nessa matéria, é das mais insatisfatórias.

Tratando-se de *know-how* puro, a preservação da posição concorrencial das empresas não provém de um registro público da inovação tecnológica, como no caso dos privilégios industriais, mas da estrita manutenção do segredo. Por conseguinte, as informações técnicas cuja prestação é negociada restringem-se, como é obvio, aos campos em que não existe possibilidade de concorrência, entre as partes contratantes. Daí resulta que a qualidade da tecnologia eventualmente transferível por via de contratos de *know-how*, do mundo industrializado para as regiões subdesenvolvidas do planeta, é geralmente de nível inferior. A empresa prestadora de *know-how* consente em transferir à receptora a tecnologia ultrapassada, de que já não se serve mais, o que pode ter algum interesse para as nações proletárias do “Quarto Mundo”, mas que não atende às necessidades dos subdesenvolvidos em processo de industrialização. Ou, então, a empresa estrangeira instala-se no país subdesenvolvido, utilizando diretamente, ou por meio de controlada, a experiência técnica mais avançada, de que dispõe.

Fora desse dilema, há apenas uma estreita faixa a ser aproveitada do mundo industrializado: é a das empresas médias, não concorrentes das localizadas em países subdesenvolvidos, e que têm interesse em obter receita com a exportação de tecnologia de alta qualidade. É óbvio que ao aproveitamento dessa reduzida possibilidade ocorrem todos os empresários avisados do Terceiro Mundo. Como orientar, então, a atividade empresarial nesse campo, em busca do melhor interesse nacional?

O princípio cardeal da política econômica das nações subdesenvolvidas, nesse setor, deveria ser a máxima difusão tecnológica possível, de forma a criar obstáculos ao processo de natural concentração de poder econômico pelo monopólio da experiência técnica acumulada.

Sem dúvida, a proibição das cláusulas restritivas em contratos de transferência de tecnologia procura evitar esse efeito de abuso de posição dominante. Mas embora universalmente aplicada, essa proibição não tem se revelado, por si só, eficaz para produzir o desejado efeito de difusão tecnológica, no país receptor de *know-how*.

É certamente indispensável enfrentar o falso princípio da igualdade dos agentes econômicos no mercado e estabelecer a distinção básica dos contratos de transferência de tecnologia entre empresas pertencentes, ou não, ao mesmo grupo econômico, definido este em razão do controle societário efetivo. Nos contratos intragrupais, não existe a menor probabilidade de difusão da experiência técnica no mercado, a não ser por violações esporádicas do segredo empresarial, o que não é, certamente, uma solução aceitável.

A luz desse critério distintivo fundamental, não parece justificável, sob o estrito aspecto da política tecnológica, que o nosso Instituto Nacional de Propriedade Industrial acumule exigências para a averbação de contratos de *know-how* (fornecimento de tecnologia industrial, cooperação técnico-industrial e serviços técnicos especializados, segundo a classificação do Ato Normativo nº 15), quando a empresa receptora não é controlada pela prestadora dos conhecimentos técnicos nem esta emprega os técnicos prestadores de serviço. Sem dúvida, não são desprezíveis os interesses fiscais ou cambiais em causa; mas, certamente, o INPI não é nem pode ser o órgão encarregado de zelar pela sua preservação. E se o conflito entre esses diversos interesses públicos se revela, em certa medida, insuprimível, compete aos responsáveis pela política econômica global do país (os quais, ao que parece, foram secretamente seqüestrados do cenário nacional) estabelecer opções e definir diretrizes, atendendo ao fato de que toda política implica o estabelecimento de uma hierarquia de interesses.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, não se percebe por que, a não ser na ótica vesga de um capitalismo retrógrado, falsamente nacionalista, as nossas autoridades públicas tendem a desfavorecer a importação de pessoal técnico especializado, desvinculado da importação de capitais. É de se imaginar que a obsessão cambial atingiu até mesmo o nobre mercado da matéria cinzenta: o Governo brasileiro estimula a expatriação de técnicos brasileiros e dificulta o recrutamento de estrangeiros. Quando esses contratos de "serviços técnicos especializados" são celebrados dentro de um mesmo grupo, nacional ou multinacional, ainda se entende que a autoridade administrativa os examine rigorosamente. Mas fora dessa hipótese, tudo deveria ser feito para incentivar os empresários, aqui domiciliados, a privilegiar a prestação de trabalho, em relação à simples importação de capitais ou, o que é pior, à alienação do controle empresarial.

Quanto à colaboração tecnológica entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, admitindo-se, como me parece evidente, que eles não propiciam nenhuma difusão tecnológica no mercado, talvez se pudesse pensar numa alternativa à rigidez atual (razoavelmente justificável) em matéria tributária e de transferência de divisas. Ampliando os termos de uma sugestão feita em 1979 pela Comissão Mista Teuto-Brasileira de Cooperação Econômica, imaginaria a possibilidade de se admitir a dedutibilidade fiscal e a remessa cambial das quantias pagas por empresa controlada à sua controladora no exterior, a título de assistência técnica, desde que a empresa receptora do *know-how* se obrigasse a entregar quantia equivalente a institutos de pesquisa tecnológica indicados pelas autoridades governamentais e a admitir o estágio de técnicos desses institutos em suas fábricas e laboratórios de pesquisa.

CONCLUSÃO GERAL: Ultrapassar as fronteiras do direito industrial, na transferência de tecnologia

Concluindo, desejaria retomar a advertência feita desde a abertura destas considerações e lembrar que as sugestões aqui apresentadas constituem o aperfeiçoamento de um sistema forçosamente limitado, em sua capacidade de servir de veículo de transferência tecnológica, do mundo industrializado para as nações proletárias. É preciso, afinal, reconhecer e proclamar a evidência: em regime de livre concorrência entre unidades econômicas que obedecem à lei do lucro máximo, a desigualdade é sempre mais reforçada e acaba anulando a liberdade econômica, em nome da qual se erigiu o sistema. As relações empresariais, no mercado mundial, são relações de poder, com fins egoístas; e o poder econômico é, hoje, sempre mais função da acumulação tecnológica. Ora, na lógica do poder, ninguém se despoja de sua supremacia voluntariamente.

Por outro lado, as nações subdesenvolvidas já não podem ser mantidas na ilusão de que, um dia, chegarão a igualar o nível de vida dos países opulentos. Seria isto repetir, de forma tragicamente coletiva, a velha fábula da rã e do boi. Basta àquelas nações limitar seu projeto coletivo a uma erradicação da miséria generalizada e do desperdício luxuoso das camadas dominantes — o que já é tarefa ingente, envolvendo gerações. Para realizá-la, o domínio tecnológico na produção é obviamente necessário. Mas ele deve ser alcançado segundo os objetivos próprios dos países pobres, e não de acordo com os interesses permanentemente hegemônicos das nações industrialmente desenvolvidas.

Isto supõe uma transformação radical, tanto no plano da organização interna dos países subdesenvolvidos, quanto no da estrutura das relações internacionais, o que ultrapassa largamente os estreitos limites do chamado direito industrial.

No plano interno, o processo de contínua criação e absorção de tecnologia somente pode assentar-se no desenvolvimento endógeno do saber científico, que não pode ser levado a cabo sem uma larga base de instrução, a ser propiciada pela educação popular. Esta, por sua vez, implica a alteração do atual sistema de concentração do poder e da riqueza numa minoria da população.

No plano internacional, o estabelecimento de relações menos desiguais passa pela necessária união das nações subdesenvolvidas em defesa de suas riquezas e de seus mercados, de forma a superar o isolamento submisso na carência econômica. A associação dos países subdesenvolvidos, por meio de acordos regionais ou setoriais de recíproca defesa econômica e coordenação de atividades, perante as nações poderosas e as empresas multinacionais, é hoje tão indispensável para a reconstrução do direito internacional quanto foi, no passado, a sindicalização operária, para o surgimento de um verdadeiro direito do trabalho.

Homenagem a Fidelis Policarpo Cabral de Almada

No dia 23 de setembro de 1982, em sessão solene realizada no Salão Nobre, o Doutor Fidelis Policarpo Cabral de Almada, ministro da Justiça de Guiné-Bissau, formado por esta Faculdade em 1962, foi saudado pelo Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A homenagem:

Ministro da Justiça da República da Guiné-Bissau

Excelentíssimo Senhor

Dr. FIDELIS POLICARPO CABRAL DE ALMADA

Fui incumbido por nosso Diretor, o eminente professor Vicente Marotta Rangel, de saudar Vossa Excelência em nome da E. Congregação desta Faculdade. Posso assegurar-lhe, Sr. Ministro, que esta honrosa incumbência constituiu para mim tarefa muito grata, como o seria a qualquer dos demais professores desta Casa.

Em dias como o de hoje, vemo-nos forçados a romper por um momento com a modéstia, a que obriga a tradição franciscana, e admitir o justificado orgulho com que abrimos as nossas portas para receber de volta, ainda que por tempo breve, mas coberto pelos sinais de sua luta e pelas marcas da sua vitória, um dos filhos ilustres desta Casa.

Faz agora 20 anos, pois foi em 1962, que Vossa Excelência concluiu nesta Faculdade o seu curso de bacharelado. O estudante que, então, aportara à nossa Casa, já havia percorrido um longo caminho, desde que deixara na distante Guiné, a sua querida Mansôa.

Um longo caminho já havia sido palmilhado, mas ainda era apenas o começo. Fora um começo difícil, como o é sempre, para quem traga sempre acesa dentro de si a chama da independência.

No entanto, porque a fundação desta Faculdade está vinculada à proclamação da independência do Brasil, e porque a história desta Academia, no que tem de perene, é indissociável da conquista da liberdade sob a lei, é razoável imaginar que, entrando então nesta

Casa, tenha Vossa Excelência encontrado, ao pé de nossas arcadas, não só o calor da amizade e da compreensão, mas também o conforto d'alma que se experimenta ao chegar na própria morada.

Mais do que imaginar que assim tenha sido, posso dizer que gostaríamos todos, enormemente, assim tivesse sido o seu ingresso em nossa escola. Nada há, na verdade, em que mais se tenham empenhados todos aqueles, alunos e professores desta Faculdade, que efetivamente se identificam com a história da Academia, do que na tarefa de vencer, diariamente, mais uma etapa da luta pelo direito. É uma tarefa difícil, bem o sabe Vossa Excelência. Não só pelos obstáculos que oferece, como também porque seus frutos tardam muito a amadurecer, sendo raro que possam ser saboreados por aqueles que, penosamente, os semearam. Exatamente por isso, em relação a cada aluno que sai desta Faculdade, ficamos aqui ansiando pelo momento de ver o dia em que a sua vitória pessoal, na defesa do direito e do justo, recompense a Faculdade por tudo aquilo que ela se esforça por ser.

O retorno de Vossa Excelência, hoje, tem para nós este sentido: de recompensa. E tanto maior, quando contemplamos, na sua totalidade, todo o caminho que se desenvolveu, unindo, estes dois extremos do seu tempo.

É um caminho em que se confundem a sua história e a história de seu país; em que se harmonizam, indistintamente, a sua independência e a independência do seu povo, de sua nação, hoje a República da Guiné-Bissau.

A sua presença nesta Casa é um penhor de sua estima por ela, que muito nos envaidece. É um traço de união estendido entre dois tempos, o passado e o presente, que nós gostaríamos de ver projetado no futuro.

Vossa Excelência, porém, aqui comparece não apenas nesta qualidade, para nós tão grata, de bacharel em Direito formado nesta Faculdade. Comparece também, em visita oficial, como Ministro de Estado, representando o seu país.

Traz para o nosso meio a possibilidade de uma colaboração no campo das instituições jurídicas.

^{Seu}Sua visita, também neste ponto, se revela motivo, para nós, de grande alegria.

Bem podemos compreender a magnitude dos problemas com que se defrontam as nações como a que Vossa Excelência representa quando transitam da condição de colônias para a de estados soberanos. E são ainda maiores quando têm de arcar com o peso de uma luta prolongada e, após a vitória, vêm a emergir, para a vida internacional, num momento em que até mesmo os Estados mais desenvolvidos se vêm a braços com uma crise econômica de proporções extremamente graves.

O fato, no entanto, de constituir objeto de sua visita a esta Faculdade, o estudo das possibilidades de se estabelecer entre nós um intercâmbio cultural, é em si mesmo auspicioso e nos permite alimentar fundadas esperanças no futuro de seu país.

Assim pensamos por duas razões.

A primeira delas advém do fato de estar manifesta a preocupação da Guiné-Bissau com o ensino. Esta preocupação é condição primordial para o bom êxito, a longo prazo, de qualquer programa de governo.

As nações em vias de desenvolvimento e também as nações que já se preparam para deixar sua condição de Estados periféricos para ingressar na de Estados centrais, sofrem, de um modo geral, de deficiências crônicas no campo da educação, que as inibem de transpor a barreira do subdesenvolvimento ou vencer os espaços que as distanciam dos países centrais.

À feição de escusa para a falta de interesse maior pela educação do povo, é comum invocarem-se razões de natureza econômica que a história, contudo, no passar dos anos, tem revelado infundadas. Não porque não falem, de fato, à estas nações os desejáveis recursos econômicos, mas porque os recursos existentes, ainda que poucos, costumam ser orientados para outras áreas, de menor prioridade, como ocorre com as verbas canalizadas para a manutenção de um aparelho estatal freqüentemente superdimensionado e, não raro, ineficiente, quando não para alimentar tendências armamentísticas ou ambiciosos planos de governo, pouco ou nada compatíveis com as exigências mais prementes de cada povo.

A recuperação a que todos assistimos, dos países mais desenvolvidos, após terem tido suas economias destruídas pela guerra, constitui uma demonstração insofismável de que as carências puramente econômicas não constituem, por si só, um obstáculo ao pleno desenvolvimento.

O que permitiu às nações desenvolvidas, em curto espaço de tempo, uma formidável recuperação econômica, assim como o que permitirá a elas, hoje, sentir menor grau do que os países periféricos da crise econômica que afeta o mundo inteiro e com maior intensidade as economias capitalistas, outra coisa não foi, como ainda agora não o será, senão o seu elevado nível cultural. O estágio cultural em que se colocam constitui, na verdade, a única garantia de uma resposta adequada, seja por parte do povo, seja por parte dos seus dirigentes, aos problemas que as crises econômicas lhes propõem.

Ao contrário dos países que há mais tempo alcançaram sua independência e que hoje se defrontam com o peso de inúmeros erros já cometidos no campo da educação, conta o seu país, a República de Guiné-Bissau, com a vantagem de estar criando algo inteiramente novo, com a vantagem de se encontrar neste momento magnífico de sua história que é o momento da criação; o momento da criação das

condições para sua existência, no conserto das nações, como estado independente. É o momento de reunir e ordenar as magníficas forças de suas tradições ancestrais, cujo poder bem se revelou no valor com que se lançou o seu povo ao sacrifício demandado pela defesa de sua liberdade.

Daí podermos vislumbrar, Senhor Ministro, nas preocupações do governo que Vossa Excelência representa, que também são as de nossa Universidade, a semente e a promessa de verdadeiro desenvolvimento para o futuro da Guiné-Bissau.

Há ainda outra razão para nossa confiança no porvir de sua pátria. E o interesse que a sua visita revela no aprimoramento do ensino do Direito.

Há poucos dias tivemos ocasião de receber aqui, nesta mesma sala, um eminente jurista e filósofo italiano, o prof. NORBERTO BOBBIO, que escolheu como tema à sua aula uma velha pergunta: o que é melhor, o governo dos homens ou o governo das leis? O governo cuja atuação se reja por normas ditadas pelo próprio governante, ou um governo cuja atuação seja limitada por normas criadas por outrem, pelo povo, que o governante, por sua própria vontade, não possa alterar.

As duas alternativas sempre tiveram, ao longo da história da ciência política, defensores ilustres e adeptos fervorosos. Basta lembrar, o ideal do governo dos reis filósofos, esboçado na "República" de Platão, que ainda hoje continua sendo, no dizer de STONE "o preferido dos hierarcas, qualquer que seja o seu disfarce", (*Ideal de Platão*, "in" Suplemento Cultural do Jornal *O Estado de S. Paulo*, nº 106, pág. 6).

De fato, como ainda acentuava BOBBIO naquela conferência, a experiência histórica tem demonstrado que, inobstante a excelência dos argumentos com que se possam, no plano teórico, justificar qualquer uma daquelas alternativas, o que se tem observado é que, onde se preferiu ao governo das leis, o governo dos homens, aí com maior facilidade transitaram para a tirania sistemas de governos que, na sua origem, decorreram de aspirações populares vitoriosas.

Conseqüentemente, a preocupação governamental com o ensino do direito já revela, de si só, a vocação para a construção de um sistema de governo que não se arreceia dos limites que a lei lhe possa impor e, bem ao contrário, manifesta a crença das virtudes de um governo que sirva lealmente às leis de sua nação.

Neste particular, aprofundando um pouco mais as reflexões que este tema sugere, é sempre conveniente ponderar, notadamente porque estamos diante de um projeto de intercâmbio cultural, que o fenômeno jurídico tanto tem de universal, no que tange à realização do ideal de Justiça, como de particular, no que respeita aos valores fundamentais que enformam a alma de cada nação.

O saber jurídico, enquanto expressão de uma experiência universal haurida ao longo dos séculos de luta pelo aperfeiçoamento do direito,

constitui exigência que deve ser satisfeita por qualquer nação que pretenda alcançar para si própria o *status* de nação independente e livre. A transposição desse conhecimento para o plano do direito positivo há de se processar, contudo, sem conflito, antes com sagrado respeito, pelas leis e pelo costume revelados ao longo da história de cada povo.

A história de nossa Faculdade, como disse ao início, está firmada exatamente nesta convicção, pois foi da necessidade de criarmos o nosso direito, como exigência do nosso ideal de independência, que se fundaram os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda. Precisamente por isto, Sr. Ministro, somos reconhecidos pela confiança que lhe inspiramos. Confiança não apenas no esforço que aqui desenvolvemos para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas, mas principalmente no respeito que votamos à dignidade das leis e dos costumes, no que traduzem o que de mais profundo na alma de cada nação.

Como que enfeixando, em sua própria pessoa, todos esses valores, para nós tão caros, Vossa Excelência aqui se apresenta, mais do que como antigo aluno e Ministro de Estado, Vossa Excelência aqui se apresenta como Ministro que ocupa a Pasta da Justiça.

Esta condição empresta notável realce à sua presença entre nós.

Perdoe-me Vossa Excelência que, neste passo, eu me deixe levar por minha condição de processualista para confessar-lhe a convicção de que é exatamente perante o posto que Vossa Excelência ocupa, dadas as funções que na Guiné-Bissau lhe estão confiadas, que o fenômeno jurídico se revela no que tem de mais delicado e, por isto mesmo, de mais importante.

No direito e para o direito, não basta que se disponha de normas excelentes, porque o direito é acima de tudo experiência. O que mais importa é a possibilidade concreta de se fazer realizar, em cada caso, de se fazer cumprir, a promessa do legislador, formulada na lei ou revelada no costume.

Esta possibilidade aumenta ou diminui na razão direta do nível de aptidão da organização judiciária, dos juizes individualmente considerados e das regras do processo; do seu nível de aptidão, repito, a dar concreção às justas aspirações do povo, no que concerne à realização do direito.

No capítulo da história da independência de um país, Senhor Ministro, esta matéria transcende em importância a quaisquer outras. A idéia de independência implica a de liberdade diante do poder; traz consigo uma ânsia incontida de igualdade e de paz sob o direito, que somente a boa administração da Justiça pode satisfazer.

Sou eu mesmo testemunha dessas aspirações, como o são os versos, a um só tempo corajosos e tristes, de uma poesia que, em 1971, pouco

antes, portanto, da independência, me foi entregue, em Moçambique, num encontro de que jamais me esquecerei. Lembro-me como se fosse hoje. Havia no ar uma certa tensão que o carinho envolvente de todos os participantes procurava dissipar. As conversas faziam resurgir dentro de mim, como retiradas de um passado bem mais que secular, as falas que se deviam ouvir aqui no Brasil nos tempos imediatamente anteriores à nossa independência. A lembrança da comoção que então me avassalou, ainda hoje me emociona.

A poesia se intitulava “Esta Gente”. Seus versos assim diziam:

Esta gente cujo rosto
 às vezes luminoso
 E outras vezes tosco
 Ora me lembra escravos
 Ora me lembra reis,
 Faz nascer meu gosto
 De luta e de combate,
 Pois esta gente tem
 O rosto desenhado
 Por paciência e fome.
 É a gente em quem
 Um país ocupado escreve o seu nome.
 E em frente desta gente,
 Ignorada e pisada
 Como a pedra do chão
 E mais do que a pedra
 Humilhada e calcada,
 Meu canto se renova
 E recomeça a busca
 Dum país liberto
 Duma vida limpa
 E dum tempo justo.

A grandeza de sua missão, Senhor Ministro, só se iguala à magnitude das responsabilidades que pesam sobre os ombros de Vossa Excelência.

Exatamente por isto, sente-se honrada esta Faculdade por ver um seu antigo aluno escolhido para o desempenho de tão alta função. E mais honrada ainda, por tê-lo hoje em nossa Casa, a percorrer novamente os mesmos caminhos que guardam ainda as lembranças de seus passos.

Senhor Ministro FIDELIS POLICARPO CABRAL DE ALMADA, em nome da E. Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quero expressar-lhe as nossas boas vindas, as nossas homenagens, por tudo o que representa, assim como os nossos votos de felicidade tanto para Vossa Excelência pessoalmente como para o seu país, a República da Guiné-Bissau!

Discurso do Doutor Fidelis Policarpo Cabral de Almada

Senhor Reitor da Universidade de São Paulo;

Senhor Presidente da Congregação da Faculdade de Direito da USP;

Senhor Diretor da Faculdade de Direito da USP;

Senhores Professores;

Ilustres convidados,

Desejaria começar por exprimir o meu vivo agradecimento à direção da Faculdade de Direito desta Universidade, às ilustres personalidades que me precederam no uso da palavra para, neste ato tão solene quanto gratificante, exaltar, através da minha pessoa, a amizade e a fraternidade tradicionais entre o Brasil e a África, entre brasileiros e africanos.

O meu agradecimento é ainda extensivo a todos os convidados que, com a sua ilustre presença, contribuíram para conceder a esta sessão uma maior dimensão e alcance.

A distinção que hoje me é concedida constitui uma grande honra e motivo de imensa satisfação: é com a mais sincera emoção que me revejo nesta velha e prestigiosa “Casa” que em 1962 me concedeu o grande científico e onde estabeleci laços humanos cuja qualidade têm resistido à erosão do tempo e da distância!

Neste reencontro exaltante, é com grande satisfação que revivo algumas das mais belas imagens registradas na minha vida:

— As Arcadas de “São Francisco” e os seus doutos Professores que me transmitiram conhecimentos jurídicos através de métodos até então desconhecidos, métodos humanos e prenes de calor, dos quais o Senhor Professor Doutor VICENTE MAROTTA RANGEL, aqui presente, é lídimo representante;

— O Centro de Estudos Africanos e alguns inestimáveis colegas e amigos co-fundadores, nomeadamente o Senhor Professor Doutor FERNANDO ALBUQUERQUE MOURÃO;

— Os ensinamentos do Senhor Professor Doutor ALFREDO BUZAID e os primeiros passos do jovem advogado que era em 1962, sob a orientação desse conceituado mestre e amigo;

Mas, desde então, nada menos de vinte anos são volvidos. Vinte anos em que os conhecimentos e a experiência adquiridos neste belo e grande país foram muitas vezes fator determinante da minha atuação e de alguns sucessos por mim registrados.

Efetivamente, tendo regressado à África em 1964 para integrar as fileiras dos combatentes da liberdade da minha pátria, no seio do PAIGC (Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde), o saber e a experiência aqui adquiridos revelaram-se de extrema importância no cumprimento das tarefas e na solução dos problemas administrativos, judiciários e políticos concernentes à organização do Estado, emergente da libertação firme e progressiva de parcelas cada vez mais importantes do território nacional.

Hoje, oito anos após a independência do meu país, tais conhecimentos, testados durante duas décadas de experiência política e oito de governação efetiva, continuaram a consubstanciar parte essencial da minha cultura e da minha própria personalidade.

Poucos anos após a independência nacional, tendo tomado consciência da tremenda falta de quadros com que o país se debatia, coloquei o meu maior empenho na sensibilização do nosso Governo com vista à criação de condições que permitissem a realização, em território nacional, de estudos jurídicos, tendentes à formação de juristas que pudessem assegurar uma reciclagem dos Servidores do Estado e garantir uma justiça material no quadro de uma sociedade democrática de paz e progresso, que pretendemos instalar no nosso país.

Esse empenho viria a ser coroado de êxito em 1979, através da criação em Bissau, por Decreto Governamental, da Escola de Direito, instituição destinada ao ensino das Ciências Jurídicas e planificada para conceder, neste domínio, o grau de bacharel, num curso de três anos.

Grato me é referir, ilustres senhores, que, no ato solene de inauguração da nossa Escola de Direito, em Bissau, a USP fez-se representar condignamente pelos Senhores Professores Doutores FRANCO DA FONSECA e FERNANDO ALBUQUERQUE MOURÃO, na seqüência de esforços por mim desenvolvidos — enquanto brasileiro e paulista de coração — no sentido de estabelecer a mais estreita cooperação entre nossa prestigiosa Universidade e a jovem instituição guineense acabada de nascer.

Porém devemos reconhecer que, decorridos já três anos, a cooperação entre as duas instituições irmãs vem-se saldando apenas em visitas esporádicas de eminentes Catedráticos da Faculdade de Direito

da USP, que até nós têm, efetivamente, levado a sua solidariedade e a luz do seu saber, proferindo conferências sobre temas pontuais das Ciências Jurídicas e Sociais.

Este nível de cooperação, em nossa opinião, ainda, não reflete as expectativas carinhosamente acalentadas pela Guiné-Bissau.

Com efeito, embora cientes das limitações e dificuldades que o processo seguramente ainda levanta a esta Universidade paulista, a cooperação pretendida pela parte guineense, porque a expressão da vontade política nacional e estatal, pressupõe e sugere a necessidade de configuração de um quadro institucional eficaz e capaz de a tornar, cada vez mais estreita, multiforme, mutuamente vantajosa e exemplar.

É neste contexto e com tais objetivos que realizamos a presente missão à República Federativa do Brasil e à Universidade de S. Paulo: trazemos conosco, com efeito, idéias e projetos suscetíveis de dinamizar a nossa cooperação e elevá-la ao nível por nós desejado.

Para isso contamos com a clarividente boa vontade dos irmãos que aqui outrora deixamos, assim como daqueles que viemos conhecer !

SENHOR REITOR !

SENHOR PRESIDENTE DA CONGREGAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA USP!

SENHOR DIRETOR DA FACULDADE !

SENHORES PROFESSORES !

ILUSTRES CONVIDADOS !

Para terminar permitam-me aproveitar este ensejo para renovar os nossos agradecimentos e manifestar a nossa firme determinação de envidar todos os esforços para que viva a amizade e a fraternidade entre o grande povo brasileiro e o povo guineense.

Muito obrigado.

CRÔNICA DAS ARCADAS

Novo Diretor para as Arcadas, Professor Doutor Vicente Marotta Rangel

A Redação

A 11 de agosto de 1982, quando se comemorava o centésimo quinquagésimo quinto aniversário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, foi recebido solenemente pela Congregação de Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o seu 33º Diretor, o eminente catedrático de Direito Internacional, Vicente Marotta Rangel.

Homem experiente — ex-vice-diretor da ECA-USP, ex-coordenador dos cursos de Pós-Graduação, dentre outros —, o novo Diretor das Arcadas manifestou em seu discurso de posse o propósito de fortalecer o processo de continuidade da história acadêmica que tem marcado e refulgido o âmbito da Faculdade, território movimentado na busca e aprofundamento de sua riqueza interior, na sociedade.

Agradeceu a honrosa deferência, lembrando que passados cento e cinquenta e cinco anos, decorridos desde a fundação da Faculdade de Direito, vê-se como o sucessor do tenente-general José Arouche de Toledo Rendon, comprometendo-se, no final, diligenciar para que a Faculdade prossiga no roteiro de suas tradições e na consecução de seus altos objetivos, a serviço da missão mais abrangente e integrante da Universidade de São Paulo.

A Faculdade de Direito e a Comunidade Universitária (*)

O fato de alçar-me, no contexto ritual desta solenidade, à direção da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo se insere dentro de linhas de perspectiva mestras que convergem para este momento crucial e solene, em que assumo o compromisso de gerir a tradicional Casa de Ensino do Largo de São Francisco. Tal compromisso significa reconhecer de início ser ele próprio a resultante de uma soma de gestos, de idéias e de decisões sucessivos pelos quais desejo mani-

* Discurso na Solenidade de Posse como Diretor da Faculdade de Direito, dia 15-07-1982, na Reitoria da Universidade de São Paulo.

festar agradecimentos, os quais se endereçam em primeiro lugar quer ao Magnífico Reitor — e este é o local e o momento de externá-lo vigorosamente, quer à Colenda Congregação de minha Escola, pois ambos me distinguiram sobremodo, respectivamente, com a dignidade da investidura e com a cortezia da proposta. Tais agradecimentos desejava consignar na pessoa dos eminentes colegas que compuseram a lista sêxtupla assim como na pessoa de cada um dos demais ilustres docentes da mais antiga Escola de nossa Universidade. Almejaria estender esses agradecimentos a todos quantos aqui se encontram nesta sala, que me obsequiam com o penhor de sua amizade e o conforto de sua presença, diretores de unidades, coordenadores, colegas, professores, funcionários, amigos, todos testemunhos e caminhantes de jornadas comuns, diversas, de trajetos de percursos vários e de irradiações para distintos pontos cardeais, todos caminhantes do bom caminho, desses que muitas vezes se fazem, como queria o poeta, não com aprendizado prévia e orientação específica, mas pelo simples fato de caminhar.

Aluno que fui da Faculdade de Direito, em que me diplomei e à qual regressei como integrante de seu quadro de professores, e no qual percorri, degrau por degrau, a áspera vertente da carreira universitária, sinto nela integrar-me e ela em mim integrar-se de modo pleno e substancial. Vocação irresistível me impulsionou aos seus pórticos. Cada vez que lhe adentrava os umbrais, o fazia reverente e comovido, tocado pelo simbolismo das Arcadas, que hoje revejo de modo mais objetivo e impessoal. Foi sob o influxo de debates, propícios a uma quadra universitária conturbada, que me dediquei aos estudos sem deixar de participar da vida acadêmica. Foi sob o influxo do ensino assim como das discussões, do frêmito das salas, do pátio e dos anfiteatros que os estudantes das Arcadas me elegeram orador oficial do Centro Acadêmico XI de Agosto e meus colegas de turma me distinguiram com a indicação para orador na cerimônia de colação de grau. Vão longe esses tempos mas é grato recordá-los na perspectiva de um novo reencontro com a Faculdade de Direito, desta feita ao adentrar-lhe as Arcadas como seu novo diretor.

Cento e cinquenta e cinco anos decorridos desde a fundação da Faculdade de Direito, vejo-me hoje sucessor do tenente-general José Arouche de Toledo Rendon, nomeado por decreto de 13 de outubro de 1827. Entre o tenente-general e o orador que vos fala permeiam mais de século e meio de existência bem como a sucessão de mais de três dezenas de diretores, dos quais sou, a rigor, o trigésimo terceiro. Parece valiosa e mesmo necessária a compreensão deste momento dentro dos quadrantes da história, sem a qual perde sentido o alcance da investidura e o destino da missão a cumprir. Sem a integração desta solenidade no que Mouravieff chamou “a curva harmoniosa do desenvolvimento lógico da história” poderia permanecer constante a incógnita dessas “linhas quebradas que a atividade anárquica do homem” está incessantemente a gerar. Para usar de classificação



*Novo Diretor da Faculdade,
Professor Dr. Vicente Marotta Rangel*

fecunda perfilhada por Miguel Reale, antigo Reitor desta Universidade, tem base nos fatos vitais registrados na historiografia brasileira a caracterização da Faculdade de Direito não como entidade que “apenas flua no tempo carente de autêntico sentido existencial” mas como instituição que perdura na plena luz de sua continuidade vetorial, pela força de atualização do passado no momento conscientemente vivido”.

De tal classificação honrosa participam, aliás, igualmente a Universidade de São Paulo quer em si mesma como um todo quer na força e presença das unidades que a integram.

A procedência das indicações hauridas durante o meu lustre acadêmico, inspirada em processo de escolha de colegas, e continuadas sem cessar novamente no âmbito da Congregação, se mostrou sempre coerente com as convicções democráticas que, mercê de Deus, jamais trai. Compreendi, desde cedo, que o grau de representatividade não possui caráter definitivo ou sacral mas carece de ser posto constantemente à prova. A representatividade se dilui em meras aparências e ficções, e tende a deteriorar-se na rotina dos comodismos fáceis, se não robustecer-se, por seu turno, na forja das provações e dos aperfeiçoamentos contínuos. Daí a necessidade do estudo, do saber feito de experiência, da vivência constante com as teorias e sobretudo com os fatos. Períodos sucessivos de estudos de pós-graduação em diferentes países estrangeiros, acompanhados da prática da advocacia e do magistério e intercalados com labor em fábricas e sindicatos me ajudaram a compreender a natureza dos problemas que conturbam o homem e a sociedade, os quais têm concorrido para a gestação das crises de estrutura e de valores cujas repercussões na paisagem do ensino e da pesquisa são de todos bastante conhecidas. Na raiz dessas crises se põe sempre a questão da legitimidade do poder, que deve ser entendida no seu aspecto substancial e não retórico, na sua realidade profunda e não apenas fenomenológica.

Chefe do Departamento e Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, gestão de Escola mantida por Fundação privada, vice-diretor de nossa Escola de Comunicações e Artes, tudo isso concorreu para que, gradualmente, a experiência administrativa pudesse ser completada com a visão fecunda de harmonia, integração e desenvolvimento de Unidades no complexo mais geral e dinâmico da Universidade de São Paulo, dessa Universidade que sobressai por seu nível de excelência no panorama nacional complexo e muitas vezes decepcionante de cerca de seis dezenas de Universidades e de oito centenas de institutos isolados que se distribuem pela vastidão do território brasileiro.

“O espírito científico” — como bem o enunciou o Magnífico Reitor em seu discurso de posse — “deverá sempre prevalecer sobre interesses políticos, econômicos ou outros de quaisquer natureza; assim como a liberdade acadêmica que mantém a Universidade em sua posição

crítica para a discussão científica, política ou econômica”. Alegro-me verificar que o princípio do espírito científico e o da liberdade acadêmica foram inspiradores de minha gestão na Coordenadoria de Atividades Acadêmicas da Reitoria da Universidade de São Paulo, função essa em que usufruí da confiança dos reitores Professor Orlando Marques de Paiva e Waldyr Muniz Oliva aos quais agradeço de público, nesta oportunidade, confiança essa em que o atual Reitor me reitera ao designar-me para a direção da Faculdade de Direito.

Integrada, juntamente com as demais unidades irmãs no processo de ensino e de pesquisa da Universidade de São Paulo, a Faculdade de Direito tem se esmerado, mercê da diligência de seus sucessivos diretores, em dar sua contribuição para a ativação desse processo. É o que também me proponho fazer, imprimindo ao processo — como é natural — a marca pessoal de minha vivência anterior e de muitas expectativas em relação ao futuro próximo. Na consecução das metas a atingir, parece-me que cabe à Faculdade de Direito, cada vez mais, inspirar-se em tríplice signo: o signo da unidade, voltada para si própria, na busca e aprofundamento de sua riqueza, na perquirição da potencialidade de seus Departamentos, da capacidade atuante de seus docentes, de seus alunos, de seus funcionários; o signo da Universidade, como elemento integrante e solidário no processo global de ensino, de pesquisa e de prestação de serviço à comunidade; e finalmente o signo da universidade pois a Faculdade, como a própria Universidade, é fulcro altaneiro e arejado, sensível ao sopro das aspirações e inquietudes que perpassam em nosso país e alhures. Sem essa universidade, a Universidade decairia de suas funções precípuas e quedaria inerte no exaurimento de si própria.

Comunitária é a Universidade, a começar pelo fato de que todos que para ela convergem se sentem chamados por uma vocação intelectual, que para dominar sobre as adversidades, importa seja poderosa, autêntica, integradora, e dela participe igualmente o conjunto de alunos e de professores: *Universitas magistrorum et studentium*. A tentação atroz que costuma assediar liminarmente a Universidade é precisamente a de que, embalada pelo academismo, impregnada pela visão particularista dos problemas, se esvazie de seu conteúdo comunitário. É a mesma tentação a rondar o próprio intelectual, o isolamento que o priva de ouvir, em torno de si, o murmurar das inquietudes do próximo, os reclamos concretos do gênero humano, em suma, o encastelamento em sua própria torre de marfim. Se o conhecimento científico reclama especialização, se toda especialização tende a ser fecunda e necessária, certo é, no entanto, que ela pode conduzir a compartimentos estanques em que o saber se estiole, por carência da seiva inspiradora das relações sociais. Não há verdades isoladas, seccionadas uma das outras. Todas as verdades se entrelaçam, acabam confundindo-se numa só. Por este ou aquele afluente, acabaremos por aportar em alto mar, a que convergem os valores transcendentais nas quais a alma humana intenta saciar sua sede inquieta e infinita.

Minhas Senhoras e Meus Senhores.

No ato de convergência comunitária, que é a marca desta solenidade, desejo renovar agradecimentos pela honrosa deferência de que sou alvo e comprometer-me a diligenciar para que a Faculdade de Direito prossiga no roteiro de suas tradições e na consecução de seus altos objetivos, a serviço da missão mais abrangente e integrante da Universidade de São Paulo. Se o emblema de nossa Universidade é *Scientia Vincet*, a Faculdade de Direito, no mandato de gestão que ora se inicia, continuará a concorrer, tal como as anteriores, para que, em seu próprio âmbito, em colaboração com as unidades irmãs, e em atendimento aos mais gerais reclamos do país, a ciência se galardoe com o esplendor da sua vitória constantemente reiterada — pois para tanto sofre permanente desafio — em prol do bem, da justiça e da verdade.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior Saúda o Novo Diretor

Cabe-me a honra, neste momento, de dirigir-lhe a palavra para saudá-lo em nome da Congregação da Faculdade. Não são poucas, afortunadamente, as vezes em que nos sentimos, nesta Casa, prisioneiros voluntários de suas tradições. A posse solene do seu diretor é uma dessas ocasiões, em que a oportunidade se oferece para o fortalecimento, no presente, do passado que nos acompanha.

É quase um truismo afirmar que a velha Academia do Largo de São Francisco é, pedra sobre pedra, feita de tradição. Repetida nas trovas dos seus poetas, na palavra dos seus oradores, na voz dos seus mestres e alunos, a tradição que muitas vezes se louva e se cultua, nem sempre, contudo, é entendida no sentido mais profundo que deixa em todos que por aqui passam a sua marca indelével. E por isso há os que, vendo nela apenas a poeira do tempo e os preconceitos do passado, a cobrem de ridículo, mal percebendo que não é a tradição que agridem, mas a si próprios.

Na verdade, no entanto, não é por sua culpa que o fazem. De certa maneira, pode-se dizer que o mundo de hoje perdeu o sentido para a tradição, que se tornou para ele apenas um relicário que se guarda e se conserva, um mero hábito que se repete, dando à tradição a imagem de um conservadorismo sem razão, um uso que ninguém mais usa, um traje que ninguém mais veste, um símbolo que ninguém mais entende, uma voz sem mensagem para o presente e sem perspectivas para o futuro. Tradição parece a muitos um túmulo que melhor faria se se recolhesse no seu silêncio e apenas testemunhasse a passagem do que já foi e que não tem mais porque voltar.

Esta Casa de Ensino, por dedicar-se ao Direito, sabe, no entanto, mais do que as outras, o que deve entender por tradição. Pois dedicando-se à cultura jurídica, tal como ela chegou até nós a partir da experiência romana, aprendeu desde cedo que a tradição, antes de tudo, é o fio condutor através do passado ao qual cada nova geração, intencionalmente ou não, liga-se em sua compreensão do mundo e em sua própria experiência. Nestes termos, tradição não é um conceito romântico, uma mera glorificação do passado, mas algo que assinala, em cada momento do presente, o sentido das transformações do mundo em que se vive e as circunstâncias em que a confiança inquestionada

nos valores exigem dos homens uma nova tomada de posição, Tradição, assim, não é submissão ao poder tirânico de noções e usos cedidos e puidos, mas uma força viva que, transformando-se, jamais perde a memória das suas origens.

Vossa Excelência, entretanto, Prof. Marotta Rangel, assume a direção desta Faculdade, no momento em que o caos de complexidades no palco político, econômico, social e jurídico parece provocar uma quebra na força orientadora da tradição. A sociedade de massas, como um fato estabelecido, que, em seu ineditismo, não pode ser compreendida mediante as categorias usuais do pensamento, quebrou o sentido dado pela tradição e instaurou a funcionalidade dos significados. O fim das tradições, sobretudo num país novo como o nosso, faz com que a vida seja entendida como um jogo tecnológico, que não resulta da escolha deliberada de ninguém, mas está sujeita às razões superiores da funcionalidade. Vivemos num estado de dúvida permanente e o salto da crença para a dúvida e da dúvida para a crença torna-se algo absolutamente normal, que atinge não apenas a religião, mas a política, a economia, a própria ciência e por último, mas não menos importante, o direito. Com facilidade passamos do relativismo à crença-sem-discussões e desta à imposição tirânica de opiniões que se vestem com os trajes tecnológicos das verdades indisputáveis. Por isso mesmo, contudo, passamos também desta crença monolítica ao nihilismo exacerbado e cínico. Como se nada mais existisse, vivemos um paroxismo em que ou tudo vale ou nada vale. Se tudo vale, então que se calem os outros. Se nada vale, então tudo é questão de oportunismo.

O mundo sem tradição é um mundo que não preserva o passado, em que uma geração não lega mais a outra o testemunho dos antepassados, um mundo que desdenha padrões e modelos consagrados pelo tempo, que troca e supõe substituir com vantagem a sabedoria e a prudência pela técnica e pela esperteza. De fato, o mundo de hoje é um mundo que vê seus problemas sociais como uma questão de organização de quadros técnicos e profissionais; seus problemas econômicos como questão de produção planejada; seus problemas políticos como questão de descobrir mecanismos de controle da presença das massas no Estado. A experiência humana torna-se um jogo de estímulos e respostas que podem ser racionalizados. Daí a relação tornada meramente pragmática do homem com o seu mundo, pois vendo ele o mundo apenas como um problema, transforma sua ação em pura decisão, ou seja, numa opção técnica que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no seu bom funcionamento. Com isto, no entanto, ocorre essa progressiva perda do senso comum e a dissolução dos valores que a tradição ali preservava, o que explica afinal um certo vazio espelhado na ausência ou na relativização de padrões últimos de julgamentos, de bases seguras para a própria adoção de decidir.

Juridicamente podemos falar então na tecnicização do direito. Direito, neste quadro, parece apenas o que é posto por decisão, mais ainda, aquele cujas premissas da decisão que o põe também são postas por decisão. Ora, se tudo é fruto de uma decisão e se decisões não se julgam, mas se controlam dentro de estruturas burocráticas, então o direito só pode ser visto como um mero instrumento viabilizador de projetos. É a ética da eficiência que acaba por obscurecer os valores jurídicos da tradição, reduzindo as questões da Justiça, da distribuição dos bens e das riquezas; da equidade e do bem-estar social à funcionalidade dos planos concebidos nos âmbitos desta poderosa abstração de nossos dias: o Estado burocrático.

É claro que o direito assim concebido é um instrumento ágil nas mãos de quem domina. Sem as peias da tradição, ele modifica as situações, instaura, restaura e elimina as ordens, ao sabor das necessidades do controle social exercido superiormente. E é óbvio que não falamos aqui de nenhuma abstração pois qualquer jurista bem informado sabe como as penas do legislador não poupam tintas nem temem a inflação das normas, que fazem com que as *leis* se submetam a regulamentos e as *constituições* às portarias, quando a necessidade de resolver os problemas do país se sobrepõem pragmaticamente às instituições tradicionais e ao respeito que elas produziam.

Talvez uma das principais diferenças entre as sociedades que se guiam pela tradição e a sociedade pragmática de nossos dias esteja em que aquela sentia necessidade do direito, valorizava e desvalorizava os direitos ao transformá-los, até usava e abusava deles, porém não os criava, não *produzia* o direito. A sociedade pragmática, ao contrário, não precisa do direito, precisa de normas e os produtos normativos oferecidos pelas máquinas burocráticas do Estado são produtos como qualquer outra mercadoria: têm valor de uso e têm valor de troca, mas não têm valor em si.

Somos hoje propensos a crer que, no âmbito jurídico, tudo está regido pelas relações de meio e fim e não pela presença inevitável do outro. O direito se torna, assim, um objeto de monólogo, reduzindo, cada vez mais, o espaço do diálogo. Ele não perde o seu caráter público, no sentido de social, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia potencial dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção pela eficácia funcional.

Esta situação, como se pode imaginar, não deixa de repercutir no âmbito das instituições de ensino. Ainda recentemente a Ordem dos Advogados do Brasil dirigiu-se ao Ministro da Educação para lançar, mais na forma de um repto do que um projeto, um documento em que protesta contra as condições a que foi reduzido o ensino do direito. É importante notar que, em suas observações, a OAB se indigna sobremaneira com o tratamento tecnicista que muitas faculdades dão à educação jurídica de nossos universitários. Substituímos a pretensão

a um ensino retoricamente humanista por um saber pretensamente especializado, que vê na ciência do direito uma técnica imediatista, uma arte de saber fazer sem se preocupar em saber porque. Nestes termos razão assiste à OAB, pois, não se pode negar que, para os estudantes de direito hoje no Brasil, a formação do bacharel, na maioria das faculdades, é entendida como uma acumulação progressiva de informações, limitando-se o aprendizado a uma reprodução de teorias que parecem desvinculadas da prática ou à memorização de esquemas prontos de especialização duvidosa, que vão repercutir na imagem do profissional como um técnico a serviço de técnicos. Em outras palavras, como disse certa vez Santiago Dantas, proporciona-se ao estudante “conhecimento descritivo e sistemático dos textos jurídicos, desvinculados de seu contexto sócio-econômico e político e dos conflitos de interesses que lhe deram origem”.

Não é rósséo o quadro do ensino jurídico em nosso país. O crescimento desmedido do número de estabelecimentos autorizados ou reconhecidos, hoje mais de 137, não foi acompanhado pelo igual preparo de docentes aptos a cumprir a função do magistério nem pela capacidade do mercado de trabalho em absorver os bacharéis que se formam hoje em número superior a 20.000 por ano. As metodologias de ensino que se utilizam permanecem atreladas a formas eficazes quando o país não tinha mais do que 25 mil estudantes de direito, mas francamente desequilibradas quando superamos a casa dos 100 mil, provocando a sobrecarga das classes e inviabilizando o controle efetivo do aproveitamento.

Esta situação, embora seus problemas não lhe sejam exclusivos, sendo, ademais, persistentes de longa data, tem colocado o ensino jurídico numa verdadeira armadilha. De um lado, propicia-se uma visível distorção no sistema universitário, no qual as faculdades de Direito, pelo baixo custo de funcionamento e alta absorção de estudantes, acabam por atuar como cobertura das deficiências do referido sistema, perdendo, assim, para outras carreiras em termos de qualidade. De outro lado, porém, isto gera uma visível queda na formação profissional, que repercute nos serviços oferecidos à comunidade. Ou, como disse um ilustre professor desta Casa, Mauro Brandão Lopes, “no ensino, a imprecisão de conceitos e a incongruência interna da massa amorfa das leis brasileiras, aliadas ao despreparo dos alunos, produzem maus juristas e os produzem em grande quantidade. Ora, os maus juristas são maus legisladores, e enxertam nas leis a sua má formação conceitual; os maus juristas são maus juizes, e traduzem leis más em pior jurisprudência; e, ainda mais sério, os maus juristas são maus advogados, e fazem de sua profissão a busca contínua de meios e modos, não propriamente de burlar os objetivos de leis boas, mas de usar as más contra adversários dedicados à mesma tarefa, fazendo lutas desleais das lides forenses, em que todas as manobras não só são possíveis, como são mesmo esperadas, e muitas vezes elogiadas”.

Com isso, no entanto, levamos o próprio direito a uma situação paradoxal. Como é sabido e repetido de longa data, criar condições de segurança para a vida em comunidade é um dos atributos essenciais do direito. Onde este é claro e delimitado, criam-se as condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão, a sentir-se senhor dos seus próprios atos e dos atos dos outros. O direito instaura segurança ao garantir, assim, o câmbio das expectativas. Segurança jurídica significa pois, a clara determinação e proteção do direito contra o não-direito. A situação contudo, a que estamos sendo conduzidos pela mentalidade utilitarista e burocrática da coisa jurídica e pelo seu ensino deteriorado em seus objetivos está criando, para a sociedade em que vivemos, um novo tipo de insegurança para a qual o direito não tem resposta: é a insegurança gerada pelo próprio direito! O direito, é verdade, continua a discriminar entre o proibido e o permitido, o obrigatório e o facultativo, continua, assim, a proteger o cidadão íntegro do que lhe ofende a moral, a proteger-nos contra o furto, a apropriação indébita. Mas que significa para o cidadão a insegurança de um assalto, contra a insegurança ditada, por exemplo, pela falência de uma instituição financeira que, dentro de todas as normas e conforme todos os direitos, lhe corrói as parcas economias e o põe nas malhas da Justiça que, manobrada como foi descrito por Mauro Brandão Lopes, o reduz à impotência e ao desamparo?! Que significa a insegurança de uma agressão física, se comparada com a discricionariedade política na interpretação da Constituição, que, invertendo o papel da Carta Magna, ao invés de fazê-la baliza dos atos políticos, torna os atos políticos a baliza do seu entendimento, a ponto de ser preciso saber como agem os governantes para saber então o que a Constituição poderá prescrever?

A insegurança gerada pelo próprio direito é, sem dúvida, a mais dura e perniciosa conseqüência da crise do direito e do ensino. Ela produz descrédito, desconfiança, sem que se encontre, a longo prazo, uma saída. Apela-se, então, no plano do ensino, para ideais vagos e abstratos, que mal escondem a insatisfação das necessidades mais simples, porque exigem renúncias e prejuízos momentâneos que ninguém vê como serão compensados. E apela-se, no plano do direito, para objetivos instrumentais que, ao invés de garanti-lo, ainda mais o deterioram.

Perdoe-me, Senhor Professor Marotta Rangel se, ao saudá-lo, proponho-lhe este quadro de crise. Uma crise, no entanto, nos obriga a voltar às questões mesmas e exige respostas novas ou velhas, mas de qualquer modo julgamentos diretos. Uma crise só se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados, isto é, com preconceitos. Uma atitude dessas não apenas aguça a crise como nos priva da experiência da realidade e da oportunidade por ela proporcionada à reflexão.

Por mais claramente que um problema geral possa se apresentar em crise, ainda é impossível chegar a isolar completamente o elemento universal das circunstâncias específicas em que ele aparece. Embora

a crise do direito e do seu ensino possa afetar todo o mundo, é significativo o fato de o encontrarmos numa forma aguda entre nós. E a razão é que, talvez, por mais estranho que isto pareça, é justamente entre nós que uma crise no direito pode-se tornar realmente um fator na nossa vida política.

No Brasil, como nos mostra a sua tradição, o direito e o seu ensino desempenharam sempre um papel incomparavelmente mais importante do que os outros fatores. Num certo sentido, pode-se dizer que a independência brasileira e o espírito constitucionalista, por exemplo, nasceram de um mesmo parto. O movimento de idéias que marcou o Iluminismo do século 18 nos empurrou para a liberdade, fazendo prevalecer, concomitantemente, o respeito aos direitos individuais e às suas garantias. É verdade que, em muitos aspectos, a revolução burguesa que acontecera na França ficou por ser feita entre nós. De qualquer modo, porém, é importante fixar que o Brasil surgiu como nação independente sob a égide de um regime constitucional. Além do mais, com uma população predominantemente européia, o país pode, desde cedo, assistir a transferência de modelos jurídicos da metrópole portuguesa, com instituições típicas como o contrato e a propriedade, que logo se localizaram no centro da vida econômica e social do país, o que evitou que o sistema legal se tornasse mera peça de museu. Pois, ao contrário, de algum modo, com todas as dificuldades, isto reforçou nossos valores sociais básicos, criando nossa própria tradição. Daí a produção de obras de grande peso na formação nacional, como o Código Civil de 1916, que, embora refletisse um pensamento jurídico mais avançado, não deixou de marcar e de influenciar profundamente a estrutura e o desenvolvimento das relações entre nós.

Os juristas, desde o século 19, não foram apenas o que se poderia chamar hoje pseudoprofissionais do direito. Muito mais do que isso os bacharéis, como classe, foram elementos destacados nas instituições do país, como legisladores, administradores, diplomatas, liberais. Neste sentido, a Faculdade de Direito, criada em 11 de agosto de 1827, desempenhou desde cedo um importante papel na formação da tradição nacional. Colaborando na elaboração das leis, produzindo doutrinariamente uma organização jurídico-legal da vida política, ela representou uma importante força em favor do Estado de Direito, ou seja, aquele Estado marcado por limitações constitucionais ao poder governamental e que assegura áreas de autonomia à vida privada.

Esta mentalidade jurídica, com todos os percalços e fantasias que gerou e trazia consigo, foi, de algum modo, uma das grandes heranças de nossa tradição. Veiculada continuamente na palavra dos mestres e estudantes desta Casa, ela gerou o Segundo Império, libertou os escravos, proclamou a República, foi revolucionária em 24, 30 e 32, derrubou a ditadura de Vargas em 45 e alimentou, em parte, até alguns programas políticos de 64.

Pois bem, Senhor Professor Marotta Rangel, é em nome desta tradição e da responsabilidade que ela nos confere como instituição que o saúdo como o novo Diretor da Faculdade. Vossa Excelência, porque é um emérito jurista, professor dedicado ao ensino e à pesquisa, sabe certamente destas coisas, conhece as dificuldades e não desconhece as responsabilidades. Como homem ligado ao estudo e à prática do Direito Internacional, sabe ademais quão importante é o diálogo e a franqueza no trato dos conflitos e dos problemas. O vigor e a continuidade da tradição desta Escola têm, seguramente, em Vossa Excelência um depositário fiel, que saberá conduzir-nos nos meandros de uma crise que, se não está em nosso poder resolver, cabe a nós procurar para ela as respostas necessárias. Para isso possui Vossa Excelência aquele traço proeminente do jurista, a *gravitas* dos romanos, a capacidade de arcar com essa responsabilidade e que pode atuar, nas palavras de Plutarco, “como um peso central que, à maneira do lastro em uma embarcação, mantém as coisas sempre no justo equilíbrio”. Nós confiamos em Vossa Excelência.

Obrigado.

A significação contemporânea da efeméride

*Prof. Doutor Vicente Marotta Rangel**

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

No ato de celebração de mais um aniversário da instituição dos cursos jurídicos do país, em que esta Casa como a de Olinda são pioneiras, desejou-se celebrar — no contexto de simbolismo e de tradição das Arcadas — a solene posse do novo diretor. Profundamente comovido, almejo redizer palavras de agradecimento, que as proferi no dia 15 de julho último em cerimônia realizada na Reitoria da Universidade de São Paulo. Endereçam-se elas ao Magnífico Reitor, à Egrégia Congregação, a todos quantos — professores, alunos, funcionários, amigos, agremiados neste salão ou nele representados — me têm distinguido com atos de apoio e confiança. A maneira mais adequada de exprimir a todos o meu reconhecimento é convidar-vos a elevar o pensamento à comemoração da data gloriosa de 11 de agosto.

Não tanto expressão individual, o que se vai dizer se pretende testemunho coletivo de todos quantos tenhamos vínculo de afeto para com a Faculdade do Largo de São Francisco. Vínculo de afeto: eis o título abrangente que nos confere cidadania para com esta Casa. Não se trata de *jus sanguinis* ou de *jus soli* ainda que Álvares de Azevedo houvesse tido o privilégio de nascer no próprio solo das Arcadas; nem tanto o *jus laborandi* a que se reportam alguns artigos de convenções internacionais; mas a cidadania conferida pelo *jus affectionis*. As palavras que se hão de dizer não deixariam cá e acolá, neste ou naquele contexto, de serem proferidas por todo colega e mestre que se assentam no doutoral, por todo componente desta sala que nunca deixou de amar a Faculdade. Escusem-me, pois, se nesta romagem espiritual de que estamos a participar, omita o nome dos que se encontram vivos e me limite apenas a incluir os que — como dissera Guimarães Rosa — se tornaram “encantados” e estão a perambular pelo vale do Estige. Seremos todos, através do humilde porta-voz, pedreiros do mesmo templo, autores do mesmo cântico, cantadores do mesmo coral, espectadores do mesmo sonho.

* Discurso de Posse como Diretor, dia 11-08-1982, em sessão solene de Congregação.

Está a perpassar nesta sala, tocado pelo fascínio da efeméride, longo cortejo de etéreos e peregrinantes. Cuidemos atentamente de segui-lo. Tem ele à frente Gaio, Papiniano, Modestino, Ulpiano, e demais juristas eminentes de Roma, a que se sucedem, em plano mais modesto, os que, à frente de suas casas — *coram populo* — porfiavam por esclarecer dúvidas de pleitos. Circundam-nos jovens empenhados em ouvir-lhes ensinamentos. Anunciam e precedem, emergidas do século XII, as primeiras corporações universitárias. Lá está, pois, a de Bolonha, cujos membros carregam ora o dístico de *Bononia mater studiorum*, ora o lema que Ruy Barbosa invocava ao referir-se à nossa Casa: *Bononia docet*. Emparelhados por “doutores” que então como entre nós agora nem sempre indicam apenas titulados por concurso específico mas também, advogados em geral, (Stephen d’Irsay, *Histoire des Universités*, I, p. 85), eis que se colocam Irnerius, Acurcio e demais glosadores, cultores do direito civil e do direito canônico, Graciano, os santos Ives de Chartres e Raimundo de Peñaforte.

É de vê-los a seguir, no fantástico desfile, envoltos em sombra quase tão distante quanto as de Bolonha, com D. Diniz a encabeçá-los, mestres e estudantes de Coimbra, entre os quais é possível divisar estudantes brasileiros, como os autorizados por D. Pedro I, no Decreto de 18 de fevereiro de 1823, a lá permanecerem desde que estivessem a cursar a Universidade, tal qual Honório Hermeto Carneiro Leão, que depois se galardoaria com o título de Marquês de Paraná. São ao todo mais de uma centena, dentre os quais sobressaem os dois estudantes fluminenses e quatro baianos, que para São Paulo se transferiram, os primeiros a colarem grau em nossa Academia, em 1831, entre os quais Manuel Vieira Tosta, depois Marquês de Muritiba, e Paulino José Soares de Sousa, depois Visconde de Uruguai.

Já mais próximo de nós, figura na romagem José Feliciano Fernandes Pinheiro, que mais tarde ostentaria o título de Visconde de São Leopoldo, em cuja homenagem se dedicou o imponente salão de relíquias históricas de nossa Faculdade. Parece estar ele a propor, como o fizera na sessão de 14 de junho de 1823, a instalação de duas universidades, em Olinda e em São Paulo, e para aqui, de imediato, um curso jurídico. Presente está ainda Francisco de Paula Sousa e Melo cuja proposta de criação de cursos jurídicos em ambas as cidades, acabou por prevalecer na sessão de 1826, e deu origem à lei referendada pelo citado Visconde a 11 de agosto de 1827, cujo aniversário estamos a celebrar, o qual se poderia mesmo confundir-se com o aniversário de consolidação da pátria brasileira, pois não estaria “completa ainda a independência intelectual do Brasil, quando em 1822, ele afirmou a sua independência política”, de vez que “faltava a criação dos cursos jurídicos”, aos quais coube, no dizer de Clóvis Bevilacqua, “a missão nobre, entre todas, de derramar a instrução superior e fortalecer a brasileira.”

Eis a participarem do desfile fantástico vultos de mestres, desde o primeiro a proferir a primeira aula de direito em nosso país, José Maria Avelar Brotero que, diplomado bacharel por Coimbra em 1819

e doutor por esta Faculdade em 1831, nela professou ao longo do curso de quarenta e quatro anos. Estamos a vê-lo a proferir a aula inaugural, na sala nº 2, a primeiro de março de 1828, no antigo Convento de São Francisco, após ter o diretor Arouche Rendon, ao abrir a sessão, se reportado ao significado da solenidade. Entre os numerosos docentes se divisam Veiga Cabral, Amaral Gurgel, Pires da Motta, Silveira da Motta, Chrispiniano, o Barão de Ramalho, Silva Carrão, Martim Francisco e José Bonifácio de Andrada e Silva, Ribas, Justino, Sá e Benevides, Leôncio Carvalho, Dutra Rodrigues. . . Ao aproximar-se deste século, as fisionomias se mostram mais nítidas como as de Dutra Rodrigues, João Monteiro, Mamede, Brasiliense, Dino Bueno, Brasília Machado, Oliveira Escorel, João Mendes, Almeida Nogueira, Herculano de Freitas, Carvalho de Mendonça, Cardoso de Mello, Pinto Ferraz, Aureliano Coutinho, Villaboim, Raphael Correia, Ulpiano de Souza, Cândido Motta, Veiga Filho, Camargo Aranha, Gabriel Resende, Reynaldo Porchat, Dario Ribeiro, Oliveira Coutinho. . . O séquito dos diretores é longo, encabeçado por Arouche Rendon — não apenas tenente-general senão também doutor em leis por Coimbra. Seriam ao todo trinta e um se alguns dentre eles, os mais recentes, não estivessem felizmente, ainda agora, a integrar o doutoral, em nossa frente. . . É com especial enlevo que desde já os reverencio pois não tardarei a acompanhá-los na compassada e incorpórea marcha.

Ao longo do préstito invulgar bimbam os mesmos sinos que conclamavam do coruchéu os moços para as aulas, como o fizeram na tarde moliniosa da inauguração do curso. Dia festivo esse, o de 1º de março de 1828, “solenizado” — na frase de Arouche Rendon — “com regozijo geral e com fatos demonstrativos de alegria pública”, a que se seguiram três noites de iluminação espontânea, segundo informou o Farol Paulistano. Vêm-se também à surdina risos brejeiros dos estudantes que carregam consigo os badalos desses sinos que roubaram. . .

Continuidade de tradição e continuidade de Justiça! Aí estão na infundável e intangível procissão, aureolados de civismo, Rio Branco, Nabuco, Afonso Pena, Rodrigues Alves, Ruy Barbosa. Com a lira em punho, Álvares de Azevedo, Fagundes Varela, Castro Alves. Também Teixeira de Freitas, Lafayette, Pimenta Bueno, Alfredo Valadão. Presidentes da República, Campos Sales, Rodrigues Alves, Afonso Pena. Filósofos, juriconsultos, estadistas, artistas da palavra escrita e oral, todos a confundirem-se com a própria história das instituições e idéias do país.

Ao término da caravana, talvez o último a integrá-la, pois a precisamente um mês, a 11 de julho último, foi chamado por Deus, bem visível pois com seu sorriso de bondade e alegria, estamos a vê-lo, Francisco Emygdio Pereira Neto, cuja memória impõe-se-nos reverenciar, num ato de homenagem indeclinável e de saudade imensa. Antigo tesoureiro, zeloso funcionário da Academia, foi desde os tempos de aluno das Arcadas, modelo de dedicação ao trabalho e ao estudo,

sem descurar ao mesmo tempo, dos valores do civismo a que já dera provas ao engajar-se, por ocasião do movimento constitucionalista de 1932, no Batalhão 14 de julho, composto somente de acadêmicos de direito, e que travou batalhas em Itararé, ao Sul do Estado. Chefe de família exemplar, cidadão boníssimo e prestante, estamos a vê-lo nessa sua devoção de auxiliar incansavelmente os necessitados, mormente os estudantes, num espírito de imitação de São Francisco, em cuja igreja, ao lado, diariamente freqüentava as missas, o único leigo a adentrar o Convento nos almoços de 4 de outubro em homenagem à memória do *Poverello*. Teria sido por sua vinculação estreita com as Arcadas ou por sua associação tão íntima com São Francisco, que a praça em frente foi algumas vezes também chamada de Largo Chico Emygdio? Advogado exímio, conselheiro da Ordem durante dez anos consecutivos, padrão de dignidade e patriotismo, estimado em profundidade por seus pares, indicado pela Congregação desta Casa para vaga de Ministro do Tribunal Federal de Recursos, e homenageado pela mesma Congregação com retrato pintado à óleo e colocado, ainda em vida, em posição de destaque no saguão deste primeiro andar, vigilante constante e amoroso das tradições acadêmicas, Santo Chico Emygdio, velai pelas Arcadas!

Ao lançar o olhar sobre o majestoso cortejo dos protagonistas da história da Academia, que passo a passo desfila à nossa frente, impõe-se-nos à memória a frase com que Alcântara Machado se referiu ao falecimento de Oscar Freire, para exclamar com o insigne mestre desta Casa: “Quantas coisas morreram com a morte desses homens!” Mas para exclamar também, em acréscimo: “Quantas coisas permaneceram vivas com a morte desses homens” Vivas permaneceram, redivivas ficaram, rutilantes e inquebrantáveis como diamantes, lições de amor à nossa terra e à nossa gente, de respeito às leis do país, de devoção à liberdade, de custo à Justiça. Prelecionadas tanto pela palavra como pelo exemplo, desde os primórdios da nação e desta mesma Academia, tais lições forjaram o patrimônio cívico, moral e cultural das gerações antecessoras e compõem a constelação de valores que devem nortear — este o maior significado do legado recebido — o comportamento e as decisões de nossa própria geração. Pobres daqueles privados desses ensinamentos e carentes desses valores, pois correm o risco — tantas vezes infelizmente enfrentando — não apenas de descumpri-los mas de permanecerem errantes como nautas sem bússola perdidos na imensidão do mar.

De tais ensinamentos se colhe a noção de crença no aprimoramento das instituições jurídicas através da história, fruto do reiterado esforço de gerações. Dissera-o Aureliano Coutinho em aula inaugural de 1896, ao apontar “essa continuidade do movimento progressivo, tendo como derradeira meta ou como ideal a realizar o predomínio da Justiça sobre a força, isto é, a vitória da liberdade”. “Essas histórias da Justiça, lentas, porém certas, traduzem na história o direito ou o encaram num resultado sublime: a paz. A paz entre os indivíduos, por meio do respeito devido à sua personalidade; a paz entre

as nações, por meio do respeito consagrado à sua autonomia: eis o primado do direito como um ideal que o progresso da civilização tende a realizar. Bem razão — aduzia o saudoso Mestre — tinha, pois, o profeta Isaías, quando proclamava que a paz seria o fruto da Justiça: *Et erit opus justitiae pax.*” Graças a preceitos como esses que se reiteram na Academia em cujo patrimônio cultural e cívico se integram, é-nos possível contemplar, com orgulho, essa constante busca da Justiça no plano interno e internacional, da qual advém o culto do país aos postulados do direito. Se esse culto é transgredido — e o tem sido, infelizmente — ou bem porque o transgressor não adentrou o templo desta ou de outras Academias do país, ou bem porque renegou os postulados de seus mestres.

A contribuição desta Casa na preservação e aprimoramento de ordem jurídica interna é notória através da atuação *impertérrita* dos seus antigos alunos, advogados e promotores assim como dos magistrados, garantias do respeito à lei, guardiões benfazejos da Justiça. Homenagens que se tributem, como o fazemos reverentemente neste momento, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Ordem, Instituto e Associação dos Advogados, a todos os poderes e instituições representativos da categoria de juristas, se estendem de certo modo a nossa *Alma Mater*, orgulhosa da sua progênie espiritual.

Beneficiada tem sido também a ordem jurídica internacional à medida que a Faculdade se mostrou paladina do recurso aos meios pacíficos, e seus ensinamentos concorreram para a delimitação pacífica de nossas fronteiras, num processo de rigoroso cumprimento do direito que tem suscitado em todos os países expressões de aplauso e admiração. No mês de outubro de 1907, Rio Branco visitou a sua antiga Escola e na sessão solene realizada então pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, Pedro Lessa ressaltou a importância da contribuição da diplomacia brasileira — em cujos quadros se têm distinguido ilustres bacharéis diplomados no Largo de São Francisco. Vale a pena recordar o que Pedro Lessa então assinalou: “há nas relações internacionais” — disse ele — “onde não são raras as mais vivas contradições entre as lamentáveis contingências da vida real e os ensinamentos augustos da doutrina, um ato ainda mais meritório e glorioso do que contribuir para a formação das normas de direito: é aplicar abnegadamente e em toda a sua pureza, os princípios que a ciência propaga e as regras cristalinas nos tratados e costumes; é ter a elevação moral necessária para abstrair dos interesses secundários e transitórios dos Estados. ”

Cabe também evocar, ainda a título exemplificativo, a menção de Reynaldo Porchat, ao saudar José León Suarez — o eminente jurista argentino — em sua visita a esta Faculdade, no término da primeira guerra mundial, a de “um sentimento superior que paira acima de todas as cousas e de todos os homens, o sentimento da justiça internacional, que se há de tomar praticamente o princípio direto do congoçamento das nações na Magna Civitas”. Esta Cidade

Magna, esta Cosmópolis como a chamava João Monteiro, ainda está em vias de ser juridicamente aprimorada, embora seja certo que seus princípios básicos já se encontram sedimentados no documento fundamental firmado ao término da segunda guerra mundial, a Carta das Nações Unidas, na qual se cristalizam as expectativas de toda a esperança humana. Não é apenas de esperança — com o risco de ser distante e falaz — o sentir suscitado pela marcha da romaria intangível, prossegue ante nossos olhos. É também o da consciência da necessidade de vencer os desafios que rondam cada geração, a nossa mais do que nenhuma. São eles vários e complexos. Cinjamo-nos aos mais imediatos, pelo menos os relacionados com as quatro funções da Universidade: a de ensinar, a de promover pesquisa, a de servir à comunidade e a de encontrar a sabedoria. Porque cada uma dessas funções está em crise.

A primeira delas, a mais antiga de todas, a de ensinar, nos conduz ao reconhecimento de uma realidade implacável, extensiva é certo a todos os domínios da Universidade, mas particularmente sensível ao campo do direito. A crise do ensino se impõe ameaçadoramente. Resulta ela do progresso tecnológico que o tornaria acessível a todos os interessados, mercê da rápida edição e distribuição de livros e periódicos, da radiodifusão, da telecomunicação, dos discos, dos video-cassetes. Processada a difusão dos conhecimentos jurídicos fora dos quadros universitários, há quem proponha ou preveja a morte das Escolas de Direito, o desinteresse dos estudantes para a freqüência às aulas, a desnecessidade do sistema tradicional de ensino? Acertada a previsão? Inelutável a morte? Parece que a resposta poderia ser afirmativa se na verdade os docentes se limitarem a repetir o que consta dos livros e demais meios de divulgação e não buscarem, a partir das informações difundidas, aprofundar reflexos sobre elas, em conjunto com seus próprios discípulos. Este é de fato o caminho trilhado em universidades estrangeiras, onde não se trataria a rigor de cogitar da prevalência eventual do método dedutivo ou indutivo, do sistema do “case” ou do “problem”, mas de um processo dinâmico em que a aula se torna viva e fecunda desde que, mercê de esforço prévio, conheçam os alunos as informações disponíveis para delas extrair, com a presença e orientação do mestre, inferências ricas de conteúdo. Ter-se-ia, por outro lado, que proclamar a morte da docência? Seria o caso de considerá-la mera reminiscência das universidades medievais? A resposta seria infelizmente afirmativa a menos que o docente não seja igualmente educador, não tenha o dom ou autoridade de imprimir em suas classes o sentido de sua experiência pessoal e não traga consigo a constelação de valores em função dos quais o conhecimento se converte em sabedoria. Admitir, pois, a freqüência livre, além de desestimular o esforço dos alunos, poderá importar na abdicação pelos professores de sua alta missão de educadores.

Poderá ela agravar também a angustiosa crise da cultura, que se alastra predominantemente em nosso país, a ignorância de nossa

história, o desconhecimento dos problemas e das soluções que intentem resolvê-los, a carência de reflexos sobre o curso de nosso destino como país e como nação. Quem somos nós? Quais os valores que nos rodeiam? Como partir do passado e buscar — tal qual este com apoio nele desferida — os horizontes incertos do futuro? Templo e testemunha viva da história pátria, esta Casa exhibe em seus corredores, pateos, salas, de modo tangente e visível, o fluxo dos acontecimentos e idéias que brotam do pretérito em demanda do provir. Repositório e viveiro da cultura brasileira, museu e ao mesmo tempo alavanca e dínamo do sistema vital das idéias de nossa época, eis a Academia do Largo de São Francisco. Dela ausentar-nos, de seus pateos e de suas salas de aula, significa recusar-nos a tomar conhecimento de nós próprios, da terra e da gente de que provimos e a que devemos servir.

A serviço da comunidade a que pertença situar-se a universidade, mormente esta Casa de Ensino. Seria injustiça increpá-la de omissão a tal dever. Como desconhecer, ao contrário, no valor e inestimável contribuição ao aprimoramento das instituições políticas do país, à consolidação da independência, à abolição da escravatura, à república, ao processo de reconstitucionalização, ao revigoreamento perene e culto indeclinável aos valores da Justiça, Paz e da liberdade? É preciso, porém, alertar para os problemas cruciais dos nossos tempos, que batem à porta do próprio templo, corporificados no número infindável e crescente de pedintes de esmola, de enfermos do corpo e da alma, de crianças desprotegidas, e refletidas nas doenças da própria sociedade, cuja etiologia econômica política e moral demandam providências urgentes e decisivas. Servir à comunidade importa ir além do conhecimento, do ensino e das pesquisas no campo do direito e partir para soluções que a ciência jurídica poderá propiciar ou ajudar a fornecer, soluções que importa sejam concretas e vitais embasadas no alicerce de teorias enriquecidas de objetividade e de humanismo.

Servir à comunidade, é certo, porém dentro dos parâmetros e reclamos da hora que vivemos. Ora, estamos a vivê-la em função de diretrizes inadiáveis. Algumas delas se integram no contexto de todas as horas, desde os primórdios até o fim da história da civilização. Assim a que consiste no respeito à dignidade da pessoa humana, centro de irradiação e de convergência de todo o direito. Irreal, contingente, falaz o direito, qualquer que seja o seu ramo, o seu lugar, o seu tempo, os seus agentes, a sua causa, os seus fins, se não tiver como centro básico de referência o respeito à dignidade da pessoa humana. Diretrizes contemporâneas há que se condicionarem a circunstâncias. Tal o é o da abertura do processo democrático já que visa não a realidades presentes mas a metas alviçareiras a atingir. Permitam-me proclamar a minha fé não apenas na abertura desse processo mas na necessidade de impulsioná-lo e apressá-lo. O país reclama democracia, não a meramente formal, porém a concreta e substantiva, provada na realidade de cada dia. Não a democracia das palavras, desmentida pela corrupção e pelo aventureirismo, mas a emergida

da reforma das normas e estruturas, e aperfeiçoada cotidianamente na perseguição incansável do bem comum.

Objetivar tais metas na alvorada dos dias próximos importa na convocação dos jovens universitários das Arcadas para a integração em obras comuns, em espírito de respeito mútuo e de solidariedade. Essa integração deflui com naturalidade pois as gerações sucessivas da Academia se irmanam reciprocamente no culto convergente dos valores da liberdade da democracia e do direito. Não será suave a execução dessas tarefas a começar da excessiva abstração do conceito de Estado de Direito, “levado a um extremo formalismo dada a necessidade de enfrentar a complexidade sócio-política crescente”, grau de abstração esse que, como diz Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ao término de seu livro sobre *Fundação Social da Dogmática* (1978), págs. 201/202, “gera novos problemas, pois o conceito perde a sua funcionalidade, deixando de ser critério para a atuação do Estado na medida em que a sua conceituação formal deixa em aberto inúmeros problemas que apenas ampliam o papel do árbitro, sem que a Dogmática forneça os parâmetros de controle”.

Aprisionar disciplinas jurídicas em compartimentos estanques importa em negação do espírito científico e desconhecimento da natureza do direito. Identificar e robustecer os vínculos das disciplinas entre si assim como os dos respectivos cultores é inspiração de sabedoria a que o jurista não poderá furtar-se. Será nosso dever impulsionar estudos de questões contemporâneas mercê de conjugação inter-disciplinar de especialistas que se proponham promovê-los. Experiência fecunda — de que participamos na Coordenadoria de Atividades Culturais — suscitada pelo Departamento de Direito Penal constituirá inspiração de outras que intentaremos promover, sobretudo com a expectativa — para nós honrosa e alviçareira — de contar com a colaboração, sempre inestimável, de colegas de demais unidades de ensino e pesquisa da universidade. É certo que o conhecimento científico reclama especialização, mas é verdade também que ela não pode prescindir das sínteses finais, da visão de conjunto das cousas e das causas, da compreensão humanista do mistério dos seres.

O homem real e concreto é, em toda parte, um ser social que com seus irmãos partilha seus problemas. Toda vez que se isolar pretendo bastar-se no seu narcisismo orgulhoso, tombará da dignidade de sua natureza. A Faculdade de Direito, revitalizada por seus vínculos com as demais unidades universitárias, dinamizará a sua imensa potencialidade no cultivo de sua própria tradição, no seu próprio enriquecimento interior através da convocação cívica e científica de seus docentes, estudantes, funcionários, antigos alunos e se debruçará, para ajudar a resolvê-los, sobre os magnos problemas de nosso país, e, entendendo que somente poderão ser equacionados mediante adequada inserção na sociedade brasileira, espera contar com a experiência e saber de todos os juristas, magistrados, advogados, promotores de Justiça. Ousará também, dentro do mesmo propósito de

cooperação em escala cada vez maior, estimular intercâmbio com docentes e juristas de países irmãos.

Minhas Senhoras e Meus Senhores. A vossa honrosa presença nesta solenidade, sob a alta presidência do Magnífico Reitor, parece significar que esses propósitos poderão contar com o carinho de vossa compreensão, o incentivo de vossa inteligência e o calor da vossa afeição e do vosso carinho. A missão do novo diretor se torna assim extremamente suave e para ela gostaríamos de contar com a deferência de vossa constante participação. Missão outrossim discreta e exeqüível à medida que se dilui na perspectiva maior do culto festivo e glorioso do Direito. Missão singela e complementar pois decorrente do propósito básico de colimar a Justiça. Busquemos, em verdade, a Justiça, porque o resto — como o disse Goethe — o resto é consequência.

(Minibibliografia do Professor Doutor Vicente Marotta Rangel)

O Professor Dr. Vicente Marotta Rangel nasceu em São Paulo, aos 14 de março de 1924. As funções universitárias exercidas pelo mestre antes da posse como diretor foram:

Chefe do Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo (de 1970 a 1974 e de 1978 a 1982). Coordenador dos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1974 a 1976). Vice-Diretor da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (1976 a 1977). Coordenador da Coordenadoria de Atividades Culturais da Universidade de São Paulo (1976 a 1982). Membro do Conselho da Comissão Fulbright (por indicação do Governo brasileiro). Presidente da Comissão de Legislação e Recursos e da Comissão de Cooperação Internacional da Universidade de São Paulo. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Julgadora do Curso de Altos Estudos do Ministério das Relações Exteriores.

Títulos Universitários

Doutor pela Universidade de Paris (1950). Livre Docente de Direito Internacional Público pela Universidade de São Paulo (1954). Visiting Scholar da Columbia University (1972-1973). Professor Catedrático de Direito Internacional Público, (desde 1967). Professor no Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais da Universidade de Tessalônica, Grécia, (1976).

Das funções públicas internacionais mencionam-se:

Membro da Corte de Arbitragem da Haia (Decreto do Senhor Presidente da República, de 11 de abril de 1979);

Membro da Delegação Brasileira à Conferência sobre Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário (1972-1973);

Membro da Delegação Brasileira à Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1974-1982).

Pertence às seguintes sociedades científicas:

1. Membro do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional.
2. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.
3. Associado da International Law Association.
4. Membro do Instituto Interamericano de Estudos Jurídicos Internacionais.
5. Associado da American Society of International Law.
6. Membro Correspondente da Asociación Argentina de Derecho Internacional.
7. Membro da Société Française de Droit International.
8. Associado do Institut de Droit International.
9. Membro da Société Belge de Droit International.

Condecorações

Ordem de São Raimundo de Peñafort (1ª classe Cruz distinguida) (Governo Espanhol).

Ordem de Andrés Bello (2ª classe) (Governo Venezuelano).

Ordem de Rio Branco (comendador) (Governo Brasileiro).

Obras e trabalhos publicados:

Do Conflito entre a Carta das Nações Unidas e os Demais Acordos Internacionais, São Paulo, Editora Saraiva, 1954;

Le Fédéralisme Américain à la Conférence de Bogotá, Université de Paris, thèse, 1950;

O Poder Científico e a Missão da Universidade (Aula inaugural da Universidade de Campinas em 1959), Revista da Universidade Católica de Campinas, junho de 1959, página 50 e seguintes;

As Estruturas Federais e Supranacionais e a Legislação Social: relatório nacional, Bruxelas, Institut Interuniversitaire Belge de Droit Social, 1958, 16 págs.

A Soberania dos Povos na Era Astronáutica, in Revista dos Tribunais, n. 49, v. 291, págs. 28-35, 1950;

La Procédure de Conclusion des Accords Internationaux, in Revista da Faculdade de Direito, v. 58, págs. 231-272, 1963.

- Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial*, 2ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- Le Conflit des Accords Internationaux*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1963, v. 58.
- A Constituição Brasileira e o Problema dos Tratados Internacionais*, in *Problemas Brasileiros*, 1965, n. 31, pág. 11 e seguintes.
- A Quem Pertence o Fundo do Mar?* in *Ciências Econômicas e Sociais*, Osasco, 1967, n. 55-69.
- Limite Interior do Mar Territorial com Baías*, Sindicato Nacional de la Marina Mercante (Separata de "Estudios de Derecho Internacional Marítimo", em homenagem ao Professor José Luiz Azcárraga), Madrid, 1969.
- Dos Conflitos entre o Direito e os Tratados Internacionais*, V Congresso Hispano-Americano de Direito Internacional, Caracas — Mérida, 1967.
- Convém reformular as normas sobre extradição?*, in *Problemas Brasileiros*, São Paulo, págs. 17-22.
- Les Problèmes Actuels de l'Extradition*, separata da "Revue Internationale de Droit Pénal", Paris, 1958, n. 34.
- A Declaração Universal dos Direitos do Homem e o seu vigésimo aniversário*, in *Problemas Brasileiros*, São Paulo, 1969, págs. 3-14.
- Direito e Relações Internacionais* (Textos organizados), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971.
- Regulamentação do Mar Territorial Brasileiro*, in *Problemas Brasileiros*, 1971, 9(92), págs. 5-15.
- Regime Jurídico do Mar Territorial*, in "O Mar, Direito e Ecologia", Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1973, págs. 1-10.
- Curso de Direito Internacional Público (em colaboração com mais três autores), Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro, 4 vols., 1974.
- Brazil*, in *The Changing Law of the Sea-Western hemisphere perspectives* (edited by Ralph Zacklin), Carnegie Endowment for International Peace, Sijthoff-Leiden, 1974, págs. 135-148.
- Delimitação dos Espaços Marítimos: velho e novo tema*, in *TEMIS*, Universidade de Zaragoza, 1973-1974, págs. 252-272.
- A Lenta Agonia do Oceano*, in *Problemas Brasileiros* n. 151, março de 1976, págs. 18-22.
- Preservação dos Mares: a Contribuição do Direito Internacional*, in *As Tendências Atuais do Direito Público* (Estudos em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos), Rio, Forense, 1976, págs. 241-267.

Le Droit de la Mer dans la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice (curso dado na Universidade de Tessalônica, Grécia, setembro de 1976). In *Thesaurus Acroasium*, vol. VII, Thessaloniki, 1977, págs. 263-339.

Brazil: Comercial Arbitration — In. *Yearbook Commercial Arbitration*. International Council for Commercial Arbitration, Kluwer, vol. III, 1978, págs. 31-44.

Tendências e Perspectivas do Direito Brasileiro Vigente: Direito Internacional Público. (Trabalho apresentado no II Fórum Nacional de Debates sobre Ciências Jurídicas e Sociais (Brasília 8-12 de 08-77), promoção da classe dos advogados em comemoração do sesquicentenário de introdução dos cursos jurídicos no Brasil) III Revista O.A.B. df nº 6 - 1977, Brasília-DF.

O Novo Direito do Mar e a América Latina, Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Derecho Internacional. Universidad Católica "Andrés Bello", Caracas, 1979, págs. 531-574.

Relações Internacionais: breves reflexões. Problemas Brasileiros, n. 174, 1979, págs. 4-12.

Contenido y Metodologia sobre la Enzeñanza del Derecho del Mar, Segundo Seminario sobre la Enzeñanza del Derecho Internacional. Organización de los Estados Americanos, Bogotá, septiembre 1979, págs. 227-248.

Controvérsia de Interesse do Governo Brasileiro Julgada por Tribunal Internacional. Problemas Brasileiros, n. 192, outubro de 1980, págs. 16-25.

"Prefácio" ao livro de João Grandino Rodas, *A Publicidade dos Tratados Internacionais*, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980.

A Nova Convenção sobre Direito do Mar. Problemas Brasileiros, n. 199, maio de 1981, págs. 20-33.

The Technological Impact on the Law of the Sea. São Paulo — Conference on the Law of the World (August 16-21, 1981). Work paper. 23 págs.

O signo da Cruz Vermelha. *Carisma*, 3(1) págs. 23-31, 1982.

El papel de las negociaciones informales en la búsqueda de un consenso sobre el derecho del mar. In: ORREGO VICUÑA, Francisco, comp. *La zona económica exclusiva: una perspectiva latino-americana*. Santiago do Chile, Universitária s.d. págs. 118-130 (Estudios Internacionales).

“O Direito na Formação do Diplomata”. *Revista de Informação Legislativa*. 1981, n. 72, págs. 349 a 364.

Congressos Científicos e Culturais

1. “International Youth Conference” (Londres, junho, 1948).
2. Congresso “France-Amérique Latine” (Paris, 1949).
3. Congressos do Instituto Hispano-Americano de Direito Internacional (São Paulo, Madrid, Caracas, Buenos Aires, Lima, México e Mérida).
4. Colóquio sobre “La Integración de America Latina y la Cuestion Constitucional”, Instituto Interamericano de Estudos Jurídicos Internacionais (Bogotá, fevereiro de 1967).
5. Conferências de Peritos Governamentais sobre Direito Internacional Humanitário promovidas pela Cruz Vermelha Internacional (Genebra, 1970 e 1971).
6. Foro para el Analisis de la Situación de la Minoría Judia de la U.R.S.S., Caracas, 1981.
7. Colóquio de Conselheiros para o Projeto de Estudo sobre Organização Internacional da UNESCO (Paris, 12-13 de julho de 1972).
8. Colóquio da Academia de Direito Internacional de Haia sobre “Preservação de Meio Ambiente” (agosto de 1973).
9. Grupo Interamericano de “Carnegie Endowment for Internacional Peace” (1971-1973). Relator do tema “Direito do Mar”.
10. Colóquio do Instituto Ítalo-Latino Americano sobre Direito do Mar (Roma, junho de 1975).
11. “Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Derecho Internacional”, Universidad Católica Andrés Bello. Relator do tema: “O Novo Direito do Mar e a América Latina” (11-14 de junho de 1978).
12. “Segundo Seminário sobre la Enseñanza del Derecho Internacional”. Organização dos Estados Americanos, Bogotá, setembro de 1979.
13. Simpósio sobre “Cooperação Universitária Interamericana para o Desenvolvimento Econômico e Social” (Organização dos Estados Americanos, Caracas — Miami, junho e novembro de 1980).
14. Grupo de terminologia em língua portuguesa do Projeto de Convenção sobre Direito do Mar, Cabo Verde, maio de 1981.
15. Congresso do Institut de Droit International, Sessão de Dijon, 1981.
16. Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, Sessão de Lima, 1982.

**Na Vice-Diretoria da Faculdade de Direito,
Alexandre Augusto de Castro Correa**

A 13 de setembro de 1982, por escolha da Congregação, assumiu a Vice-Diretoria da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o ilustre Professor Doutor Alexandre Augusto de Castro Correa.

Profundo conhecedor de diversos idiomas, francês, inglês, alemão, italiano, latim e grego, o Doutor Alexandre Augusto é o titular da cadeira de Direito Romano, desde 5 de fevereiro de 1965, vaga deixada pelo saudoso Professor Alexandre Correa, seu pai.

O douto mestre possui extensa bagagem de livros e artigos publicados, além de ter elaborado uma série de tradução de obras em italiano, latim e inglês, de clássicos e renomados autores que se tornaram consulta constante e obrigatória por estudantes e estudiosos do Direito Romano.

Novo Titular do Departamento de Direito do Trabalho

A Redação

Em sessão solene da Congregação, realizada a 25 de agosto de 1982, no Salão Nobre, sob a presidência do Senhor Diretor, Professor Vicente Marotta Rangel, o novo titular do Departamento do Direito do Trabalho, Professor Octávio Bueno Magano, foi introduzido no recinto, com grande salva de palmas, pelos professores Antônio Chaves, Sílvio Rodrigues e José Cretella Júnior para posse do cargo, nomeado por ato do Magnífico Reitor, publicado no Diário Oficial do Estado, de 13 de julho de 1982.

O Exmo. Senhor Diretor, em seguida, convidou o Professor Sílvio Rodrigues para proferir sua oração de recepção.

Discurso do Professor Sílvio Rodrigues

Senhor Professor Octávio Bueno Magano.

Hoje é dia de festa nesta Casa! É dia de festa porque um de seus discípulos mais ilustres assume a cátedra de Direito do Trabalho, para a qual foi escolhido em memorável concurso. Neste momento recebe V. Exa., Senhor Professor, ao se empossar como titular desta Academia, a justa paga de seus esforços e o coroamento de uma formosa carreira dedicada ao estudo e ao ensino do Direito. Repito, hoje é dia de festa nesta Casa e ao acolhê-lo em nome de seus colegas de Congregação, é com a maior alegria que o saúdo e com igual júbilo que felicito a Faculdade de Direito de São Paulo, por esta nova e preciosa aquisição.

Imagino como deve estar feliz, meu nobre colega, e só lamento que não esteja assistindo a esta cerimônia, seu pai, o dr. Virgílio Magano, que em vida foi advogado dos mais conceituados do foro desta Comarca e que soube infundir nos filhos as qualidades que enalteciam seu caráter e seu amor às coisas do direito pois, de sua irmandade, além de V. Exa., dois outros saíram desta Casa. E quando se olha a projeção de V. Exa., na saudosa figura de seu pai, vê-se como é certa aquela assertação que por vezes se encontra na boca

do povo, quando diz que a água cristalina corre, por onde a água cristalina já correu.

Não consigo fugir da emoção deste momento. Conheci Octávio Bueno Magano recém-saído da escola quando cortejava sua atual esposa, então minha parente por afinidade e que desde menina foi minha amiga muito querida. Fui padrinho de seu casamento e assim tive lugar de arquibancada para assistir o começo de carreira de nosso homenageado de hoje. Vi-o fazer concurso para Promotor de Justiça, para Juiz de Direito, para Presidente de Junta de Conciliação na Justiça do Trabalho. Vi-o deixar a magistratura para ingressar em um dos principais escritórios de advocacia de São Paulo, como sócio deste outro nosso ilustre colega que é o Prof. Cássio de Mesquita Barros. Vi o sucesso profissional crescendo com seu esforço, crescendo com seu talento, crescendo com a crescente reputação dos ilustres titulares daquela banca advocatícia. Vi Octávio Bueno Magano chegar ao ápice da profissão !

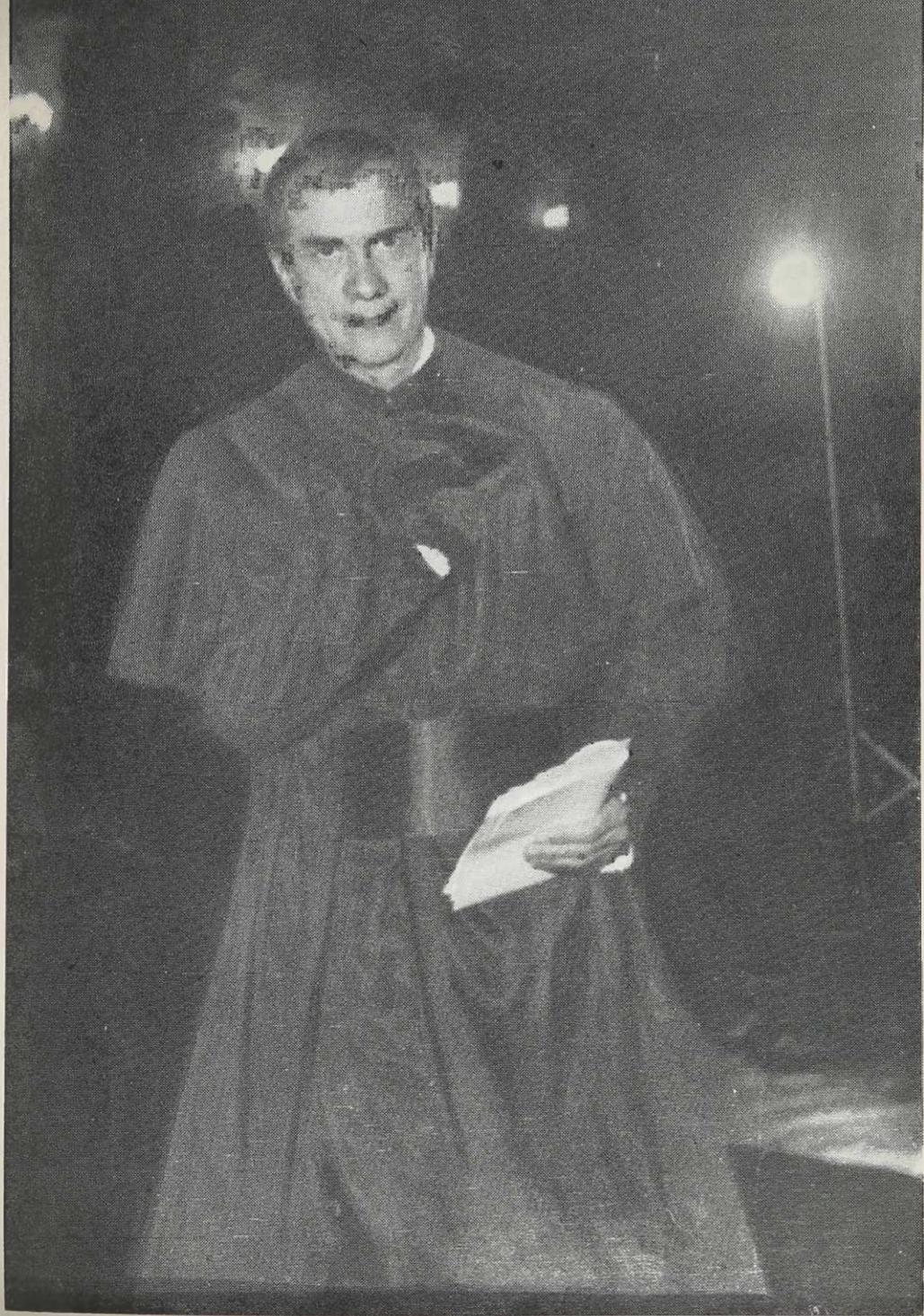
O que entretanto se tornou surpreendente foi o fato de o profissional de tanto êxito não ter, com este apenas, ficado satisfeito.

De fato, desde seus primeiros anos de formado era fácil vislumbrar sua meta final, ou seja o assento nesta Congregação, e sempre a tendo em vista jamais se afastou da vida especulativa. À medida que exercia sua atividade paralela no magistério, primeiro na Universidade Mackenzie, depois nesta Casa, aprimorava seus conhecimentos não apenas na esfera de sua especialidade, mas por todo o campo do Direito.

Nestes anos de sua preparação e no curso de suas andanças, estava sempre a seu lado e delas participando, sua leal companheira e dedicada esposa, nossa querida Marlene. Vi-a sofrendo com suas angústias e sorrindo com suas vitórias. E hoje, que aparentemente o lidador chegou ao fim da luta, tem ela tanto direito de ser saudada no bastião da vitória, como o varão que honrou o nome de ambos.

A carreira de Octávio Bueno Magano é um exemplo que o dignifica e que honra a escola que o formou. Nesta fez seu curso de bacharelado, nela obteve os títulos de mestre, de doutor, de livre-docente, de professor adjunto e finalmente hoje, este, de professor titular, conquistado com grande brilho e galhardia. Em rigor, examinando-se sua vida pregressa de intelectual, verifica-se que todos os seus galardões foram conquistados na liça dos concursos, pois V. Exa. submeteu-se com sucesso a todas as provas universitárias.

Octávio Bueno Magano é um destemido e corajoso lutador, que abriu seu caminho com exclusivo esforço, sem precisar de favores nem de concessões. Aliás sua formação não se deu somente nas Arcadas, nem se restringiu ao campo específico do Direito do Trabalho, pois V. Exa. é Master of Comparative Law pela Columbia University no ano de 1961. E sei como lhe foram penosos, se bem



*Professor Titular de Direito do Trabalho
Dr. Octávio Bueno Magano*

que proveitosíssimos, os anos em que, nesta Casa, lecionou direito econômico.

Olhando o seu passado e examinando sua atividade intelectual, o analista se assombra ante a sua espantosa atividade e ante o enorme cabedal que ela oferece.

É V. Exa. um exemplo que nossos colegas de profissão, os advogados, se orgulharão de seguir, por seu espírito de luta, pela marcada probidade, pela lealdade e elegância com que sempre agiu e age.

Sua obra doutrinária, composta de livros e de uma centena de artigos publicados em revistas nacionais e estrangeiras, será sempre um repositório onde o estudioso encontrará a cada passo uma fonte inesgotável para seus estudos. Além das dezenas de trabalhos publicados em revistas brasileiras, há colaboradores em publicações da Venezuela, do Uruguai, da Argentina, na República Dominicana, do Paraguai, da Espanha, do México. De modo que o nome de V. Exa. transborda de nossas fronteiras, para ser conhecido e respeitado também no exterior.

Aliás a presença de V. Exa. no meio intelectual de outros países se revela através dos convites para Congressos Jurídicos, na maioria dos quais V. Exa. compareceu e defendeu temas que previamente enviou. Assim, no estrangeiro, defendeu teses sobre a “Solução dos Conflitos Coletivos do Trabalho”, em Caracas; “El trabajo bajo y su Aspecto Jurídico” (em Lima), “O Seguro Social dos Acidentes de Trabalho (em Mendoza), “Legislação Trabalhista Brasileira Comparada com a Japonesa” e “Controle de Preços” (estes dois últimos no Japão), “A negociação coletiva no Setor Público” em San Juan de Porto Rico), “Grupos de Empresas Nacionais e Transacionais no Direito do Trabalho” (em Santo Domingo, República Dominicana), “El Procedimiento Ordinário”, na Cidade do México.

Poderia continuar por muito tempo enumerando a participação brilhante de Octávio Bueno Magano em outros Congressos, no Peru, Paraguai, em Rosário, na Argentina, em Málaga, na Espanha, em Austin, nos Estados Unidos, etc. Como viram, omiti a participação de nosso homenageado em uma dezena de Congressos realizados no Brasil, onde sempre apareceu como figura atuante e incansável. Mas, pela breve relação que acabei de mencionar, é fácil verificar a pluralidade de temas de que se ocupou o Prof. Octávio Bueno Magano, no exterior firmando seu nome fora de nossa fronteira e elevando, assim, a reputação de nosso país. Sua importância é tão grande que V. Exa. já foi secretário e depois presidente do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo e de la Seguridad Social, instituição da maior importância e que congrega a quase totalidade dos especialistas nesse campo do Direito. Assim é V. Exa. Sr. Prof. Octávio Bueno Magano, um dos juristas brasileiros mais conhecidos no exterior.

Já falei dos artigos de V. Exa., agora quero falar de seus livros. Antes de maiores detalhes creio necessário enumerar os principais:

- Lineamentos do Direito do Trabalho, SP, 1969;
- Convenção Coletiva do Trabalho, SP, 1972;
- Dissídios Coletivos, em co-autoria com Cássio de Mesquita Barros, SP, 1965;
- Os grupos de empresas no Direito do Trabalho, SP, 1979;
- Manual de Direito do Trabalho - Parte Geral, SP, 1980;
- Manual de Direito do Trabalho - Direito Individual do Trabalho, SP, 1981;
- Lineamentos de Infortunistica, SP, 1976;
- Organização Sindical Brasileira, SP, 1982.

Desses trabalhos cumpre distinguir os de caráter didático, daqueles que representam trabalho científico. Dentre os primeiros o mais antigo e intitulado “Lineamentos do Direito do Trabalho”, editado, como disse, em 1969, traz um Prefácio de meu mestre Jorge Americano, tão moderado em seus elogios, mas que não os poupa ao se referir a Octávio Bueno Magano. Dentre as qualidades de nosso homenageado cumpre ressaltar a clareza, tão necessária ao Professor. A obra, aparentemente simples, é entretanto profunda e meditada. Não obstante, a preocupação didática se marca de maneira nítida no questionário, que se encontra ao fim de cada capítulo.

O professor que assinou aquele primeiro trabalho reaparece em seu *Manual de Direito do Trabalho*, já desta década. Apenas aqui já encontramos o homem maduro, encarando os problemas com grande profundidade e indiscutível argúcia, senhor absoluto do tema que preleciona. Se nada mais houvesse o nosso homenageado escrito, seu nome já ficaria gravado na galeria dos grandes mestres de sua especialidade.

A sua obra doutrinária entretanto é a de um grande jurista. Não me referirei senão àquelas de sua lavra exclusiva, deixando de lado os trabalhos feitos com outros escritores. Tal obra cobre todo o campo do Direito do Trabalho, desde a Organização Sindical Brasileira, aos Lineamentos de Infortunistica, a Convenção Coletiva do Trabalho e outros. Tais trabalhos são profundos e esgotam a matéria. O mestre desce às raízes do Instituto. Se o seu leitor examinar qualquer deles vê que a pesquisa não é superficial; assim, e apenas a título de exemplo, menciono seu trabalho sobre a Infortunistica; ali analisa o fundamento da proteção atribuída ao acidentado, o conceito e a extensão do conceito de acidente do trabalho, o seguro do acidente e sua natureza jurídica, sempre ansioso de saber e fixar as fontes que devem orientar o legislador e o juiz. Do mesmo padrão são seus outros trabalhos.

Entretanto, onde sua obra atinge o apogeu é nas duas monografias apresentadas a esta Congregação para concursos de cátedra,

pois nelas os mestres de direito do trabalho e de direito econômico se fundem no mesmo homem e orientam a inspirada pena do escritor. São trabalhos memoráveis que têm lugar de relevo na literatura científica do direito brasileiro, e não seria em um discurso de saudação, por ocasião da posse de seu autor nesta Casa, que deveriam elas ser analisadas. Isso será certamente feito por críticos mais abalizados, embora seja impossível que estes tenham uma admiração mais profunda pelo escritor, do que o colega que ora o saúda.

Como disse, não pude sequer mencionar toda sua obra, Senhor Professor, porque é ela tão extensa que a mera enumeração ocuparia um enorme tempo, que não posso roubar dos seus amigos que, ora presentes, certamente estão ansiosos para abraçá-lo.

Este, de resto, é também meu anseio. Assim, ao encerrar esta oração quero dizer-lhe, mestre recém-chegado ao tope da carreira universitária, que o seu lugar estava de há muito reservado; quero repetir, que seus colegas de Congregação estão orgulhosos de sua presença, que esta Academia, ao consagrá-lo, está persuadida de que V. Exa. será, como já tem sido, um motivo de glória para ela. Assim, repito: "Hoje é dia de festa nesta Casa!"

Discurso do Professor Octávio Bueno Magano

O prazer deste momento inunda a minha vida inteira.

A princípio, foi o incontido desejo de entrar para as Arcadas e o sentimento de que me habilitaria, assim, a participar de sua saga, entremada de glórias cívicas, da melopéia dos seus poetas e das sábias obras de seus juristas.

Quem poderia resistir, criado como eu na década de 30, ao impacto emocional deste estribilho: “Quando se sente bater no peito heróica pancada. ” ou desta interrogação provocadora: “És Paulista? Ah! então tu me compreendes!” Quem poderia deixar de se inflamar pela Academia, se era ela o centro de um dos mais gloriosos movimentos cívicos de nossa história, a Revolução Constitucionalista de 1932?

Menos imune não poderia ficar aos fascínios da Faculdade um adolescente que, embalado nos versos condoreiros de Castro Alves

“Quebre-se o cetro do Papa,
Faça-se dele uma cruz,
A púrpura sirva ao povo,
Para cobrir os ombros nus”

e nos românticos de Álvares de Azevedo

“Quando em meu peito rebentar-se a fibra,
Que o espírito enlaça à dor vivente. ”

via nela fervilhar ainda os debates em torno do repto dos modernistas de 22, propugnadores de uma poesia pura e desativada como esta de Mário de Andrade: “Brasil que eu sou porque é a minha expressão muito engraçada; Porque é o meu sentimento pachorrento; Porque é o meu jeito de ganhar dinheiro, de comer e de dormir”.

Quanto à atração que, nessa quadra da vida, as obras dos juristas pudessem exercer sobre mim, devo confessar que não correspondia senão a um sentimento vago da sua importância para o meu futuro.

Tinha eu, como se vê, motivos de sobra para desejar incorporar-me à Faculdade, nunca tendo vacilado sobre ser isso exatamente o que queria.

Depois, já com o penacho do XI de Agosto assaltou-me esta dúvida compartilhada certamente por muitos de meus colegas: deveríamos nós permitir que os estudos interferissem na nossa vida acadêmica?

Deixando a Faculdade em 1952, na verdade, nunca dela me aparteí. Qual Pierrot, namorava-a de longe, acompanhando enternecido a sua excitante trajetória. Tirou-me desse torpor o Professor Sílvio Rodrigues, incentivando-me, com a mesma generosidade com que hoje me saudou, a subir passo a passo a escada estreita conducente ao ápice da carreira universitária.

Nesse difícil percurso, muitos foram os que me ajudaram. Se houvesse de os nomear a todos não desocuparia tão cedo esta tribuna. Quero, porém, na presente oportunidade, transmitir, a cada um deles, os meus agradecimentos mais sentidos.

E, agora, aqui, como me desincumbir das delicadas funções inerentes ao meu cargo?

Deparo com a resposta no artigo 42 do antigo Regimento desta Faculdade onde se impõe ao Professor o dever de lecionar com eficiência as matérias componentes do programa de sua cadeira.

Mas o que significa lecionar com eficiência?

Significa, em primeiro lugar, ter presente que a docência constitui atividade voltada à busca da verdade. Mas não apenas da verdade inquestionável, que implica correspondência perfeita da idéia com a realidade; mas não exclusivamente da verdade demonstrável pelo silogismo. E sim, também, da verdade perquerida através da dialética, que parte de premissas problemáticas e conduz não à certeza mas à compreensão. Já se vê por aí que não falo da dialética como movimento histórico da realidade e sim da dialética entendida como lógica do diálogo. Refiro-me à atitude do espírito que procura conhecer a realidade por meio de aproximações progressivas feitas geralmente através do diálogo e que constitui, quiçá, o método mais próprio ao estudo das ciências humanas.

O professor, enquanto instrui, necessitando transmitir aos seus alunos um grande número de informações, pode e deve usar da retórica demonstrativa. Mas como lecionar não significa somente instruir senão também formar, quer dizer, incutir no espírito do estudante a necessidade de uma atitude crítica em face dos valores em que se funda a matéria versada não pode o professor prescindir do uso da dialética.

Reconheço que a utilização preponderante desse último método exigiria substanciais modificações nas condições de ensino vigorantes nesta Faculdade. Fora mister, pelo menos, que as disciplinas se multiplicassem, com a correspondente diminuição dos estudantes em cada uma delas e que o número de docentes habilitados igualmente se multiplicasse. Essas são, no entanto, modificações estruturais que

talvez se retardem. Contudo, nem por isso serão menos esperadas. Como diria o poeta, "l'espoir ne fait pas de poussière."

Lecionar com eficiência significa, em segundo lugar, tratar os estudantes com amor e amizade, o que se faz necessário por serem eles e o professor parceiros indispensáveis de um mesmo processo. Importa, todavia, distinguir entre amizade autêntica, consolidada em virtude da busca de objetivos comuns, da amizade afetada, de caráter quase sempre demagógico.

Lecionar com eficiência significa, em terceiro lugar, ser perito na matéria em estudo, a fim de que possa o professor comunicar-se com os seus alunos de modo simples e claro. Ninguém realçou melhor tal exigência do que o Professor Emérito Luís Eulálio Bueno Vidigal, ao dar testemunho da sua longa experiência de docente: "Convençame, na prática do magistério, de que o professor deve ensinar pouco e bem."

Ser perito numa determinada matéria não quer dizer, com efeito, sabê-la em seus mínimos detalhes. Mas sim conhecê-la e interpretá-la à luz dos valores em que se funda e dos meios pelos quais possam ser estes realizados.

Essa última constatação leva-me à análise do Direito do Trabalho, cujos fundamentos consistem na proteção do trabalhador e na melhoria de sua condição social. Se sobre isso não discrepam os autores, larga se mostra a divergência doutrinária quanto aos caminhos a serem trilhados, na realização dos valores em causa.

Uma primeira corrente de juslaboralistas entende serem os mecanismos de tutela estatal os mais propícios para colimar os objetivos do Direito do Trabalho. Em posição diametralmente oposta, encontram-se os adeptos da idéia de que as forças do mercado, atuantes na sociedade capitalista, constituem os únicos fatores de efetiva proteção dos trabalhadores. A terceira escola é a dos que acreditam mais nos mecanismos da autotutela e da autocomposição.

A primeira corrente será talvez a de maior número de seguidores no Brasil, o que não é de estranhar levando-se em consideração haver o Direito do Trabalho nascido aqui sob o signo do paternalismo. Na sua versão mais ortodoxa, o escopo da questionada teoria era o de inserir os grupos profissionais e econômicos no seio do Estado para assim superarem-se as divergências entre ambos existentes. Na lógica do sistema, os sindicatos haviam de se converter em órgãos do Estado e, pois, em verdadeiras correias de transmissão entre os desígnios deste e o atuar das chamadas bases. As suas funções reivindicatórias tinham de ser sublimadas transformando-se em assistência social e recreativa, prodigalizada pelos seus departamentos médico, jurídico, odontológico e pelas suas colônias de férias. A greve e o "lock-out" se estigmatizavam como recursos anti-sociais. Para eliminar o risco de que pudessem ser desencadeados, criava-se a Justiça do Trabalho, dotada de poder normativo.

Tal concepção implicando a existência de um sindicalismo atrelado ao Estado, mostra-se inteiramente incompatível com a abertura social e política urgentemente reclamada pela opinião pública.

A segunda corrente é a dos chamados neoliberais, liderada por Milton Friedman. O que, em suma, preconiza esse chefe de escola é a restauração do liberalismo desvinculado tanto quanto possível de interferências estatais e isso sob o fundamento de que o Sindicato reduz o número de empregos e de que a única proteção segura e eficaz para a maioria dos trabalhadores é a proporcionada pela existência de numerosos empregadores.

Não há como concordar com as teses desse neoliberalismo por dois motivos principais: primeiro porque traz à tona uma sociedade atomizada composta de indivíduos, quando o fenômeno mais significativo da atualidade é o da propensão incoercível à formação de grupos; segundo porque as condições sociais dos trabalhadores, no próprio país a que pertence Friedman, os Estados Unidos da América do Norte, só melhoraram substancialmente, a partir de 1935, com a edição do "Wagner Act", quando o sindicalismo se tornou atividade efetivamente protegida.

A terceira corrente é a dos autores para os quais a sociedade civil compõe-se de vários centros de interesses, os quais dão ensejo à formação de grupos, cuja autonomia não pode deixar de ser reconhecida. Esse é o modelo preconizado pela OIT, notadamente na Convenção nº 87, de 1948. Por ele se pautam o sistema americano e o da Europa Ocidental. É, aliás, o único modelo conciliável com uma sociedade democrática, que para se qualificar como tal, há de ser livre e tolerar a formação de grupos, protegendo a respectiva autonomia.

A implantação, entre nós, desse último modelo exigirá radical transformação do direito coletivo do trabalho: em lugar do sindicato único, controlado pelo Estado, emergirá a pluralidade sindical; ao invés de condições de trabalho, originadas da lei, mais numerosas serão as derivadas de convenções coletivas. A garantia da autonomia sindical acarretará automaticamente a preponderância dos mecanismos de autocomposição, como os da negociação coletiva e os de arbitragem, sobre os processos coercitivos correspondentes à atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho.

As indigitadas modificações do direito coletivo influirão, a seu turno, no direito individual, sendo de se esperar que a uniformidade de condições de trabalho, resultante do caráter genérico das leis, ceda o passo à diversificação provocada pela prática da convenção coletiva o que será, aliás, mais consetâneo com a heterogeneidade da realidade brasileira.

Feita, por essa maneira, a minha profissão de fé exsurge claro o entendimento de como pretendo me manter fiel ao juramento prestado perante o Diretor desta Faculdade, o Excelentíssimo Senhor

Professor Vicente Marotta Rangel, no sentido de cumprir, com dedicação, os meus deveres de professor.

Notas Bibliográficas

O Professor Doutor Octávio Bueno Magano, filho de Virgílio dos Santos Magano e de Da. Beatriz Bueno Magano, nasceu em São Paulo, a 16 de janeiro de 1928. Casou-se com Da. Marlene Cabral Magano, sendo seus filhos Patrícia Cabral Magano (24-08-1954); Helena Cabral Magano (27-10-1956) e Márcio Cabral Magano (27-10-1957). Homem culto, tem bagagem invejável que, resumidamente, expomos a seguir:

Diplomas e Títulos

Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

Presidente do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Master of Comparative Law — Universidade de Columbia de New York, Estados Unidos.

Comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, conferida pelo TST em junho de 1977.

Professor Honoris Causa da Faculdade de San Martin de Porres, em Lima.

Membro da Academia Ibero-Americana de Direito do Trabalho.

Professor Honorário da Faculdade de Direito de Marília.

Título de Notável Saber Jurídico que lhe foi conferido pela Universidade Federal do Paraná.

Obras Publicadas

Do Poder Diretivo na Empresa.

Organização Sindical Brasileira.

Manual de Direito do Trabalho — Parte Geral.

Manual de Direito do Trabalho — Vol. II.

Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho.

As Novas Tendências do Direito do Trabalho.

Lineamentos de Infortunistica.

Lineamentos de Direito do Trabalho.

Introdução ao Direito Econômico. Além dos livros acima relacionados, publicou diversos artigos em revistas especializadas.

Miguel Reale, Professor Emérito

Saudação do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior *

*Solemidade do dia 19 de maio de 1982, no
Salão Nobre, da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo*

“O HUMANISMO DE MIGUEL REALE”

Estamos aqui reunidos, em sessão solene, para esta cerimônia festiva de outorga do título de professor emérito a um grande mestre desta Casa. Sessão de homenagem, de tributo, trata-se de um ato de louvor, de objetivos simples e evidentes. No entanto, quem reflita sobre a peculiar condição do homenageado há de convir conosco que estamos diante de uma tarefa complexa. Afinal, quem homenageamos? Certamente o mestre, o professor da Faculdade. Mas não apenas. Também o extraordinário pensador, o filósofo, o filósofo das coisas jurídicas, o jurista, o administrador, o político e por último, mas não menos significativa, o poeta e o amigo. Personalidade multifária que nos desafia, porque nada mais difícil do que proclamar nos breves momentos de uma sessão solene todos os méritos que nos levam a prestar-lhe esta homenagem.

Na busca de um fio condutor que possa nos guiar no intrincado desta personalidade plural que de Miguel Reale fez um homem admirado, louvado, mas também combatido e combativo, discutido e desafiador, quer-nos parecer que é o seu espírito humanista, o humanismo total e radical que sempre o inspirou, a pedra angular que procuramos.

Para o humanista autêntico, já ensinava Cícero, nem as verdades do cientista, nem a verdade do filósofo podem ser absolutas. O humanista, portanto, não é um especialista, pois exerce uma faculdade de julgamento que está além da coerção que nos impõe cada especialidade. O humanismo, na realidade, é um privilégio do homem livre, do homem livre sob todos os aspectos e para o qual a questão da liberdade, de ser livre de coerção, é a decisiva, mesmo na Filosofia, mesmo na Ciência, mesmo nas Artes. No que concerne à minha

* Saudação proferida em 19-05-1982, em nome da Congregação da Faculdade de Direito da USP, ao ser outorgado o título de Professor Emérito a Miguel Reale.

associação com homens e coisas, dizia Cícero, recuso-me a ser coagido, ainda que pela verdade e pela beleza!

Esse humanismo resulta afinal de uma atividade que sabe como preservar, admirar e cuidar das coisas do mundo (H. Arendt). Sua função é servir de árbitro e medicador entre as atividades políticas, teóricas e técnicas, que se opõem mutuamente de muitos modos. Enquanto humanistas, podemos nos alçar acima desses conflitos entre o político, o cientista e o técnico, elevando-nos em liberdade acima das especialidades que aprendemos e exercemos.

Miguel Reale foi, é e será, antes de tudo, um humanista. Desde cedo soube elevar-se acima de quaisquer especializações, aprendendo a exercitar livremente o seu julgamento. Desde cedo foi capaz de replicar àqueles que com tanta freqüência se subjugam aos grandes nomes do presente e do passado, sem, no entanto, deixar de compreender que, muitas vezes, um grande pensador, um grande jurista, um grande filósofo, ainda que corretamente criticado, é melhor companhia que seus críticos. Desde cedo soube amar a liberdade, não como mera opção de fazer cada um o que deseje, mas como um princípio que opera no homem o sentido da sua realização, de tal modo que se pudesse dizer que o homem não é livre nem antes nem depois de suas realizações, mas sim enquanto vive e enquanto desempenha o seu papel na convivência. Por isso, para Reale, podemos entender que a liberdade nunca foi um meio para atingir qualquer fim, nem um fim a ser atingido por quaisquer meios, mas o próprio cerne da vitalidade humana.

Miguel Reale é um humanista. Mas um humanista cuja autenticidade tem também o seu traço peculiar. Antes de tudo ele é um humanista pela própria origem de sua reflexão filosófica, cujo centro emanador tem em Kant, em Hegel e em Husserl as suas fontes fundamentais. De Kant lhe saiu sua preocupação com o conhecimento humano. De Hegel, a dialeticidade e a historicidade deste conhecimento. De Husserl, o seu enraizamento na experiência. Ao proclamar, em sua filosofia, a condicionalidade social e histórica de todo conhecimento, Miguel Reale nos proporciona uma original teoria, capaz de explicar porque, enquanto sujeitos, somos responsáveis criadores daquilo que conhecemos, sem, no entanto, tornar-nos donos subjetivistas daquilo que criamos. Com isso, ele atribui ao homem um lugar de relevo na produção do saber, do saber filosófico, do saber científico, do saber político, do saber moral. Mas, ao mesmo tempo, explica os seus limites, assinalando e determinando o espaço da sua humildade.

Quem conhece, diz ele, cria, constitui, conforme aquilo que conhece. Mas não deixa de se submeter, na consciência de uma grandiosa impotência, aos limites do universo que conhece. Daí decorre a dignidade de saber, que em sendo um alto poder, há de ser um poder de humildade.

Miguel Reale, neste sentido, é um humanista. Mas é um humanista também, quando reconhece na liberdade o núcleo atômico da própria existência.

“Viver e optar, decidir-se a todo instante, por essa ou aquela via de ação”, diz Reale. A vida social é um plebiscito de todos os dias! Por isso, continua ele, o homem livre assume em si mesmo e por si mesmo, os riscos de suas opções (Exp. e Cultura, 250). Esta reflexão sobre a liberdade é, sem dúvida, o centro do humanismo do qual Miguel Reale é um permanente tributário. Com agudeza de espírito, ele percebeu na sua inteireza que a liberdade, antes mesmo de ser um atributo do pensamento ou uma qualidade da vontade, é um *estado* do homem, que o capacita a mover-se, à afastar-se do conforto da casa, a sair para o mundo, a enfrentar, com coragem, a presença dos outros, no espaço público da convivência. Assim, diz ele, a consciência da liberdade nunca é uma reflexão pura, mas envolve necessariamente um momento prático (Exp. e Cultura, 248). O que Miguel Reale no fundo percebe e afirma é que para ser livre o homem necessita da companhia dos outros, bem como do espaço comum, politicamente organizado, do qual cada um participa por suas ações. Em consequência onde quer que o governo dos homens os expulsem deste mundo público, reduzindo-os a meros observadores das decisões que outros tomam por eles, a liberdade não tem realidade concreta, pois não possui um espaço para aparecer.

Neste sentido, diz Reale em sua “Filosofia do Direito” (p. 552), obra de inúmeras edições, com traduções que lhe tributam o valor internacional, “muitos julgam que o homem livre é o trancado em si mesmo, ligado apenas pelo círculo dos seus interesses, quando, na realidade, o homem é tanto mais livre quanto mais multiplica os seus pontos de contato ou de interferência com outros grupos”. Assim, para ele, torna-se evidente que a liberdade seja o centro de gravidade de direito. Toda regra jurídica, proclama sua conhecida Teoria Tridimensional, é resultante de uma escolha, incorporando numa síntese sempre renovável a tensão entre os fatos de convivência e os valores que os iluminam. Em consequência, como esta escolha é um ato livre e como a liberdade não é arbítrio, mas implica limites, o direito válido é o direito da liberdade, para a liberdade, e com liberdade.

Não se entenda apressadamente o que isto quer significar. O direito não está a serviço da liberdade, nem esta é um seu pressuposto. Não são duas coisas distintas, mas uma só. Como a liberdade, no entanto, não se tranca em si mesma, mas se abre em participação, o direito sempre envolve a disputa, a discussão, o diálogo, o contraditório. Daí se segue a perspicaz concepção que Reale nos proporciona da hermenêutica jurídica, quando afirma que o ato de interpretar nunca é nem absolutamente necessitado nem absolutamente livre, mas essencialmente problemático. O direito, posto que é vinculante, é impositivo. Mas posto que esta impositividade é livre, é também

problemático. O direito nunca é absoluto. Absoluto é apenas o ser humano, a pessoa, que o estabelece num ato de liberdade.

Entendemos, neste sentido, sua afirmação incisiva, em seu consagrado “Teoria do Direito e do Estado” (p. 337), de que “o Estado que fere a liberdade da pessoa atinge à sua própria essência”. Pois se não há Estado sem soberania, não há também soberania sem liberdade. Com isso Miguel Reale quer significar que a liberdade nunca é uma *dávida* do poder, como se o poder do Estado pudesse alargar ou restringir a esfera de sua interferência ao sabor de sua “vontade” (p. 339). Não é verdade, pois, que a liberdade surja por “autolimitação” do Estado. A tese do ilustre mestre atinge diretamente um certo senso comum hodierno. É provável que o ascenso do totalitarismo em nosso mundo, com sua pretensão de subordinar todas as esferas da vida humana às exigências da política, nos faça muitas vezes, equivocadamente, entender a liberdade como um resíduo. Pois de tanto vê-la desaparecer sempre que as chamadas razões governamentais prevalecem, o homem chega a duvidar do seu próprio direito de agir e a ter medo de afirmar-se como pessoa. É esta dúvida e este medo que fazem muitas vezes o grande empresário encolher-se diante da autoridade financeira, que lhe cerceia um direito mas que, se processada, pode retirar-lhe o crédito. É esta dúvida e este medo que fazem, pior ainda, o homem humilde a não responder uma intimação judicial para defender *os seus direitos* com temor de ser preso! Pois bem, é contra esta idéia da liberdade como resíduo, como dádiva do poder que se autolimita, que se insurge Miguel Reale, proclamando que soberania e liberdade são dois momentos inseparáveis, sem os quais o moderno Estado de Direito será apenas uma capa para o Estado totalitário.

São íntimas, neste sentido, as relações entre o poder e o direito. Faces de uma mesma moeda, não há para Reale direito sem poder, mas não há, também, poder sem direito. Em sua célebre “Teoria Tridimensional do Direito”, fica claro que a história do poder tem isto de característica: quanto mais ele concorre para a positivação do direito, mais se prende e se delimita pelo direito declarado (p. 340). E é por isso e sobretudo por isso que se pode denunciar o poder que se torna ilegal e o direito que se faz ilegítimo. Pois nesse caso o primeiro será força e só força; o segundo será arremedo do jurídico e só arremedo (p. 109).

Na verdade, o direito e o poder são para Reale esta síntese precária e sempre renovada dos *valores* da convivência, dos *atos* da sociabilidade e das *normas* do agir. Como tais, eles são o espaço de realização da liberdade. Neste sentido, a liberdade pode se realizar menos ou pode se realizar mais. De uma forma ou de outra, porém, esta realização *não* se dá conforme uma razão abstrata, demasiado confiante em si mesma, estereotipada na frieza dos números e dos diagramas, mas nas exigências concretas, percebidas no contato vivo

com a experiência. Para Reale, a liberdade, o poder e o direito, como a vida, são incompatíveis com a simetria e com as fórmulas definitivas e inflexíveis.

Iludem-se, nestes termos, os que se apegam a um mero Estado de Direito da feição puramente formal, como uma fórmula sempre salvadora, um talismã que misteriosamente resolva todas as dificuldades. Como se iludem, igualmente, os que, desesperançados erroneamente destes ideais formais, se atiram aos braços dos pretensos salvadores. Na verdade, não há idéias mágicas, como não há homens mágicos. Com o senso de equilíbrio humanista que o caracteriza, Miguel Reale sempre foi um homem de experiência concreta, que recusa os extremismos, afirma a complementariedade dos valores e enfatiza a sabedoria dos prudentes.

Se foi esta experiência concreta, dosada pelo humanismo prudente, o traço dominante de sua teoria, não foi diferente a sua personalidade no trato direto com a vida pública. Advogado militante, político atuante, mestre de todos os dias, Miguel Reale exerceu na vida brasileira uma influência digna de registro. Duas vezes Secretário da Justiça em São Paulo, duas vezes Reitor da Universidade, Chefe da Delegação Brasileira junto a OIT, em Genebra, representante oficial do País em conclaves internacionais, supervisor máximo do Projeto do Código Civil, fator primeiro da organização jurídica da grande barragem de Itaipu, fundador do Instituto Brasileiro de Filosofia, membro da Academia Brasileira e da Academia Paulista de Letras, sua presença marcante atravessa a vida nacional em todos os níveis. Presença forte, conciliadora sim, mas dotada de uma firmeza incomum, capaz de gerar adesão e animosidade, admiração e controvérsia, conquistando o respeito do amigo e do adversário, mas afastando o medíocre e o pusilânime.

Entende-se, nesta perspectiva, sua posição e atuação em diversos momentos da vida política nacional, quando a busca humanista do equilíbrio lhe permitia, de um lado, ser um revolucionário de primeira hora, em 1964, mas, de outro, ter a coragem de afirmar que a era de Vargas “não se pode condenar levemente como uma época só de valores negativos” ou a serenidade de reconhecer que as chamadas “reformas de base” do período João Goulart não fossem “pura invenção ou um equívoco”, daquele Governo. Esta mesma serenidade prudente do humanista, do homem que se recusa a ser coagido, é que levou Miguel Reale a proclamar-se e a ser apontado como um dos homens do movimento revolucionário de 64, mas, ao mesmo tempo, que lhe deu condições de criticar o “excessivo espírito fiscalista e estatizante” da planificação econômico-financeira do Governo Federal e até mesmo o seu “alheamento das forças vivas da nação, a ingênua pretensão de dirigir o povo, privando-o de todos os seus mitos, por amor de um único mito: o da *razão abstrata*” como se lê em seu livro “Da Revolução à Democracia”. (p. 22).

Pois foi também em nome desta liberdade e do humanismo que ela sustenta que Miguel Reale, no início dos anos 70, reitor da USP, *sem* afrontar a autoridade constituída, soube defender a autonomia universitária, de modo a conquistar o respeito unânime da comunidade. Um ato tranqüilo e decidido, sim, mas que mostrava também o equilíbrio humanista de quem sabe viver, sentir e respeitar a liberdade.

Não foi outra a sua atuação, à testa de uma cátedra que comandou por mais de 40 anos. E aqui me permito um testemunho pessoal: em que pese o vigor do seu pensamento, em que pese a reputação internacional de suas teorias, em que pese sua extraordinária produção jurídica e filosófica, em que pese o reconhecimento geral de sua autoridade pedagógica, Miguel Reale nunca impôs aos seus discípulos as suas próprias idéias, o que fez do exercício da Filosofia do Direito, em nossa Faculdade, uma cátedra aberta, plural, de opções livres e de divergências respeitadas. Mantendo, durante anos a fio, um programa que ia aperfeiçoando progressivamente, soube, no entanto, distinguir educação de aprendizagem, pois se aquela precisa ter um fim previsível, esta é contínua e permanente. Assim, a todos nós que fomos seus alunos, nos educou na proficiência da filosofia jurídica. Mas jamais pretendeu nos educar a vida inteira, pois isto o transformaria em um guardião oculto e coercivo da nossa própria liberdade. Completado o ciclo educativo, soube abrir-nos o espaço livre da aprendizagem perene.

Entende-se, por isso, que para Reale, a universidade, como disse textualmente, “não pode ser a distribuidora de um ensinamento já feito e acabado, nem pode viver em função de um sistema de verdades pretensamente imutáveis” (*Da Revolução à Democracia*, pág. 164). Numa universidade, completa ele com grande beleza e profundidade, “nunca se deveria olvidar que as janelas do espírito se abrem por dentro, e que a educação se baseia principalmente na espontânea adesão dos moços à força aliciante da verdade e da razão” (pág. 159).

Humanismo, liberdade, belas palavras! Que no entanto são, para o nosso homenageado, o cerne mesmo da sua personalidade. Sem ambos não é possível entender, de um lado, o pensador meticuloso, o homem público austero, mas de outro, a alma sensível que reconhece, num artigo recentemente publicado, que “a amizade, tanto como o amor, são os oásis que nos socorrem neste deserto de afeições que nos cabe atravessar em nossa incerta trajetória”. Não se leia nesta frase o pessimismo desgostoso que busca um lenitivo romântico para um sofrimento constante, reconhecido e afirmado. Não. Pois aqui fala o humanista que é também o homem culto.

Cultura origina-se de cultivar. Relaciona-se, desde os romanos, com o trato do homem com a natureza, no sentido do amanho e da preservação da terra, até que ela se torne adequada à habitação humana. Como tal, a palavra indica uma atitude de carinhoso cuidado. O homem culto, assim, não é o homem que enfrenta, domina e sujeita o

que é seu, mas o que cuida, com amor, daquilo que ele cria, cultiva e preserva.

Miguel Reale é um homem de cultura. À parte a formidável erudição que criou e adquiriu, é, portanto, o zelo com as coisas do espírito e da alma a marca sensível da sua afetividade. Por isso, a trajetória incerta, o deserto de afeições de que nos fala nada mais são do que a própria vida que ele aprendeu, desde cedo, a trabalhar como se amanha a terra: com vigor e com amor. E porque assim o fez merece colher, neste momento que é um oásis, a homenagem pura e sincera de nossa amizade.

Agradecimento do Professor Miguel Reale *

“MINHA TRAJETÓRIA UNIVERSITÁRIA”

Esta não é uma noite de despedida. Trata-se, ao contrário, de uma noite destinada ao retorno às raízes mais puras de nossa sensibilidade, uma cerimônia de volta àquilo que é mais significativo em nós mesmos, porquanto — para mim, pelo menos — representa um retorno ao meu tempo de estudante, quando, inquieto e sobressaltado como todos os calouros que adentram pelo futuro, cruzei os pórticos das Arcadas, vendo, de um lado, os nomes dos poetas, e, do outro, os dos juristas.

Senti, naquele instante, que não sabia direito o que estava procurando, se as ciências jurídicas ou as belas letras, ficando, desde então, tentado a vivê-las, conjuntamente, em sua possível sintonia.

Porque, naquela época — 1930 —, a nossa Faculdade era o centro humanístico de São Paulo, uma vez que ainda não existia, Magnífico Reitor, a Universidade de São Paulo, com a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras que veio completar o florilégio da cultura brasileira.

Entrei em 1930; o ano da expectativa nacional. Desde então, a minha vida não se separou jamais desta Casa. Como, depois, não iria se separar, nunca, da Universidade de São Paulo.

Essa Universidade eu a encontrei bem mais tarde, em minha vida política. Quando se tratou de dar-lhe plena autonomia administrativa, coube-me a alegria, como membro do Conselho Administrativo do Estado, de votar o Decreto-lei que transformava a USP em instituição autárquica e, ao mesmo tempo, lhe conferia, Magnífico Reitor, todas as atribuições do antigo Secretário de Educação, nos assuntos pertinentes ao ensino superior. Como esse Decreto-lei até hoje não foi revogado, Deus queira que venha a ser cumprido, como o foi no passado, asseguradas ao Reitor todas as prerrogativas de Secretário de Estado, tal como a dignidade da USP o exige.

Mas, ao me matricular nesta Faculdade, há mais de cinquenta e dois anos, só estava certo de uma coisa: de que ia encontrar uma Casa da tradição, dessa tradição autêntica que jamais se contenta

* Reconstituído segundo gravação.

consigo mesma, porque procura, a todo instante, criar e constituir valores novos, projetando-se e consolidando-se no futuro.

Mas 1930 foi o ano da revolução brasileira, daquela revolução que, sem dúvida alguma, marcou o início de uma nova fase na vida nacional, pelo advento de novos elementos e valores sociais. Isto nós o sentimos, em nossa turma, a começar pelo até então inédito afluxo da massa universitária. Éramos 235 estudantes — quase tantos quanto os que compunham as quatro outras séries. Começava, assim, a chegada do “homo novus” que iria transformar a feição de nossa sociedade, ainda agrícola e patriarcal.

Não foi por acaso que a Revolução de 1930 tomou caminhos imprevistos, obedecendo aos sinais do tempo, que eram de renovação e de procura de novos rumos, surpreendendo aqueles que a haviam deflagrado em nome de um liberalismo por demais confiante em suas fórmulas salvadoras, mas que não penetravam até o âmago da problemática econômico-social.

Vivi intensamente o drama de minha geração. Bem cedo, acentuaram-se em meu espírito a preocupação filosófica e a política, uma inseparável da outra, porque há momentos em que a política se faz filosofia e a filosofia se faz política, quando está em jogo o destino do homem, e o intelectual não pode ficar encantado contemplando suas próprias idéias, friamente distante da experiência social e histórica.

A nacionalidade brasileira encontrava-se perplexa ante um leque de possibilidades, exigindo corajosas opções, especialmente por parte dos moços. Nessa conjuntura, de tudo poderei ser acusado, menos de uma coisa: de ter sido omissos.

Procurei, ao contrário, compreender e acompanhar, um a um, os acontecimentos de minha terra. Não vai nenhuma vaidade fátua nisso. Nos velhos e nas mulheres belas a vaidade é perdoável. E eu tenho vaidade de ter sido um jovem de olhos abertos para os problemas do mundo e de mim mesmo.

Poderei ter errado, pois foi através dos erros que procurei me corrigir; e foi através dos erros que fui adquirindo a compreensão humanística a que se referiu, com tanta sensibilidade, esse que é um dos meus mais notáveis ex-discípulos, Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Passaram-se os anos de aprendizado na Faculdade de Direito de São Paulo quando sobreveio a Revolução de 32; e me coube ser soldado, no grau de 3º sargento, da chamada “Guerra Paulista”. Eu não sei bem o que foi que me levou a alistar-me como revolucionário. Não foi, sem dúvida nenhuma, o amor a um ideal puramente formal de democracia. Mas foi, talvez, e acima de tudo, o desejo comunitário de estar em consonância com a gente paulista, então injustamente injustiçada. Razão pela qual ao escrever, ainda estudante, o meu primeiro livro, “O Estado Moderno”, fiz questão de que, no frontispício

dessa obra, figurasse o nome de dois colegas mortos em 32. E jamais isto se me apagou da memória. Foi um compromisso assumido com a juventude de meu tempo, um compromisso assumido com minha gente.

É possível que essa tenha sido uma das razões que me levaram a indagar dos fundamentos lógicos e morais do Direito, orientando-me para a Filosofia Jurídica, — disciplina que não se estudava, naquela época, em nossa Academia. O estudo introdutório fazia-se apenas através do Direito Romano, cuidando-se mais de sua “história externa”.

Mas, meus caros amigos e doutos colegas, foi um período muito curto na história de nossa Faculdade e do alheamento à Filosofia Jurídica. Esta Casa, ao contrário, tem a tradição dos estudos filosófico-jurídicos. Se no pórtico há três nomes de poetas e três de juristas, no relicário da Faculdade, todavia, há três salas de aula que, para mim, representam o coração desta Casa: as salas João Arruda, Pedro Lessa e João Mendes de Almeida Júnior. Três cultores do Direito e da Filosofia Jurídica, retomando uma velha tradição que surgiu desde o tempo de Avelar Brotero — o primeiro mestre da disciplina que, então, se denominava Direito Natural e das Gentes.

Mas houve um triste período em que, não obstante o brilho extraordinário das lições de Pedro Lessa, o imediatismo de alguns ou uma falsa compreensão da ciência pretendeu afastar a Filosofia do Direito, para substituí-la pela Enciclopédia Jurídica. João Mendes Júnior, com mordacidade, dizia que era a arte de se ensinar de cada coisa um pouco, e de tudo, nada. E João Arruda, com o seu espírito desabusado e franco, proclamava: — “A lei me manda ensinar Enciclopédia Jurídica; pois eu, não sabendo o que é isso, vou lecionar mesmo é Filosofia do Direito!”

Uma das glórias da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco é ter sabido manter-se fiel à Filosofia Jurídica, o que aumentava minha responsabilidade de jovem professor, quando, após agitados episódios, pretei meu compromisso de catedrático. Tinha pouco mais de 31 anos e uma fé inabalável nos valores da educação e da cultura, um entusiasmo pela Filosofia do Direito, desde então já entendida como um estudo vinculado às forças vivas da experiência.

Compreenderá, portanto, meu caro amigo Bernardo Cabral, com que entusiasmo tive conhecimento de que Vossa Excelência na qualidade de Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, procurara o Ministro de Estado da Educação e Cultura a fim de reclamar o ensino obrigatório da Filosofia do Direito em todas as Faculdades do País.

Não julgueis, no entanto, que, ao falar assim, esteja tocado por uma idolatria. Não julgueis que esteja insulado no culto de minha própria disciplina. Não, não é isso. É que eu sinto cada vez mais em causa e em crise a vida jurídica, por lhe faltar o sustentáculo resultante da meditação de seus fundamentos sociais e éticos.

Todos nós sentimos que a vida contemporânea está marcada pela orgia do dinamismo e da sofreguidão. Há pessoas para as quais não existe nada de significativo que não tenha o marco da técnica e do racionalismo abstrato. Mas o racionalismo abstrato e a técnica miúda e pragmática têm comprometido o destino do homem. Tem razão, assim, um dos maiores mestres do pensamento contemporâneo, Edmund Husserl, quando adverte que a crise da ciência atual não é uma crise de método, nem resulta de problemas epistemológicos, mas, pura e simplesmente, é uma crise de consciência histórica e sobretudo de consciência humanística, por não se cuidar do significado da ciência para o homem.

Assim sendo, compreendeis bem como a referência feita por Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao sentido humanístico que procurei imprimir à minha vida, me tocou profundamente. Estou convencido de que esse é um dos pontos capitais em jogo no destino do homem. Em verdade, se Husserl tem razão quando diz que o homem conquistou o saber da ciência mas não sabe o que fazer com ela, um outro filósofo, Edgar Morin, repete, como num eco trágico, que a ciência gerou um poder sobre o qual ela não exerce poder algum. Diante de ameaça tão profunda para todos os homens, é necessário que voltemos a meditar sobre o Direito e os seus fundamentos.

Se o Direito nasceu em Roma como ciência positiva, ela, na realidade, encontra a sua fonte inspiradora na meditação filosófica dos gregos. A bem ver, a Ciência Jurídica representou um desses matrimônios extraordinários, que se realizam de tempos a tempos, através do processo dialógico da História. É que houve o encontro do “logos” grego — da lucidez da razão e da compreensão racional do homem — com o sentido concreto da vida, da experiência vital, que nos legaram os romanos. E, assim, a “praxis” ou a “voluntas” romana se casava com o “logos” grego, para fazer surgir a nossa ciência, aquela que nesta noite estamos aqui homenageando.

Porque, compreendo-o perfeitamente, estamos reunidos em homenagem ao Direito e à Justiça, e não pela personagem transitória que vos fala. Não sou um protagonista do Direito, mas apenas um servo dele. Isto é que é essencial: não se julgar o mestre dono de nada, não se considerar senhor de nenhuma forma de saber, nem de nenhuma verdade prática, graças à compreensão de que nós, como professores, somos sempre alunos de um mestre só: do meditado no dia de hoje como preparo contínuo do dia de amanhã. Esse sentido de historicidade é que é fundamental para o homem contemporâneo. Porque a história não é a passagem transeunte e indiferente de segundos ou de anos. A história, ao contrário, é algo que reside em nosso próprio ser, na medida em que compreendemos que só há validade no ser humano enquanto ele se transcende.

Este momento mesmo, que me concedeis de vossa carinhosa atenção, não é de contemplação pura. Em verdade, cada idéia que

trocamos, neste instante, já é um esboço de ação, superada que já foi a separação comprometedora que se levantou, no século passado, entre o pensamento e a atividade prática. Teoria e prática, ao contrário, se casam de maneira constante e essencial, o que demonstra que o jurista não pode se circunscrever ao imediatismo dos casos forenses, nem se perder em abstração desvinculadas da vida.

Se o Direito se reduzisse à prática forense, seria o caso de fecharmos as Faculdades de Direitos e arranjar-mos emprego, para os estudantes, nos cartórios dos tribunais.

Não, não é do miúdo dos casos particulares que a Ciência Jurídica se ocupa, mas dos enlaces lógicos e éticos dos princípios, das idéias-forças que dão sentido tanto às decisões dos juizes, como às petições dos advogados, fazendo, de uns e de outros, instrumentos de um ideal mais alto.

Percebeis bem qual a missão que atribuo à nossa Faculdade de Direito, a qual nem por terem sido criados cursos de Filosofia e de Letras, poderá deixar de atuar de maneira permanente e fecunda nesses dois campos da atividade humana. Ainda, há poucos dias, passando em revista o cenário cultural e sobretudo literário de São Paulo, eu me perguntava: será que a época de Fagundes Varela, de Castro Alves e de Álvares de Azevedo já desapareceu? Eu comparava as obras dos representantes mais altos do romance e da poesia, da filosofia e das teorias políticas, hoje, em São Paulo, e verificava que a maioria deles ainda tem o seu berço, e espero continue a tê-lo, à sombra das Arcadas. A poesia jamais desertará desta Casa. Há, nas raízes do velho convento franciscano, algo de misterioso que leva os que estudam em contato com elas, a trilhar todos os caminhos da vida. Há algo de estranho na sombra das Arcadas que atrai o homem para o Direito, é certo, mas também para a diplomacia, para o romance, para a poesia, para o jornalismo e para a política, para onde quer que vibre um valor do homem enquanto homem.

A Faculdade de Direito jamais deveria deixar cair essa tocha fundamental de seu destino. Não quero lembrar, aqui, nomes dos grandes romancistas e poetas de nossos dias, que saíram das Arcadas. Lembro apenas, como símbolo, o nome daquele que é o patrono de todos os homens de Letras de São Paulo — Menotti del Picchia, cujo nome está faltando neste salão nobre.

Meus caros amigos, eu vos disse que encontrei a Universidade de São Paulo, como entidade e instituição, quando membro do Conselho Administrativo do Estado. E, desde então, criei um amor extraordinário por essa Universidade, dentro da qual a Casa do Direito não figura como mais um Instituto, mas sim como um Instituto que reivindica a sua posição histórica, sabendo, porém, que essa reivindicação só poderá ser legítima na medida em que se modernizar e se atualizar, acompanhando ritmo do tempo e os imperativos da ciência.

Ora, quando me coube, muito jovem talvez, a responsabilidade de dirigir os destinos da Universidade de São Paulo, em 1949, encontrei-a ainda padecendo de muitos erros e equívocos. Talvez não se saiba que, naquela época, havia três categorias de professores, os de Direito, de Medicina, de Engenharia e Filosofia, no topo do firmamento universitário, e daí, numa gradação ou degradação que não tinha sentido, nem ético e nem cultural, seguiam os demais professores com três escalas de vencimentos. Mas a compreensão, que sempre me animou, de que a cultura não obedece a tais discriminações e preconceitos ridículos, levou-me a propor, logo no início de minha gestão, ao Conselho Universitário que se proclamasse a igualdade de todos os mestres, porque todos nós somos iguais perante os valores da cultura.

Eis uma vaidade que eu tenho o direito de acalentar, recordando-a neste momento. A vaidade das decisões justas é compensada pelos erros que também sei confessar. E os erros foram muitos. Erros, como Reitor da Universidade, eu os tive, e como não poderia ser de outro modo, em se tratando de uma instituição tão vasta, diversificada e poderosa, quando me cabia penetrar na consciência e nas intenções de homens de tantos e tão diferentes centros de aspirações e de interesses?

Mas procurei sempre — e meus colegas de Universidade felizmente o reconhecem — procurei sempre colocar-me na posição de outrem. Procurei seguir aquele que é o único caminho da compreensão — o de estender a mão ao próximo, ao alcance de nosso gesto, preferindo-o à humanidade distante, apenas uma abstração.

Desse modo, a Universidade se entranhou em meu destino. Coube-me voltar a dirigi-la, vinte anos depois — o que provocou a irônica observação de um estudante, de que eu era uma personalidade de Alexandre Dumas. —, coube-me volver à Reitoria em momentos mais delicados de sua existência, quando me competiu dar execução a uma reforma universitária com cujos objetivos não estava integralmente de acordo, mas que, por força de lei, me cumpria executar, com a colaboração e na medida compreensiva do Conselho Universitário. E foram dias de trabalho insano! Foram meses de extremada dedicação, felizmente correspondida pela compreensão de mestres, funcionários e alunos. Foi uma época em que foi necessário baixar Portarias atrás de Portarias, para que a reforma se transformasse em algo de concreto e de vivo. E eu aqui vos confesso: nem todas elas eram cem por cento legais do ponto de vista da competência, pois, a rigor, me via na contingência de dispensar a audiência prévia do Conselho Estadual de Educação, sob pena de tornar-se inviável a aplicação oportuna da lei. Em tais casos, pouco importa a legalidade estrita, quando o que está em jogo é um valor superior e urgente de ordem cultural.

Se amanhã um analista minucioso resolver esmiuçar Resoluções e Portarias, emanadas às vezes “ad referendum” do Conselho Univer-

sitário, poderá encontrar nelas vícios formais. Mas o que não poderá encontrar jamais é uma violação do direito substancial, o repúdio ao direito real e concreto, que este é o que importa, e não as fórmulas e diagramas com que às vezes nos vemos impedidos de realizar a verdade ou a Justiça.

E a Universidade se projetou de maneira exemplar, auferindo da lei o que ela continha de melhor, graças ao potenciamento criador de seus Institutos, cuja unidade se apresenta como centro propulsor da cultura, não apenas de São Paulo e do Brasil, mas de toda a América Latina. O certo é que, na época, soubemos preservar o nosso sistema estadual de ensino, repelindo intromissões indébitas da órbita federal.

Tenho andado por aí afora, e tenho sentido o que significa a Universidade de São Paulo, que, nesta noite, fez questão de estar presente. Como a vossa presença me comove! Como toca profundamente a meu coração sentir que esta festa, que era da Faculdade de Direito, se transformou também em festa da Universidade de São Paulo!

Abstração feita de minha pessoa, como poderia ser diferente? Como conceber-se uma Faculdade de Direito como esta, que nasceu da História e é História, separada de sua Universidade, de uma Instituição que, nos seus breves anos de existência, em confronto com as velhas universidades européias, já realizou uma obra magnífica, digna da nossa maior admiração?

Estais vendo, meus caros amigos, que não vos está falando o filósofo do Direito, nem tampouco o professor. Preferi que falasse, apenas o homem, de alma aberta à vossa gentileza e à vossa compreensão. É que estamos aqui presentes, não fisicamente, mas em espírito, num sentido que transcende à nossa própria profissão, que ultrapassa o campo dos interesses particulares de cada um, por ser esta uma oportunidade de comungarmos com o pão da cultura.

Foi por essa razão, meus caros colegas universitários, que, ao concluir a minha tarefa na Universidade de São Paulo, ao levantar a Torre que simboliza o encontro das ciências humanas e das ciências naturais, sugeri que em torno dela se inscrevesse uma frase de sentido e inspiração pascaliana: "No universo da cultura, o centro está em toda parte". Ao propor essa frase, eu pensei num círculo ideal que abandonava o Butantã e se alargava para colher em suas malhas as doudas Faculdades de Direito, de Medicina e de Higiene e Saúde Pública, a então longínqua Faculdade de Odontologia, mais a Faculdade de Medicina Veterinária e todas as Unidades pujantes do Interior, para, após uma pausa reverente no Pátio do Colégio, volver ao ponto de partida, carregando esse patrimônio de ciência e de história que é apanágio da gente paulista.

Quando foi fundada esta Faculdade, já se pensava numa Universidade brasileira. O tempo ofereceu, porém, resistência a essa idéia,

só concretizada em 1934; mas, antes dela, as Arcadas atuaram como centro universitário a seu modo, ultrapassando os domínios do Direito. Na realidade, delas saíram, como todos sabemos, a maioria dos grandes poetas, dos mais lúcidos políticos, dos mais argutos diplomatas, dos mais penetrantes juristas, dos mais atilados jornalistas de nossa pátria. Daqui saíram homens de todas as vibrações do espírito, em consonância com as virtualidades de nossa genê. É o motivo pelo qual me limito a pedir ao Lauro Celidônio Neto, Presidente de nosso Centro Acadêmico XI de Agosto, que seja intérprete junto a seus colegas desta mensagem de um velho professor: “Nunca olvideis que esta é a morada do Direito e do Humanismo”.

O Humanismo nasce da compreensão de que todos os valores só têm algum significado quando se fundam no valor primordial da pessoa humana, visto como o homem, consoante costume dizer, é o único ser cujo ser é o seu dever ser originário, um ente que, para ser o que deve ser, constantemente se transcende.

De outro lado, não vos esqueçais, moços do Largo de São Francisco, que estas Arcadas continuam sendo uma Casa de São Francisco, cujo oitavo centenário este ano estamos comemorando. Pois bem, São Francisco fez a segunda revolução cristã, quando abriu o coração do homem para a natureza, quando descerrou o coração do homem para os animais mansos ou raivosos, quando compreendeu que é sempre bem vinda uma palavra de cordialidade e de amor. A grande sabedoria da Igreja foi receber em seu seio esse homem, que estava trazendo uma mensagem renovadora para todo o sempre e, num primeiro momento, parecia herético.

À luz dos ensinamentos franciscanos, compreendemos que a Justiça é uma virtude que não tem objeto próprio, porque é seu destino dar a cada um o que é seu, sendo, assim, uma virtude que só existe em função das demais virtudes. Essa é a lição franciscana da Justiça, como vivência amorosa do justo, o que faz meu pensamento volver a Dante, cujo nome quero lembrar neste momento, inclusive porque cresci sob o teto do Colégio Dante Alighieri. Foi com Dante que aprendi a cultivar a Axiologia, ao conceber ele Deus como Primeiro Valor, o que demonstra que para sabermos o que sejam os valores, devemos conhecer, primeiro, a resposta dos poetas.

Com estas invocações do poeta florentino e do “poverello” de Assis, quero encerrar minhas palavras. Nada mais se pode dizer, depois de Dante e de São Francisco de Assis. Para que mais falar, quando esses dois nomes enfeixam o que há de mais alto no espírito humano, quando esses dois nomes significam amor ao homem pelo que ele é, e amor ao homem porque ele é capaz de ser, realizando-se em comunhão com os outros, como em comunhão de espírito me sinto neste instante.

**Palavras do Professor Antônio Chaves,
Diretor, na época, da Faculdade de Direito**

Viveu esta Faculdade, na homenagem prestada ao Professor Miguel Reale, com presença confortadora do Magnífico Reitor, do Magnífico Vice-Reitor, de tantas autoridades, professores e diretores de outras escolas, e membros eminentes da nossa sociedade, de estudantes e pessoas tão expressivas e representativas, uma das suas noites mais gloriosas e representativas.

Timbra, na verdade, esta Casa, em prestar homenagem como esta, mais do que justa, necessária, um tributo devido aos seus vultos maiores que deixam de aqui comparecer com a mesma assiduidade que os distinguiu durante toda a sua existência.

Tem razão Miguel Reale quando lembra que não se trata de uma noite de despedida, mas de um “retorno às raízes mais puras de nossa sensibilidade”.

Na verdade, os grandes mestres, os grandes pensadores, jamais se despegam destas Arcadas sagradas. E aqueles que, como Miguel Reale, com independência, com vibração, com coragem, desempenharam a sua missão, não serão esquecidos no decorrer de decênios, no decorrer de séculos.

Parece renascer, aqui, aquela veneração que os antigos romanos dedicavam aos seus manes tutelares. Manes tutelares que eram respeitados através do símbolo do fogo sagrado; e seria verdadeiro sacrilégio apenas pensar em que pudesse, por um instante sequer, ser apagado.

Esta chama sagrada, este fogo vivo, este enchote com tanto brilho empunhado pelo Professor Miguel Reale há de permanecer aqui, no decorrer do tempo, pelo tempo afora.

São eles, estes — como ele disse — servos do Direito, que fazem vibrar e viver esta Faculdade. São eles que perpetuam a tradição acadêmica que há mais de um século e meio vem irradiando suas luzes, não apenas aos alunos, ao corpo acadêmico, mas a todos os paulistas e a todos os brasileiros, servindo como archote, sinal, farol para a condução dos destinos da própria nacionalidade.

Disse muito bem, Miguel Reale, que não só de Direito vive esta Faculdade, mas também de poesia. E ressaltou algo de misterioso e estranho que vive na sombra das Arcadas, e leva o estudante não apenas na direção do Direito, mas na direção do romance, da poesia, da diplomacia, da política e do jornalismo. Principalmente da política, Professor Miguel Reale. Neste momento em que, nos horizontes da nacionalidade, ressurgem as esperanças da plena redemocratização do país, não pode a nacionalidade dispensar homens e valores da fibra de Miguel Reale.

É o espírito desta Casa, é o espírito que lutou no passado pela libertação dos escravos, que lutou pela independência do país, que lutou

pela implantação do serviço militar obrigatório, é o espírito da Revolução de 1932 — esta revolução inacabada, em que Miguel Reale serviu como sargento (parece ironia) — que há de exigir dos nossos jovens, dos nossos professores, dos nossos homens eminentes, mais um tributo — este tributo que abrange outros horizontes e mais vastas perspectivas.

Ninguém melhor do que Miguel Reale para representar o espírito altaneiro de São Paulo, já não digo naquele dístico orgulhoso antigo “non ducor, duco”, mas, pelo menos, “pro Brasília fiant eximia”, que exige uma participação maior dos bacharéis em Direito, dos filhos desta Casa, nos destinos da nacionalidade.

Miguel Reale não encerra o ciclo da sua existência. Inicia outro ciclo, renovando-se no vigor de seu intelecto, na profundidade de seu conhecimento, na grandeza da sua experiência. Ele não negará, por certo, a sua contribuição a outros postos para os quais, fatalmente, há de ser convocado.

Para encerrar esta solenidade, tenho a honra de passar a presidência ao Professor Guerra Vieira, Magnífico Reitor da nossa Universidade.

**Palavras do Professor Antônio Hélio Guerra Vieira,
Magnífico Reitor da USP**

Ao encerrar esta cerimônia, eu trago ao Professor Emérito Miguel Reale a homenagem que lhe é devida, agora e sempre, pela sua Universidade e por seus amigos de outras escolas eventualmente ausentes, professores, alunos e funcionários.

Abraço o Professor Reale como amigo, em meu nome pessoal, e digo que sempre o apontarei como exemplo e fonte de inspiração.

Está encerrada a sessão.

Trabalho de Aluno

Companhia Aberta × Companhia Fechada

Rui Fernando Ramos Alves

Aluno do 5º ano, área IV

Trabalho classificado em 2º lugar no II Concurso Nacional de Monografias sobre Mercado de Ações, recebendo o autor, como prêmio, o direito de ter participado do I CURSO EUROPEU DE MERCADO DE CAPITAIS, com o patrocínio da BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO.

(Professor Orientador: Nelson Laks Eizirick)

Sumário

- I — Introdução.
- II — Mudança das Relações de Propriedade no Sistema Capitalista.
- III — Evolução do Conceito de Abertura do Capital.
- IV — As Vantagens da Abertura do Capital.
- V — O Papel da Comissão de Valores Mobiliários.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar as diferenças existentes entre a Companhia Aberta e a Companhia Fechada, destacando alguns aspectos mais importantes, tais como:

- A mudança das relações de propriedade no sistema capitalista enfocando principalmente a separação ocorrida entre propriedade e controle;

- O papel cada vez maior da macroempresa como instituição de interesse público;
- A evolução do conceito jurídico de Companhia Aberta;
- A função social do mercado de ações como fator de democratização da riqueza;
- As vantagens da abertura do capital;
- O papel da Comissão de Valores Mobiliários como órgão regulador das Companhias Abertas, vinculado ao Poder Executivo.

I — Mudança das Relações de Propriedade no Sistema Capitalista

Ao tratar o tema Companhia Aberta e Companhia Fechada, faz-se importante analisar brevemente a respeito do desenvolvimento das relações de propriedade ocorrido no interior do sistema capitalista.

É fora de dúvida que uma das instituições mais importantes de nosso tempo é a macroempresa. Seu surgimento tornou-se possível devido a uma série de fatores, dentre os quais destacamos dois principais que são: o desenvolvimento do sistema fabril e a acumulação da poupança de grande número de pessoas sob um controle centralizado¹. Um dos fatores que tornou possível esta acumulação foi a separação ocorrida entre propriedade e controle que começou a partir de meados do século XIX.

Tendo em vista o espantoso aumento do número de pessoas que passaram a canalizar suas poupanças para o desenvolvimento das empresas, algumas destas, as maiores, tornaram-se quase públicas. O público investidor cedeu o controle de suas propriedades por variadas razões que não serão discutidas neste trabalho. Tornou-se possível então administrar verdadeiros gigantes com uma participação de capital mínima.

Este fenômeno, que pode ser chamado de atomização da propriedade, levou a uma reformulação o princípio segundo o qual é a busca dos lucros que incentiva o proprietário a utilizar seus meios de produção de forma eficaz, na medida em que hoje o proprietário está cada vez mais distante dos meios de produção.

Berle e Means, analisando a questão da concentração do poder econômico, observam que o único fator que aparentemente pode acabar com esta tendência é o esgotamento da capacidade de um grupo

1. Cf. Berle e Means: *The Modern Corporation and Private Property*, Nova York, Cap. I.

pequeno de indivíduos de poder dirigir uma imensa propriedade mantida sob seu controle². Este fator já não gera os mesmos receios daquela época (1932). Com o desenvolvimento das técnicas gerenciais e da informática, atingimos um estágio onde a macroempresa pode ser eficientemente administrada por profissionais competentes.

A posição dos acionistas das grandes Sociedades Anônimas mudou de forma radical. Seu poder que anteriormente era absoluto, atualmente é mínimo e o seu papel de sujeito ativo dos negócios foi substituído pelo de espectador interessado. Ao antigo proprietário da propriedade industrial restou apenas um símbolo da sua propriedade, um título de crédito, enquanto que o poder de gestão e suas responsabilidades, que no passado integravam totalmente os direitos de propriedade, estão hoje transferidos a um grupo separado que detém o poder de controle da Sociedade. Como consequência desse fato, o valor da riqueza individual passou a depender das forças que regem o mercado, único local de realização dessa riqueza, e que fogem totalmente do controle de seu proprietário.

Como já salientamos, estamos analisando um fenômeno típico da macroempresa. O conteúdo do conceito de propriedade para os acionistas de uma Sociedade Anônima Fechada, em grande parte dos casos, não mudou. São eles quem ainda hoje administram e são responsáveis pelos negócios da sua empresa, tendo um poder quase absoluto de decisão. A esta altura do trabalho cremos ser importante a distinção entre a macroempresa e um outro tipo de Sociedade que é a pequena e média empresa (PME) cujos valores mobiliários sejam admitidos no mercado de bolsa ou de balcão. Esta distinção, que infelizmente não existe no nosso sistema jurídico, é essencial, pois uma empresa como a General Motors não pode ser colocada no mesmo plano de uma companhia aberta familiar.

A grande empresa contemporânea está envolvida numa competição cada vez mais acirrada. Uma de suas principais fontes de lucros é a inovação. No dizer de Fábio Comparato "a verdadeira concorrência empresarial nos próximos anos será travada em torno de produtos novos e técnicas novas"³. Dentro dessa perspectiva, é fácil entender porque a grande empresa assume cada vez mais o papel de empresa de interesse público. A produção da tecnologia necessária ao desenvolvimento do país, o enorme contingente de pessoas que dependem de seus resultados, como empregados e acionistas, além do poder de controlar o mercado que é cada vez maior, fazem com que a grande empresa possa ser considerada por alguns autores como uma instituição que tende, por si mesma, a assumir poderes e responsabilidades de direito público⁴. Como resultado desta radical mudança estrutural, a organização da Sociedade Anônima teve que passar por sérias transformações. A tradicional forma de gestão, baseada em

2. Cf. op. cit. Cap. III.

3. Cf. Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, São Paulo, 1970, pág. 5.

4. Cf. Comparato, op. cit., pág. 61.

princípios análogos à Constituição de um Estado democrático, tais como todo poder emana do acionista e em seu nome é exercido, cedeu seu lugar a uma posição quase onipotente da diretoria. A assembléia geral das grandes companhias tornou-se um ato meramente formal. O poder de controle, como já vimos, concentra-se cada vez mais nas mãos de um pequeno grupo controlador.

Ainda como observa Fábio Comparato, o princípio que passa a reger a empresa moderna é ainda o interesse dos acionistas, contudo não é como estes o interpretam, mas como os administradores o concebem por eles. Diz ainda “a teoria social que embasa a moral tecnocrática, e que se pretende erigir em direito positivo, é evidentemente a do “despotismo esclarecido”, envolto em rituais de democracia”⁵.

Torna-se patente então que as “macroempresas ultrapassam o plano da sociedade puramente privada e interessam em medida sempre maior ao próprio Estado. Daí a necessidade de um estatuto próprio da grande empresa, pois esta assume cada vez mais o papel de uma instituição de relevante interesse público. Se isto for reconhecido, será possível que um particular adote, quando em litígio com uma grande empresa, remédios judiciais análogos àqueles que lhe são atribuídos para a defesa de seus direitos perante as pessoas jurídicas de direito público. Quando isto for possível, estaremos vivendo uma grande revolução no mundo jurídico.

II — Evolução do Conceito de Abertura de Capital

Uma das características marcantes do direito moderno consiste na consagração de diferentes regimes para as companhias, conforme haja ou não ingresso no mercado de capitais⁶. O direito brasileiro acolheu esta tendência recentemente, com a edição da Lei 6.404/76 já no Capítulo I (Art. 4º), que estabelece a distinção entre Companhias Abertas e Companhias Fechadas, e fixa em outros artigos disposições específicas para um e outro tipo de sociedade (arts. 15, 22, 29, 36, 37, 129, 136, 138, 155, 157, 158, 171, 172, 202, 249, 254, 255, 256, 257, 291, 294).

Esta distinção é imprescindível, pois a própria natureza desses dois tipos de sociedade é diferente.

Como assinala Comparato, a Companhia Aberta se caracteriza pelo caráter institucional, marcado por disposições de ordem pública, não derogáveis por deliberação dos acionistas, porque tendem a proteger o interesse coletivo de investidores no mercado de capitais⁷. Já na Companhia Fechada prevalece o aspecto contratual, conferin-

5. Cf. Comparato, op. cit., pág. 52.

6. Cf. Comparato, “A Natureza da Sociedade Anônima e a Questão da Derrogabilidade das Regras Legais de Quorum nas Assembléias Gerais e Reuniões do Conselho de Administração” In Revista da Faculdade de Direito (USP) 1978 — São Paulo, pág. 69.

7. Cf. op. cit., pág. 71.

do-se às partes ampla liberdade de estipulação para regular seu funcionamento.

Uma das conseqüências disso é que os estatutos da Companhia Aberta se apresentam como um ato-regra⁸, preponderando sempre o ditado legal, enquanto que na Companhia Fechada as regras estatutárias dificilmente se desligam do acordo de vontades entre os acionistas.

O conceito de Companhia Aberta apresentou considerável evolução nos últimos anos. A antiga Lei das S.A., o Decreto-Lei 2.627 de 26.09.40, não fixou qualquer distinção entre Cia. Aberta e Companhia Fechada. Posteriormente, o Artigo 59 da Lei nº 4.728 de 14.07.65, que disciplinou o mercado de capitais, estabeleceu que caberia ao Conselho Monetário Nacional fixar periodicamente as condições em que, para efeitos legais, a sociedade anônima é considerada de Capital Aberto. Por seu turno, a Lei nº 4.595 de 31.12.64, em seu artigo 9º, estabeleceu que “compete ao Banco Central do Brasil cumprir e fazer as disposições que lhe são atribuídas pela disposição em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” Com base nestes dois dispositivos, foi promulgada a Resolução nº 16 do BC de 16.02.66 que conceituou a Sociedade Anônima de Capital Aberto, como sendo aquela “cujas ações tenham elevado grau de negociabilidade em Bolsas de Valores e que, por isso, constituam instrumento de aplicação da poupança pública”. A resolução segue fixando os critérios que determinam a caracterização de “elevado grau de negociabilidade em Bolsas de Valores”.

Uma condição merecedora de destaque é a de que para as empresas em fase de democratização do capital social caracterizada pelo lançamento de ações ao público pelo menos de 50% das ações colocadas no mercado sejam do tipo ordinário, ou, caso mais da metade seja do tipo preferencial, que aos seus subscritos se assegure estatutariamente o direito de eleger o seu representante na diretoria⁹. Este dispositivo retrata de certa forma uma disposição do legislador em não só diluir o capital da Cia. no mercado, mas também em incentivar a participação do acionista não controlador na gestão da sociedade. Ao que parece, esta preocupação de democratizar o poder da sociedade anônima deixou de existir, tendo em vista o fato de que hoje é possível exercer o controle de uma empresa com apenas 16,5% do capital ou até menos, dependendo da pulverização das ações da empresa no mercado ou de possíveis acordos de acionistas existentes.

A nosso ver, se é intenção dos nossos legisladores desenvolver o mercado de ações, deve-se procurar garantir aos acionistas das PME uma maior participação na gestão de suas empresas. Dessa forma, haveria uma compensação mais adequada pelos maiores riscos assumidos pelo investidor, na medida em que cabe também a ele decidir acerca

8. Cf. Comparato, op. cit., pág. 73.

9. Cf. Resolução nº 16 do Banco Central do Brasil, inc. IV, letra “c”.

dos destinos de seu empreendimento. Além disso, se o acionista de uma grande empresa não está satisfeito com seu desempenho, pode vender a sua participação no mercado com certa facilidade, o que não acontece com as ações de uma PME, visto que os seus títulos têm, normalmente, menor liquidez. Vê-se, mais uma vez, que a estrutura jurídica de uma grande empresa deve ser diferente de uma PME pois aquela assume um papel cada vez mais nítido de uma pessoa jurídica de interesse público, enquanto que esta ainda não perdeu o seu antigo papel de servir principalmente seus proprietários, deixando para um segundo plano suas responsabilidades perante seus empregados e a sociedade em geral.

Com a promulgação da Res. 106 de 11.12.68, o conceito de sociedade de capital aberto sofreu modificações, levando-se em consideração a capacidade de poupança nos diferentes estados e territórios, dividindo-os em três grupos e fixando diferentes critérios para a concessão de certificados que atestem a condição de empresa de "Capital Aberto". A Resolução nº 106 também demonstrou certa preocupação com a democratização do poder de controle das empresas ao condicionar, em seu item IX, a prorrogação da validade do certificado de empresa de capital aberto ao acréscimo de 10% sobre as condições exigidas em seu item II, até que atinja 49% de seu capital em ações ordinárias em poder do público. Esta condição foi bastante facilitada com a edição da Res. nº 176 de 09.03.71 a qual estabeleceu que a exigência acima referida poderia ser cumprida com base em ações ordinárias e preferenciais. Esta mudança sutil de critérios demonstra o grande receio dos acionistas controladores em perder o controle de suas empresas, dificultando qualquer política de democratização do capital.

A Lei 6.404, de 15.12.76 simplificou o conceito de Companhia Aberta, caracterizando-a como a empresa cujos valores mobiliários são admitidos à negociação em bolsas de valores ou mercado de balcão. Parece-nos que, nesse ponto, a Lei das S.A. pecou por abandonar toda a preocupação de democratizar o capital contida nas resoluções que disciplinavam a matéria.

Como podemos observar, o incentivo à democratização do capital da sociedade ficou a cargo, única e exclusivamente, do Poder Executivo, através da concessão de incentivos fiscais às empresas abertas.

III — As Vantagens da Abertura do Capital

A fim de captar recursos para suas atividades, a empresa tem várias opções dentre as quais destacam-se:

- a) venda de mercadorias ou outros ativos reais de sua propriedade;
- b) saldos monetários acumulados em períodos anteriores;
- c) venda de obrigações e/ou títulos financeiros emitidos por terceiros e adquiridos em períodos anteriores; e

d) colocação, no mercado, de obrigações e/ou títulos financeiros de sua própria emissão¹⁰.

Entretanto, se o intuito dos administradores é o de ampliar as operações da empresa significativamente, a opção mais comumente adotada é a de se recorrer ao mercado financeiro. A decisão de tomar empréstimos apresenta inúmeras desvantagens que passaremos a analisar.

As instituições financeiras detêm hoje no Brasil e no mundo, grande poder de barganha. Dessa forma, as empresas geralmente aceitam as condições impostas unilateralmente por elas, condições essas que tendem a ser cada vez mais padronizadas e pouco elásticas. Visando a maior segurança possível, os recursos oferecidos são de curto e médio prazos e as garantias reais exigidas correspondem em média a 1,5 vez os valores do principal mais os encargos financeiros.

Por outro lado, quando a empresa toma a decisão de abrir o capital através da colocação de ações ou debêntures, os subscritores se sujeitam às condições e cláusulas estabelecidas pela companhia emissora. Um outro aspecto importante é de que esses recursos carreados para a empresa, são recursos não-exigíveis e de longo prazo, propiciando à companhia maior tranquilidade para utilizá-los sem a preocupação de pagar a dívida principal mais os juros a curto ou médio prazos.

Esse capital pode ser utilizado de várias formas diferentes, seja na amortização de créditos contraídos anteriormente, no aumento de capital de giro e imobilizações, na aquisição de equipamentos ou na ampliação das instalações.

O mercado de ações serve também como instrumento de marketing da empresa, na medida em que ela se torna mais conhecida através do lançamento ao público de suas ações, e mais respeitada tendo em vista que passará a ser fiscalizada não só pelos órgãos administrativos do Governo, mas também pelo mercado em geral.

Conseguindo superar a fase inicial do processo de abertura do capital, a empresa poderá obter novos recursos através de chamadas de capital (subscrição), desde que o mercado secundário para suas ações tenha sido desenvolvido e que os preços se comportem satisfatoriamente.

Outro fator importante que os empresários devem ter em mente é que a empresa aberta passa a contar com um novo "status" empresarial, pois agora ela representa um grupo de indivíduos. Sua liquidez patrimonial aumenta, facilitando a entrada e saída de pessoas do quadro de acionistas. Entretanto, talvez a maior vantagem seja a

10. Cf. J.R. Ricardo dos Santos. "Poupança, Investimento e Intermediação Financeira: Conceitos Básicos", in *Introdução ao mercado de Capitais* 1979, IBMEC, Rio de Janeiro.

entrada em um mercado com grande recursos, provenientes de poupanças compulsórias, e de muitos incentivos fiscais.

Para a empresa familiar, a abertura do capital significa uma nova fase na sua vida. Geralmente, a empresa familiar apresenta dois problemas: necessidade de mais capital do que uma família pode prover e falta de gerentes capacitados de que necessita. Os problemas aumentam quando a concessão de crédito se torna mais restrita e a política fiscal os restringem tornando-os mais difíceis e caros. Além disso, pessoas capacitadas exigem postos de comando e salários altos, características que muitas vezes afastam os bons administradores da PME. A abertura do capital dessas empresas exige a adoção de novas posturas internas e externas, como a profissionalização da gerência e montagem de uma estrutura para informações além da conscientização de seu dever de mostrar resultados efetivos. Essa conscientização começa quando o empresário percebe que o tempo em qualquer companhia podia enfrentar a competição, com gerentes e técnicos inadequados, logo estará ultrapassado.

Para que esta nova fase dê certo, no entanto, é preciso que o empresário não repita certos vícios que ainda perduram no mercado de ações, a fim de garantir à sua empresa um fluxo contínuo de novos capitais.

Modesto Carvalhosa¹¹ aponta um princípio que deve nortear o pensamento do empresário, que espera contar com o apoio do público investidor, no sentido de que a Bolsa é um mercado de liquidez e não um local de apuração de lucros, divorciados do valor patrimonial e da rentabilidade das ações ali negociadas. O acionista deve ter a certeza de que seus lucros serão gerados dentro da empresa e não dependerão de fatores quase imprevisíveis, através dos quais o mercado se rege. Muitas vezes, o acionista dará preferência para investir seu capital numa pequena empresa que lhe proporcione rentabilidade segura do que investir numa grande empresa cujas ações têm liquidez quase total.

O empresário deve tomar cuidado especial com a política de relações públicas da empresa. A tendência de considerar o acionista um simples prestador de capital deve acabar. O acionista deve ser individualizado, tratado como um verdadeiro sócio e não como um mero investidor.

IV — O Papel da Comissão de Valores Mobiliários

Tendo em vista a necessidade de uma entidade que regulasse e fiscalizasse o mercado de valores mobiliários, muitos países sentiram a necessidade de constituir órgãos com a função específica de disci-

11. Cf. "O Acionista e a Sociedade de Capital Aberto", in Revista Brasileira de Mercado de Capitais. Rio de Janeiro, maio-agosto, 1975.

plinar este mercado, a fim de garantir a proteção da coletividade e, em especial, dos investidores. No Brasil, foi criada a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a quem cabe garantir a continuidade da companhia e o cumprimento de seus fins sociais, de produtora e multiplicadora de capitais, de bens e serviços à comunidade.

A CVM é um órgão da administração indireta do país e foi constituída sob a forma de autarquia estando ligada ao Ministério da Fazenda. Sua administração é exercida por um presidente e quatro diretores, nomeados pelo Presidente da República, estando portanto totalmente vinculada ao Poder Executivo.

A competência da CVM recai sobre todas as companhias abertas e se estende a todas as instituições autorizadas a operar no mercado de valores mobiliários.

Abrange não só aspectos institucionais decorrentes do apelo que as empresas abertas fazem à poupança pública, mas também aspectos contratuais de sua organização e funcionamento, de acordo com o art. 291 da Lei 6.404/76¹².

À CVM cabe fiscalizar e controlar as companhias abertas, compreendendo o registro de emissões públicas de seus valores mobiliários, controle dos documentos divulgados ao mercado (disclosure) e das instituições financeiras integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários, de quaisquer pessoas física ou jurídica que exerçam atividades de administração de carteiras de valores ou sua custódia, das bolsas de valores, e dos auditores independentes, consultores e analistas de valores mobiliários. Todas as entidades ou pessoas citadas deverão ser registradas na CVM. Através desta agência reguladora, o Ministério da Fazenda tem poderes para controlar todos os instrumentos de capitalização das empresas.

A questão da independência da CVM merece atenção maior da parte dos especialistas no assunto.

Sendo esta entidade vinculada ao Poder Executivo, e tendo em vista que as companhias mais atuantes no mercado de ações brasileiro são de economia mista, percebe-se a facilidade com que a CVM pode tornar-se intermediária dos interesses do Executivo, em detrimento dos interesses dos investidores.

A excessiva subordinação do órgão regulador (CVM) ao Poder Executivo pode ser explicada tendo em vista dois principais fatores.

O primeiro, mais abrangente, diz respeito à excessiva intervenção do Estado na economia brasileira. É inegável que cabe ao Poder Executivo a intervenção estatal na economia, no entanto, para que

12. Cf. Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1977, Vol. I pág. 24.

a atuação do Estado seja direcionada ao interesse público, há necessidade de controles externos eficazes à sua atuação.

O segundo fator leva em consideração a dualidade de objetivos da agência, fixados pela Lei 6.385/76 que a criou. A CVM foi concebida não apenas como um órgão de regulação, mas também de desenvolvimento do mercado. Considerando que a política para o mercado de valores mobiliários insere-se num plano mais global da economia de um país, ocorre então a necessidade de integração da CVM no seu processo de discussão e elaboração¹³.

O que interessa ao público investidor é, na realidade, que exista um órgão de fiscalização que proteja seus interesses, sem levar em consideração os objetivos de interesse público das sociedades de economia mista, como sucedeu no Caso Vale¹⁴.

A nosso ver, melhor seria se o legislador pátrio não tivesse cumprido com a tradição de não se criarem agências independentes em nosso país, e constituíssem um centro autônomo de decisões econômicas.

Bibliografia

Livros:

1. Behle, Adolf A. e Means, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*. New York, The Macmillan Company, 1932.
2. Carvalhosa, Modesto. *Comentários à Nova Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 1. São Paulo, Editora Saraiva, 1977.
3. Carvalhosa, Modesto. *A Nova Lei das Sociedades Anônimas, Seu Modelo Econômico*. São Paulo, Editora Paz e Terra, 1977.
4. Comparato, Fábio. *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.
5. Cordeiro Filho, Ari. *Manual de Abertura das Companhias*. Rio de Janeiro, IBMEC, APEC, 1981.
6. Eizirick, Nelson Laks. *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1977.
7. Portocarrero de Castro, Hélio O. *Introdução ao Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro, IBMEC, 1979.

Textos:

1. Bulhões, Octávio Gouvêa de. *Considerações sobre o Financiamento das Empresas* in Revista Brasileira de Mercado de Capitais (RBMEC), Rio de Janeiro, set./dez., 1976.
2. Carvalhosa, Modesto. *O Acionista e a Sociedade Anônima de Capital Aberto*. RBMEC, Rio de Janeiro, mai./ago. 1975.

13. Cf. Nelson Eizirick — "O Estado Como Acionista Controlador de Companhias Integrantes do Mercado Acionário — O Caso Vale" Conferência apresentada em 23-08-80 no Curso de Extensão Universitária "Sociedades Anônimas: Experiências e Direito da USP."

14. Cf. Nelson Eizirick, op. cit., pág. 16.

3. Elzirick, Nelson Laks. "O Estado Como Acionista Controlador de Companhias Integrantes do Mercado Acionário — O «Caso Vale». Conferência apresentada em 23-08-80 no Curso de Extensão Universitária "Sociedades Anônimas: Experiências e Perspectivas", promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo e pela Faculdade de Direito da USP.
4. Hauser, Karl. *O Papel do Mercado de Capitais em uma Economia de Mercado*. RBMEC, Rio de Janeiro, set./dez. 1975.
5. Lamy Filho, Alfredo. *A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. in Revista Forense.
6. Miller, E. e Rice, A.K. *Systems of Organization*. Cap. 10. Limitações ao Crescimento na Empresa Familiar. Apostila de uso interno da FGV/SP.
7. Codimec-Abamec. Apostila publicada por ocasião do 1º Seminário Internacional sobre "Venture Capital"

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

Encerramento dos festejos comemorativos do cinquentenário da Revolução Constitucionalista

A Redação

No dia 24 de agosto de 1982, no Salão Nobre, sob a presidência do novo diretor, Professor Vicente Marotta Rangel, realizou-se sessão solene da Congregação, comemorativa ao cinquentenário da Revolução de 1932. Fizeram-se presentes membros da Associação dos Antigos Alunos, além dos alunos dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade. Os trabalhos foram abertos pelo Professor Marotta Rangel que passou a palavra ao Professor Geraldo de Camargo Vidigal que, por sua vez, abordou o tema "A Revolução de 1932 e a Faculdade de Direito de São Paulo". Seguiram-se discursos do bacharel Pedro Brasil Bandecchi, com o tema "O Espírito de 1932" e o presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, Lauro Celidônio Gomes dos Reis Neto.

Nessa mesma noite foi inaugurado o Museu da Faculdade, falando, na ocasião, o Doutor Pedro de Oliveira Ribeiro Neto, incumbido de sua organização.

A cerimônia findou com a colocação do quadro do Professor Antônio Chaves na Galeria dos Quadros dos Ex-Diretores, desta Faculdade. Por ordem, os discursos dos que prestaram homenagens.

A Revolução de 1932 e a Faculdade de Direito de São Paulo

Geraldo Vidigal

Professor de Direito Econômico Financeiro
da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Cinquenta anos atrás, o dia 9 de julho assinalava a deflagração de Guerra Cívica Paulista.

Nacional nos seus objetivos, nacional nos seus fundamentos, nacional em suas motivações, nacional em sua preparação tornou-se paulista a Guerra Cívica, porque a São Paulo sozinho caberia conduzi-la e sofrer por ela.

Nestas Arcadas, que tanto se devotaram à Guerra Cívica, vai evocá-la um professor que a ela assistiu no entusiasmo atônito dos seus dez anos.

Findara-se o ano de 1931. A aurora do novo ano assinalava o surgir de uma nova entidade política em Piratininga — a Frente Única Paulista. Longamente preparada pela ação coordenadora de Álvaro de Carvalho e de Júlio de Mesquita Filho, receberia a Frente Única o seu batismo a 16 de fevereiro de 1932.

Nessa data, Francisco Morato, o Mestre que o Largo de São Francisco reverenciava, fez publicar, assinado pelos homens mais expressivos da São Paulo de então, o severo e determinado manifesto que redigira para a fundação da Frente Única Paulista.

Antes ainda, a 13 e a 19 de janeiro, o Partido Democrático e o Partido Republicano Paulista haviam lançado proclamações que conduziam à estruturação da Frente.

O que se passava em São Paulo, repetia-se, com menor intensidade, por todo o Brasil. Nos diferentes Estados do País, muitos se desiludiam das intenções dos homens da Aliança Liberal que se haviam apoderado do governo, muitos se fortaleciam e se extremavam na discordância que já os separava da Revolução de 1930.

A mesquinhez do governo provisório, que buscava perpetuar-se no poder, os abusos e tropelias dos que em seu nome invadiram governos estaduais e municipais, faziam nascer um clamor de protesto — que tinha como ponto de partida as violências e iniquidades praticadas, mas desaguava sempre nas aspirações de Reconstitucionalização do País, porque era da substituição da Lei pelas decisões do ditador e de seus áulicos que brotavam abusos, mesquinhez, iniquidades.

Vinculada, desde seu berço, ao ideário liberal de São Leopoldo, de Monte Alegre, de Líbero Badaró; alimentada desde os primeiros passos nas fontes do Farol Paulistano e do Observador Constitucional; engrandecida nas lutas do Abolicionismo e da pregação Republicana, do Civilismo e da Liga Nacionalista — era natural que a Faculdade do Largo de São Francisco refletisse intensamente a condenação nacional ao regime de despotismo que se instalara no Rio e se espraíara do Oiapoque ao Chuí.

Ligada a homens de destaque, que de todo o País haviam acorrido, durante um século, para receberem formação nas Arcadas, era de esperar-se que a Faculdade ecoasse e amplificasse vozes como as de Borges de Medeiros e de Raul Pila, no Rio Grande do Sul, como as de Djalma Pinheiro Chagas, em Minas, de José Eduardo Macedo Soares, no Rio, de Prado Valadares, na Bahia, como as que no Piauí e em todo o Norte e Nordeste verberavam a prepotência e a arbitrariedade impetrantes.

Balizando, com as sucessivas gerações de seus moços, toda a História política do País desde 1827, como poderia calar-se a Faculdade quando intrusos, pela força das armas, esbulhavam o povo paulista do governo autônomo de seu Estado?

Afeita ao culto da lei, à idéia do Estado de Direito, poderia a Faculdade silenciar quando o arbítrio se expressava a cada dia em decretos, em portarias e avisos que espezinhavam o que restava da Constituição da República, reduzida a mero regulamento?

Daí a revolta que estuava nas Arcadas e que o manifesto do Professor Morato expressava. Com Francisco Morato, também nossos Professores Cardoso de Mello Neto e Waldemar Ferreira subscreviam o manifesto de 16 de fevereiro.

No Largo de São Francisco, tal como nos quatro extremos do território paulista e de todo o País, a luta contra o despotismo assumiu a forma de campanha pela Reconstitucionalização.

Nem só a Faculdade do Largo de São Francisco, nem só as lideranças civis do Estado e de todo o Brasil repudiavam o arbítrio, a prepotência, o despotismo: do seio das Forças Armadas, militares da alta expressão de Isidoro Dias Lopes, de Bertoldo Klinger, de Euclydes Figueiredo, de Palimércio Rezende, de Lísias Rodrigues, de Basílio Tabora manifestavam sua condenação à ditadura outubrista.

Por todo o País, na verdade, as aspirações pela Reconstitucionalização só eram contidas pela força. Alzira Vargas, escrevendo muitos anos mais tarde a biografia de seu pai, confessaria ingenuamente que entre seus companheiros de colégio, na época, “era moda” ser Constitucionalista. Os adolescentes exprimiam nos colégios a generalizada inconformação com o regime imperante.

Aqueles que, nesse quadro, desafiavam em São Paulo a ditadura, convocariam, dois dias depois do manifesto de 16 de fevereiro, um comício na Praça da Sé. Nas publicações da convocação, a primeira assinatura é a do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo, no qual fulgurava a liderança do Professor Francisco Morato. A primeira das instituições estudantis signatárias era o nosso Centro Acadêmico XI de Agosto.

No comício, a voz destemida do Professor Waldemar Ferreira denunciaria o tenentismo outubrista, acusando os arrogantes “tenentes” de procederem como “eunucos de Vargas”.

As Frentes Únicas de São Paulo e do Rio Grande do Sul se haviam unido, na luta pela Constituição. Sob as pressões combinadas das duas Frentes, sob o clamor Constitucionalista que crescia em todo o País, Vargas cedeu aos protestos contra a presença do tenente Rabelo na interventória paulista, nomeando em seu lugar, a 2 de março, um “civil e paulista”, o Embaixador Pedro de Toledo.

É Goes Monteiro quem depõe: Miguel Costa e Manoel Rabelo ameaçaram, então, fazer em pedaços o civil e paulista nomeado. Lem-

bre-se, a propósito, a observação de Bertoldo Klinger: quando os conquistadores tenentistas mostravam as garras, o ditador lançava São Paulo ao apetite famélico das feras.

À presença do Embaixador à frente do governo do Estado, contrapôs-se a evidência de que os outubristas não lhe permitiriam organizar secretariado representativo da vida de São Paulo. O interventor era civil e paulista, mas os secretários refletiam o bridão do tenentismo.

Ao final daquele mês de abril, Assis Brasil publicava o “Decálogo da Frente Única” e Arthur Bernardes manifestava apoiá-lo, conclamando mineiros, gaúchos e paulistas à ação conjunta pela Reconstitucionalização.

No dia 30 de abril, a Legião Revolucionária Tenentista atacou a peruada do Centro XI quando nela se punha a nu o ridículo que cobria, na vida paulista, a presença ainda recente dos “tenentes” interventores João Alberto e Manoel Rabelo, o ridículo que marcava a presença remanescente do “tenente” Miguel Costa no comando da Força Pública Estadual.

Ao abrir-se maio de 1932, São Paulo era um vulcão prestes a explodir.

Os paulistas bem sabiam que, por todo País, os tenentes se mobilizavam, para reconquistar a chefia do governo paulista. Ao revés, em São Paulo, todas as forças vivas exigiam o cessar das amputações políticas ainda impostas ao governo estadual e se combinavam para exigir que a Pedro de Toledo fosse reconhecido o direito de organizar seu secretariado.

Vargas, manejando sinuosamente entre os fogos cruzados, fez então declarações oficiais credenciando Goes Monteiro e Miguel Costa para a necessária realização, rápida e profunda, de alterações no governo paulista.

No último decêndio de maio, tentava ainda o ditador promover discórdias entre os homens da Frente Única Paulista. A 20 desse mês, Belmonte publicava charge que caricaturava Getúlio, sob a vigilância de Goes Monteiro, afirmando a próceres democráticos estar disposto a entregar-lhes São Paulo, desde que abandonassem os perrepistas.

De outro lado, a discórdia se acendia entre Goes e Miguel Costa. O general, que então comandava a Região Militar de São Paulo, revelaria, mais tarde, em suas memórias, aquilo que na São Paulo da época não evidenciou: embora aparentasse posição ao lado dos tenentes — e até a intenção de liderá-los — profundas divergências separavam do tenentismo o então comandante da nossa Região Militar. Não havia ali mera desinteligência entre um general do Exército e um general da Força Pública: alargava-se funda fissura entre a cúpula militar e a ação política do tenentismo.

A 18 de maio, Oswaldo Aranha divulgava a intenção de agir na reorganização do governo de Piratininga. Recebera, de “tenentes” reunidos em Copacabana, plenos poderes para, nas palavras de Euclýdes Figueiredo, vibrar o golpe assecuratório da volta do predomínio do outubrismo na terra bandeirante, cujos bens, acentuava Euclýdes, “importava continuar a usufruir”.

Na manhã de 22 de maio, um boletim lançado pelos estudantes de Direito do Largo de São Francisco conclamava para um comício de protesto na Praça do Patriarca:

“Paulistas! dizia o boletim. Mais uma vez o ministro Oswaldo Aranha, como enviado especial do ditador, vem a São Paulo com o intuito de arrebatrar ao povo paulista o sagrado direito de escolher os seus governantes.”

E concluía o boletim:

“Eia, pois, povo de São Paulo! É chegada a hora da libertação e da vitória.”

A multidão, inflamada pela pregação de Ibrahim Nobre e de Pereira Lima, vai nesse dia aos quartéis gerais do Exército e da Força Pública Estadual. Da sacada do edifício do comando da Região Militar, falou o capitão Gastão Goulart, declarando que a “força federal não vibraria golpe fratricida”; defronte à Força Pública, entretanto, um troço de cavalarianos tentaria dispersar a multidão a cascos de cavalos e golpes de sabre. Quatro dias depois, Euclýdes Figueiredo, em relatório encaminhado a Borges de Medeiros, lançava a observação de que a grande maioria da Força Pública apoiava decididamente a Frente Única Paulista, ressalvada somente parte do seu regimento de cavalaria, comandado por um irmão de Miguel Costa.

Na carga de cavalaria, no dia 22, um estudante ficou ferido. A multidão, sem quebra de seu entusiasmo, dirigiu-se ao Palácio dos Campos Elysios. E Ibrahim Nobre, apontando o estudante ferido, e “o sangue paulista que começava a correr”, obteve a promessa de Pedro de Toledo de que faria prevalecer as aspirações de São Paulo, ou deixaria o Governo.

Oswaldo Aranha, em São Paulo, neste dia, apenas terá podido sentir que os oficiais da 2ª Região Militar estavam divididos, ouvindo, do coronel Mário da Veiga Abreu, que a tropa não atiraria no povo. E nem na cavalaria da Força Pública encontrou apoio para que a multidão fosse submetida pela violência.

No dia seguinte, 23 de maio, era o Professor Francisco Morato quem, à frente do Palácio dos Campos Elysios, anunciava a nova composição do governo paulista, inteiramente constituído de homens expressivos da vida de São Paulo.

No novo secretariado escolhido por Pedro de Toledo, destacava-se, à frente da pasta da Justiça, o nosso Professor Waldemar Ferreira,

que ainda às 21 horas tomou posse e no dia seguinte daria posse aos demais.

A proclamação do Professor Morato, vinda pelo rádio, celebrava a data redentora do 23 de maio, o gênio e o ânimo invicto de Piratininga.

Na manhã desse dia, os estudantes de Direito do Largo de São Francisco conclamavam o povo paulista à Praça do Patriarca, dando ênfase ao direito de São Paulo de “fazer hoje a sua libertação”.

O 23 de maio, no entanto, iria manchar-se de sangue e tarjar-se de luto com a morte dos estudantes Martins, Miragaia, Drausio e Camargo; Drausio Marcondes na flor de seus 14 anos. A Legião Outubrista de Miguel Costa investiu, armada de fuzis e metralhadoras, contra os estudantes desarmados.

No dia seguinte, como entidade secreta, nascia o MMDC, que imortalizava, em sua sigla, os quatro mortos do 23 de maio. Alojado inicialmente na Faculdade de Direito, desdobrou-se o MMDC em inúmeras ações ativistas, cuidando, ao longo da Revolução, já oficializado, da direção geral do abastecimento, de manter a segurança das cidades, de intendência, finanças, engenharia, correio militar, propaganda, mobilização e serviços auxiliares, inclusive ações fulminantes e desempenho de missões estratégicas.

Ainda no dia 23, o Professor Waldemar Ferreira, já secretário da Justiça, determinara a imediata lavratura e promulgação dos decretos de reforma de Miguel Costa e de Juvenal de Campos Castro, nomeando para o comando da Força Pública, Júlio Marcondes Salgado. A energia e a decisão do novo governo paulista cortava, dessa forma, as asas dos falcões do tenentismo em nosso Estado.

De 23 de maio a 9 de julho, galvaniza-se o Brasil, pelas ações e o clamor dos ativistas do tenentismo, a tramar a reconquista da terra bandeirante, e pela ação concertada dos que em todo o País lutavam pela Reconstitucionalização.

Do Rio Grande do Sul, Borges de Medeiros e Raul Pila obtêm um telegrama de Flores da Cunha a Vargas, apoiando “a feliz solução dada ao caso paulista” e denunciando “a onda de anarquia sedenta de mergulhar o País”.

Essas palavras foram o único apoio efetivo de Flores, com quem os democratas gaúchos acreditavam contar. As seduções de Getúlio o envolveram e se fecharam sobre ele. Flores iria ser a negra alma das ações destruidoras da Revolução Constitucionalista.

Em Mato Grosso, Bertoldo Klinger, admirado e respeitado por ações militares anteriores, afirmava de maneira peremptória sua posição Constitucionalista, contra o tenentismo e o governo ditatorial.

Do Rio de Janeiro, Euclides Figueiredo, em contato com Isidoro Dias Lopes, com militares da 1ª Região Militar e de todo o Brasil, com conspiradores de São Paulo, do Rio Grande do Sul, de Minas,

de todos os Estados brasileiros, exerciam missões de coordenação militar, convencido de que só pelas armas haveria lei e ordem.

Ameaças virilmente repelidas, de Rabelo à Pedro de Toledo, deram conta das conspirações tenentistas que perduravam, pelo controle de São Paulo.

Na noite de 9 de julho, afinal, a revolução explodiu. Nessa noite, os estudantes assumem o controle da Faculdade de Direito, fazendo dela um quartel general da Revolução. Aí se constitui o primeiro batalhão da milícia civil, que teria por comandante Romão Gomes, da Força Pública, e iria escrever ao longo da Revolução, páginas fulgurantes de bravura.

Os jornais de 10 de julho conclamavam “todos os paulistas válidos, que verdadeiramente amam São Paulo, a comparecerem ao edifício da Faculdade de Direito”, para ali receberem armas e incorporação.

A 10 de julho, Waldemar Ferreira anunciava a aclamação de Pedro de Toledo como governador do Estado.

Roberto Vítor Cordeiro, ex-presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, assume a presidência da Liga Paulista pró-constituente e concita a juventude bandeirante a cerrar fileiras em torno do Movimento de Redenção Nacional.

Ao anoitecer de 10 de julho, o movimento revolucionário estava vitorioso em todo o Estado de São Paulo.

O nosso Professor Francisco Morato, ao lado do governador Pedro de Toledo, dos generais Isidoro e Klinger e de Pádua Sales, lançavam, no dia 12, um manifesto à nação.

Os estudantes constituíram ainda o batalhão Piratininga, que se notabilizou na frente norte pelo heroísmo e dedicação com que cumpriu as missões recebidas.

O Estado de São Paulo havia sido sistematicamente desarmado por Goes Monteiro e Miguel Costa.

O comando da Revolução, porém, estava seguro de que os aliados no Rio Grande do Sul, em Minas Gerais, no Rio de Janeiro, na Bahia, em todo o Norte e Nordeste, assegurariam prontamente, com suas adesões, a vitória do ideal Constitucionalista. Estacaram nossas forças, por isso, em Cruzeiro.

No Rio Grande do Sul, Borges de Medeiros, Raul Pila, Lindolfo Color e Baptista Luzardo organizaram movimentos armados em Vacaria, em São João, em Pelotas, em Caçapava, em Santa Maria, em Cerro Alegre, em Fão.

No Amazonas, artilheiros do Forte Óbidos, sobre o Rio Amazonas, reclamaram a Constitucionalização do País. Pequenos barcos, que ocuparam com metralhadoras e fuzis, foram propositalmente abalroados por grandes navios de transportes de tropas e depois, na

dicção indignada de Jarbas Passarinho, metralhados sem contemplação.

No Rio de Janeiro, na Bahia, no Pará, em Goiás, estudantes se erguem na luta pela Constitucionalização. Em todos os Estados, violenta repressão armada fez mortos e prisioneiros. Na Bahia, foram presos 427 rapazes e 312 moças. No Pará, morreu um aluno do 4º ano ginásial, Paulo Cícero Teixeira, que com uma metralhadora resistiu uma noite inteira a ações militares combinadas de várias guarnições.

No Rio de Janeiro, manifestação de milhares de estudantes percorreu a Av. Rio Branco aclamando a Revolução, até que soldados, investigadores e guardas civis, surgindo de vários pontos, lançaram-se sobre a retaguarda dos moços desarmados, atirando para matar.

Em Mato Grosso, inúmeras ações se desenvolveram, mantendo o Estado, ao longo de todo o período revolucionário, sob controle constitucionalista, de Bela Vista e Porto Murtinho, de Coxim a Ladário.

Em todos esses diferentes movimentos estaduais, a inspiração da Faculdade de Direito de São Paulo, o carisma da Faculdade de Direito de São Paulo, a irradiação do amor à Lei, do respeito à Constituição, que nas Arcadas se cultuam, foram fonte de luz que permeou todas as decisões.

Porque não quisera, na noite de 9 de julho, exercer violência armada e preferira aguardar pela esperada adesão incruenta do concerto dos aliados, São Paulo foi vencido nos campos de batalha, depois de 80 dias de heróica resistência, sem armas, sem munição, forte apenas na improvisação do talento e da bravura de seus homens e de suas mulheres.

Na relação dos paulistas que foram exilados para Lisboa pela ditadura getulista, figura, ao lado de Álvaro de Carvalho e de Júlio de Mesquita Filho, o nosso Professor Waldemar Ferreira, alma do governo de 23 de maio de Pedro de Toledo.

Mas, é Hélio Silva quem diz: quando os paulistas depuseram as armas, os verdadeiros vencidos foram os tenentes.

Forçado, pela opinião pública nacional, à Reconstitucionalização do País, Vargas era assim paradoxalmente libertado, pela disciplina do Estado de Direito, dos fogosos militares que até então o tutelavam.

A epopéia paulista de 9 de julho consagrar-se-ia naquela Assembléia, alguns meses depois convocada, que deu ao País a esclarecida Constituição de 1934. Se é certo que aquela Assembléia elegeu presidente ao ditador Getúlio Vargas, é também certo que desse crime não tiveram culpa os numerosos deputados da Frente Única Por São Paulo Unido, que sufragaram, unânimes, o nome honrado de Borges Medeiros. Na bancada da Frente Única Por São Paulo Unido, seis deputados eram professores da Faculdade do Largo de São Francisco.

O Espírito de 32

Pedro Brasil Bandecchi

Secretário Geral da Associação dos
Antigos Alunos da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

1. Bibliografia da Revolução

A Bibliografia da Revolução Constitucionalista de 1932 é vasta. Terminado o movimento, não tardaram a aparecer as primeiras obras e inúmeros artigos, que logo se multiplicariam.

Áureo de Almeida Camargo publicou, no nº 91 da *Revista de História*, no 40º aniversário da Revolução Paulista, interessante informe, sob o título Roteiro de 32, onde relaciona com boa técnica e melhor cuidado, livros, folhetos, jornais, revistas, composições musicais, poesias e gravações, apresentando claros resumos dos primeiros, com o objetivo de facilitar o trabalho do pesquisador.

Este Roteiro se estende por 58 páginas, o que mostra a importância e riqueza de bibliografia em tela.

Bibliografia rica em depoimentos, em crônicas e mesmo em obras históricas. É certo que, muitas vezes, é difícil saber-se onde acaba a crônica e começa a história, como assinala o mestre Capistrano de Abreu em seu estudo sobre Varnhagen. Trabalhos escritos ainda no calor das paixões, muitos deles são libelos veementes. Outros procuram estudar o movimento em si. Há os que decrescem a luta em uma das frentes de batalha e ainda os que falam do trabalho na retaguarda para manter as frentes, tendo por objetivo amenizar o drama e o sacrifício do embate. E, ainda, os que estudam mais aprofundadamente as causas da revolução e sua finalidade. Uns mais e outros menos são fontes onde o historiador irá colher o material necessário para a análise da epopéia paulista, epopéia que revelou, mais uma vez, a alma indômita, tenaz, valente, construtiva e democrática de São Paulo.

Nos livros de história pátria há ainda, com raras exceções, uma certa parcimônia no espaço reservado à Revolução de 32. Isto quando lhe dedicam algumas linhas. Entre as exceções encontram-se a *História do Brasil*, de Pedro Calmon, que dela se ocupa demoradamente,

o mesmo acontecendo com a *História do Exército Brasileiro*, de Antonio de Sousa Júnior e outros, edição do Estado Maior do Exército, 1972. Em o Novo Dicionário de História do Brasil e no de Estudos Sociais, de Brasil Bandecchi, Leonardo Arroyo, Ubiratan Rosa e outros (Melhoramentos) os verbetes sobre a revolução além de longos são completados por outros afins com informações e biografias.

Porém, mesmo com a enorme bibliografia referida (gostaria sinceramente de estar enganado), a Revolução de 1932, é mais sentida do que conhecida. É sentida quase que exclusivamente pelos paulistas e por não paulistas aqui radicados, que a viveram. E, assim mesmo, em Piratininga há os que a tratam com indiferença e até com desdém.

Não culpo os indiferentes pelo que acontece. Na verdade os brasileiros, mesmo com o rádio e a televisão, mal se conhecem. Nós não nos lemos e o que vemos, na quase maioria absoluta das vezes, mostra a imagem mas não revela a alma.

Há alguns anos, o então promotor público e hoje ilustre magistrado em Brasília, Dr. Dario Viotti, chamava minha atenção para o fato de que em São Paulo ninguém lia jornais e revistas de Minas e vice-versa. E desse desconhecimento, dizia-me, é que tem surgido muitos equívocos. Os paulistas mal sabiam (ou sabiam mal) a oposição que Arthur Bernardes movia ao governo de Minas e o receio que os seus adversários políticos tinham que ele voltasse ao poder com a vitória constitucionalista. Foi esta uma das causas de muitos políticos mineiros não terem acompanhado São Paulo em 32 e até se colocarem em posição contrária.

Há, também, os que informam mal e erradamente. No livro *Estudos de Problemas Brasileiros*, escrito sob a orientação do Padre Leme Lopes S.J., e publicado pela Biblioteca do Exército e Renes/Editores, Rio de Janeiro, 1971, lê-se à página 28 (*Unidade 1, Introdução Doutrinária*, de autoria do Prof. Armando de Oliveira Marinho).

“A segunda Constituição Republicana, promulgada em 16 de julho de 1934, traz no seu bojo uma conjugação do liberalismo, consagrado na sua antecessora, com as idéias da social democracia. No fundo lhe serviu de inspiração a Constituição alemã de Weimar, de 1919. Ao ser elaborada, predominou a intenção de erigir um regime democrático com a preservação da unidade nacional, ameaçada pela Revolução paulista de 1932.”

A Revolução de 1932 não ameaçou a unidade nacional, salvo se defender o império da lei seja um ideal exclusivo de São Paulo.

Mas, felizmente, não é.

Ê, isto sim, um dever indeclinável que pertence a todo o homem que ama a liberdade e a ordem democrática constitucional.

A história de São Paulo, entretanto, prova que a Revolução de 1932 tinha um objetivo bem diferente daquele que muitos lhes queriam

inquinar e raízes muito mais profundas que só podem ser vistas por aqueles que não ficam na superfície dos fatos.

São Paulo exigia a Reconstitucionalização do país. São Paulo estava, como sempre esteve, ao lado da lei.

2. O Liberalismo em São Paulo

As idéias liberais começaram a penetrar no Brasil no último quartel do século XVIII e são o fermento político da Independência. Elas inspiraram os inconfindentes de Minas Gerais e os revolucionários pernambucanos de 1817. Sufocadas a partir desse ano a florariam com redobrada força no movimento que culminaria no 7 de Setembro na Colina do Ipiranga, e tomaria corpo com a fundação dos cursos jurídicos no Brasil, principalmente em São Paulo, onde a instalação da Academia, em março de 1828, marcaria página brilhante dos fastos nacionais.

Miguel Reale escreve que as idéias liberais penetraram na Faculdade do Largo São Francisco sob o influxo de Líbero Badaró e Júlio Frank.

Badaró, médico italiano, redator do *Observador Constitucional*, assassinado a mando do absolutismo dominante, foi um marco indelével na pregação do liberalismo. Júlio Frank, fundador da Burschenschaft (Bucha), trazia da velha Alemanha o espírito de luta contra o absolutismo reinante na Europa.

São Paulo com estrondo, como fez, aliás, todo o mundo livre, festejou a queda de Carlos X, da França, e à frente das manifestações estavam os jovens estudantes da recém-instalada Faculdade do Largo São Francisco.

Liberais e do melhor quilate eram os paulistas Padre Feijó, Antonio Carlos, Paula Sousa, Tobias de Aguiar, entre muitos. Liberal era o primeiro professor da Academia, José Maria de Avelar Brotero, fugido de Portugal por ter-se metido em encrencas políticas contra o regime dominante.

El liberalismo, em política, nada mais é do que o constitucionalismo expresso, num documento político fundamental, onde constem a divisão e harmonia dos poderes e o capítulo dos direitos e garantias individuais.

Este princípio encontra-se consagrado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789, votado pela Assembléa Nacional Francesa, no ardor da grande revolução:

“Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos do homem não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”

Vê-se, pois aí, que o constitucionalismo, em São Paulo, dentro do melhor liberalismo, tem profundas e boas raízes.

E quando D. Pedro I enveredou pelo atalho do absolutismo, São Paulo marcou sua presença na campanha que o levou a abdicar na pessoa de seu filho, Pedro de Alcântara, no dia 7 de abril de 1831.

E a significação do ato do Imperador foi tão largo, que logo no Rio de Janeiro e no Brasil, tornou-se popular a seguinte quadra:

“No dia 7 relembro
altas glórias do Brasil,
a Independência em setembro
e a liberdade em abril.”

3. Revolução Liberal de 1842

Com a queda de D. Pedro, instalou-se, no Brasil, o período regencial, também conhecido como “experiência republicana.” Nesse período a Câmara dos Deputados, dominada pelos liberais, realizou algumas reformas e editou o Ato Adicional de 1834, com colorido descentralizador, desfigurando de alguma forma o unitarismo da Carta Magna.

Em 1840, uma revolução branca declarou D. Pedro II maior, obra dos liberais, entre eles Antonio Carlos, Martim Francisco, José Martiniano de Alencar. Em 1841 caíram os liberais e subiram os conservadores que iniciaram a anulação das conquistas avançadas da Regência, num movimento chamado Regresso, ou seja, a volta ao sistema vigente no primeiro reinado. Duas leis caracterizam o regressismo, ambas de 1841: a que criou o Conselho de Estado (23 de novembro), que fora extinto pelo Ato Adicional, e a que reformulou o Código de Processo Criminal (3 de dezembro).

Os liberais vencidos no Parlamento, saíram a campo, combatendo essas leis e os conservadores.

Otávio Tarquínio de Sousa (Diogo Antonio Feijó, Rio de Janeiro, 1942, p. 293) escreve:

“Na Corte, visando de preferência as províncias, um clube dirigido por Limpo de Abreu e Teófilo Otoni pôs-se a trabalhar por todos os meios, agitando a opinião pública e procurando intimidar o governo com a ameaça de um desfecho violento.”

Que clube seria esse que o consagrado historiador nomeia tão vagamente e lhe empresta atividade tão grande?

O livro de Tarquínio de Sousa é de 1942 e o de Aluísio de Almeida, sobre a Revolução Liberal de 1842, é de 1944, o que me leva a crer que o biógrafo de Feijó não conhecia a Sociedade dos Patriarcas Invisíveis, ou se conhecia, não dispunha de maiores elementos sobre ela, o que o fez tratá-la com certo laconismo, sem mesmo se referir a Alencar.

Afonso de Taunay, na sua *História da Cidade de São Paulo* (São Paulo, 1977, vol. VI, p. 43 e segs.) trata da Sociedade baseado exclusivamente em Aluísio de Almeida.

Aluísio fala com segurança da Sociedade dos Patriarcas Invisíveis, cuja finalidade era defender a Independência do Brasil, a Constituição e opor-se às arbitrariedades do governo. E se propunha a ajudar o Corpo Legislativo por palavras escritas, censurando pela mesma maneira os atos inconstitucionais do governo e seus empregados, opondo-lhe resistência e promovendo a união entre todos os brasileiros, explanando quanto possível os obstáculos correntes (*A Revolução Liberal de 1842*, São Paulo, 1944, p.34). Dentro desta finalidade — Defesa da Constituição e Independência do Brasil — que a Sociedade dos Patriarcas Invisíveis, da qual faziam parte Rafael Tobias de Aguiar, Alvares Machado, Hercules Florence, João Floriano de Toledo, Amaral Gurgel, Padre Valério de Alvarenga, Major Francisco de Castro Canto e Melo (irmão da Marquesa de Santos), Gabriel Rodrigues dos Santos, Feijó, Padre Manuel José França e outros, e a Província de São Paulo se ergueram no famoso movimento de 1842, juntamente com Minas Gerais, esta sob o comando de Teófilo Otoni.

Mais uma vez, portanto, a vocação constitucionalista de São Paulo se opõe ao arbítrio.

E durante toda a monarquia duas idéias orientam o pensamento político paulista, cujo fulcro é a Faculdade de Direito: a abolição e a república.

As sociedades abolicionistas e republicanas (secretas ou não) têm seus jornais, suas sedes e realizam reuniões em recintos fechados ou na praça pública, lutando pela liberdade de uma raça escravizada ou propugnando por um regime “Onde todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

Os três primeiros presidentes civis da República eram paulistas e convictamente democratas. A Faculdade de Direito de São Paulo, disse alguém com muito realismo, deu alguns presidentes da República e nenhum ditador.

Isto posto, fica evidenciado, que a Revolução Constitucionalista de 1932 não foi um episódio isolado na História de São Paulo, porém, mais uma vez, a presença ativa de São Paulo na História do Brasil.

4. Revolução de 30

Júlio Prestes, candidato do Dr. Washington Luís, saíra vitorioso nas eleições de 1º de março de 1930 e com isto não se conformaram os partidários de Getúlio Vargas, que alegavam cerceamento na campanha e fraude eleitoral praticada pelo governo federal.

Getúlio era presidente do Rio Grande do Sul.

Neste passo prefiro dar a palavra a um ilustre escritor e historiador pernambucano, Barbosa Lima Sobrinho, que expõe:

“É claro que a exaltação seria tanto maior quanto mais vivo fosse o sentimento em causa. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a paixão regionalista, despertada pela campanha, tornava praticamente impossível a propaganda do candidato adverso ao presidente daquele Estado. Ao contrário, em São Paulo, que não acompanhou os acontecimentos com preocupações regionalistas, a liberdade foi ampla para os comícios políticos e para a ação da imprensa partidária. Esse foi, aliás, o ambiente geral da campanha. O jornalismo disse tudo o que quis, relativamente aos próceres da campanha. Não faltaram acusações contra o Sr. Washington Luís, sem que se observasse nenhum desforço. As caravanas liberais (o Sr. Getúlio Vargas era candidato da Aliança Liberal) percorreram o país, acendendo por toda a parte o facho rubro da revolução. O estado de sítio que se tornara normal no quatriênio do Sr. Arthur Bernardes, desapareceu de todo; a censura à imprensa mergulhou também entre os usos esquecidos.”

Assim, com ampla liberdade, chegou-se à eleição de 1º de março, saindo vitorioso o Sr. Júlio Prestes, como foi dito.

Voltemos, agora, a Barbosa Lima Sobrinho:

“Alegavam-se fraudes, violências, vícios de toda ordem, mas a impressão geral era aquela, que Raul Soares externava em 1922: em geral os vícios das atas se reproduzem normalmente em São Paulo, Minas, Rio Grande, pois as eleições, por toda a parte, no Brasil, são em geral feitas por homens da mesma mentalidade e da mesma cultura. “Sob certo aspecto, em 1930, poder-se-ia mais facilmente arguir de defeito na eleição, do Rio Grande do Sul do que em qualquer outro estado.”

E esclarece:

“De mais, não haveria, sob todos esses aspectos, maior indício de irregularidade que o pleito do Rio Grande do Sul, com o resultado fabuloso que apresentou; 298.627 votos para o Sr. Getúlio Vargas e 982 para o Sr. Prestes. Por maior simpatia e melhores sentimentos que inspirem uma campanha, não é possível esperar unanimidade, senão com auxílio do processo de coação. Normalmente, num pleito livre que se suceda a uma campanha igualmente livre, não seria possível aquele resultado.”

Vencidos nas urnas apelaram para as armas. E num movimento que durou apenas 21 dias (de 3 a 24 de outubro de 1930), sob o comando geral do Sr. Getúlio Vargas, foi deposto o Dr. Washington Luís Pereira de Souza e anulada a vontade expressa nas urnas.

Em São Paulo, a Aliança Liberal tinha o apoio do Partido Democrático. Ou melhor, o Partido Democrático adotara a candidatura de Getúlio Vargas, em sessão plenária do seu Quinto Congresso (extra-

ordinário), realizada no dia 31 de agosto de 1929, no Palácio Taçandaba, na Cidade de São Paulo.

A Revolução de 30 não trazia no seu bojo uma unidade de pensamento em torno de um programa.

A *História do Exército Brasileiro* é a obra que, na sua natureza, traz o relato mais completo da Revolução Constitucionalista. E comparando a proclamação da República com a Revolução de 30, sentença:

“A República contava, em sua implantação, com uma elite de bacharéis e militares idealistas, razoável uniformidade de propósitos. Todavia, a Revolução de 1930, um amontoado de tendências divergentes, não possuindo, inicialmente, para guiar-lhe a ação reconstritora, princípios orientadores, postulados ideológicos definidos e propagados que sintetizassem as aspirações dos que a tinham preconizado.” (Vol. III, 934).

Tudo indica que o grande objetivo era acabar com a oligarquia paulista e reforçar a oligarquia gaúcha, muito mais enraizada e forte do que a primeira.

5. Paulista e Civil

No recém-fundado Clube 3 de Outubro se aninhavam os revolucionários de 30 e os tenentes que vieram no seio ou na esteira da revolução.

Os velhos membros do Partido Republicano Paulista (PRP), que os tenentes chamavam de carcomidos, sofreram vexames e perseguições, mas saíram ilesos na sua dignidade. Em breve se uniriam aos seus inimigos de ontem e amigos de anteontem: os democráticos.

Os chefes da Revolução de 30 não respeitaram, em São Paulo, sequer os aliados. Não entregaram São Paulo a um paulista, mas nomearam o Tenente João Alberto, pernambucano, primeiro, Delegado Militar da Revolução e, depois, Interventor Federal do Estado bandeirante.

Aqui começaram os desentendimentos entre os vencedores e a amargura dos vencidos.

E desiludidos e amargurados se unem e todos querem para governar São Paulo: um Paulista e Civil.

Fechadas as câmaras, ou melhor, extinto o poder legislativo, e a Constituição de 1891 modificada em alguns passos para atender às circunstâncias, a situação tornou-se intolerável. Os carcomidos reobreram suas forças e passaram a reclamar a convocação de uma Assembléia Constituinte.

Em março de 1932, Getúlio Vargas discursando aos outubristas, insistia “na necessidade de proceder antes da Constitucionalização à

capina do terreno, das ervas daninhas que o esterilizam.” E sobre aqueles que desejavam apressar a volta do regime constitucional, classificou-os, como carpideiras, saudosistas das delícias fáceis do poder ou incorrigíveis doutrinários alheios às realidade nacionais.” (*História do Exército Brasileiro*, III, 934).

O candidato natural de São Paulo, terminada a revolução, era o Professor Francisco Morato, líder do Partido Democrático e cidadão de reconhecidas virtudes. Mas o chefe da revolução e chefe do governo provisório preferiu o líder tenentista.

Como era de se esperar, o Partido Democrático acabou rompendo com o Interventor João Alberto e logo depois com o próprio Getúlio Vargas.

Enfim, os tenentes de 1922, 1924 e 1930, eram pelo governo discricionário e julgavam prematura qualquer tentativa do retorno do país à ordem legal. O Clube 3 de Outubro tinha nos seus quadros o tenentismo e os intransigentes (e muitos oportunistas, quase sempre piores que os outros para mostrar serviço) de tal maneira que Getúlio preferiu ficar com os tenentes, que representavam a força a ficar com os desarmados, que aspiravam a lei.

Mesmo assim, Getúlio cedeu à campanha dos paulistas que reclamavam um paulista e civil para governá-los. Nomeou, então, o Ministro Laudo Ferreira de Camargo, que não se curvando às injunções tenentistas teve que largar o governo, sendo substituído pelo General Manuel Rabelo.

Tudo pela Constituição! É o lema paulista de uma campanha memorável, que tinha à frente estudantes das escolas superiores, principalmente os do Largo São Francisco, o Partido Republicano Paulista e o Partido Democrático.

Os ânimos se agitam e o brado reboia: Tudo pela Constituição!

Diante da onda que crescia, Getúlio Vargas nomeou para a interventoria paulista um antigo político e velho diplomata: o Embaixador Pedro de Toledo, ao qual quis impor um secretariado. Pedro de Toledo, no entanto, nomeou auxiliares de sua escolha e inteira confiança.

Criou-se o impasse.

A campanha constitucionalista ganhou a praça pública e o povo agora quer, reclama e exige uma Constituição.

E a participação do povo foi da maior importância não só na fase preparatória do movimento como, e principalmente, durante a luta. Foi um dos momentos históricos em que ele tomou parte e o sentiu realmente.

Numa dessas manifestações populares, ao cair da tarde de 23 de maio de 1932, na Praça da República, perto da Rua Barão de Itapetininga, dos prédios vizinhos os partidários da ditadura come-

garam a atirar contra os manifestantes, matando cinco populares: Mario Martins de Almeida, fazendeiro em Sertãozinho; nascido em São Manuel, São Paulo, em 1901; Euclides Bueno Miragaia, auxiliar de cartório em São Paulo, nascido em São José dos Campos, São Paulo, em 1911; Drausio Marcondes de Sousa, estudante, nascido na Cidade de São Paulo em 1917 e tinha 14 anos de idade quando morreu; Antonio Américo de Camargo Andrade, do Comércio, nascido em São Paulo, em 1901; e Orlando de Oliveira Alvarenga, escrevente juramentado, nascido em Muzambinho, Minas Gerais.

Com as iniciais dos nomes por que eram conhecidos os quatro primeiros, formou-se o MMDC (Martins, Miragaia, Drausio e Camargo) entidade das mais destacadas da Revolução de 32. O nome de Orlando de Oliveira Alvarenga não apareceu, porque este veio a falecer em 12 de agosto, quando o MMDC já estava organizado. Mas fica aqui a justa homenagem e a gratidão de todos os constitucionalistas.

23 de maio foi o selo de sangue na página constitucionalista, que uniu todos os paulistas e filhos de outros Estados e até de outros países, no ideal supremo.

Os inimigos de São Paulo perceberam que essa união era firme e notaram o rumo dos acontecimentos. A 5 de julho, quatro dias antes do início da revolução, lançaram um boletim intitulado *A Camorra de Cima*. A camorra era, para eles, os chefes do movimento constitucionalista. Queriam, com esse boletim, dividir os paulistas como haviam feito em 30, mas não conseguiram.

No dia 9 de julho estoura a revolução e no dia seguinte, Pedro de Toledo foi aclamado, no Pátio do Colégio, pelo povo e pelas forças armadas, governador de São Paulo, deixando de ser delegado do poder central para ser mandatário dos paulistas.

O Professor Waldemar Ferreira em conferência pronunciada, em 1957, na Faculdade de Direito (A Faculdade de Direito na Arrancada de 9 de julho de 1932) lembra que Bernardo Pereira de Vasconcelos, ao manifestar-se contrário à criação dos cursos jurídicos em Olinda e em São Paulo, assim se manifestou:

“Julgo que para maior liberdade dos mestres e alunos na explicação e desenvolvimento das doutrinas, convém que por enquanto se estabeleçam estas aulas no Rio de Janeiro. Do contrário, não me admiraria se soubesse que o Presidente da Província, onde estivesse o Curso Jurídico, tenha mandado em ferros, para as fortalezas destas Cortes, os professores e os estudantes — como republicanos e incendiários.”

Waldemar Ferreira comenta:

“Temeu o parlamentar que os mestres e estudantes do Curso Jurídico de São Paulo viessem a ser republicanos e incendiários e fossem um dia mandados em ferros para as fortalezas do Rio de Janeiro; e a temência se converteu em realidade. Mestre e estudantes

foram mandados em ferros para aquelas fortalezas e prisões em 1932; e daí para o exílio em Portugal.

Não tem sido realmente outro o fadário do Curso Jurídico de São Paulo. Seus mestres e estudantes, desde que os mestres foram os próprios estudantes, elevados às cátedras ao pé das quais se formaram, sempre entenderam que a missão histórica daquela casa não seria apenas a de dar ao país profissionais para os quadros da magistratura, do ministério público e da advocacia, mas acima de tudo a de preparar homens que pudessem enaltecê-lo nas letras, nas artes, na política e na administração pública, convertendo-se em sementeira de políticos e estadistas, como aconteceu.”

E foi desta Faculdade que partiu o primeiro batalhão constitucionalista, formado na maior parte por estudantes, sob o comando de Romão Gomes.

Este é o espírito de São Paulo. Este é o espírito da Revolução Constitucionalista de 32.

11 de Agosto de 1932 — Oração que comoveu as Arcadas e São Paulo.

Alcântara Machado

Professor de Direito e de Civismo

Discurso proferido pelo presidente do C.A. XI de Agosto, Lauro Celidônio Gomes dos Reis Filho.

Alcântara Machado, o inesquecível e saudoso mestre de Direito e de Civismo, na lendária comemoração do dia 11 de Agosto, em 1932, nas Arcadas, na qualidade de diretor, pronunciou esta comovente oração, que ficou eternamente gravada na memória de todos os paulistas de 32 e ela forma uma das mais belas páginas da nossa literatura:

“O milagre do rádio permite ao homem compartilhar com Deus o poder de omnipresença. Apertamos, através do espaço, contra o peito os corações fraternos e entre os dedos as mãos amigas. Fechai os olhos, para que a ilusão seja completa, meus queridos e incomparáveis estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo.”

Venho convidar-vos a assistir comigo à sessão comemorativa da data luminosa de 11 de Agosto.

A Congregação acaba de entrar no salão nobre da Escola, tão vosso conhecido.

Está completa: compareceram todos — vivos e mortos. Ramalho, Crispiniano, José Bonifácio, o Moço, João Monteiro, Brasília Machado, Pedro Lessa, João Mendes saem da tela, do mármore, do bronze e tomam assento no doutoral. Porque todos compreendem que a sessão de hoje é a mais solene de quantas se realizaram nesta Casa; e que nunca se fez mais oportuna a afirmação de que a Faculdade é o sacrário da lei, o sensório jurídico do país. A parte reservada ao auditório, aquela que costumais enfeitar com a vossa mocidade e alegrar com a vossa turbulência, parece vazia. Mas, se prestardes atenção, vereis que se vai povoando de sombras. São os manes de quantos vos procederam nas arcadas do velho mosteiro franciscano, sabendo-vos empenhados em defender as fronteiras territoriais de São Paulo, hoje confundidas com as fronteiras morais da nacionalidade, vêm ocupar

os lugares reservados aos estudantes. Dos corpos vaporosos só distinguimos as cabeças iluminadas pela imortalidade. Aparecem-nos todos, restituídos à juventude, tais quais forjaram o espírito, laminaram a palavra, fortificaram a consciência nesta fábrica de homens livres, nesta oficina de cidadãos.

Na multidão que se acotovela não custa dividir as maiores figuras da nobiliarquia espiritual do Brasil. Ali estão reunidos Rui Barbosa, Joaquim Nabuco, Silveira Martins. Os poetas constituem um grupo numeroso, dominado pelos três nomes tutelares da Faculdade. Veremos claramente a cabeleira romântica, a fronte escampada, os olhos ardentes de Castro Alves, os olhos pensativos de Álvares de Azevedo, os olhos amortecidos pela insônia de Fagundes Varela. Outros se lhes juntam: Bernardo Guimarães, Pedro Luiz, Raimundo, Capelas, Ricardo Gonçalves. Em torno de Teixeira de Freitas e Lafayette. Mas para quê continuar? Nenhuma geração se esqueceu de mandar os seus delegados mais representativos.

Dos professores vivos não há quem se atreva a falar. Mas de repente assoma à tribuna o último Andrada; e, no silêncio que se faz mais largo, e mais profundo, aquele verbo, que matou a escravidão, dirige a cada um de vós, revolucionários de 9 de julho, o mesmo elogio, com que saudou a Gabriel dos Santos, revolucionário de 42:

“Soldado da liberdade
 . não renegaste a bandeira
 nas horas de tempestade. ”

Brasílio Machado se levanta: e transpassando-vos a alma com o olhar flamejante, repete a peroração de um de seus discursos:

“Para nós, se é mister que a espada fulgure, tomemô-la, não para suspender o espólio dos vencidos, mas as duas conchas serenas da Justiça !”

João Mendes quer dizer-vos alguma cousa. Não pode. Com um soluço na garganta, levanta simplesmente a mão trêmula e traça no ar uma benção...

Agora são os moços de todos os tempos que têm a palavra Fagundes Varela:

“Basta de humilhações !.
 A terra de Cabral está cansada
 de ultrajes suportar. A seus clamores
 no seio das florestas ressuscita
 um mundo de guerreiros que não teme
 o troar dos canhões. Um povo ardente
 se levanta inspirado.
 do pendão auriverde à sombra amiga”

Vem a seguir Castro Alves:

“... Eu sei que a mocidade
 é o Moisés no Sinai

Das mãos do Eterno recebe
as tábuas da lei. Marchai!
Quem cai na luta com glória
tomba nos braços da história,
no coração do Brasil”.

E, depois, voltando-se para outros, que não os paulistas e os que se batem ao vosso lado, ei-lo que prossegue:

“Basta de cobardia! A hora sôa
e vós cruzais os braços. . Cobardia!
E murmurais com fera hipocrisia:
— É preciso esperar .
Mas esperar o quê?”

Pedro Luiz não se contém; e conclama evocando a figura de Nunes Machado:

“Vem dizer aos guerreiros do futuro
que, se caso o horizonte está escuro,
nem por isso eles devem vacilar.
Vem dar força dos bravos à fineira,
que eles hão de seguir tua bandeira
e com ela na frente hão de marchar”.

Quem é aquele mestiço, que vem de Recife trazer-vos o seu estímulo? Tobias Barreto. Lá não quiseram ouvi-lo. Não faz mal. Escutai estes versos, que, feitos para outros, são vossos, exclusivamente vossos:

“Juntemos as almas gratas
de colegas e de irmãos.
O vento que acorda as matas
nos tira os livros das mãos.
A vida é uma leitura.
E quando a espada fulgura,
quando se sente bater
no peito heróica pancada
deixa-se a folha dobrada
enquanto se vai morrer”.

Um moço franzino, pequenino, mofino se aproxima da tribuna; e de súbito se transforma num gigante. É Rui Barbosa, é o verbo do direito, é o condestável da liberdade, é a voz augusta do sementeiro das palavras eternas: “Debaixo destes textos duas evidências há que nos consolam, nos desmagnam e chegam a desconvencer-nos da morte: a continuidade da tradição e a continuidade da justiça. Bolonha, famosa outrora entre as cidades letradas (. . .) se chamava por antonomásia, a um tempo, a douta e a livre, associando nas suas antigas moedas à legenda solene de seus direitos, libertas, o foro por excelência de mestra: Bononia docet. A São Paulo, indisputavelmente, lhe cabem os dois títulos no mesmo brasão: professa a liberdade e ensina a justiça”.

Depois de Rui ninguém tem mais o que dizer. E a assembléa se dissolve, enquanto Bittencourt Sampaio entoa, acompanhado por Carlos Gomes, uma das estrofes do hino acadêmico, estrofe que vai de quebrada em quebrada afirmar a nossa terra, ainda e sempre, que hoje como mais do que ontem e menos do que amanhã.

“O Brasil quer a luz da verdade
e uma coroa de louros também.
Só as leis que nos dêem liberdade
ao gigante das selvas convêem”.

Eis aí o que foi neste ano glorioso de 1932 a sessão comemorativa da fundação dos cursos jurídicos, meus queridos discípulos. Discípulos? Não. Porque a vossa atitude em 23 de Maio e em 9 de julho inverteu os valores e destituiu de seus cargos todos os mestres. Os únicos professores que hoje existem no território nacional, sois vós e os vossos companheiros de armas. A trincheira é a vossa cátedra. E o Brasil inteiro está aprendendo convosco: o Brasil sitiado pelas trevas, amordaçado pela censura, emasculado pelo horror das responsabilidades, e o Brasil que para a vossa vitória trabalha nas oficinas e nos campos, nos hospitais e nos transportes; o Brasil que em vão procura limpar na bacia de Pilatos as manchas do sangue do Justo, e o Brasil que vos ajuda a carregar a cruz do sacrifício. Com o coração dilatado de orgulho e os olhos rasos de lágrimas, em nome da Faculdade de Direito, eu vos saúdo, nesta hora em que fazeis à pátria a oblação sublime de vossa vida, meus jovens professores de bravura consciente, de dignidade cívica e de heroísmo.

A Lição aos Moços

Pedro de Oliveira Ribeiro Neto

Olho as velhas mesas de possíveis glórias
que ninguém contesta, a recontar histórias
daqueles que viveram numa velha escola
que guardam seus nomes para toda a vida,
como se estivessem caminhando ainda
pelos corredores ou pelas arcadas,
inspirando sonhos à geração que passa.

E a gente pensa que existem presidentes
e mestres de Direito e de Oratória,
e poetas célebres entre os velhos nomes
que são só lembranças.

Uns fizeram tanto, outros se apagaram
só Deus sabe como, mas todos gravaram
seus passos na vida e sonharam juntos

ter a glória um dia de ficar na escola,
junto aos outros moços para todo o sempre.

Este o exemplo vivo que nos ensinaste
e ainda nos ensinas, minha Faculdade,
— é que a vida passa e a mocidade fica,
desconhecida embora, renovada sempre,
anônima e feliz, eterna mocidade
cada vez mais viva, cada vez mais rica.

A “Revista da Faculdade de Direito” Agradece Colaboração de Ex-Aluno

A Redação

A *Revista da Faculdade de Direito*, através de sua D.D. Comissão de Redação, consigna neste volume especial reconhecimento por espontânea, graciosa e anônima colaboração prestada durante 26 anos pelo bacharel Geraldo Tolosa.

Geraldo Tolosa, ex-aluno desta Faculdade, foi quem verteu os índices da “Revista da Faculdade de Direito” para o francês e inglês, desde o volume 51-1956 até este mesmo número 77-1982, tendo contribuído dessa forma para a divulgação da Revista nos países estrangeiros.

Registre-se que em sua liberalidade e amor à antiga escola, visou apenas colaborar para que a doutrina jurídica dos Professores de sua Faculdade fosse, em síntese, entendida no exterior. E, a título de contribuição para as memórias acadêmicas, lembre-se, também, que nosso colaborador de tantos anos lecionou francês e inglês, desde 1944 no Curso Castelões, tendo preparado para concursos vestibulares ao Direito 4.872 alunos, dos quais 3.100, aproximadamente, foram aprovados nesta Faculdade.

Portanto, a “*Revista da Faculdade de Direito*” da Universidade de São Paulo faz justiça, expressando aqui sua gratidão.

ÍNDICE

IN MEMORIAM

In Memoriam de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda — A Redação. Djacir Menezes. Henrique Sérgio Gregori	17
---	----

DOCTRINA

O Divórcio em Roma na Antiguidade — Alexandre Augusto de Castro Corrêa	31
Os Primórdios da Perícia Médica — J. B. de Oliveira e Costa Júnior	39
O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) — Antônio Chaves	53
As Obras de Arte no Direito Brasileiro — Antônio Chaves ...	65
Bancos e Estabelecimentos Financeiros. Responsabilidade — Antônio Chaves	75
O Novo Direito do Mar e a América Latina — Vicente Marotta Rangel	97
Repressão Penal às Violações do Direito de Autor — Antônio Chaves ..	107
Direito Penal Ecológico — Paulo José da Costa Júnior	123
O Estado Federal Brasileiro — Manoel Gonçalves Ferreira Filho	131
A Revogação da Sentença no Direito Lusitano — Moacyr Lobo da Costa	141
O Direito Autoral e o Arquiteto — Hildebrando Ponte Neto ...	165
Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus — Eros Roberto Grau	177
Arbitragem no Brasil — Jurgen Samtleben ...	185
Confronto Essencial entre Heidegger e Hegel — Irineu Strenger ...	211
Os Conceitos Jurídicos e a Doutrina Real do Direito — Eros Roberto Grau	221

CONFERENCIAS E DISCURSOS

Direito de Arena — Antônio Chaves	235
Responsabilidade do Transportador por Via Aérea — Antônio Chaves ...	257
A Transferência Empresarial de Tecnologia para Países Subdesenvolvidos, um Caso Típico de Inadequação dos Meios aos Fins — Fábio Konder Comparato	277
Homenagem a Fidelis Policarpo Cabral de Almada, Ministro da Justiça de Guiné-Bissau — José Ignacio Botelho de Mesquita ..	293
Novo Diretor para as Arcadas. Professor Vicente Marotta Rangel — A Redação. Vicente Marotta Rangel profere seu discurso de posse na Reitoria da USP	303

Tércio Sampaio Ferraz Júnior Saúda o Novo Diretor	309
Discurso do Professor Marotta Rangel em sessão solene da Congregação. Minibiografia. Na Vice-Diretoria da Faculdade de Direito — Alexandre Augusto de Castro Correa. A Redação	317
Novo Titular do Departamento de Direito do Trabalho, Professor Octávio Bueno Magano — Professor Silvio Rodrigues profere oração de recepção	333
Discurso do Professor Octávio Bueno Magano	339
Miguel Reale, Professor Emérito — Saudação do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior	345
Agradecimento do Professor Miguel Reale	353
Palavras do Professor Antônio Chaves, na época Diretor da Faculdade de Direito	361
Palavras do Professor Antônio Guerra Vieira	362

TRABALHO DE ALUNO

Companhia Aberta × Companhia Fechada — Rui Fernando Ramos Alves	363
---	-----

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADEMICAS

A Revolução de 1932 e a Faculdade de Direito de São Paulo — A Redação. Geraldo Vidigal	375
O Espírito de 32 — Pedro Brasil Bandecchi	383
11 de Agosto de 1932 - A Oração que Comoveu as Arcadas e São Paulo — (Discurso proferido pelo presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto)	393

INDEX

IN MEMORIAM

In Memoriam de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda — La Rédaction. Djacir Menezes. Henrique Sérgio Gregori	17
--	----

DOCTRINE

Le Divorce à Rome dans l'Antiquité — Alexandre Augusto de Castro Correa	31
Les Origines de l'Expertise Médicale — J. B. de Oliveira e Costa Júnior ...	39
L'ECAD (Le Bureau Central de Perception et Distribution des Droits d'Auteur) — Antônio Chaves	53
Les Ouvrages d'Art Appliqué dans le Droit Brésilien — Antônio Chaves	65
Les Banques et les Etablissements Financiers. Responsabilité — Antônio Chaves	75
Le Nouveau Droit de la Mer et l'Amérique Latine — Vicente Marotta Rangel	97
La Répression Pénale aux Violations du Droit d'Auteur — Antônio Chaves	107
Le Droit Pénal Ecologique — Paulo José da Costa Júnior	123
L'Etat Fédéral Brésilien — Manoel Gonçalves Ferreira Filho	131
La Révocation de la Sentence dans le Droit Portugais — Moacyr Lobo da Costa	141
Le Droit d'Auteur et l'Architecte — Hildebrando Pontes Neto	165
Notice sur la Distinction entre l'Obligation, le Devoir et l'Onus — Eros Roberto Grau	177
L'Arbitrage au Brésil — Jurgen Samtleben	185
Confrontation Essentielle entre Heidegger et Hegel — Irineu Strenger ...	211
Les Concepts Juridiques et la Doctrine Réelle du Droit — Eros Roberto Grau	221

CONFERENCES ET DISCOURS

Les Droits d'Arène (Les droits origines de l'exercice des activités sportives et artistiques) — Antônio Chaves	235
La Responsabilité du Transporteur par Voie Aérienne — Antônio Chaves	257
Le Transfer de Technologie aux Pays Sousdéveloppés, un Cas Typique de non Conformité des Moyens aux Fins — Fábio Konder Comparato	277
Hommage à Fidelis Policarpo Cabral de Almada, Ministre de la Justice de la Guinée-Bissau — José Ignácio Botelho de Mesquita	293
Le Nouveau Directeur de la Faculté de Droit. Nr. le Professeur Vicente Marotta Rangel — La Rédaction. Mr. Vicente Marotta Rangel prononce son discours	303

Tércio Sampaio Ferraz Júnior salue le Nouveau Directeur	309
Prononce de Mr. Vicente Marotta en la Congregación. Le Vice Directeur de la Faculté — Mr. le Professeur Alexandre Augusto de Castro Correa. La Rédaction	317
Le Nouveau Titulaire du Département de Droit du Travail — Mr. le Professeur Octávio Bueno Magano — Mr. le Professeur Silvio Rodrigues prononce son discours de réception	333
Le discours de Mr. le Professeur Octávio Bueno Magano	339
Miguel Reale, Professeur Emérite — Discours de Mr. le Professeur Tércio Sampaio Ferraz Júnior	345
Discours de Remerciements de Mr. le Professeur Miguel Reale ..	353
Quelques paroles du Professeur Antônio Chaves, alors Directeur de la Faculté de Droit	361
Quelques paroles du Professeur Antônio Guerra Vieira	362

TRAVAIL D'ÉLÈVE

Les Sociétés à Capital Ouvert X les Sociétés à Capital Fermé — Rui Fernando Ramos Alves	363
--	-----

CONTRIBUTION POUR LES MEMOIRES ACADEMIQUES

La Révolution de 1932 et la Faculté de Droit de São Paulo — La Rédaction. Geraldo Vidigal	375
L'Esprit de 1932 — Pedro Brasil Bandecchi	383
Le Onze Août 1932 - Un Discours qui a Emu la Faculté de Droit et São Paulo — (Discours prononcé par le Président de l'Association d'Elèves de la Faculté de Droit de São Paulo)	393

Vicente Marotta Rangel delivers his Speech — Professor Alexandre Augusto de Castro Correa , the New Vice Director of the Faculty of Law. The Editor	317
The New Head of the Department of Labour Law, Professor Octávio Bueno Magano	333
Professor Sílvio Rodrigues Welcomes Him. Speech of Professor Octávio Bueno Magano	339
Miguel Reale, Professor Emeritus — Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior salutes Professor Miguel Reale	345
Speech of Thanks by Professor Miguel Reale	353
A Few Words by Professor Antônio Chaves , then Director of the Faculty	361
Words by Professor Antônio Guerra Vieira	362

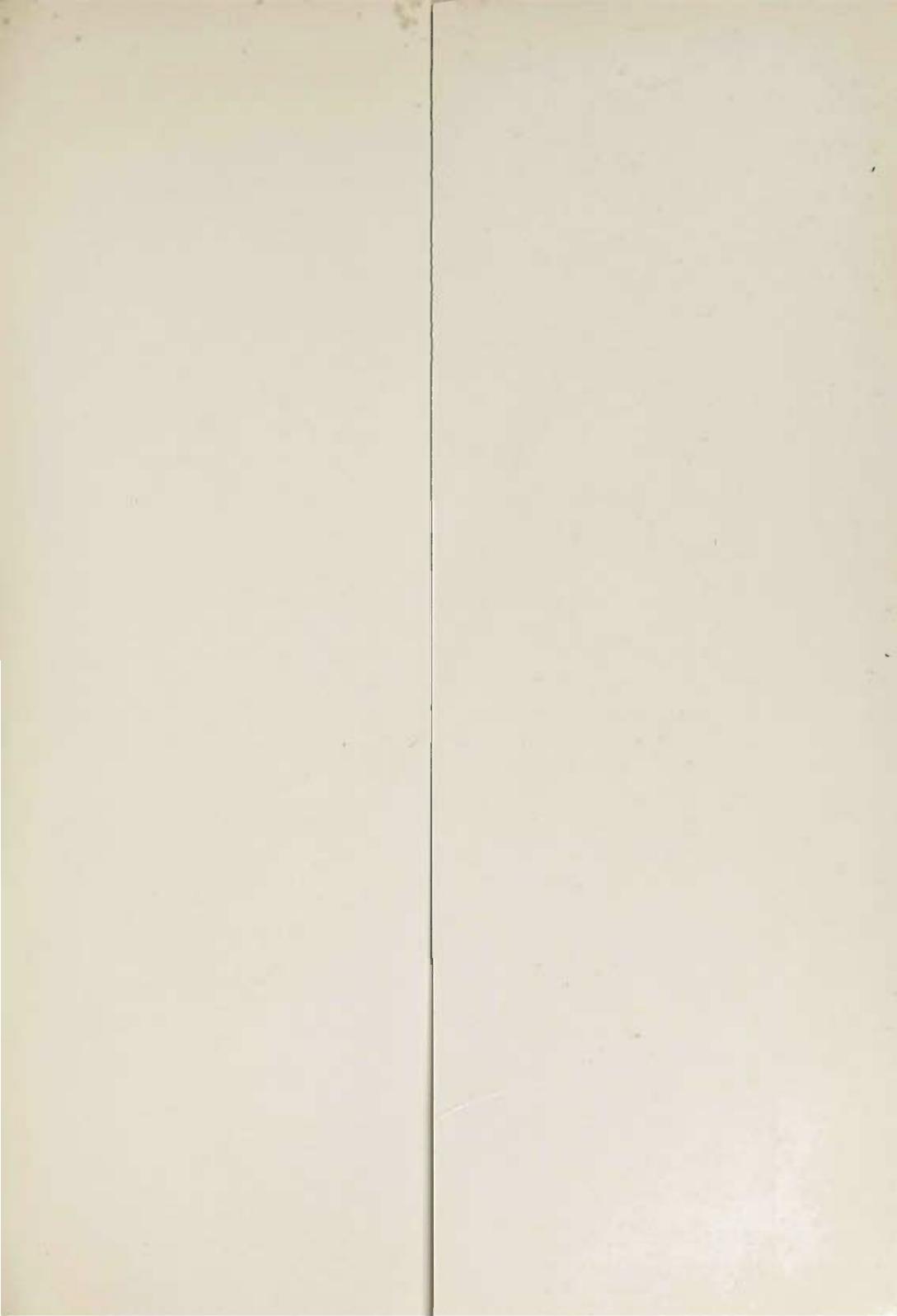
WORK OF STUDENT

Close Corporation against Open Corporation — Rui Fernando Ramos Alves	363
--	-----

CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS

The Revolution of 1932 and the Faculty of Law of São Paulo — Geraldo Vidigal. The Editor	375
The Spirit of 1932 — Pedro Brasil Bandecchi	383
The 11th of August 1932 - A Speech which moved the Faculty and São Paulo — (Speech delivered by the President of Centro Acadêmico XI de Agosto , the Association of Students of the Faculty of Law of São Paulo)	393

COMPOSTO E IMPRESSO NA
GRÁFICA SANGIRARD LTDA.
RUA BOM PASTOR, 2472
FONE: 63-7870 — SÃO PAULO



ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).